

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 73 (1954)

Artikel: Le trust et le droit suisse

Autor: Reymond, Claude

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895800>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 12.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le trust et le droit suisse

Rapport présenté par

Claude Reymond

Avocat au Barreau vaudois

Docteur en droit

TABLE DES MATIÈRES

	Page
<i>Introduction</i>	121a
<i>Chapitre I.</i> – Structure et fonction du trust en droit anglais	122a
<i>I. L'Équité.</i> – 1. Origine historique du trust. – 2. Rôle du trust en droit anglais	122a
<i>II. Structure du trust.</i> – 3. Définition. – 4. Constitution. – 5. Droits et obligations du trustee. – 6. Droits des bénéficiaires. 7. Durée. – 8. Conclusion	126a
<i>III. Fonction du trust.</i> – 9. Introduction. – 10. Droit des personnes. – 11. Droit de famille. – 12. Droit de succession. – 13. Exécution testamentaire. – 14. Droits réels. – 15. Droit des obligations. – 16. Droit commercial. – 17. Procédure .	141a
<i>IV. Le trust et les tiers.</i> – 18. Le trust n'est pas un acte secret. 19. Revendication des biens en mains tierces. – 20. Droits des créanciers. – 21. Droit fiscal	150a
<i>V. Conclusion.</i> – 22. Le rôle du trust	151a
<i>Chapitre II.</i> – Le droit suisse connaît-il le trust?	152a
<i>I. Généralités.</i> – 23. Un abus de langage	152a
<i>II. Le trust et le droit civil suisse.</i> – 24. La fondation. – 25. Régime matrimonial. – 26. Droits du représentant légal. – 27. Droit successoral. – 28. Substitution. – 29. Usufruit. – 30. Comparaison avec le droit anglais. – 31. Liquidation des successions. – 32. Exécuteur testamentaire. – 33. Droits réels	152a

	Page
<i>III. Le trust et le droit des obligations.</i> – 34. Acte fiduciaire	159a
<i>IV. Le trust et le droit commercial.</i> – 35. Introduction. – 36. La communauté des créanciers dans les emprunts par obligations. – 37. Investment Trust	161a
<i>V. Le trust en droit international privé.</i> – 38. Introduction. – 39. L'arrêt <i>Aktiebolaget Obligationsintressenter c. B. R. I.</i> – 40. Droits des bénéficiaires sur les biens du trust. – 41. Droit fiscal	163a
<i>VI. La constitution d'un trust en droit positif suisse.</i> – 42. Introduction. – 43. Recours au juge. – 44. Statut réel des biens. – 45. Droit des bénéficiaires. – 46. Le trust sur les créances. – 47. Garanties. – 48. Conflit avec le droit successoral. – 49. Conclusion	167a
<i>Chapitre III.</i> – Est-il nécessaire d'introduire le trust en droit suisse?	172a
<i>I. Introduction</i>	172a
<i>II. La fondation.</i> – 51. Système de la fondation. – 52. La fondation d'entretien. – 53. Jurisprudence fiscale. – 54. Jurisprudence civile. – 55. Suite. – 56. L'arrêt <i>Harris</i> . – 57. Conclusion	172a
<i>III. L'exécution testamentaire prolongée.</i> – 58. L'institution de l'exécution testamentaire prolongée. – 59. Difficultés pratiques. – 60. Nature des droits du grevé. – 61. Durée. – 62. Conclusion	179a
<i>IV. Le mandat post mortem.</i> – 63. Les constructions de la pratique bancaire. – 64. Discussion juridique. – 65. Conflit avec le droit successoral. – 66. Conclusion	184a
<i>V. Conclusion.</i> – 67. Le problème subsiste	187a
<i>Chapitre IV.</i> – Le trust est-il compatible avec le droit suisse?	188a
<i>I. Introduction.</i> – 68. Le problème. – 69. La thèse des partisans de l'introduction du trust en droit suisse. – 70. Thèse de M. Wyler. – 71. Le trust au Liechtenstein. – 72. Propositions de M. Wyler. – 73. Conclusion	188a
<i>II. La fonction du trust.</i> – 74. Caractère institutionnel du trust. – 75. Ce caractère en droit suisse. – 76. L'aspect économique	192a

<i>III. L'administration du patrimoine d'autrui.</i> – 77. Le régime du droit suisse. – 78. Construction dogmatique de ce régime	196a
<i>IV. La création du trust.</i> – 79. Rapports entre les bénéficiaires et le trustee. – 80. Nature de la désignation de bénéficiaire	199a
<i>V. Les droits sur les biens du trust.</i> – 81. Nécessité d'une solution. – 82. Droits du trustee. – 83. Droits des bénéficiaires. – 84. Droits des bénéficiaires successifs. – 85. Trust sur les créances. – 86. Le trust dans les sociétés commerciales. – 87. Subrogation réelle.	201a
<i>VI. Le trust et les tiers.</i> – 88. Action en revendication du bénéficiaire contre les tiers	205a
<i>VII. Le trust et le droit de succession.</i> – 89. La liberté de tester. – 90. Réserve. – 91. Réduction et rapport. – 92. Forme. – 93. Saisine. – 94. Durée. – 95. Conclusion	206a
<i>VIII. Conclusion.</i> – 96. Le trust n'est pas conciliable avec le système du droit suisse. – 97. Le trust et l'individualisme juridique. – 98. Le trust et l'autonomie de la volonté. – 99. L'avis de Savatier. – 100. Conclusion	209a
<i>Bibliographie</i>	213a

Introduction

Faut-il introduire en droit suisse le *trust* anglais ? Le sujet choisi par la Société suisse des juristes impose lui-même les limites de ce travail. On ne trouvera donc pas ici un exposé détaillé du droit des *trusts* dans les pays de *Common law*¹.

¹ Les auteurs continentaux utilisent souvent l'expression « droit anglo-saxon » ; ils désignent par là le système juridique des pays de langue anglaise, par opposition au droit des pays d'Europe et d'Amérique du Sud dont la systématique est d'origine romaine. Rappelons que, à proprement parler, le droit anglo-saxon est celui qui a régi l'Angleterre avant la conquête normande de 1066 (H. Potter, *Historical Introduction to English Law*, p. 6). Pour désigner l'ensemble des pays régis par le système juridique anglais, les auteurs de langue anglaise parlent de pays de Droit commun (common law countries). Dans ce travail, c'est cette expression qui

Notre propos est différent: après avoir étudié la structure du *trust*, nous rechercherons quelle est la fonction de cette institution en droit anglais; nous examinerons ensuite comment le droit suisse a résolu les problèmes juridiques dont le droit anglais a trouvé la solution dans le *trust*; enfin nous rechercherons si la systématique du droit suisse permet l'introduction du *trust*, soit par le jeu de l'autonomie de la volonté soit par une réforme législative; nous examinerons pour terminer si l'introduction du *trust* en droit suisse répond à une nécessité.

Dans ce travail, nous nous référerons avant tout au droit anglais. En effet, le *trust* est né dans le système juridique anglais et il n'a pu se développer que dans ce système. De plus, les pays de *Common law* forment une communauté juridique très étroite; on peut dire que, dans les principes, ils ont le même droit et que, dans chaque Etat, la jurisprudence et la législation ont simplement pris la suite de la jurisprudence et de la législation anglaises, sans abolir le passé, au moment où étaient atténués ou rompus les liens qui unissaient cet Etat à la Couronne. On peut admettre dès lors que les problèmes juridiques relatifs au *trust* se posent en termes semblables dans tous les pays de *Common law*.

Chapitre premier

Structure et fonction du *trust* en droit anglais

I. L'Equité

1. On sait que le *trust* doit son origine à une dualité de juridictions. Comme l'ancien droit français, par exemple², sera utilisée. Soulignons que l'on entend par pays de Droit commun ceux qui connaissent non seulement le Droit commun (*Common law*) stricto sensu mais aussi l'Equité, dont nous parlerons plus bas.

² v. A. Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 4e éd., p. 430 sq.

le droit anglais du moyen âge considérait que le souverain, même après avoir chargé ses tribunaux de dire le droit, conservait néanmoins le droit d'intervenir dans l'administration de la justice. Par conséquent, il était loisible au plaideur qui ne pouvait pas obtenir justice des tribunaux ordinaires (à cause, par exemple, d'une lacune du droit ou de l'absence d'une voie adéquate de procédure), de s'adresser directement au roi. En Angleterre, cette justice royale réservée fut assez tôt exercée par le Chancelier, garde des sceaux du royaume. Il n'y a rien jusqu'à là que l'on ne retrouve dans l'ancien droit de la plupart des Etats européens. Mais ce phénomène eut ceci de particulier en Angleterre que le recours à la juridiction du Chancelier ne resta pas une voie exceptionnelle, bien au contraire. Les décisions du Chancelier en vinrent ainsi à constituer une véritable jurisprudence dans les domaines où, comme on l'a dit plus haut, le droit commun et les tribunaux ordinaires ne protégeaient pas les intérêts légitimes des plaideurs. C'est ainsi que se créa lentement un droit spécial, administré par le Chancelier au nom du roi, parallèlement au droit commun (la Common law proprement dite), administré par les juges des cours ordinaires.

A la différence des tribunaux ordinaires qui appliquaient un droit strict, le Chancelier se laissait guider par l'équité, d'où le nom d'Equité (Equity) qui qualifia sa jurisprudence. Le Chancelier exigeait des plaideurs qu'ils agissent selon les exigences de la conscience. Il intervenait pour éviter que le défendeur n'abuse des droits qui lui étaient reconnus par le Droit commun; son jugement avait ainsi pour effet que le défendeur devait agir selon la conscience et non pas selon la rigueur du droit seulement. C'est dans ce sens que la Cour d'Equité fut également appelée Cour de conscience. Cette façon d'envisager les choses (à vrai dire assez peu juridique) se manifeste d'une autre façon encore: l'Equité visant à agir sur la conscience du justiciable utilise toujours des sanctions personnelles; en termes juridiques: l'Equité agit *in personam* (Equity acts in personam). Ce principe

est essentiel; on en verra toute l'importance à propos des droits du bénéficiaire sur la chose constituée en trust.

Il ne faut pas imaginer cependant que l'Equité soit un corps de droit totalement indépendant du Droit commun, ni non plus que le Chancelier ait été en quelque sorte le concurrent des juges ordinaires. Au contraire l'Equité ne se conçoit pas sans le Droit commun; elle est une glose sur le Droit commun, selon le terme de Maitland³.

Il y eut pourtant des conflits entre les juges ordinaires et les juges d'Equité; mais ils ne furent pas aussi nombreux que l'existence d'une dualité de juridictions ne le ferait supposer. Le plus célèbre, qui opposait Lord Ellesmere, alors Chancelier et l'un des plus grands commentateurs du Droit commun, Sir Edward Coke, Lord Chief Justice de la Cour du Banc du Roi, fut tranché par Jacques I^{er} en faveur de l'Equité. Dès ce moment, en cas de jugements contradictoires rendus l'un par le Chancelier l'autre par le juge ordinaire, le premier l'a emporté.

Bien que beaucoup de ses créations remontent au XV^e et au XVI^e siècles, l'Equité a trouvé sa forme actuelle à partir de la Restauration de 1660, grâce à une suite de Chanceliers dont beaucoup furent de grands juristes et dont il convient de rappeler le premier, Lord Nottingham, Chancelier de 1673 à 1682. Mais, à mesure qu'elle devenait précise et détaillée, la jurisprudence des Cours d'Equité devenait plus rigide. Dès le milieu du XIX^e siècle, les Cours d'Equité se considérèrent comme liées par leur propre jurisprudence, comme les Cours de Droit commun. De telle sorte qu'en 1905, un juge de la Cour de Chancellerie dut constater: «Cette Cour n'est plus une Cour de conscience»⁴.

2. Il est difficile de découvrir les causes du succès de l'Equité. Il est peut-être dû, en partie tout au moins, au fait que les Cours de Droit commun renoncèrent à étendre

³ Maitland, *Equity*, p. 8.

