



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.cdbf.ch

Journée de droit bancaire et financier, 29 octobre 2013

Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse?

Un bilan, six ans après la ratification de la Convention de La Haye

Prof. Luc Thévenoz



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE



Un bilan, six ans après la ratification de la CLHT

- I. Deux affaires à grand retentissement
- II. Un tour d'horizon des autres décisions
- III. Retour aux deux affaires
- IV. Discours de la méthode
- V. Deux messages



2



I. Deux affaires à grand retentissement



3

Mr X, deceased

Entre 1997 et 2003, le train de vie de Mr X et de sa compagne C était financé par les ressources de sociétés de domicile (Panama et Bermudes) « détenues par » un trust discrétionnaire (BVI) dont X n'était ni le constituant ni le bénéficiaire nommé. Tous les déboursements du trust ont été réalisés selon les souhaits de X, qui était en contact régulier avec deux sociétés G (Genève et Panama) qui servaient d' « intermédiaires » et effectuaient les versements. Les administrateurs des sociétés G étaient aussi les administrateurs de F la société trustee.



4

Mr X: première procédure

- AX et BX (filles et seules héritières de X) agissent contre C en paiement
 - valeur de certains legs
 - reddition de comptes relative aux sommes apparemment distribuées par le trust
- [Cour de justice, 20 mai 2011, ACJC/626/2011, c. 8.2](#)
ordonne à C de rendre compte des sommes reçues à la succession

« Compte tenu notamment de la structure opaque mise en place par le défunt, du versement régulier de montants importants à ce dernier, du fait que toutes les dépenses du 'trust' ont été réalisées selon les souhaits qu'il exprimait et en accord avec lui, et de l'avis de droit anglais concluant à l'existence d'un 'sham' trust', la Cour tient pour acquis que cet argent provenait de la fortune du défunt. »



5

Mr X: première procédure

- AX et BX (filles et seules héritières de X) agissent contre C en paiement
 - valeur de certains legs
 - reddition de compte relative aux sommes apparemment distribuées par le trust
- Cour de justice, 20 mai 2011, ACJC/626/2011, c. 8.2
- [Tribunal fédéral, 12 avril 2012, 5A 436/2011, c. 9.5](#)
confirme la décision cantonale

« Dans la mesure où la défenderesse n'a pas démontré que la cour cantonale aurait appliqué arbitrairement le droit étranger en considérant que la structure juridique établie par le de cuius consistait en une fiction dont il ne fallait pas tenir compte... »



6



Mr X: deuxième procédure

- Complètement de l'inventaire successoral (art. 553 CC) quant
 - a) aux actifs du trust (accordé par la Cour de justice)
 - b) aux créances en restitution des libéralités reçues par C (refusé)



7



Mr X: deuxième procédure

- Complètement de l'inventaire successoral (art. 553 CC) quant
 - a) aux actifs du trust (accordé par la Cour de justice)
 - b) aux créances en restitution des libéralités reçues par à C (refusé)
- **Tribunal fédéral, 18 décembre 2012, 5A 434/2012,**
confirme la décision cantonale sur le point b)
... et l'aurait probablement cassée sur le point a)

« les tiers ne sont tenus de renseigner l'autorité compétente... que lorsque le droit aux renseignements apparaît d'emblée évident... En revanche, l'autorité ne saurait obtenir, par ce biais, en procédure gracieuse, des informations sur les avoirs dont le de cuius n'était que l'ayant droit économique et lorsque le droit aux renseignements est contesté »

comp. [TF 5P.112/2002 du 16.07.2002](#) (inventaire art. 553 CC)
et [TF 5A_620/2007 du 07.01.2010](#) (liquidation officielle)



