

Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève

Trusts en Suisse

**Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts
et codification de la fiducie**

Trusts in Switzerland

**Ratification of The Hague Convention on Trusts
and Codification of Fiduciary Transfers**

Luc Thévenoz

Professeur à l'Université de Genève
Directeur du Centre d'études juridiques européennes

XV. Projet de codification de la fiducie

Article 1 Définition

¹ La fiducie résulte d'un contrat ou d'une disposition pour cause de mort (l'acte de fiducie) par lequel le fiduciant fait acquérir au fiduciaire la titularité de certains biens dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires déterminés ou déterminables.

² Lorsque l'acte de fiducie ne désigne aucun bénéficiaire, le fiduciant est réputé seul bénéficiaire.

³ Le fiduciaire ne peut être seul bénéficiaire.

⁴ La fiducie peut être attaquée, comme une donation, par les héritiers, le conjoint ou les créanciers du fiduciant.

Alinéa 1: La fiducie est un rapport de droit durable entre un (ou plusieurs) fiduciants, un (ou plusieurs) fiduciaire(s) et, éventuellement, un (ou plusieurs) bénéficiaire(s). Conformément à la pratique actuelle en Suisse, la fiducie peut être créée par un contrat entre le fiduciant et le fiduciaire. Le contrat est la cause du transfert au fiduciaire des biens constituant le patrimoine fiduciaire. Dans les limites générales posées par notre droit des successions (conditions de forme, respect des réserves légales, etc.), la fiducie peut également faire l'objet d'une disposition pour cause de mort, comme le législateur l'a permis pour la fondation (art. 81 al. 2 CC). Le rapport fiduciaire lie alors le(s) fiduciaire(s) et le(s) bénéficiaire(s) dès le décès du fiduciant.

Bien qu'en général le fiduciant transfère directement les biens concernés au fiduciaire, il peut arriver que le fiduciaire reçoive ceux-ci d'un tiers à l'intention du fiduciant ou du bénéficiaire. C'est notamment le cas des avoirs que les notaires, avocats, agents d'affaires, etc. sont appelés à recevoir pour le compte de leur client. Ces hypothèses sont couvertes par l'expression "fait acquérir au fiduciaire".

Alinéa 2: La fiducie en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires déterminés ou déterminables représente une extension de la pratique actuelle. Elle est déjà possible par le biais d'une stipulation pour autrui, mais reste tout à fait exceptionnelle. La règle par défaut correspond cependant à la fiducie-gestion actuelle: lorsque le fiduciant n'a rien précisé à cet égard, il est réputé seul bénéficiaire.

Alinéa 3: La fiducie au bénéfice (non exclusif) du fiduciaire est largement pratiquée en Suisse sous la forme de la fiducie-sûreté (*fiducia cum creditore*, qui porte notamment sur des créances, des cédules hypothécaires, ou d'autres papiers-valeurs) et dont le bénéficiaire en premier rang est généralement le fiduciaire lui-même. Celui-ci peut se désintéresser sur les biens fiduciaires si sa créance reste impayée à son échéance. Lorsqu'il est désintéressé, les biens fiduciaires ou leur reliquat reviennent au fiduciant, qui est un bénéficiaire résiduel. En matière de sécurités collectives, la fiducie-sûreté est en général une fiducie pour le compte de tiers, le fiduciant (constituant de la sûreté) ayant là aussi le rang d'un bénéficiaire résiduel.

Alinéa 4: Calquée sur l'art. 82 CC, cette disposition précise que les héritiers réservataires peuvent exercer l'action en réduction (art. 522 al. 1, 523, 527 ch. 3 & 4 CC). C'est également le cas du conjoint dans le régi-

me légal de la participation aux acquêts (art. 220 CC)⁵⁰⁰. Cette disposition confirme également que les créanciers peuvent exercer l'action révocatoire (art. art. 286 à 288 LP).

Art. 2 Patrimoine fiduciaire

¹ Les biens fiduciaires et les dettes qui les grèvent forment un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire n'entre pas dans le régime matrimonial ni dans la succession du fiduciaire.