⁴ Buckley J., *In the Telescriptor Syndicate* (1903); v. Lord Justice Denning, *The need for a new Equity*, *Current Legal Problems*, 1952, p. 1—10.

leur juridiction dans les domaines régis par l'Equité. Mais il faut certainement voir l'une des causes de ce succès dans la force des sanctions qui garantissaient, dès l'origine, les décisions des Cours d'Equité: chargé de rendre la justice au nom du roi, le Chancelier menace de contrainte par corps la partie qui ne respecterait pas son jugement. Dès lors, le jugement d'une Cour d'Equité est singulièrement plus efficace qu'un jugement rendu par une Cour de Droit commun, dont la violation donne ouverture à l'exécution forcée, quant elle est possible, sinon à des dommages-intérêts. Enfin la procédure des Cours d'Equité était, à l'origine en tout cas, plus simple et moins technique que celle des tribunaux ordinaires. Elle autorisait notamment l'audition des parties en qualité de témoins, une procédure qui ne fut introduite en Droit commun qu'au cours du XIX^e siècle.

Aujourd'hui, l'Equité constitue, avec le Droit commun et les actes législatifs (Statute law), une des trois divisions fondamentales du droit anglais. Elle est appliquée depuis 1875 par les mêmes juges que le Droit commun. Cependant, les matières qui ressortissent exclusivement à son domaine (et notamment les *trusts*) sont attribuées à une chambre de la Haute Cour qui a conservé le nom de Chambre de la Chancellerie (Chancery Division). Les juges qui siègent dans cette Chambre sont en général choisis parmi les avocats spécialisés dans les affaires d'Equité. Ainsi, bien que le fonctionnement de l'Equité soit complémentaire de celui du Droit commun, la division subsiste néanmoins et l'homme de loi anglais doit examiner chaque problème de droit qui se pose à lui selon le schéma suivant: Quelle est la règle de Droit commun? Cette règle est-elle mise en échec par le jeu d'une règle d'Equité?⁵

⁵ L'intervention d'une autorité suprême dans l'administration de la justice, en dehors des voies de recours ordinaires n'est pas un phénomène particulier à l'Angleterre. Que l'on pense par exemple au recours de grâce qui paraît être de plus en plus utilisé et que certains condamnés considèrent, dans le Canton de Vaud en tout cas, comme une voie ordinaire de recours. Il serait intéressant en

II. Structure du trust

3. «De tous les exploits de l'Equité, disait Maitland, le plus grand et le plus important est l'invention et le développement du trust.»⁶ Il n'entre pas dans le cadre de ce travail d'exposer les origines historiques du trust. Précisons cependant que, si ces origines remontent à l'usage connu dès le XIV^e siècle, le trust dans sa forme actuelle date du XVIII^e siècle seulement⁷.

Il est difficile d'enfermer le trust dans une définition précise. En effet les nombreux problèmes juridiques que le droit anglais résout par le jeu du trust sont si différents les uns des autres que toute définition un peu précise est forcément incomplète. Plus qu'une institution particulière, le trust est plutôt un cadre juridique que le droit anglais utilise dans plusieurs domaines du droit. A cet égard, il peut être rapproché du mandat en droit suisse. Maitland lui-même ne donne pas du trust une autre définition que celle-ci :

«Lorsqu'une personne est titulaire de droits qu'elle est tenue d'exercer au profit d'une autre ou pour un certain but, elle est dite détenir ces droits en trust pour cette autre personne ou pour ce but et elle est appelée trustee.»⁸

Le professeur Hanbury s'exprime comme suit :

« Il y a relation de trust lorsque un bien est acquis à une ou plusieurs personnes, qui sont tenues de le conserver et de l'administrer

particulier de tracer le parallèle de la jurisprudence des Cours d'Equité en Angleterre et de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public, dans les recours fondés sur l'art. 4 de la Constitution fédérale: dans les deux cas on trouve l'intervention d'une autorité judiciaire, saisie par une voie de recours extraordinaire et la création d'un nouveau chapitre du droit par la seule jurisprudence.

⁶ Maitland, Equity, p. 23.

⁷ L'arrêt topique généralement cité par les auteurs est Robinson v. Pett (1743). Dans un arrêt de 1759, Lord Mansfield disait : « In my opinion trusts were not a true foundation till Lord Nottingham held the Great Seal » (Burgess v. Wheate, 1 Eden, p. 223). Or, Lord Nottingham fut Chancelier de 1673 à 1682.

⁸ Maitland, Equity, p. 44.

soit pour permettre la réalisation d'un but particulier soit au profit d'autres personnes, auxquelles l'Equité accorde un droit de quasi-propriété, analogue à la propriété du Droit commun, droit qui prévaut non seulement à l'égard du trustee lui-même mais aussi à l'égard de quiconque détient le bien, sauf un acquéreur de bonne foi.»⁹

On le voit, l'élément décisif du trust réside dans l'affectation de certains biens soit au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires soit à la réalisation d'un but licite, mais toujours sous l'administration d'un trustee. Cet élément a conduit l'un des meilleurs connaisseurs du trust sur le continent, M^e Pierre Lepaulle, avocat à la Cour de Paris, à expliquer le trust par référence à une théorie familière aux juristes continentaux, celle du patrimoine affecté¹⁰. Cette explication est intéressante; elle a notamment le grand mérite de souligner l'importance de la séparation, dans le patrimoine du trustee, des biens grevés de trust d'avec la fortune privée du trustee. Nous pensons cependant que la construction de M^e Lepaulle n'est pas sans danger, parce qu'elle rend compte en termes systématiques d'une institution que seule l'histoire permet d'expliquer. Cette transposition du trust en termes connus du lecteur continental, si intéressante soit-elle, atténue le caractère particulier du trust. Elle incite, par exemple, le lecteur continental à considérer le trust comme une personne morale, ce qui serait une grave erreur.

4. En principe le trust est créé par un acte unilatéral de volonté, entre vifs ou à cause de mort. Le constituant (settlor) transfère un bien en trust à un ou plusieurs trustees, à charge pour ceux-ci de l'administrer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ou conformément à un certain but. Le constituant peut également déclarer qu'il se considère désormais comme trustee de tel de ses biens. Enfin, par testament, le constituant peut affecter à un trust tel élément de sa succession. Remarquons que le constituant peut être lui-même trustee (le cas est fréquent); il peut également

⁹ Hanbury, *Modern Equity*, p. 117.

¹⁰ P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts*, p. 230sq.

s'indiquer lui-même au nombre des bénéficiaires (le cas est plus fréquent encore). Il n'est d'ailleurs pas indispensable que le constituant désigne aussitôt tous les bénéficiaires successifs du trust. Il peut se borner à désigner le premier bénéficiaire, quitte à lui donner le droit de désigner à son tour les bénéficiaires ultérieurs (power of appointment); il peut également se réserver le droit de désigner lui-même les autres bénéficiaires.

Mais la création par acte expresse de volonté n'est pas le seul mode de constitution du trust. Dans plusieurs domaines du droit, le droit anglais connaît des trusts qui sont constitués *ex lege*, sans déclaration à cet effet, sans transfert de propriété et parfois même contre la volonté du trustee. C'est ainsi que le vendeur d'un immeuble devient trustee de l'immeuble au profit de l'acheteur dès le moment de la conclusion du contrat et jusqu'à celui du transfert de la propriété, sous réserve du paiement du prix. C'est ainsi également que le tiers qui, de mauvaise foi, acquiert un bien grevé d'un trust, devient à son tour trustee de ce bien, au profit du bénéficiaire. C'est ainsi que le trustee qui utilise à son profit tout ou partie des biens du trust (par exemple en spéculant sur les valeurs qu'il détient et en utilisant son bénéfice pour l'achat de titres qu'il place dans son dossier personnel) est considéré comme trustee de l'avantage qu'il retire de son opération.

La loi ne requiert aucune *forme* spéciale pour la création d'un trust entre vifs, sauf pour les trusts portant sur des immeubles, qui sont soumis à la forme écrite. Le trust peut ainsi être constitué oralement. Il est également possible de constituer un trust par testament; ici encore, la loi ne requiert l'observation d'aucune forme spéciale; il suffit que le testament soit en la forme ordinaire. La jurisprudence reconnaît même dans certains cas la validité de trusts dits secrets, c'est-à-dire qui n'apparaissent pas, ou pas entièrement, dans le testament.

Le droit anglais admet que des trusts peuvent être constitués sur tout droit quelconque (sous quelques réserves, il

est vrai). On lit souvent dans les auteurs continentaux que seuls les droits reconnus par le Droit commun peuvent être constitués en trust. Il n'en est rien: il est au contraire fréquent que des droits purement équitables soient constitués en trust; c'est ainsi que le bénéficiaire d'un trust peut, à son tour, constituer un trust sur son droit, au profit d'un tiers.

Nous avons vu à plusieurs reprises que le trust est constitué soit au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires soit pour permettre la réalisation d'un but licite. En effet, le droit anglais connaît, sous le nom de trusts charitables, des trusts constitués dans un but d'intérêt général. Ces trusts correspondent à nos fondations. A la différence des trusts privés, ils sont perpétuels (v. n° 7). Pour éviter la multiplication des trusts charitables et, partant, l'accumulation de biens de mainmorte, et, de surcroît, libres d'impôts, la jurisprudence anglaise interprète de façon restrictive la notion de but charitable. Sont considérés comme buts charitables: le secours aux indigents, l'avancement de l'éducation, celui de la religion et, de façon générale, l'intérêt public.

C'est le juge qui décide si le but auquel un trust est affecté peut être considéré comme charitable. Il le fait en général à l'instance des héritiers ab intestat, ou du fisc, parfois à la demande du constituant lui-même¹¹.

Les règles d'interprétation de la notion de trust charitable sont souvent archaïques et toujours compliquées. Elles soulèvent de grandes difficultés¹². Il est d'ailleurs question de reviser ce chapitre du droit¹³.

¹¹ C'est ainsi que la constitution en trust du capital-actions de certains journaux du groupe Astor, groupe qui publie entre autres *l'Observer*, a été déclarée nulle en 1952, à la demande du constituant lui-même. v. O. R. Marshall, *The failure of the Astor Trust*, *Current Legal Problems*, 1953, p. 151—176.

¹² L'interprétation du terme «charitable or benevolent» contenu dans un testament a donné lieu à l'un des plus grands procès de ces dernières années, l'aff. *Diplock* (v. les arrêts *Chichester Diocesan Fund v. Simpson* (1944) et *Simpson v. Minister of Health* (1951).

¹³ v. Keeton, *The charity muddle*, *Current Legal Problems*,

Le trust charitable joue un rôle très important dans les pays anglo-saxons. La plupart des institutions d'utilité publique (hôpitaux, etc.), les collèges d'Oxford et de Cambridge, les grandes écoles (public schools) comme Eton, les grands clubs, en Angleterre, les universités, aux Etats-Unis, sont organisés sous forme de trust.

5. La nature des droits du trustee est un des éléments caractéristiques du trust: le trustee devient seul propriétaire des biens constitués en trust. Il est seul propriétaire des immeubles, des meubles et des papiers-valeurs et seul titulaire des créances. De ce fait, le trustee peut librement administrer les biens qui lui sont remis sans avoir à obtenir le consentement des bénéficiaires. A l'égard des tiers, le trustee apparaît donc comme le seul titulaire des droits sur les biens constitués en trust. Il en est de même à l'égard des bénéficiaires eux-mêmes. En Droit commun (common law) le trustee est libre de disposer à son gré des biens grevés du trust, qui ne se distinguent en rien des autres éléments de son patrimoine.

En revanche, l'Equité contraint le trustee à respecter ses *obligations* à l'égard des bénéficiaires.

Les obligations du trustee sont en premier lieu celles que lui impose l'acte constitutif du trust: le trustee est tenu d'administrer les biens qui lui sont remis et d'en remettre les revenus aux bénéficiaires. La jurisprudence et la loi ont en outre précisé un certain nombre d'obligations dont les principales sont relatives à la répartition des revenus entre capital et intérêts¹⁴, à la garantie des droits des bénéficiaires

1949, p. 86—102; Report of the Committee on the law and practice relating on charitable trusts (1952).