8



Rybolovlev c. Rybolovleva

- Mariés en 1987, M et Mme sont soumis au régime suisse de la participation aux acquêts
- En avril 2005, Mme refuse un contrat de mariage modifiant ce régime à son préjudice
- En juin 2005, M constitue deux trusts discrétionnaires et irrévocables, soumis au droit de Chypre, sur les principaux actifs constituant sa fortune
- En décembre 2008, Mme ouvre action en divorce devant les tribunaux genevois, requiert une reddition de comptes (art. 170 CC) et le blocage à titre provisoire des actifs détenus directement ou indirectement par M (art. 178 al. 2 CC)



9



Rybolovlev c. Rybolovleva

Interdiction (mesure provisoire) de disposer des biens détenus directement ou indirectement par Monsieur en garantie de la créance de participation aux acquêts (art. 178 al. 2, 208 et 220 CC)

- ordonnée par la [Cour de justice, 4 mars 2010, ACJC/223/2010](#)
- confirmée par le [Tribunal fédéral, 26 avril 2012, 5A_259/2010](#) reproduit partiellement à SJ 2012 I 453



10



Rybolovlev c. Rybolovleva

La mesure vise principalement des biens (et leurs détenteurs: sociétés et trustees) **situés à l'étranger**

- revirement de la jurisprudence de la Cour (SJ 1990 196)
- fondé sur le principe que le juge compétent sur le fond l'est aussi pour les mesures provisionnelles (c. 6)
- confirmé par le Tribunal fédéral (c. 7.3.2.2)

« Il n'est... pas insoutenable d'admettre que, au stade des mesures provisoires, l'on puisse ordonner la saisie de biens sis à l'étranger. »



11



Rybolovlev c. Rybolovleva

La mesure vise presque exclusivement des biens détenus **au travers de sociétés étrangères** (*underlying companies*) dont les actions sont **détenues par le trustee** de l'un ou l'autre trust

- la Cour de justice, dans une argumentation alternative,
 - applique par analogie aux trusts le principe de transparence (*Durchgriff*) du droit suisse des sociétés
 - se réfère à l'art. 2 al. 2 CC, applicable au titre de l'art. 15 CLHT
 - invoque par analogie la jurisprudence relative au séquestre de biens au nom de tiers appartenant en réalité au débiteur
- comp. [ACJ/1100/2011 du 15.09.2011](#)
- comp. [Bezirksgericht Zürich EQ060061/U du 13.02.2007](#)



12

Rybolovlev c. Rybolovleva

La mesure vise presque exclusivement des biens détenus **au travers de sociétés étrangères** (*underlying companies*) dont les actions sont **détenues par le trustee** de l'un ou l'autre trust

- la Cour de justice, dans une argumentation alternative,
 - applique par analogie aux trusts le principe de transparence (*Durchgriff*) du droit suisse des sociétés
 - se réfère à l'art. 2 al. 2 CC, applicable au titre de l'art. 15 CLHT
 - invoque par analogie la jurisprudence relative au séquestre de biens au nom de tiers appartenant en réalité au débiteur
- le Tribunal fédéral (c. 7.3.2)
 - note que le principe de transparence relève de la *lex societatis*
 - admet que, dans le cadre de mesures provisoires, le juge suisse applique le droit suisse en lieu et place du droit étranger



13

Rybolovlev c. Rybolovleva: deux remarques

Monsieur n'a pas qualité pour recourir contre les mesures provisoires dirigées contre des trustees, des personnes morales ou leurs organes (c.2.3.2.1 & 7.2)

Pour vérifier si le principe de transparence (*Durchgriff*) s'applique au cas d'espèce, le TF examine

- « si [Mme] a rendu vraisemblable... que son mari est en réalité le détenteur économique des biens litigieux » (c. 7.3.3)
- si « les trusts ne constituent qu'un simple instrument dans la main [de M], qui a conservé des pouvoirs de gestion étendus et en apparaît comme le principal bénéficiaire et [si], conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes » (c. 7.3.3.2)