² Les biens fiduciaires comprennent les choses, créances et autres droits et valeurs patrimoniales transférés à cette fin au fiduciaire, leurs revenus, leurs accroissements et tous les biens acquis en remploi d'autres biens fiduciaires.

³ Les biens fiduciaires ne répondent que des obligations stipulées dans l'acte de fiducie et de celles assumées par le fiduciaire dans l'exécution régulière de sa charge. Ils sont soustraits à l'exécution forcée à raison de toute autre obligation.

⁴ Le fiduciaire répond en outre sur tous ses biens des obligations qu'il assume en cette qualité. Sa responsabilité patrimoniale personnelle envers les tiers peut être exclue par une convention spéciale pour toute dette dont les biens fiduciaires répondent, à moins que le fiduciaire n'ait agi par dol ou par négligence grave.

L'*alinéa 1* énonce le principe que chaque patrimoine fiduciaire (actifs et passifs) constitue un patrimoine séparé du patrimoine général du fiduciaire. L'*alinéa 2* délimite l'actif de ce patrimoine et confirme l'application du principe de la subrogation patrimoniale ("biens acquis en remploi..."). Les *alinéas 3 et 4* fixent le régime de la responsabilité aux dettes.

Alinéa 3: En déterminant de quelles dettes les biens fiduciaires répondent, cet alinéa énonce la règle de droit matériel qu'il appartient aux autorités de l'exécution forcée (office des poursuites, administration de la faillite, juge de la revendication, etc.) de mettre en œuvre dans le cadre des dispositions existantes. La mise en œuvre procédurale du droit de distraction au profit des bénéficiaires de la fiducie peut être assurée par les article 108a (saisie) et 242a (faillite) LP proposés plus haut en matière de trusts⁵⁰¹, dispositions qu'il conviendrait donc d'étendre explicitement aux rapports fiduciaires.

⁵⁰⁰ Omis dans l'art. 82 CC, cette possibilité est également reconnue en matière de fondation, cf. RIEMER (1975) Art. 82 N. 13; DESCHENAUX, STEINAUER & BADDELEY (2000) NN. 1413, 1516 ss.

⁵⁰¹ Cf. *supra* VII.A.1. et VII.A.2.

Alinéa 4: De lege lata, le fiduciaire répond (aussi) sur ses biens personnels de toutes les dettes qu'il encourt en tant que fiduciaire; c'est le cas même lorsqu'il contracte des dettes dans l'exercice diligent de ses obligations fiduciaires de sorte que ces dettes grèvent (également) les biens fiduciaires (alinéa 3). Dans la mesure où le patrimoine personnel du fiduciaire supporte ou acquitte des dettes à charge du patrimoine fiduciaire, le droit du fiduciaire au remboursement de ses frais et avances constitue une récompense du patrimoine personnel contre le patrimoine fiduciaire (*infra* art. 4 lit. a). Il n'y a pas lieu de modifier ce principe de base. Mais il n'y a pas de raison non plus d'interdire les conventions contraires avec les tiers pour autant que ceux-ci aient accès aux biens fiduciaires (alinéa 3) et que le fiduciaire n'ait pas commis de dol ou de négligence grave.

Art. 3 Obligations du fiduciaire

¹ Le fiduciaire agit avec diligence et loyauté dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires.

² En particulier, dans les limites tracées par l'acte de fiducie et par la loi, il doit:

- a) exécuter de manière ponctuelle les obligations résultant de la loi et de l'acte de fiducie;
- b) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, agir en toute indépendance à l'égard du fiduciaire;
- c) lorsqu'il y a plusieurs bénéficiaires, agir avec impartialité;
- d) conserver les biens fiduciaires séparément de ses biens personnels; les biens relevant de patrimoines fiduciaires distincts ne peuvent être mélangés que lorsque cela est prévu dans l'acte de fiducie ou lorsqu'une gestion collective est dans l'intérêt de tous les bénéficiaires et que les comptes tenus par le fiduciaire permettent en tout temps de reconstituer ces patrimoines;
- e) administrer et investir les biens fiduciaires conformément aux intérêts des bénéficiaires et au but de la fiducie;
- f) à la demande du fiduciaire ou de tout bénéficiaire, rendre en tout temps compte de sa gestion;
- g) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, faire mentionner la nature fiduciaire de son titre dans tout registre public où un bien fiduciaire est documenté;
- h) restituer au patrimoine fiduciaire tout bien ou avantage qu'il aurait acquis ou reçu ou qu'il aurait procuré à des tiers en violation de ses obligations;

- i) compenser tout dommage qu'il aurait fautivement causé au patrimoine fiduciaire en violation de ses obligations.