¹⁴ La question de la garantie des droits des bénéficiaires futurs a très tôt retenu l'attention des cours d'Equité. C'est à ce souci que sont dues, par exemple, les règles qui interdisent au trustee de placer les fonds du trust en valeurs spéculatives et même de conserver des valeurs de ce genre, sauf autorisation expresse du constituant. De même, le trustee doit toujours faire le départ entre capital et intérêts et ne distribuer que l'intérêt au bénéficiaire actuel; si l'intérêt dépasse 4 %, le solde doit être ajouté au capital.

futurs à l'égard des bénéficiaires actuels, au maintien de l'égalité entre les bénéficiaires. Dans certaines circonstances, le trustee est même autorisé à faire aux bénéficiaires des avances en capital, à titre notamment de frais d'établissement ou d'éducation.

Les obligations du trustee sont sanctionnées de façon sévère: le trustee est personnellement responsable de son administration, sur l'ensemble de ses biens; il encourt également une responsabilité pénale.

Une des règles essentielles du droit des trusts interdit au trustee de tirer profit de ses fonctions. S'il transgresse cette règle, le profit qu'il en retire est grevé de trust. Si, par exemple, le trustee place les fonds du trust en valeurs qui rapportent un intérêt plus élevé que le montant de l'annuité qu'il doit servir au bénéficiaire, il ne peut pas conserver la différence; il doit la placer au profit soit du bénéficiaire soit du constituant du trust. Il est également interdit au trustee de contracter avec lui-même, par exemple en achetant un bien du trust. Enfin, si l'exécution du trust n'absorbe pas les biens remis au trustee, en capital ou en revenus, le trustee détient ce solde en trust pour le compte du constituant ou de sa succession.

En revanche, le trustee n'est pas le mandataire du ou des bénéficiaires. Il n'a pas d'ordre à recevoir d'eux et leur consentement à tel acte de son administration ne met pas nécessairement sa responsabilité à couvert. Le trustee est au contraire lié par les clauses de l'acte constitutif du trust. Si cet acte est obscur ou incomplet, le trustee doit s'adresser au juge pour obtenir des instructions.

Selon l'expression anglaise, le trustee vit à l'ombre de la Cour. Lorsqu'il veut obtenir des directives sur le placement des fonds ou sur la répartition des revenus, lorsqu'il a un doute sur l'interprétation de l'acte de trust, le trustee solli-

C'est ce qu'on appelle le principe de l'arrêt *Howe c. Lord Dartmouth* (1802), principe qui ne s'applique d'ailleurs pas à tous les trusts. Sur un point très spécial, le Code civil suisse contient une règle qui s'inspire d'une idée analogue: il s'agit de l'art. 770.

cite du juge les instructions qui mettent sa responsabilité à couvert, sans d'ailleurs engager en rien celle du juge. Les Cours d'Equité en ont ainsi été amenées à poser un grand nombre de principes que les trustees doivent observer. Au surplus, pour rendre plus facile l'administration des trusts et diminuer le nombre des recours au juge, le législateur a indiqué certaines des décisions que le trustee peut prendre sans avoir besoin de requérir l'autorisation du juge. C'est ainsi que l'on trouve, par exemple, dans le Trustee Act de 1925, la liste des valeurs dans lesquelles les trustees sont autorisés à placer les fonds qui leur sont remis.

Il n'en reste pas moins que les fonctions de trustee sont très absorbantes et qu'elles entraînent une grande responsabilité. De plus, elles sont en principe gratuites, sauf disposition contraire de l'acte constitutif. Il n'est pas surprenant dès lors qu'il soit de plus en plus difficile de trouver des trustees. L'Etat a dû créer un trustee officiel (Public Trustee) qui administre les trusts comprenant des capitaux modestes. Les grandes banques de leur côté ont créé des Trust Departments qui se chargent des fonctions de trustees, mais, bien entendu, moyennant rémunération. Il y a donc, dans la vie du droit, une nette évolution de la pratique des trusts sur ce point¹⁵.

Le *nombre* des trustees n'est pas limité, sauf lorsque le trust porte sur un immeuble, auquel cas la loi le limite à quatre. En pratique les trusts sont en général administrés par plusieurs trustees et il est recommandé d'en désigner au moins deux.

Lorsqu'il y a plusieurs trustees, leurs droits sur les biens du trust sont analogues à ceux des propriétaires en main commune du droit suisse. Entre les trustees existe un droit d'accroissement, de telle sorte que, lors du décès d'un des trustees, son droit s'éteint au lieu de tomber dans sa succession¹⁶. Lorsqu'un trust est administré par un trustee

¹⁵ v. Keeton, *Changing conceptions in trusteeship*, Current Legal Problems, 1950, p. 14—29.

¹⁶ Le droit d'accroissement entre trustees a été invoqué par le

unique, le décès du trustee ne porte pas préjudice au trust : l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la succession du trustee défunt devient trustee à son tour.

La désignation des trustees incombe en principe au constituant du trust. Cependant le trust n'est jamais mis en échec par le défaut d'un trustee; le droit anglais a établi une série de règles sur la désignation du trustee. Lorsque le constituant omet de désigner un trustee, il devient lui-même trustee; si le trust est constitué par testament, les exécuteurs testamentaires deviendront trustees; les bénéficiaires peuvent, dans certains cas, désigner le trustee; le ou les trustees eux-mêmes ou leurs exécuteurs testamentaires peuvent désigner de nouveaux trustees¹⁷. A défaut de personne ayant qualité pour désigner le trustee, le juge le désigne lui-même. Rappelons qu'il existe un trustee officiel (Public Trustee).

6. La solution qu'a donné le droit anglais au problème de la *protection des droits des bénéficiaires* est très intéressante. Elle explique le vif intérêt que l'institution du trust a suscité chez les juristes du continent.

Comme on vient de le voir, le trustee est seul propriétaire des biens constitués en trust. Par conséquent, au point de vue du Droit commun en tout cas, il a pouvoir pour disposer librement de ces biens, sans tenir aucun compte du trust¹⁸. L'Equité ne conteste pas au trustee les droits que lui re-

Tribunal fédéral dans un arrêt récent, dont nous parlerons plus bas (n° 44).

¹⁷ Par exemple les trusts charitables sont presque tous administrés par plusieurs trustees. En cas de décès d'un d'entre eux, les survivants désignent le nouveau trustee. On peut dire que, dans la plupart des cas, les trustees se renouvellent par cooptation.

¹⁸ Certains auteurs expriment cette situation en disant que le trustee est propriétaire en Droit commun. Remarquons que, si c'est en général le cas, ce ne l'est pas nécessairement. Il se peut en effet, que les droits constitués en trust soient eux-mêmes des droits équitables, par exemple lorsque le trust porte sur des droits de bénéficiaire dans un autre trust. Dans ce cas le trustee ne devient titulaire que de droits équitables.

connaît le Droit commun; bien plus, ces droits sont indispensables dans le système du trust, puisqu'ils permettent au trustee d'exercer ses fonctions. En revanche, l'Equité exige du trustee qu'il exerce conformément au but du trust les droits qui sont les siens en Droit commun. Le succès du trust est dû précisément à ce que l'Equité a réussi, sans réduire les droits du trustee, à les limiter de telle façon que le trustee ne puisse les utiliser de façon licite que pour exécuter ses obligations à l'égard des bénéficiaires.

En raison du développement historique de l'Equité, les droits du bénéficiaire à l'égard du trustee ne peuvent pas être tous réunis dans une même définition dogmatique. Les hommes de loi anglais ont d'ailleurs porté leur effort plus sur la protection pratique des droits du bénéficiaire que sur la construction théorique de ces droits. En bref, le bénéficiaire dispose des voies de droit suivantes à l'égard du trustee:

Le bénéficiaire dispose tout d'abord d'une action personnelle contre le trustee, en exécution du trust. Cette action lui permet d'obtenir du juge qu'il ordonne au trustee d'exécuter ses obligations à l'égard du bénéficiaire: reddition des comptes, paiement des annuités, placement du capital en fonds autorisés, répartition des revenus entre capital et intérêts, distribution du capital à la fin du trust, etc.

Si le trustee n'a pas exécuté ses obligations, le bénéficiaire est en droit de lui demander des dommages-intérêts. Comme on l'a vu plus haut, le trustee répond de l'exécution de ses obligations sur l'ensemble de son patrimoine.

Ces deux voies de droit (action en exécution du trust et action en dommages-intérêts) sont en principe suffisantes lorsque le trustee est solvable. En droit anglais, elles constituent des actions purement personnelles. Mais l'Equité va plus loin: elle accorde au bénéficiaire des actions quasi-réelles qu'il peut exercer non seulement contre le trustee mais également contre les tiers.

L'Equité accorde en effet au bénéficiaire un droit de suite sur les biens du trust. Ce droit porte en premier lieu

sur les biens qui ont été originellement remis au trustee, lors de la création du trust. De plus, par une application très large du principe de la subrogation réelle, les biens acquis en remploi peuvent également être revendiqués par le bénéficiaire. Enfin, si le trustee a mélangé les deniers du trust avec les siens propres, le bénéficiaire doit en principe être remboursé par privilège. Ce large droit de suite est particulièrement utile en cas de faillite du trustee.

Le bénéficiaire est également protégé à l'égard des tiers: il a le droit de suivre les biens grevés du trust en mains de ceux qui les ont acquis du trustee¹⁹. Sa protection est même renforcée par le fait que les Cours d'Equité considèrent que le tiers acquéreur de biens grevés du trust devient à son tour trustee. Nous arrivons ici à la limite: le bénéficiaire est sans défense lorsque le bien a été acquis à titre onéreux par un tiers qui, de bonne foi, ignorait l'existence du trust grevant ce bien. Mais les tribunaux n'admettent pas facilement que le tiers ait ignoré l'existence du trust: la connaissance du trust est présumée (constructive notice) dans de nombreuses hypothèses.

Si l'on résume, on constate que l'Equité accorde au bénéficiaire une double protection: d'une part elle l'autorise, par la voie d'une action personnelle, à exiger du trustee le respect de ses obligations et à réclamer des dommages-intérêts de la part du trustee infidèle ou maladroit; d'autre part, elle lui reconnaît un droit de suite sur les biens grevés du trust et sur ceux qui ont été acquis en remploi, et cela aussi bien entre les mains du trustee et de ses créanciers qu'entre les mains des tiers, à l'exception de l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux.

Ainsi le bénéficiaire est dans une position beaucoup plus

¹⁹ Il s'agit d'ailleurs d'une action générale de l'Equité, qui est reconnue à tous les titulaires de droits équitables; elle est notamment accordée aux héritiers contre les légataires dont le legs est devenu caduc à la suite de l'annulation du testament (affaire Diplock). En droit anglais, en effet, l'héritier n'a que des droits équitables sur la succession, jusqu'au moment du partage.

forte qu'un simple créancier. Il est titulaire non seulement d'une créance en exécution du trust, mais aussi d'un droit qui porte directement sur les biens constitués en trust. En termes anglais, le bénéficiaire est titulaire d'un *equitable estate* sur les biens constitués en trust. Cet *equitable estate* existe conjointement avec la propriété du trustee sur ces mêmes biens, ou *legal estate*.

Doit-on dire que le bénéficiaire est titulaire d'un droit réel sur les biens constitués en trust? La question est vivement disputée: la doctrine traditionnelle de l'Equité considère que, quelque forte que soit leur sanction, les droits du bénéficiaire restent de nature personnelle. C'était notamment l'enseignement de Maitland, dont la démonstration est classique²⁰. Cette opinion paraît conforme à l'origine historique du trust et à la systématique de l'Equité. Mais elle est aujourd'hui combattue, tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis. Pour le professeur Hanbury d'Oxford, par exemple, les droits du bénéficiaires sont quasi-réels²¹. Cette construction paraît fondée, si l'on pense au droit de suite du bénéficiaire sur les biens du trust. Elle peut au surplus s'appuyer, en Angleterre en tout cas, sur certaines décisions de la Chambre des Lords, Cour suprême du royaume²². Il ne nous appartient pas ici de prendre parti. En revanche, il faut souligner que, quelle que soit la qualification juridique des droits du bénéficiaire *en droit anglais*, il paraît impossible, *au point de vue du droit suisse*, de contester que le bénéficiaire d'un trust dispose de droits *réels* sur les biens du trust. En effet, si l'on veut qualifier les droits du bénéficiaire en utilisant les critères du droit suisse, ces droits ne peuvent être considérés autrement que comme réels. Cette conclusion est capitale pour la suite de cette étude.