14



II. Un tour d'horizon des autres décisions



15



Un tour d'horizon des autres décisions

- Sans jamais citer l'art. 11 al. 2 CLHT, la qualité de partie du trustee est reconnue dans les procédures relatives aux biens en trust
 - [TF, 25.03.2010, 1B 21/2010](#) (séquestre pénal)
 - [TF, 09.08.2006, 2A.703/2005](#) (entraide boursière)
 - [TPF, 15.05.2012, RR.2011.272](#) (entraide pénale, fraude TVA)

- ... sauf pour faire reconnaître les droits des bénéficiaires d'un trust sur les biens séquestrés par un créancier personnel du trustee
 - [CJ GE, 30.09.2010, ACJC/1105/2010](#)

- ... sauf lorsque le trust a été dissout
 - [TPF, 20.01.2011, RR.2010.200](#)



16

Un tour d'horizon des autres décisions

- Les tribunaux reconnaissent assez largement la nature particulière (*right in rem*, composante réelle, simple expectative en cas de trusts discrétionnaires) des droits des bénéficiaires en fonction des divers types de trusts
 - [TF, 19.11.2001, 5C.169/2001](#), X c USA « Irangate »
 - [TAF, 10.01.2011, ATAF 2011/6](#), c. 5.3.2 (trust discrétionnaire)
 - [TF, 01.03.2013, 2C 168/2012](#), c. 4.2 (fiscalité genevoise)
- ... mais refusent aux bénéficiaires la qualité pour s'opposer aux mesures de contrainte (droit pénal, droit administratif, entraide) portant sur les biens en trust
 - [TF, 25.03.2010, 1B 21/2010](#)



17

Un tour d'horizon des autres décisions

- L'art. 335 CC n'est pas une loi d'application immédiate au sens des art. 18 LDIP et 16 CLHT
 - [ATF 135 III 614, SJ 2010 I 229](#)
- Dans la législation économique, il se justifie souvent de regarder les bénéficiaires et le settlor plutôt que le trustee
 - [TF, 15.01.2010, 2C 409/2009](#), en matière de LFAIE
 - [COPA, décision 423/01 du 24.07.2009](#) « EFG »



18

III. Retour aux deux affaires

Is something the matter?



19

Les faits jouent un rôle déterminant

Mr X

- opacité de la structure
- distributions apparaissent comme faites par G (qui n'est pas le trustee) selon les souhaits de X
- aucune documentation produite pour établir l'existence et la réalité du trust

R c R

- intentions dolosives révélée par les circonstances de la création des trusts et le comportement du défendeur dans la reddition de comptes
- étendue des pouvoirs réservés par le settlor (et principal bénéficiaire) en qualité de protecteur
- notamment en rapport avec les sociétés sous-jacentes (*special companies*)
- absence des trustees dans la procédure



20

La loi applicable au trust est ignorée

Mr X

- la Cour se fonde sans discussion critique sur un avis de droit anglais (pour trust BVI) produit par une partie
- le TF soumet la question de la validité du trust à la loi applicable au trust, mais ne la revoit que sous l'angle de l'arbitraire
- définition du sham trust en contradiction avec la jurisprudence

R c R

- la Cour applique le droit suisse « par analogie » ou au titre de l'art. 15 CLHT
- le TF ne cite pas la CLHT et admet l'application du droit suisse « en lieu et place du droit étranger pertinent » dans le cadre de mesures provisoires



21

Statut du droit étranger devant les tribunaux suisses

- Le droit étranger ne se prouve pas, il est établi par le juge, le cas échéant avec le concours des parties (art. 16 LDIP)
- Si le droit étranger n'est pas établi, le droit suisse s'applique
- Un avis de droit produit par une partie n'est pas un allégué de fait, mais une contribution à l'établissement du droit étranger
 - même non contesté, il doit être apprécié de manière critique
- Dans les « affaires pécuniaires », l'application du droit étranger n'est revue par le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire (cf. art. 96 LTF)