³ Sauf clause contraire de l'acte de fiducie, le fiduciaire peut déléguer à un tiers les décisions relatives au placement et à la gestion des biens fiduciaires dans le cadre des directives qu'il détermine. Le fiduciaire qui n'agit pas à titre professionnel ne répond que du soin avec lequel il a choisi le tiers et donné ses instructions.

Alinéa 1: Le catalogue des obligations énoncées n'est pas exhaustif. Il correspond assez largement à celles que la jurisprudence et la doctrine ont dégagées des règles du mandat. Il est dominé par l'intérêt des bénéficiaires dans le cadre de la loi et des clauses de l'acte de fiducie.

La lettre *b)* consacre la règle supplétive que le fiduciaire n'est pas soumis aux instructions du fiduciant. Cette règle s'écarte de la situation actuelle en matière de fiducie-gestion (art. 397 al. 1 CO), qui est critiquable⁵⁰², pour coïncider avec la fiducie-sûreté. Le développement de la fiducie suppose en général une activité du fiduciaire fidèle aux intentions du fiduciant exprimées dans l'acte de fiducie, mais indépendante de ses instructions postérieures. L'acte de fiducie peut cependant modifier cette règle et reconnaître au fiduciant (ou à un tiers, cf. article 11 al. 2 *infra*) un pouvoir d'instructions plus ou moins étendu.

Les lettres *f)* et *h)* correspondent à l'art. 400 al. 1 CO et à la jurisprudence qui en résulte.

La lettre *g)* correspond à l'art. 36 al. 2 lit. a LFP mais permet au fiduciant de renoncer à cette mesure de publicité, ce qui atténue la protection résultant du droit de suite (condition de bonne foi des tiers acquéreurs). Imposer cette mesure de publicité aurait pour effet de soumettre la fiducie suisse à un régime plus strict que les trusts étrangers bénéficiant de la Convention⁵⁰³. La règle par défaut ne concerne que les registres publics. L'acte de fiducie peut l'étendre aux registres privés (registre des actionnaires, etc.).

La lettre *i)* réitère le principe de la responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1, 398 al. 2 CO) sans trancher la question, controversée, de la répartition du fardeau de la preuve de la faute contractuelle dans les obligations de diligence (*Sorgfaltspflichten*, obligations de moyens)⁵⁰⁴.

Alinéa 3: La responsabilité stricte du fiduciaire agissant à titre professionnel pour son délégataire correspond à celle de la direction d'un fonds

⁵⁰² Cf. THÉVENOZ (1995) 342-344.

⁵⁰³ Cf. *supra* IX: Registres publics.

⁵⁰⁴ F. WERRO, *Die Sorgfaltspflichtenverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, RDS 1997 I pp. 377-380; BaK-WIEGAND (1996) Art. 97 N. 62.

de placement (art. 11 al. 2 LFP). La responsabilité atténuée de celui qui n'agit pas à titre professionnel est calquée sur le régime de la substitution autorisée du mandataire (art. 399 al. 2 CO).

Art. 4 Droits du fiduciaire

Tout fiduciaire a droit, à charge du patrimoine fiduciaire:

- a) au remboursement, en principal et intérêts, des avances qu'il a faites, des frais qu'il a exposés et à la libération des obligations qu'il a encourues dans l'exécution régulière de sa charge;
- b) à une rémunération dans la mesure où celle-ci est prévue par l'acte de fiducie ou conforme à l'usage;
- c) à l'indemnisation du dommage qu'il a subi sans sa faute dans l'exécution régulière de sa charge, en tenant compte du risque professionnel qui lui incombe.