7. Ce bref résumé du droit des trusts donnerait pourtant une idée totalement fausse de notre institution, si l'on n'en

²⁰ Maitland, *Equity*, p. 106 sq. cf. Keeton, *Law of Trusts*, p. 323 sq. et les arrêts cités.

²¹ Hanbury, *Modern Equity*, p. 505—507.

²² *Baker v. Archer-Shee*, 1927.

signalait pas un dernier élément: le trust est par essence une institution destinée à durer, ou en tout cas à permettre la réalisation d'un certain but. Il est avant tout utilisé pour assurer à *plusieurs personnes* la jouissance successive d'un même bien. Dès lors, l'activité du trustee est dirigée par le but du trust et non par les instructions des bénéficiaires. En revanche, lorsque le trust n'a ni but spécifique ni durée déterminée, le trustee doit se borner à suivre les instructions des bénéficiaires, qui ont notamment le droit d'exiger en tout temps la distribution des biens du trust. En fait, la très grande majorité des trusts sont spéciaux, c'est-à-dire destinés à durer.

Le droit anglais porte un intérêt particulier à la question des droits dans le temps. Les hommes de loi anglais ont fait preuve d'une particulière fertilité d'imagination dans ce domaine en créant une grande variété de droits dont l'exercice est soumis à un terme ou à une condition, tout en les considérant comme acquis dès l'origine à leur titulaire. Ce phénomène, qui se rencontre en Droit commun comme en Équité, constitue l'un des éléments les plus typiques et en même temps les plus déroutants du droit anglais²³.

En droit anglais, il a été très tôt considéré comme contraire à l'ordre public de lier par avance la dévolution des biens au-delà d'une certaine période. La crainte des biens de mainmorte a incité les tribunaux à intervenir. C'est ainsi que les juges de Droit commun ont posé deux principes essentiels destinés à parer à ce danger: il est interdit de repousser au-delà d'une certaine période l'acquisition définitive d'un bien; il est interdit d'accumuler indéfiniment les revenus d'un bien. Ces deux principes, dits le premier

²³ A notre avis la doctrine des *estates* est un chapitre du droit anglais aussi intéressant, sinon plus que celui du trust. Pour un juriste continental, l'étude de ce chapitre constitue un dépaysement complet. Il faut regretter qu'il ne suscite pas plus d'intérêt de ce côté-ci de la Manche, alors que le trust en a provoqué dans tous les pays. v. à ce sujet le récent ouvrage du prof. Lawson, d'Oxford: *The rational strength of English law*, 1951.

règle contre les perpétuités (rule against perpetuities) et le second règle contre les accumulations (rule against accumulations) s'appliquent notamment aux trusts. Alors que le second ne requiert aucune explication²⁴, le premier exige un bref développement.

Il ne faut pas oublier en effet que, dans son origine historique, le trust a été imaginé pour permettre au propriétaire de biens immobiliers de disposer de ces biens en échappant aux incidences du droit féodal. Et lorsque la loi eut autorisé le propriétaire à disposer librement de ses immeubles, soit entre vifs soit à cause de mort, et cela dans un pays dont le Droit commun ignorait et ignore encore la réserve héréditaire, le trust a été utilisé avant tout pour assurer la conservation de la fortune à l'intérieur de la famille.

Les règles des perpétuités (rules against perpetuities) sont assez compliquées et d'une très grande technicité. On peut les résumer de la façon suivante : pour que le trust soit valable, il est nécessaire que l'acte qui l'institue indique un terme à l'événement duquel les biens constitués en trust seront définitivement acquis par le dernier bénéficiaire. Ce terme doit intervenir au plus tard 21 ans après le décès d'une personne vivante au moment de la création du trust. Il faut de plus que l'acte constitutif du trust mentionne la ou les vies qui serviront de référence pour la durée du trust. Si l'acte est muet sur ce point, le trust ne pourra durer plus de 21 ans. Enfin si l'acte constitue le trust pour une durée qui dépasse la «perpetuity period», le trust est nul. Les trusts charitables, cependant, échappent à cette limitation de durée ; ils peuvent être constitués à perpétuité.

Un exemple fera mieux comprendre cette règle cardinale du droit anglais²⁵ : un testateur lègue sa fortune à ses trus-

²⁴ Signalons, à titre anecdotique, que cette règle a été introduite par le législateur anglais (Thellusson Act, 1800) pour éviter l'imitation des dispositions contenues dans le testament d'un financier d'origine genevoise, M. Thellusson, qui avait ordonné l'accumulation d'une fortune considérable.

²⁵ Cette règle est observée dans tous les pays de Droit commun.

tees, pour le bénéfice de ses enfants, le capital devant être partagé entre ses petits-enfants lorsque le cadet d'entre eux aura atteint sa 21^e année. Ce trust est valable, puisqu'il prendra fin à l'expiration d'une période qui ne dépasse pas la vie de personnes vivantes à la naissance du trust (celles des enfants du constituant) plus 21 ans.

Il n'est pas indispensable que le constituant se réfère à la vie d'un bénéficiaire. Il est courant de voir choisi comme terme de référence la vie d'un souverain ou d'un membre de la famille royale. Le constituant peut alors lier la durée du trust à celle de la vie du plus jeune des descendants du roi Georges VI qui sera vivant au jour du décès du constituant, plus 21 ans.

En revanche est nul comme contraire aux règles sur la perpétuité le trust destiné à durer au delà d'une vie plus 21 ans, par exemple le trust constitué au profit des enfants du constituant, puis de ses petits-enfants sans limitation de durée, lorsqu'aucun de ces petits-enfants n'est encore né au jour de la constitution du trust.

Soulignons que l'élément décisif est toujours le terme auquel les biens constitués en trust doivent être définitivement acquis par leur ultime destinataire, qui doit pouvoir en disposer librement²⁶. Remarquons également que les règles sur les perpétuités ne sont pas issues de l'Équité. Elles sont au contraire empruntées au Droit commun, où elles tendent à limiter la durée de procédés analogues à ce que nous appelons la substitution fidéicommissaire, procédés qui étaient possibles en pure «common law», sans intervention d'un trustee.

L'un de ses meilleurs exposés est dû à un homme de loi américain, le professeur Leach, dans la *Harvard Law Review* t. 51 (1938) p. 638.

²⁶ Nous avons volontairement simplifié ce tableau. En réalité la question est plus délicate: le droit anglais exige un «vesting of interest», qui n'est pas nécessairement «vested in possession». Un exposé détaillé nous aurait entraîné trop loin, vu le but de ce travail.

8. Tentons maintenant de *résumer* cet exposé sommaire du droit des trusts. Le trust a pour but d'assurer à plusieurs personnes en succession la jouissance des revenus d'un même bien puis, à son expiration, la remise de ce bien au destinataire désigné par le constituant. En droit continental, ce but est réalisé par la remise du bien aux *bénéficiaires* successifs, par le jeu de l'usufruit ou de la substitution fidéicommissaire. En droit anglais, ce but est atteint par la remise du bien à *un tiers*, le trustee, chargé d'administrer ce bien de façon impartiale, en tenant compte à la fois des intérêts des bénéficiaires actuels et de ceux des bénéficiaires futurs.

Grâce à l'efficacité des sanctions dont disposent les cours d'Équité, le droit anglais a pu accorder au bénéficiaire du trust une protection très étendue. Certes ces moyens restent, de leur nature, des actions personnelles ; mais ils sont accordés au bénéficiaire de façon si généreuse, tant à l'égard du trustee et de ses créanciers qu'à l'égard des tiers, que le bénéficiaire fait figure de propriétaire, aux yeux du juriste continental en tout cas. Pourtant le trustee reste le propriétaire exclusif des biens du trust, ce qui lui donne une très grande liberté dans leur administration.

Dans la construction du trust, le droit anglais ne recourt pas à la fiction de la personne morale. Le trust n'existe pas en soi, le droit ne connaît que des trustees qui disposent de certains biens. Même dans les trusts charitables, qui correspondent, nous l'avons déjà dit, à nos fondations, les biens constitués en trust appartiennent aux trustees et aux trustees individuellement, puisque leur réunion ne constitue pas non plus une personne morale.

La protection des droits des bénéficiaires a pourtant abouti à la *séparation du patrimoine* personnel du trustee d'avec les biens dont il est propriétaire en trust. Cette séparation des patrimoines est renforcée par l'application extensive du principe du *emploi*. A vrai dire ces expressions (patrimoine séparé, emploi) sont déjà des termes d'explication, qui viennent à l'esprit continental. Le juriste anglais

préfère dire que les biens remis en trust sont frappés d'un trust (*impressed with a trust*), qu'ils continuent à l'être même en mains des tiers et que les biens acquis avec l'argent provenant de leur vente deviennent à leur tour frappés de trust.

Enfin, le trustee agit de façon indépendante, dans le cadre du trust. Il ne doit suivre ni les instructions du constituant ni celles des bénéficiaires. D'où la nécessité d'un recours au juge, qui a qualité pour donner au trustee les instructions que le trustee n'a pas le droit de demander aux bénéficiaires.

III. Fonction du trust

9. On examinera maintenant les principales utilisations du trust dans les divers domaines du droit. Pour plus de clarté, nous suivrons l'ordre traditionnel des matières du droit suisse, plutôt que celui du droit anglais, dont la systématique est profondément différente.

Le trust en effet n'est pas une institution en soi, il est bien plutôt une forme juridique susceptible de nombreuses utilisations. Il importe de voir comment il fonctionne dans les divers domaines du droit où il est utilisé.

10. Dans le *droit des personnes*, le trust charitable correspond à la *fondation* du droit suisse. Comme la fondation, le trust charitable est en principe perpétuel; il est destiné à profiter à des destinataires déterminés par des critères objectifs. Les fins auxquelles des trusts charitables peuvent être affectés ont été groupées par la jurisprudence en quatre grandes divisions: le secours de l'indigence, l'avancement de l'éducation, l'avancement de la religion, les autres buts utiles à la communauté. Comme les trusts charitables sont exemptés d'impôts, le fisc examine de près tous ceux qui lui sont soumis, afin d'éviter que cette forme de trust ne soit utilisée pour soustraire des fortunes à son atteinte. Les problèmes que pose l'interprétation de la notion de trust charitable sont voisins de ceux que la notion de fondation

de famille a soumis à la jurisprudence suisse²⁷. De façon générale, on peut dire que la jurisprudence paraît devenir de plus en plus stricte et tend à mettre l'accent avant tout sur l'élément d'utilité publique. Si le trust n'est pas considéré comme charitable, il est annulé.

11. En *droit de famille*, le trust est utilisé de façon générale pour organiser conventionnellement le *régime matrimonial*. Rappelons d'abord que le droit anglais ne contient pas, à proprement parler, de régime matrimonial. Depuis la fin du XIX^e siècle, la législation a pratiquement accordé la pleine capacité à la femme mariée; celle-ci peut donc disposer librement de son patrimoine. De plus, le droit anglais n'accorde aux époux aucun droit sur le patrimoine l'un de l'autre²⁸. Les auteurs continentaux disent communément que le régime légal du droit anglais est celui de la séparation de biens; il paraît plus exact de dire que le droit anglais n'a pas de régime matrimonial légal.

En l'absence de régime légal, la pratique a créé, par le jeu du trust, ce que l'on peut appeler des régimes conventionnels. Soit avant le mariage soit pendant le mariage, les époux ou leur famille constituent des trusts, qui prévoient en général comme bénéficiaires: l'époux qui a constitué le trust ou dont la famille l'a créé; à son décès son conjoint; puis au décès de l'époux survivant, les enfants issus du mariage pendant leur minorité; le trust prend fin à la majorité des enfants, c'est-à-dire qu'à ce moment les biens constitués en trust sont en général définitivement acquis aux enfants.

Cette forme de trust que l'on pourrait appeler trust de régime matrimonial est l'une des plus répandues.

12. Mais cependant c'est dans le *droit de succession* que le trust est le plus largement utilisé. Ici encore, il convient

²⁷ v. n^{os} 51 et suiv.