22

Le sham trust n'est pas un silver bullet

- Sham = simulation (cf. art. 18 al. 1 CO)
- Deux types principaux
 1. le settlor n'avait pas l'intention de transférer la propriété des actifs au trustee
 - PROUVER: intention du settlor au moment du transfert
 - RESULTAT: trust inexistant
 2. contrairement aux termes du trust, et comme l'a compris le trustee, le settlor a voulu créer un trust en sa faveur exclusivement
 - PROUVER: intentions concordantes du settlor et du trustee au moment de création
 - RESULTAT: bare trust dont settlor peut provoquer la liquidation en tout temps



23

Le sham trust n'est pas un silver bullet

- Fardeau de la preuve différent pour (art. 8 CC)
 - les faits dont résulte l'existence d'un trust
 - le fait que ce trust est une simulation

« The onus of proof that a document objectively construed to create a proper trust for others is, in the light of the factual evidence, a sham trust for the settlor [type 2], is on the person making the allegation. Factors assisting in proof of the allegation include the following: unusually low fees for the value of the trust fund; lack of paperwork to reveal the trustee exercising an independent discretion; letters or emails indicating the trustee feels bound to do what the settlor wants...; keeping the trust secret from the beneficiaries. »

Underhill & Hayton Law of Trusts and Trustees, 18^e ed., N 4.8



24

IV. Discours de la méthode

There is no silver bullet



25

De la méthode 1/2

1. S'agit-il d'un trust?
 - Art. 149a LDIP et 2 CLHT
2. Si oui, quelle est la loi applicable à ce trust?
 - Art. 6 & 7 CLHT
3. **Certains effets** de ce trust entrent-ils en conflit avec
 1. une loi d'application immédiate?
Art. 16 CLHT (et non art. 18 & 19 LDIP)
 2. une règle impérative d'une loi applicable à un autre titre
(succession, régime matrimonial, exécution forcée)?
Art. 15 CLHT



26



De la méthode: art. 15 CLHT

“La Convention ne fait pas obstacle à l’application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu’il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté...”



27



De la méthode: art. 15 CLHT

“La Convention ne fait pas obstacle à l’application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu’il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté...”

En particulier:

- la réduction des donations et libéralités entre vifs
- la réunion aux acquêts et l’action contre les tiers
- la révocation selon la LP



28

De la méthode 2/2

4. Le cas échéant, le trust est-il privé de **tout effet**?
 - selon la loi applicable au trust: art. 8 al. 1 CLHT
 - selon la loi applicable au transfert des biens au trust: art. 4 CLHT, qui renvoie aux règles de conflit du for
 - DIFFICILE: le contenu de la loi applicable doit être établi **et** les faits pertinents doivent être prouvés
5. Ordre public du for
 - Art. 18 CLHT (et non art. 17 LDIP)



29

V. Deux messages



30

Contentieux

- La réputation de la Suisse souffre de la perception que les avocats et tribunaux suisses
 - ne cherchent pas à comprendre les trusts
 - ne prennent pas les moyens d'établir les règles qui régissent un trust particulier
- Lorsqu'un trust déploie des effets qui contredisent une règle impérative, le remède est à rechercher dans les règles ainsi éludées (art. 15 CLHT)
- La nullité du trust est une situation exceptionnelle
 - Que le settlor soit le bénéficiaire de premier rang et se soit réservé des pouvoirs de contrôle (protecteur) ne suffit pas à l'établir
 - La notion d'ayant droit économique est ici sans pertinence



31

Conseil et rédaction d'actes

- Les structures agressives amènent les tribunaux suisses à sur-réagir
 - L'étendue des pouvoirs possibles selon la loi applicable au trust dépasse de beaucoup ce qui est perçu comme tolérable par les juristes et juridictions de la tradition civile
 - Le choix de la loi applicable a-t-il un impact sur sa perception par les tribunaux?
- Un trust doit avoir une justification et une histoire documentées et explicables au juge
- Créer un trust pour éluder les droits de créanciers, conjoint, héritiers, etc. n'est efficace que si tous les points de contact avec l'ordre juridique et les tribunaux suisses sont supprimés; dans le cas contraire, il ne fait que rendre le contentieux plus onéreux et aléatoire



32