La *lettre a* correspond aux art. 402 al. 1 CO et 14 al. 1 LFP.

La *lettre b* correspond à l'art. 394 al. 3 CO.

Lettre c: Alors que la responsabilité du mandant envers le mandataire varie suivant le caractère onéreux (art. 402 al. 2 CO) ou gratuit (art. 422 al. 1 CO⁵⁰⁵) du mandat, il ne peut en aller de même pour le fiduciaire, qui agit de façon en principe totalement indépendante du fiduciant et des bénéficiaires. Le critère du risque professionnel paraît le plus approprié pour délimiter les dommages qui restent à la charge du fiduciaire de ceux qui doivent lui être indemnisés à charge du patrimoine fiduciaire.

Art. 5 Distributions

¹ Le fiduciaire distribue le patrimoine fiduciaire conformément à l'acte de fiducie.

² Lorsque l'acte de fiducie soumet une distribution à des conditions qui ne font pas appel au pouvoir d'appréciation, tout bénéficiaire peut en exiger l'exécution par le fiduciaire.

Alinéa 1: Le mot restitution, habituellement employé pour désigner le retour au fiduciant des actifs fiduciaires à l'issue du rapport de fiducie, décrit mal les hypothèses où ces biens sont remis à d'autres bénéficiaires

⁵⁰⁵ ATF 61 II 95, JdT 1935 I 615.

et ceux où le fiduciaire réalise des biens fiduciaires pour distribuer des sommes d'argent.

Alinéa 2: Ce critère est déjà connu de notre droit en matière de fondation, où une action civile tendant à une prestation n'est possible que lorsque le bénéficiaire a un droit subjectif qui ne dépend pas entièrement du pouvoir d'appréciation des organes de la fondation⁵⁰⁶.

Art. 6 Pluralité de fiduciaires

Lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, ceux-ci:

- a) sont propriétaires communs des biens fiduciaires;
- b) sont tenus solidairement des obligations résultant de l'acte de fiducie et de la loi;
- c) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, prennent toute décision à l'unanimité; ils peuvent cependant déléguer à l'un d'entre eux les décisions relatives au placement et à la gestion des biens fiduciaires dans le cadre de directives déterminées à l'unanimité.

Les co-fiduciaires forment une communauté légale qui se caractérise par la solidarité dans l'accomplissement de leurs obligations, le principe de l'unanimité dans le processus de décision et l'exercice de leurs pouvoirs, et une propriété commune qui ne donne pas naissance à des quotes-parts (art. 652 & 653 CC). En particulier, le décès d'un co-fiduciaire réduit le nombre des fiduciaires sans transmission de la qualité de propriétaire à ses héritiers tant et aussi longtemps qu'il subsiste au moins un fiduciaire⁵⁰⁷.

Art. 7 Compensation et rétention de biens fiduciaires

¹ Dans les rapports avec le fiduciaire et les bénéficiaires, le fiduciaire ne peut exercer un droit de rétention ou de compensation que pour une créance qui résulte de sa charge.

² Le dépositaire ou le possesseur d'un bien fiduciaire ne peut exercer un droit de rétention ou de compensation sur celui-ci que pour une créance se rapportant à son acquisition, sa garde, sa gestion ou tout autre service pour

⁵⁰⁶ ATF 112 II 97 c. 3, JdT 1987 I 692; ATF 61 II 695 c. 1b. Cf. RIEMER (1975) Art. 84 N. 138.

⁵⁰⁷ Comp. ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523, qui voit dans le décès d'un fiduciaire la cause d'un accroissement de la part de son co-fiduciaire.

lequel il lui a été confié, à moins qu'il ignorât de bonne foi la nature fiduciaire de ce bien. Toute convention contraire est nulle.

Cette disposition est largement inspiré de la proposition du Prof. Giovanoli⁵⁰⁸.

Alinéa 1: Étend la règle de l'art. 125 ch. 1 CO aux choses confiées à titre fiduciaire.