²⁸ Le Droit commun connaissait le douaire (dower), mais le douaire a été aboli en Angleterre par acte législatif. Il subsiste dans d'autres pays de Droit commun, par exemple dans certaines provinces du Canada et dans plusieurs Etats d'Amérique du Nord.

de rappeler le cadre juridique dans lequel les praticiens anglais ont employé le trust. Depuis le XVI^e siècle, le droit anglais connaît une liberté absolue de tester dans le domaine immobilier. Dans le domaine mobilier, la liberté de tester a toujours été reconnue. Ainsi le Droit commun ne connaît pas la réserve héréditaire²⁹. La pratique a utilisé cette complète liberté testamentaire pour organiser conventionnellement le régime des successions. Dans le domaine immobilier, elle a créé un système de substitutions, de durée pratiquement indéfinie, sans avoir à recourir au trust; ce système ressortit donc entièrement au Droit commun et n'entre pas dans le cadre de cet exposé. Mais il a été modifié par voie législative en 1925 et, depuis cette date, la substitution immobilière emporte la désignation de trustees, qui ont pour fonction de faire respecter la substitution; ce système a ceci de particulier par rapport aux trusts ordinaires que le trustee n'est pas nécessairement propriétaire (titulaire du *legal estate*) de l'immeuble grevé de substitution.

En revanche, dans le domaine mobilier, c'est le trust ordinaire qui est utilisé. Il permet au père de famille d'organiser sa succession et d'assurer la dévolution de ses biens à travers deux générations. Le testament anglais classique, après un certain nombre de legs, dispose que le solde de la fortune du testateur sera constitué en trust au profit de la veuve du testateur sa vie durant, puis de ses enfants, pour être partagée entre les petits-enfants du testateur au moment de leur majorité. Des trustees administreront la fortune du testateur au profit des bénéficiaires successifs, pour finir par la partager entre les ultimes destinataires. Le trust joue ici le rôle dévolu, en droit suisse, à l'usufruit successoral du conjoint survivant, suivi d'une substitution fidéicommissaire.

²⁹ Une novelle de 1938 a accordé des aliments à la veuve et aux enfants mineurs ou incapables lorsqu'ils sont exposés à tomber dans le besoin, faute par le défunt d'avoir pris des dispositions testamentaires en leur faveur (cf. art. 631 al. 2 CCS).

13. Le trust est également utilisé, en droit successoral, dans la procédure de liquidation et de partage de la succession. On sait que le droit anglais a, sur ce point encore, une solution toute différente de celle des droits continentaux : alors que les droits continentaux disposent que le patrimoine du défunt passe à ses héritiers au jour de l'ouverture de la succession et qu'il charge ces héritiers de partager eux-mêmes la succession, le droit anglais organise une véritable liquidation du patrimoine du défunt, dont seul le solde net est transmis aux héritiers. Cette liquidation est confiée à un tiers, l'exécuteur testamentaire ou, à défaut d'exécuteur désigné par le testament, à un administrateur nommé par le juge. C'est donc l'exécuteur testamentaire et non l'héritier qui devient titulaire, à l'ouverture de la succession, de tous les rapports de droit dans lesquels le défunt était engagé. Il a pour mission de payer les dettes du défunt et celles de la succession, d'acquitter les droits de mutation, de payer les legs et de remettre le solde de la succession aux bénéficiaires désignés par le testament ou par la loi. Pendant la durée de son administration, l'exécuteur testamentaire (ou l'administrateur de la succession) est personnellement propriétaire du patrimoine du défunt et débiteur de ses créanciers.

Cependant l'exécuteur testamentaire (ou l'administrateur de succession) n'est pas à proprement parler un trustee, et cela avant tout, semble-t-il, pour des raisons historiques³⁰. Il n'en reste pas moins que la structure de l'exécution testamentaire est identique à celle du trust. Les auteurs anglais considèrent d'ailleurs que si l'exécuteur testamentaire n'est

³⁰ Le droit relatif à l'exécuteur testamentaire a été élaboré par les Cours ecclésiastiques, compétentes jusqu'en 1856 pour toutes les questions de liquidation des successions mobilières, alors que, on le rappelle, le trust est la création des cours d'Equité. Cette distinction subsiste encore de nos jours : les questions relatives à l'administration des successions sont jugées par la Probate Division de la Haute Cour ; alors que celles relatives aux trusts sont soumises à la Chancery Division.

pas à proprement parler un trustee, il en a les droits et les obligations.

D'ailleurs l'exécuteur testamentaire peut devenir à son tour trustee, une fois la liquidation de la succession terminée. C'est notamment le cas lorsque le testament institue des trusts portant sur le solde de la succession, ce qui est une clause très fréquente des dispositions de dernière volonté, ainsi que nous l'avons déjà vu plus haut. Si le testament n'a pas désigné d'autres trustees, ce seront alors les exécuteurs testamentaires qui deviendront trustees.

Un second cas de transformation de l'exécuteur testamentaire en trustee est plus intéressant encore: la loi successorale de 1925 (Administration of Estates Act, 1925) dispose que les droits des mineurs dans une succession ouverte ab intestat sont obligatoirement constitués en trust jusqu'à ce que les bénéficiaires aient atteint leur majorité. Si donc un père décède intestat laissant un enfant mineur, les administrateurs de la succession, une fois celle-ci liquidée, conserveront en trust les biens destinés à l'enfant pour les lui remettre au moment de sa majorité. Si l'enfant meurt avant sa majorité, les biens ne tombent pas dans sa propre succession, ils sont au contraire dévolus aux ayants droit qui suivent cet enfant dans l'ordre des successeurs ab intestat.

Nous avons ici un cas typique de trust constitué ex lege. C'est également le lieu d'observer que ce cas paraît être le seul où le droit anglais utilise le trust dans le *statut des biens de l'incapable*. De façon générale, les mineurs et les interdits peuvent être titulaires de droits. Quant au représentant légal de l'incapable (guardian), il est une sorte de curateur aux biens, sur lesquels il a un droit de disposition, mais sans en être lui-même propriétaire. Il n'est donc pas un trustee.

14. Dans les *droits réels*, le trust est également utilisé, principalement dans le domaine de l'*hypothèque*. Les dispositions du droit anglais sur l'hypothèque (mortgage) sont d'une grande complication technique. Nous ne donnerons

ici qu'un schéma très sommaire de la structure de l'hypothèque dans le droit antérieur à 1925³¹ :

En droit anglais classique, la fonction de l'hypothèque est remplie par une institution analogue à l'acte fiduciaire mixte du droit suisse, c'est-à-dire que le débiteur, au lieu de constituer en faveur de son créancier un droit réel restreint sur le fonds dont il reste propriétaire, transmet au contraire à son créancier la propriété de ce fonds, avec une clause l'autorisant à racheter le fonds dans les six mois contre remboursement du prêt, en capital et intérêts. Ainsi le créancier devient propriétaire du fonds en Droit commun et, toujours en Droit commun, il est autorisé à en disposer librement, s'il n'est pas remboursé dans les six mois. Mais ici intervient l'Equité, qui contraint le créancier à ne disposer du fonds qu'après avoir ouvert une procédure spéciale donnant au débiteur une ultime possibilité de remboursement. En ce faisant, l'Equité reconnaît que, si le débiteur a aliéné à son créancier tous ses droits sur le fonds en Droit commun, il conserve néanmoins sur ce fonds un droit équitable, dit équité de rachat (*equity of redemption*).

Mais le créancier n'en est pas pour autant un trustee. Il le devient le jour où, après avoir été judiciairement autorisé à vendre le fonds, il en retire un prix supérieur au montant du prêt garanti, en capital, intérêts et frais. L'Equité considère comme contraire à la conscience toute clause commissaire; le créancier est donc trustee du trop-perçu, en faveur de son débiteur. Nous avons là un excellent exemple

³¹ Les modifications introduites par la réforme de 1925 (*Law of Property Act, 1925*) ne peuvent être comprises que si elles sont replacées dans le système des droits réels. Or, ce système est fondamentalement différent de celui qu'ont adopté les droits continentaux et notamment le droit suisse. Ce serait sortir du cadre de ce travail que de l'exposer ici. Qu'il suffise de savoir que la loi de 1925 n'a pas modifié essentiellement le système antérieur; elle permet cependant la constitution de plusieurs hypothèques de Droit commun sur un même fonds.

de trust constitué ex lege, sans le consentement du créancier et même contre sa volonté³².

15. Le *droit des obligations* anglais est dominé, plus semble-t-il qu'aucun autre, par le principe de *l'autonomie de la volonté*: il appartient aux parties de régler elles-mêmes leurs contrats; quant au juge, il lui répugne de combler les lacunes des conventions particulières. C'est ce qui explique, par exemple, la complexité des contrats anglais et américains, où il est nécessaire de tout prévoir.

Historiquement, le droit des obligations anglais³³ est un chapitre du Droit commun; l'Equité n'y intervient qu'à titre subsidiaire. C'est dire que le trust ne joue guère de rôle dans ce domaine. Il convient de relever quelques cas isolés de trusts en droit des obligations. Il s'agit en général de trusts créés par interprétation:

On l'a déjà vu, le vendeur d'un immeuble est considéré comme trustee de l'acquéreur, en tout cas à partir du moment où le prix est payé.

De même, celui qui acquiert un bien en son propre nom, mais avec les fonds et pour le compte d'autrui devient trustee de celui pour le compte de qui il a acheté.

Rappelons que le tiers qui acquiert à titre gratuit un bien grevé de trust devient trustee à son tour; de même le tiers qui acquiert un tel bien à titre onéreux, alors qu'il savait ou devait savoir que ce bien était grevé de trust, devient également trustee.

³² Signalons ici une autre construction de l'Equité: on vient de voir que le débiteur conserve un droit équitable (equity of redemption) sur le fonds transféré au créancier. L'Equité autorise dès lors le débiteur à disposer de ce droit, sur lequel il peut notamment constituer une hypothèque. Ainsi, après une hypothèque de Droit commun (legal mortgage), le débiteur peut constituer une hypothèque en Equité (equitable mortgage). On s'aperçoit ainsi de la complexité des droits réels anglais où l'on rencontre toujours les droits créés par l'Equité à côté de ceux reconnus par le Droit commun.

³³ Ou plus exactement, en termes anglais, les contrats (contracts) et les actes illicites (torts).

Rappelons enfin que le trustee qui détient, en capital ou en intérêts, des biens dont l'acte de trust n'a pas prévu l'affectation, ne peut pas conserver ces biens pour lui-même, mais qu'il doit les détenir en trust, en principe pour le bénéfice du constituant du trust, ou, s'il est décédé, pour les héritiers du constituant.

Il n'est pas inutile de signaler ici certains chapitres du droit des obligations où le trust ne joue aucun rôle, contrairement à ce que le juriste continental serait tenté de supposer :

De façon générale, le trust n'est pas un *contrat* au sens précis du mot ; réciproquement, les contrats n'imposent pas aux parties les obligations du trustee. La distinction entre un contrat et un trust n'est pas toujours facile à faire et le critère est avant tout une question d'intention des parties. La question de savoir s'il y a contrat ou trust est importante non seulement pour les obligations des parties, mais aussi pour l'exécution de ces obligations³⁴.

Sous le nom général de *bailment* (du verbe français bailler), le droit anglais désigne la remise d'un bien par une personne (*bailor*) à une autre personne (*bailee*), à charge pour celle-ci de remettre ce bien au *bailor* ou à un tiers lorsque le but spécial du *bailment* sera atteint. Le *bailment* se rencontre dans le prêt à usage, dans le contrat de transport etc. Le *bailee* n'est pas un trustee, parce que le *bailor* conserve la propriété du bien remis «on bail».