Alinéa 2: Énonce et précise le principe retenu à juste titre mais *praeter legem* par le Tribunal fédéral (SAS 1981 67), la Cour de justice de Genève (20.3.1992, n.p.), la Cour d'appel de Paris (22.9.1994, JCP 1995 II n° 22427 obs. Vasseur) et plus récemment par le *Handelsgericht* de Zurich (16.1.1997, cassation cantonal et réforme fédérale pendantes).

Art. 8 Droit de suite

¹ Lorsque, en violation de ses obligations, le fiduciaire a aliéné un bien fiduciaire ou constitué un droit sur ce bien, le fiduciaire, un autre fiduciaire et chaque bénéficiaire peut exiger de tout acquéreur la restitution du bien au patrimoine fiduciaire ou l'extinction du droit.

² Le droit de suite s'éteint contre l'acquéreur qui, de bonne foi, ignorait l'irrégularité de l'acte de disposition du fiduciaire et qui a fourni une contre-prestation adéquate, ainsi que contre tout acquéreur subséquent.

³ La prescription acquisitive est réservée.

⁴ Au surplus, sont applicables les règles sur la responsabilité du possesseur sans droit, l'enrichissement illégitime et la gestion d'affaires sans mandat.

Alinéa 1: Le fiduciaire est ici traité comme un propriétaire dont le pouvoir de disposition est limité par l'acte de fiducie et la loi. Cet alinéa tranche ainsi une controverse doctrinale où les deux opinions ont été soutenues et où le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici pas eu l'occasion de prendre position⁵⁰⁹.

Alinéa 2: Conformément au principe qui fonde les art. 933 et 973 CC, l'acquéreur de bonne foi (celui qui ignore l'irrégularité de son acquisition d'une manière qui n'est pas incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'attendre de lui, art. 3 al. 2 CC) est protégé. Cette protection ne concerne que l'acquéreur qui a "fourni une contre-prestation adéquate" (art. 59 ch. 1 al. 2 CP). Conformément à la pesée

⁵⁰⁸ GIOVANOLI (1994) p. 226.

⁵⁰⁹ Cf. *supra* note 283.

des intérêts faite par le législateur dans d'autres contextes⁵¹⁰, les intérêts du fiduciant (ou du bénéficiaire du trust) l'emportent en revanche sur ceux d'un acquéreur à titre gratuit.

Alinéa 3: L'acquéreur à titre gratuit qui n'est pas protégé par l'alinéa 2 peut le devenir par l'écoulement du temps pour autant qu'il continue d'ignorer l'irrégularité de sa position pendant toute la durée de la prescription acquisitive (art. 728 CC pour la propriété mobilière; art. 661 ss et 771 al. 3 CC).

Alinéa 4: Sur les rapports entre les règles du Code civil relatives au possesseur sans droit (art. 938 à 940 CC) et les règles générales du Code des obligations (art. 62 ss et 423 CO), cf. *supra* VIII.A.2, notamment les notes 322 et 323.

Art. 9 Durée

¹ La fiducie prend fin au terme stipulé dans l'acte de fiducie ou résultant de son but, mais au plus tard soixante ans après sa constitution.

² Lorsque l'acte de fiducie ne comporte pas de terme ou lorsqu'il réserve cette possibilité, la fiducie peut être résiliée par le fiduciant en tout temps. Elle prend fin de plein droit soixante ans après sa constitution.

³ Lorsque tous les bénéficiaires sont déterminés, ils peuvent, par un accord unanime entre eux, mettre fin à la fiducie de manière anticipée. L'acte de fiducie peut réserver le consentement du fiduciant.

⁴ Lorsque la fiducie prend fin, les biens restants sont distribués sans retard conformément à l'acte de fiducie. À défaut d'une telle clause, ils sont restitués au fiduciant ou à ses héritiers.

Alinéa 1: La fiducie peut être stipulée pour une durée déterminée, sujette cependant à un maximum correspondant approximativement à deux générations démographiques. Cette limite assez basse (cf. art. 749 al. 2 CC: 100 ans pour l'usufruit des personnes morales⁵¹¹) répond au souci de ne pas créer des biens de mainmorte ni de re-créeer des fidéicommiss de famille (cf. art. 335 al. 2 CC)⁵¹².