Enfin le correspondant anglais de notre mandataire, l'*agent* n'est pas non plus considéré comme un trustee. L'élément essentiel qui distingue l'*agent* du trustee est le fait que l'*agent* agit pour le compte de son mandant et conformé-

³⁴ En droit anglais un contrat, pour être valable, doit soit avoir une cause (*valuable consideration*) soit être fait sous forme de *deed* ; le trust n'est pas soumis à ces conditions. Dans la stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire ne peut pas plaider en exécution de la stipulation faite en sa faveur, parce qu'il n'était pas partie à l'acte ; en revanche, le bénéficiaire, même s'il n'a pas été partie à l'acte constitutif du trust, a qualité pour en exiger l'exécution.

ment aux instructions de celui-ci, alors que le trustee est lié uniquement par les clauses de l'acte de trust. En principe, le mandataire ne devient pas non plus trustee des biens qui lui sont confiés par le mandant, qui ne dispose contre lui que d'une action de Droit commun (for money had and received). La jurisprudence admet cependant que le mandataire devient trustee lorsqu'il reçoit des biens en raison d'un lien de confiance particulier.

16. En *droit commercial*, les administrateurs d'une société anonyme ne sont pas dans la position de trustees, que ce soit à l'égard de la société elle-même ou à l'égard des actionnaires et des créanciers. Cependant, vu la nature de leurs fonctions, il est interdit aux administrateurs de tirer aucun profit de contrats conclus comme personnes privées avec la société; il leur est également interdit de recevoir des commissions sur des contrats conclus entre la compagnie et des tiers; s'ils violent ces obligations, ils deviennent trustees envers la compagnie du bénéfice qu'ils en retirent.

Des règles analogues s'appliquent aux *fondateurs* de sociétés anonymes.

En conclusion, on peut dire que le trust ne joue qu'un rôle accessoire en droit des obligations et en droit commercial. Il y est utilisé avant tout sous la forme de trust ex lege (constructive ou implied trusts), et dans des domaines où le droit suisse recourt à l'enrichissement illégitime ou à la simple action en exécution du contrat. Il convient de souligner que le droit anglais distingue nettement le trust du mandat, pour des raisons qui tiennent à l'essence même du trust.

17. Dans le droit de procédure, on sait que le droit anglais recourt au trust dans la *faillite*: la déclaration de faillite a pour effet de transmettre les biens du failli à des trustees (trustees in bankruptcy); ces trustees ont pour mission de liquider le patrimoine du failli et de le partager entre les créanciers. Ils ont donc le rôle de l'administration de la masse en droit suisse.

IV. Le trust et les tiers

18. Cet exposé serait incomplet s'il ne donnait pas quelques brefs renseignements sur les effets du trust à l'égard des tiers, et notamment à l'égard du fisc. On a trop tendance, sur le continent, à considérer le trust comme un moyen élégant de soustraire des biens à la poursuite des créanciers et à l'inquisition du fisc; il importe de dissiper ici quelques erreurs.

Disons d'abord que le trust n'est pas un *acte secret*; bien au contraire, le trustee vit sous le contrôle du juge à qui il peut s'adresser pour obtenir des instructions. De même à l'égard des tiers, le trust n'est pas tenu caché; dans la plupart des cas, il est patent.

19. Nous avons vu comment le droit anglais règle le sort juridique des biens vendus par le trustee à des tiers en violation de ses obligations. Nous avons vu notamment que le bénéficiaire dispose contre certains tiers d'un droit de suite sur les biens du trust et d'une action personnelle en exécution du trust. Nous n'y revenons donc pas.

20. Le bénéficiaire du trust peut disposer librement de ses droits. Cette règle s'applique non seulement aux droits actuels mais aussi aux droits soumis à un terme. L'évaluation de ces droits se fait conformément aux règles du calcul actuariel.

Les droits du bénéficiaire peuvent en principe être saisis et réalisés par ses créanciers. Toute clause prévoyant que les droits du bénéficiaire sont inaliénables ou insaisissables est même nulle. En revanche, il est possible de prévoir que les droits du bénéficiaire s'éteindront en cas d'insolvabilité, pour renaître au profit de sa femme et de ses enfants (*protective trust*).

Quant aux créanciers du constituant, ils peuvent demander l'annulation des trusts constitués par leur débiteur en fraude de leurs droits.

21. En *droit fiscal*, le trustee ne doit aucun impôt pour les biens qu'il administre. En revanche les droits des béné-

ficiaires font partie, au point de vue fiscal, de leur revenu. Au surplus, l'extinction par décès des droits d'un bénéficiaire antérieur donne lieu, dans certaines législations, à un droit de mutation. Il semble donc qu'au point de vue fiscal le bénéficiaire ne tire aucun avantage de l'existence du trust.

Tout au plus la constitution d'un trust du vivant du constituant permet-elle, en droit anglais en tout cas, de soustraire les biens constitués en trust au droit de mutation en cas de décès, à condition que le trust ait été créé plus de cinq ans avant la mort du constituant.

V. Conclusion

22. Tentons de résumer les principaux résultats de cette brève étude du trust :

Le trust a pour but d'assurer la succession dans le temps de plusieurs droits sur les mêmes biens. Cet élément de durée est essentiel. Le trust est ainsi intimement lié au droit de succession et au régime matrimonial.

Ce but est réalisé par l'interposition d'un tiers, le trustee, qui devient propriétaire des biens constitués en trust et qui les administre au profit des bénéficiaires.

Bien que son devoir essentiel soit de veiller aux intérêts des bénéficiaires, le trustee n'est pas leur mandataire : il ne peut pas être révoqué par eux ; il n'a pas d'instructions à recevoir de leur part. Le trustee est placé sous l'autorité du juge ; c'est donc à la Cour que doit s'adresser le bénéficiaire qui s'estime lésé.

La jurisprudence accorde au bénéficiaire une protection large et efficace. Le bénéficiaire dispose d'actions personnelles et d'actions réelles qu'il peut exercer tant contre le trustee que contre les tiers. Cette protection est particulièrement forte à l'égard du trustee, à ce point que l'on peut considérer que, dans la fortune du trustee, les biens grevés du trust constituent un patrimoine distinct de ses biens personnels. Dans ce patrimoine spécial, la subrogation est largement admise.

Chapitre II

Le droit suisse connaît-il le trust?

I. Généralités

23. Un homme de loi anglais, M.F. Weiser, auteur d'un excellent petit ouvrage sur les trusts en Europe, écrivait en 1936: «Dans aucun autre pays qu'en Suisse on ne rencontre un contraste aussi marqué entre l'usage complaisant des mots *fiducie* et *fiduciaire* et l'absence presque complète de tout effort tendant à réaliser quoi que ce soit qui se rapproche du trust.»³⁵

En effet, les auteurs suisses, notamment ceux de langue allemande, font preuve de prédilection tant pour l'adjectif *fiduciaire* que pour la qualification plus vague encore de *Treuhand* ou de *Treuhänder*. Nous voulons examiner ici les différents chapitres du droit suisse dans lesquels on rencontre des institutions qui rappellent le trust, soit par leur structure soit par leur fonction, pour rechercher si le droit suisse connaît ou non une institution analogue au trust. Dans cet examen, nous nous référons aux critères du trust, tels qu'ils sont résumés à la fin du chapitre précédent.

II. Le trust et le droit civil suisse

24. Au seuil du droit civil suisse, la *fondation* est, de toutes nos institutions juridiques, celle qui se rapproche le plus du trust³⁶.

La fondation représente en effet un patrimoine séparé des biens du fondateur et de ceux des bénéficiaires. Elle est

³⁵ F. W. Weiser, *Trusts on the continent of Europe*, Londres, 1936, p. 45.

³⁶ v. à ce sujet l'étude de feu le prof. Guisan, *La fiducie en droit suisse*, in: *La fiducie en droit moderne*, Travaux de la Semaine Internationale de droit, Paris 1937, p. 93 sq.

affectée à un but spécial et durable. Son administration est soumise au contrôle d'une autorité publique, administrative (art. 86 CC) ou judiciaire (art. 87). La fondation rappelle ainsi le trust charitable. Le droit anglais connaît même des trusts charitables, donc perpétuels, qui se rapprochent beaucoup de la fondation de famille du droit suisse, sous forme de trusts destinés à assurer l'éducation d'un groupe restreint de bénéficiaires ou pour leur venir en secours en cas d'indigence.

Mais relevons une première différence entre la fondation et le trust: la fondation est une personne morale, alors que le trust n'en est pas une. Le problème du départ entre les biens constitués en trust et les biens du patrimoine personnel du trustee ne se pose donc pas dans la fondation. Autre différence: les bénéficiaires de la fondation n'ont aucun droit direct sur les biens de la fondation. C'est dire que, dans sa *fonction*, la fondation joue en droit suisse le rôle des trusts charitables du droit anglais, mais avec une *structure juridique* très différente.

25. Nous avons vu que le trust est utilisé en droit anglais pour établir un *régime matrimonial* conventionnel.

Aucun des régimes matrimoniaux organisés par la loi suisse ne présente la structure du trust: ce n'est jamais un tiers qui dispose des biens de la femme. Dans le régime de l'union des biens, le mari est certes titulaire d'un droit d'administration sur les biens de la femme (art. 200 CCS); il représente la femme à l'égard des tiers dans les contestations relatives à ses apports, mais la femme reste propriétaire de ses apports. Le mari ne peut donc pas en être considéré comme le trustee.

26. Nous retrouvons un droit identique d'administration et parfois même de disposition sur les biens d'autrui, joint parfois à une surveillance de l'autorité dans les dispositions du Code civil relatives aux relations pécuniaires des parents et des enfants (art. 290), à la tutelle (art. 407) et à la curatelle (art. 419). Mais là encore il ne s'agit pas de trusts. L'incapable reste propriétaire de ses biens. A l'exception

des parents, à qui la loi accorde un usufruit (art. 292), les représentants légaux ne disposent d'aucun droit réel sur les biens de l'incapable, ils ne sont que titulaires d'un droit personnel d'administration et de disposition. Il n'est donc pas possible de les considérer comme des trustees.

27. En *droit successoral*, nous trouvons deux institutions qui, sous une forme différente, remplissent en droit suisse une fonction analogue à celle du trust en droit anglais: il s'agit de *l'usufruit* et de la *substitution fidéicommissaire*. En effet, comme le trust, ces institutions organisent la succession dans le temps des droits de plusieurs personnes sur un même bien. Remarquons d'emblée que, ni dans l'une ni dans l'autre, le droit suisse ne recourt à l'administration du bien par un tiers. Mais, pour éviter que le premier bénéficiaire n'entame la substance du bien au préjudice du ou des bénéficiaires suivants, le droit suisse autorise les bénéficiaires subséquents à exiger du bénéficiaire antérieur qu'il crée des sûretés en leur faveur. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent provoquer la remise des biens à un tiers, en vue de les soustraire à l'administration du premier bénéficiaire. A notre avis, l'usufruit et la substitution fidéicommissaire sont les deux institutions du droit suisse qui se rapprochent le plus du trust. C'est pourquoi il nous paraît intéressant de les examiner de plus près.

28. La substitution fidéicommissaire est, comme le trust, imposée par la volonté unilatérale du disposant. Elle a pour effet de priver le grevé de substitution du droit de disposer à cause de mort des biens grevés. Mais le grevé est néanmoins propriétaire de ces biens, alors que l'appelé n'a aucun droit réel sur ces mêmes biens. Ses droits ne naissent qu'à l'ouverture de la substitution, de telle sorte que, si l'appelé prédécède, les biens restent définitivement acquis au grevé (art. 489).

En droit anglais, en revanche, les droits du premier bénéficiaire d'un trust sont limités par un terme ou par une condition. Les bénéficiaires subséquents jouissent, dans la plupart des cas, d'un droit acquis dans le trust, quand

bien même leur droit ne pourra s'exercer qu'à l'extinction de ceux du bénéficiaire antérieur. De plus, si les ultimes bénéficiaires sont incapables d'entrer en possession de leur droit (par exemple parce qu'ils répudient ou qu'ils sont prédécédés sans avoir laissé d'héritiers), les biens grevés de trust ne sont acquis ni au bénéficiaire antérieur ou à ses héritiers, ni aux trustees; ils font retour au constituant du trust ou à ses héritiers. Nous pouvons donc faire une première remarque: alors qu'en droit anglais, les droits du premier bénéficiaire s'éteignent toujours au terme fixé, en droit suisse les droits du grevé de substitution deviennent absolus en cas de prédécès de l'appelé. En d'autres termes, les droits du premier bénéficiaire sont déterminés une fois pour toutes en droit anglais; ils ne le sont pas en droit suisse. Le prédécès du bénéficiaire ultérieur profite, en droit anglais, au constituant du trust ou à ses héritiers, et, en droit suisse, au grevé de substitution.

En droit suisse, l'appelé peut, comme le bénéficiaire postérieur du trust, invoquer la protection du juge. La loi elle-même exige du grevé qu'il constitue des garanties en faveur de l'appelé (art. 490 al. 2); si le grevé abuse de ses droits et entame la substance des biens, l'appelé peut demander l'administration officielle (art. 490 al. 3)³⁷.

Rien cependant, même l'administration officielle, ne peut protéger les droits de l'appelé contre les créanciers du grevé³⁸. Ici encore la reconnaissance d'un droit de propriété pure et simple en faveur du grevé affaiblit la position de l'appelé. Le seul moyen efficace de protéger les droits de

³⁷ Le testateur a cependant le droit de dispenser le grevé de constituer des sûretés. Il peut même réduire la substitution au solde, ce qui empêche l'appelé de requérir l'administration officielle. On doit admettre pourtant que l'appelé peut néanmoins requérir l'administration officielle lorsque le grevé abuse de ses droits, et cela quand bien même le grevé aurait été dispensé de fournir des sûretés et que la substitution aurait été réduite au solde. v. Tuor, Fiche juridique suisse n° 855.

³⁸ Tuor, 2^e éd., rem.17 ad art.491; cf. Escher, 2^e éd., rem. 3 ad art. 491.

l'appelé paraît être la constitution immédiate de sûretés, pour un montant égal à celui des biens grevés de substitution. Mais on comprend que la pratique ne paraisse pas recourir souvent à cette garantie, puisque, en définitive, les droits de l'appelé ne sont qu'éventuels.

Il convient de noter que les auteurs admettent que le principe de la subrogation réelle assure la conservation de la substance du patrimoine grevé de substitution³⁹. Nous avons signalé que ce même principe régit, en droit anglais, l'administration des biens grevés de trust.

Remarquons ici que la substitution fidéicommissaire peut être renforcée par la substitution vulgaire, c'est-à-dire que le testateur peut valablement disposer qu'au décès du grevé la succession sera dévolue à un premier appelé ou, à son défaut, à un ou plusieurs autres appelés.

Remarquons également que la loi n'exige nullement que la substitution s'ouvre à la mort du grevé. Le testateur peut donc valablement fixer un autre terme à la substitution (art. 489 al.1).

Relevons enfin que la loi n'exige pas que l'appelé soit en vie au décès du grevé (art. 489 al. 2)⁴⁰. Il paraît également possible d'instituer deux degrés de substitution, en disposant par exemple que la succession sera dévolue aux enfants de A (par hypothèse un mineur au moment de l'ouverture de la succession), puis à leurs propres enfants, par substitution. Dans l'intervalle entre l'ouverture de la succession et l'acquisition par les grevés, les biens seront administrés par les héritiers.

En conclusion, la substitution fidéicommissaire du droit suisse remplit la fonction du trust successoral du droit anglais. Mais elle présente une structure très différente, notamment parce que l'administration du patrimoine grevé de substitution est laissée au grevé lui-même. On ne peut donc pas parler de trust, étant donné l'absence de tout «trus-

³⁹ Tuor, rem. 27 ad art. 491 ; Escher, rem. 11 ad art. 493.

⁴⁰ Tuor, rem. 13 ad art. 488.

tee», sauf dans le cas exceptionnel de l'administration d'office. Au surplus, les droits de l'appelé ne sont que conditionnels, alors que ceux du bénéficiaire du trust lui sont en général acquis dès la création du trust. Et surtout, les droits que les tiers (acquéreur de bonne foi, créanciers du grevé) acquièrent sur les biens grevés l'emportent sur ceux de l'appelé, alors que, dans le trust, les droits du bénéficiaire sont opposables aux tiers.

29. Si nous passons maintenant à *l'usufruit*, nous y constatons un élément qui le rapproche du trust plus encore que la substitution: chacun des deux bénéficiaires successifs (usufruitier et nu-propriétaire) est titulaire d'un droit réel sur la chose grevée d'usufruit. Ils ont donc l'un et l'autre un droit actuel sur la chose. De plus, ces droits sont exactement adaptés à leur fonction, de telle sorte que, à la différence de l'appelé, le nu-propriétaire ne court pas le risque que l'usufruitier abuse de ses pouvoirs, comme peut le faire le grevé de substitution. De même les créanciers de l'usufruitier ne peuvent saisir que l'usufruit; la réalisation de cette saisie n'anéantit pas les droits du nu-propriétaire, comme la réalisation des biens grevés de substitution par les créanciers du grevé met à néant les espérances de l'appelé.

Le nu-propriétaire est également autorisé à exiger la constitution de sûretés destinées à garantir le respect de ses droits par l'usufruitier (art. 760, 297 et 464).

30. En résumé, la substitution fidéicommissaire et l'usufruit remplissent, en droit suisse, la fonction qu'exerce le trust en droit anglais, mais avec une structure très différente. Les différences les plus notables résident dans une protection plus faible des droits du bénéficiaire ultérieur (très particulièrement dans la substitution) et dans l'absence de tout trustee, sinon dans l'administration officielle de la substitution.

31. On a vu à quel point la dévolution, l'administration et la liquidation des successions étaient différentes en droit anglais et en droit suisse.

Rappelons que la différence fondamentale entre les deux

systèmes réside en ceci qu'à l'ouverture de la succession les droits et les obligations du défunt passent, en droit suisse, sur la tête des héritiers alors qu'en droit anglais ils sont transmis aux exécuteurs testamentaires ou aux administrateurs de la succession. Le principe de la saisine (art. 560) est ainsi l'obstacle essentiel à l'institution de tout trust successoral, au sens anglais du mot.

32. La nature des fonctions de l'exécuteur testamentaire a donné et donne encore lieu à de vives controverses en droit suisse. Beaucoup aiment à y voir un «fiduciaire»⁴¹, certains même un trustee. Il nous paraît que l'exécuteur testamentaire du droit suisse ne peut pas être qualifié de trustee, parce qu'il lui manque l'élément essentiel des droits d'un trustee : un droit réel absolu sur toute la succession, les héritiers n'ayant contre lui qu'une action personnelle en exécution des libéralités qui leur sont faites. Or l'exécuteur testamentaire du droit suisse, si étendus que soient ses pouvoirs, n'est pas propriétaire de la succession, il dispose simplement d'un droit personnel l'autorisant à administrer puis à partager la succession⁴².

33. Dans les *droits réels*, nous avons déjà souligné l'intérêt de l'usufruit, nous n'y revenons donc pas.

Certains auteurs considèrent que le fondé de pouvoirs des art. 860 et 875 CC est un fiduciaire ou un trustee. Or, ce fondé de pouvoirs n'a aucun droit réel sur les biens grevés d'hypothèque; ces biens continuent à appartenir à leur propriétaire; ils restent grevés de l'hypothèque. Le fondé de pouvoirs n'a qu'un droit personnel d'administration, qu'il exerce au profit de tous les intéressés. Sa position est analogue à celle du dépositaire séquestre (art. 480 CO). Il n'est pas un trustee.

⁴¹ Ainsi M. Jean Lob, *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse*, thèse, Lausanne, 1952.

⁴² v. Alfred Schreiber, *L'exécution testamentaire en droit suisse*, 2^e éd., 1940; le même, *Fiche juridique suisse n° 870a*. Sur l'exécution testamentaire prolongée, v. infra n°s 58 et suiv.

III. Le trust et le droit des obligations

34. Les auteurs suisses ont souvent négligé la comparaison, pourtant si intéressante, de l'usufruit et de la substitution fidéicommissaire avec le trust, pour porter leur intérêt sur *l'acte fiduciaire*. On sait que cette création de la jurisprudence possède en droit suisse une structure très rigide. En bref, l'acte fiduciaire est l'acte par lequel une personne, appelée fiduciant, transmet un bien à une autre personne, appelée fiduciaire, à charge pour cette personne d'administrer ce bien conformément aux instructions du fiduciant ou selon les clauses du contrat qui lie les parties, puis de les lui restituer sous certaines conditions. L'acte fiduciaire s'analyse ainsi en deux éléments: un acte translatif de droit emportant transfert d'un bien du patrimoine du fiduciant dans celui du fiduciaire et un contrat générateur d'obligations fixant les conditions dans lesquelles le fiduciaire administrera le bien qui lui est remis et le restituera au fiduciant. L'acte fiduciaire se présente ou bien sous la forme de la *fiducia cum amico*, soit de la fiducie à fin d'administration au seul profit du fiduciant ou bien sous la forme de la *fiducia cum creditore*, soit de la fiducie à fin de garantie.

L'examen de l'acte fiduciaire n'entre pas dans le cadre de ce travail⁴³. En revanche nous devons examiner si l'acte fiduciaire est un trust, ainsi que l'ont soutenu certains auteurs suisses.

Remarquons d'abord que, dans l'acte fiduciaire, le bien remis par le fiduciant passe dans le patrimoine du fiduciaire, qui devient ainsi propriétaire des meubles ou des immeubles et titulaire des créances qui lui sont transférés;

⁴³ v. Claude Reymond, Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire, thèse, Lausanne, 1948. La notion d'acte fiduciaire a été récemment soumise à un examen critique et pénétrant de la part du prof. W. Yung, Simulation, fiducie et fraude à la loi, in: Mélanges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952.

de même, les biens remis en trust tombent dans le patrimoine du trustee. En revanche, le fiduciant perd tout droit sur ces biens, il n'a plus contre le fiduciaire qu'une action personnelle en exécution de la fiducie et en restitution des biens. En vertu d'une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le fiduciant n'a aucune action en revendication dans la faillite du fiduciaire ou en cas de saisie de ses biens. Il n'a donc qu'une action purement personnelle contre son débiteur. Enfin, le fiduciant n'a aucun droit de suite sur les biens remis au fiduciaire et aliénés par celui-ci en violation de ses obligations, et cela que le tiers soit de bonne ou de mauvaise foi. Cette protection très faible des droits du fiduciant, à l'égard tant du fiduciaire que des tiers, ne permet pas de le considérer comme le bénéficiaire d'un trust.

Il y a plus: dans la *fiducia cum amico* (ou acte fiduciaire pur), les relations des parties sont soumises aux règles du mandat. Cela implique notamment que le fiduciaire doit suivre les instructions du fiduciant, qui a entre autres le droit de révoquer en tout temps le mandat. Cet élément nous paraît constituer une différence fondamentale d'avec le trust, qui, nous l'avons vu, n'est justement pas un mandat et dans lequel le trustee n'a pas à suivre les instructions du bénéficiaire. Au surplus, ce fait trahit l'absence dans la fiducie de l'élément de durée caractéristique du trust.

Dans la *fiducia cum creditore* (ou acte fiduciaire mixte), le fiduciaire a un intérêt propre à la continuation du contrat: aussi longtemps qu'il n'est pas remboursé, la garantie constituée par acte fiduciaire doit subsister. Or cet intérêt personnel du fiduciaire est contraire à un des principes essentiels du droit des trusts, celui qui interdit au trustee de tirer profit du trust. Certes, en droit anglais, la fonction de garantie est également assurée par des transferts de propriété; mais le créancier hypothécaire (mortgagee) n'est précisément pas un trustee, sinon à partir du moment où, après avoir vendu le bien constitué en garantie, il est débiteur d'un solde envers le constituant, et cela par l'effet d'un trust ex lege (constructive trust).

Cet examen nous conduit à la conclusion que l'acte fiduciaire du droit suisse n'est pas un trust⁴⁴.

IV. Le trust et le droit commercial

35. Deux institutions du droit commercial suisse ont été comparées au trust. Il s'agit de la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations et de l'Investment Trust.

36. D'entente avec lui, nous laissons à notre co-rapporteur allemand, M^e F.T. Gubler, le soin d'étudier en détail l'institution de la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations, dont il est un spécialiste⁴⁵. A notre avis, cette institution n'est pas un trust.