⁵¹⁰ Art. 239 al. 1 CO; art. 59 ch. 1 al. 2 CP; cf. *supra* VIII.A.1.

⁵¹¹ Le législateur a limité la substitution fidéicommissaire à un degré (un seul grevé, art. 488 al. 2 CC), mais n'a pas fixé de durée maximale (cf. art. 489 al. 1 & 2 CC). PIOTET (1975) p. 96 propose de combler la lacune de la loi en matière de substitution fidéicommissaire (art. 1 al. 2 CC) par une durée maximale de cent ans.

⁵¹² Cf. THÉVENOZ (1995) pp. 300-302.

L'*alinéa 2* énonce la règle par défaut – résiliation en tout temps à la discrétion du fiduciant – qui correspond à la situation actuelle. La stipulation d'une durée déterminée (*alinéa 1^{er}*) fait présumer la renonciation au pouvoir de résilier en tout temps, mais l'acte de fiducie peut néanmoins le réserver. La résiliation est automatique à l'expiration de la durée maximale de 50 ans.

Alinéa 3: Lorsque tous les bénéficiaires sont déterminés et connus, il n'y a pas de raison de leur imposer le maintien de la fiducie si celle-ci ne correspond pas à leur intérêt. L'acte de fiducie peut cependant réserver le consentement du fiduciant ou du tiers visé par l'article 11 al. 2.

Alinéa 4: La règle par défaut (retour des biens au fiduciant) correspond au régime actuel de la fiducie. Cf. article 1 *alinéa 2*.

Art. 10 Remplacement du fiduciaire

¹ Sauf clause contraire de l'acte de fiducie, le fiduciant peut en tout temps révoquer le fiduciaire et lui désigner un successeur.

² Le fiduciaire doit être remplacé lorsque:

- a) il décline sa nomination ou demande à être relevé de sa charge;
- b) il décède;
- c) il devient insolvable, notamment lorsqu'il est déclaré en faillite, demande un sursis concordataire, obtient un concordat de ses créanciers ou fait l'objet d'un acte de défaut de biens;
- d) il est frappé d'incapacité ou se trouve pour toute autre raison incapable d'exécuter ses obligations;
- e) il enfreint gravement ses obligations.

³ Le nouveau fiduciaire est saisi du patrimoine fiduciaire par l'acceptation de sa désignation. Cependant, son patrimoine personnel ne répond envers le tiers que des obligations encourues postérieurement à l'acceptation de sa nomination.

La résiliation éventuelle de la fiducie (article 9) doit être distinguée de la révocation du fiduciaire (article 10).

Alinéa 1: La révocation discrétionnaire du fiduciaire par le fiduciant et son remplacement correspondent à la situation actuelle (art. 404 al. 1 CO). Le fiduciant peut y renoncer dans l'acte de fiducie, notamment lorsque l'indépendance du fiduciaire à l'égard du fiduciant est nécessaire au but poursuivi. L'acte de fiducie peut également conférer cette compétence à un tiers (article 11 al. 2).

Alinéa 2: La révocation et le remplacement du fiduciaire sont nécessaires lorsque certaines conditions sont réalisées qui ne lui permettent plus de s'acquitter régulièrement de sa charge. Lorsque ces conditions sont réalisées mais que le fiduciant n'y procède pas, cette compétence est exercée par le tiers désigné par l'acte de fiducie (article 11 al. 2) ou par le juge (article 12 al. 1).

Alinéa 3: Alors que la transmission des biens fiduciaires au(x) premier(s) fiduciaire(s) requiert autant d'actes de disposition du fiduciant, car le patrimoine fiduciaire n'est pas encore constitué, celui-ci est transmissible par succession universelle d'un fiduciaire à l'autre. Le moment de ces transmissions ultérieures est déterminé par l'acceptation de sa mission par le(s) nouveau(x) fiduciaire(s).

Art. 11 Pouvoirs du fiduciant

¹ Le fiduciant exerce personnellement les pouvoirs que la loi et l'acte de fiducie lui réservent.

² L'acte de fiducie peut désigner ou prévoir la désignation d'un ou plusieurs tiers et leur conférer tout ou partie des pouvoirs que la loi réserve ou permet de réserver au fiduciant.

³ Les pouvoirs visés aux deux premiers alinéas sont personnels, incessibles et intransmissibles.

Sur le modèle du *protector* développé par la pratique du trust, l'*alinéa 2* permet à l'acte de fiducie de conférer à un (ou plusieurs tiers) les pouvoirs qui seraient autrement réservés au fiduciant par la loi ou l'acte de fiducie (*alinéa 1*).

Art. 12 Interventions du juge

¹ À la requête de tout intéressé et dans la mesure nécessaire à sauvegarder les intérêts des bénéficiaires, le juge exerce tout pouvoir que la loi ou l'acte de fiducie réserve au fiduciant ou à un tiers lorsque celui-ci tarde indûment à l'exercer, n'est pas en mesure de l'exercer ou l'exerce contrairement à l'acte de fiducie ou à la loi.

² À la requête de tout intéressé, le juge arrête la rémunération du fiduciaire dans la mesure où ses modalités ne résultent pas de l'acte de fiducie ou lorsque l'importance de l'activité du fiduciaire s'est notablement modifiée par rapport aux circonstances qui étaient envisagées par les parties à l'acte de fiducie.

³ Lorsqu'il existe un doute légitime sur la portée d'une obligation, d'un droit ou d'un pouvoir du fiduciaire, celui-ci peut saisir le juge. La décision lie le fiduciaire et les bénéficiaires, qui sont entendus préalablement.

⁴ Lorsque l'acte de fiducie ne désigne pas de for en Suisse, le tribunal compétent est celui du lieu où le fiduciaire ou l'un des fiduciaires a son établissement ou son domicile.

La fiducie ici proposée est susceptible de recevoir une durée plus longue que ce qui se pratique actuellement (article 9 al. 1 et 11 lit. c). Le fiduciaire peut aussi être autorisé par l'acte de fiducie à déployer son activité de façon largement ou totalement indépendante du fiduciaire (article 11 lit. a). Une telle fiducie peut survivre au décès du fiduciaire.

Pour toutes ces raisons, les actions habituelles de droit privé (condamnation, cessation ou prévention du trouble, etc.), qui n'ont pas besoin d'être répétées ici, doivent être complétées par trois compétences judiciaires spécifiques.

Alinéa 1: Lorsque c'est nécessaire, le juge peut être amené à se substituer au fiduciaire (ou au tiers, article 11) pour en exercer les pouvoirs. Là où cependant les pouvoirs du fiduciaire ou du tiers peuvent être discrétionnaires (e.g. résiliation en tout temps, opposition à la résiliation ou à la modification de l'acte de fiducie à l'initiative des bénéficiaires, révocation discrétionnaire du fiduciaire), ceux du juge sont limités par la double condition que le titulaire des pouvoirs doit être défaillant (principe de subsidiarité) et leur exercice nécessaire à la sauvegarde des intérêts des bénéficiaires.

Alinéa 2: Contrairement au mandat, qui peut être résilié en principe en tout temps (art. 404 CO), la fiducie peut être stipulée pour une durée déterminée longue (mais pas supérieure au maximum de 60 ans, cf. article 8 et 11 lit. c) et survivre au fiduciaire ou au (premier) fiduciaire (cf. article 10 lit. b). Il se peut donc que les parties originales à l'acte de fiducie ne soient plus en mesure de préciser ou de corriger la rémunération du fiduciaire (article 4 lettre b), ce qui impose de conférer ce pouvoir au juge.

Alinéa 3: Dans l'exécution d'un rapport à long terme tel qu'une fiducie, qui n'est en principe pas sujet à une modification d'un commun accord des parties (cf. article 9 al. 2), la nécessité d'un litige comme condition à la saisine d'un juge (procédure contentieuse) ne suffit pas. Il faut permettre au fiduciaire de s'adresser au juge en procédure gracieuse lorsqu'un doute légitime existe quant au contenu ou à l'étendue de ses obligations ou de ses pouvoirs.

Alinéa 4: Cet alinéa pourrait faire l'objet d'un article à introduire dans la loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000⁵¹³.