37. Depuis une vingtaine d'années, il s'est développé en Suisse une nouvelle forme de valeur de placement, dite *Investment Trust*⁴⁶. L'Investment Trust gère un portefeuille

⁴⁴ v. dans le même sens M. F. W. Weiser, op. cit. (à propos du droit allemand): «We talk about trust and they answer, Sicherungsübereignung!». Signalons un intéressant arrêt du Tribunal fédéral (Böckli c. Masse Mayer, 23 septembre 1952, RO 78 II 445, JT 1953 I 523), où le Tribunal fédéral admet que, lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, la part du fiduciaire décédé accroît celle des autres au lieu de tomber dans sa succession. Cette décision, on doit le dire, est surprenante. On aimerait notamment que l'arrêt justifie l'introduction du droit d'accroissement dans la propriété fiduciaire, or il n'en dit rien. De plus, il n'est guère satisfaisant que les biens remis à un fiduciaire unique tombent dans sa succession, alors que les droits d'un co-fiduciaire s'éteignent au moment de son décès. La protection des bénéficiaires dépend par trop du hasard. Mais peut-être cet arrêt annonce-t-il un revirement total de la jurisprudence. On y lit en effet que la construction de l'acte fiduciaire adoptée par le Tribunal fédéral en 1905 et constamment suivie depuis, «peut rendre illusoire le but visé par le transfert fiduciaire, de sorte qu'il est permis de se demander si une telle réglementation répond encore aux besoins de la vie économique actuelle».

⁴⁵ F.T. Gubler, *Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweiz. Recht*, thèse, Zurich 1940.

⁴⁶ Swiss Unit, Actions suisses, Swissimmobil, Canasec, Ussec, Amca, Safit, Fonsa, Sima, Foncipars, etc.

composé de valeurs très diverses, de façon à répartir au maximum les risques de perte. Ce portefeuille est administré par une société financière; il est confié à une banque, qui porte le titre de trustee. L'administration du trust émet dans le public des parts ou des certificats de participation, aux termes desquels les porteurs deviennent directement propriétaires du portefeuille qui est ainsi géré, pour leur compte, par la société financière et conservé par le trustee. Ainsi à la différence de la société holding, où l'actionnaire ne devient titulaire que d'une part du capital social dont l'actif est représenté par un portefeuille de valeurs, dans l'Investment Trust, au contraire, le porteur de part a un droit direct sur les valeurs du trust.

Tel est du moins le schéma de l'Investment Trust tel que le donnent les auteurs qui ont étudié cette institution⁴⁷. La construction juridique de ce schéma n'est pas sans donner lieu à de grandes difficultés: Quelle est la nature exact des droits des porteurs de parts sur les valeurs en portefeuille? Quelle est la nature juridique des relations entre le porteur de certificat, d'une part, la direction du trust et la banque, d'autre part? Quel est le lien de droit qui unit la banque et la direction du trust? L'emploi des termes rassurants de trust et de trustee ne suffit pas; il faut encore donner une construction juridique satisfaisante de l'institution proposée.

Même en droit américain, l'Investment Trust est une institution trop spéciale pour qu'elle puisse être considérée comme une des catégories du trust classique, tel que nous l'avons étudié au début de ce travail. Le fait que cette institution soit utilisée en droit suisse, dans des conditions juridiques encore imprécises, il faut le reconnaître, ne permet donc pas de dire que le droit suisse connaisse le trust, au sens précis de ce mot dans les pays de Common law.

⁴⁷ P. R. Rosset, *Traité théorique et pratique des Sociétés financières (Investment Trusts)*, Lausanne, 1933; A. Jutz, *Les Unit-Investment Trusts et les Investment Trust Funds*, Thèse, Lausanne 1942; W. Hollet, *Schweiz. Investment Trusts*, Thèse,

V. *Le trust en droit international privé*

38. Si le droit suisse ignore le trust, les praticiens et parfois les tribunaux sont fréquemment placés devant les problèmes de droit international que pose le trust lorsqu'il entre en contact avec l'ordre juridique suisse. Il s'agit des effets en Suisse d'un trust constitué à l'étranger. Cette question, d'ailleurs fort intéressante, n'entre pas dans le cadre de ce travail. Nous nous bornerons donc à esquisser quelques solutions.

Rappelons d'abord que la juridiction de l'Equité (au sens de ce mot dans les pays de Common law) est une juridiction *in personam*, de telle sorte que le seul domicile du trustee dans le ressort d'une cour d'Equité suffit à fonder la compétence de la Cour dans une action relative au trust, quel que soit par ailleurs le lieu de situation des biens grevés de trust, mobiliers ou même immobiliers⁴⁸.

Des questions relatives au droit des trusts peuvent cependant être portées devant les tribunaux suisses soit parce qu'un trustee est domicilié en Suisse soit parce que les biens du trust ont un lien avec ce pays.

39. La première question a été soumise aux tribunaux suisses dans l'affaire *Aktiebolaget Obligationsinteressenter c. Banque des Règlements Internationaux* (RO 62 II 140, JT 1936 I 552). En 1930, l'Allemagne avait émis un emprunt extérieur, l'emprunt Young, dans plusieurs Etats des deux mondes; cet emprunt était muni d'une clause-or. La Banque

Berne 1942; U. Boveri, *Über die rechtliche Natur der Investment Trusts und die Rechtsstellung des Zertifikatsinhabers*, Thèse, Zurich 1945; Neuhaus, *Investmenttrusts und Investmenttrust-Zertifikate in der Schweiz*, La Société Anonyme Suisse, 1954 (26) p. 145-151.

⁴⁸ Deux études récentes sur la question en droit anglais: G. W. Keeton, *Trusts in the conflict of laws*, Current Legal Problems, 1951, p.107 sq.; V. L. Latham, *The creation and administration of a Trust in the conflict of laws*, *ibid.*, 1953, p.176 sq. En droit américain: W. W. Land, *Trusts in the conflict of laws*, New-York 1940.

des Règlements Internationaux, dont le siège est à Bâle, était désignée comme représentant fiduciaire, soit mandataire commun ou encore comme trustee des porteurs d'obligations. A ce titre, elle recevait du gouvernement allemand les fonds nécessaires au service de l'emprunt. En 1933, le gouvernement allemand informa la Banque de ce qu'à l'avenir les intérêts des obligations des tranches anglaise, américaine et suédoise de l'emprunt ne seraient payés désormais qu'à leur valeur nominale, étant donné la dévaluation des monnaies de ces pays. La Banque fit de même à l'égard des obligataires.

L'Aktiebolaget Obligationsinteressenter à Stockholm était porteur d'obligations de la tranche suédoise, pour deux millions de couronnes. Elle assigna la B.R.I. devant les tribunaux bâlois, pour obtenir que les sommes versées par le gouvernement allemand au titre du service de l'emprunt Young soient partagées également entre toutes les obligations de l'emprunt, sans distinction selon que les tranches étaient émises dans des monnaies dévaluées ou non.

Cette affaire pose un certain nombre de questions, tant en droit international privé qu'en droit interne. Une seule intéresse notre sujet : alors que les obligataires invoquaient le droit suisse, la B.R.I. soutint que sa qualification de trustee de l'emprunt entraînait l'application du « droit anglo-saxon ». Ce moyen fut rejeté par les deux juridictions cantonales. La Cour d'appel de Bâle observa notamment que le droit suisse ne permettait pas le fonctionnement du trust, parce qu'il ne connaît pas le recours aux instructions du juge, ce qui est un élément indispensable du droit des trusts. Le Tribunal fédéral, de son côté, releva qu'il n'existe pas de droit « anglo-saxon » uniforme et que, si le droit anglais et le droit américain⁴⁹ offrent une certaine ressemblance fondamentale, ils présentent cependant de grandes divergences dans le détail.

⁴⁹ Encore faut-il s'entendre : le droit privé n'est pas unifié aux Etats-Unis, notamment dans le domaine du trust. Chacun des Etats de l'Union possède sa législation particulière sur ce chapitre.

Le procès fut donc jugé en application du droit suisse, à titre de loi du lieu d'exécution. Comme on le sait, les conclusions de l'Aktiebolaget Obligationsinteressenter furent rejetées.

Nous avons tenu à résumer cette affaire parce qu'elle est, à notre connaissance, la seule dans laquelle les tribunaux suisses furent appelés à juger une contestation entre bénéficiaires et trustee. Certes, il n'y eut aucune décision sur le fond, étant donné qu'en définitive le procès fut jugé en application du droit suisse. Mais il était intéressant de relever quelques uns des motifs qui ont conduit le juge suisse à écarter l'application des règles du trust⁵⁰.

40. A notre connaissance, la question des droits des bénéficiaires sur les biens constitués en trust n'a jamais été soumise aux tribunaux suisses⁵¹. Il n'est pas impossible cependant qu'elle se pose un jour. Supposons, par exemple, qu'un trustee anglais vienne s'établir en Suisse et dépose, à son nom, les valeurs grevées de trust dans une banque suisse; qu'il soit en Suisse l'objet de poursuites ouvertes par des créanciers personnels et que ces titres soient saisis. Il est incontestable que les bénéficiaires du trust avaient des droits équitables sur ces titres, aussi longtemps en tout cas que le trustee était domicilié en Angleterre et que les biens étaient déposés dans ce pays. Ces droits doivent-ils être reconnus par le juge suisse?

En principe, le statut des biens mobiliers et immobiliers est régi par la *lex rei sitae*. C'est donc la loi suisse qui détermine quels sont les droits qui peuvent être constitués sur les biens soumis à l'ordre juridique suisse⁵². Or la loi suisse

⁵⁰ Nous y reviendrons plus bas (n° 43).

⁵¹ Sauf dans un ancien jugement Puget et Weathers c. Syndic Schlesinger, Tribunal de commerce de Genève, 22 janvier 1874, Clunet 1874, p. 334.

⁵² RO 75 II 129, JT 1950 I 2; RO 74 II 228, JT 1949 I 360; RO 38 II 166, JT 1913 I 172; RO 38 II 198, JT 1913 I 177; RO 36 II 6, JT 1911 I 98.

ignore le trust, elle ne peut donc pas reconnaître de droit réel au bénéficiaire. Mais le bénéficiaire pourra néanmoins, nous semble-t-il, revendiquer les biens grevés de trust, en invoquant le principe du respect international des droits acquis. Ce principe garantit en effet le respect dans un Etat des droits légitimement acquis sur un bien dans un autre Etat⁵³. En vertu de ce principe, les droits du bénéficiaire sur les biens grevés du trust doivent être respectés par le juge suisse, bien que la loi suisse ne connaisse pas de droits de ce genre.

Il nous paraît en revanche que les droits du bénéficiaire s'éteindraient si le trustee vendait les valeurs primitives pour en racheter d'autres. Il semble difficile, en effet, d'invoquer ici le principe de la subrogation réelle. Dès lors, le bénéficiaire n'a plus contre le trustee, ses créanciers ou ses héritiers qu'une simple action personnelle en exécution, ce qui les place dans la position inconfortable du fiduciaire à l'égard du fiduciaire.

Au surplus, les droits des tiers de bonne foi l'emporteraient également sur ceux des bénéficiaires, en cas d'aliénation des titres primitifs.

On en arrive ainsi à déconseiller aux trustees de s'établir en Suisse et d'y conserver des valeurs, s'ils ne veulent pas faire courir des risques excessifs aux bénéficiaires ni engager leur responsabilité.

41. On sait qu'au point de vue fiscal les autorités suisses imposent le bénéficiaire d'un trust comme un usufruitier⁵⁴.

⁵³ RO 74 II 228, JT 1949 I 360; cf. RO 38 II 198, JT 1913 I 177. v. Schnitzer, Internationales Privatrecht, t. II, p. 474 sq.

⁵⁴ v. dans ce sens une décision fribourgeoise, du 6 avril 1951 (Revue de droit administratif et de droit fiscal, 1952, p. 41); une décision zuricoise, du 23 décembre 1941 (Blätter für zürcherische Rechtssprechung 41 [1942] p. 125), confirmée par le Tribunal fédéral, sur recours de droit public, ibid. p. 127. Sur le sacrifice pour la défense nationale, v. ATF du 18 novembre 1949, Revue de droit administratif et de droit fiscal, 1950, p. 77.

VI. La constitution d'un trust en droit positif suisse

42. Nous en arrivons à la dernière question: est-il possible, en l'état actuel du droit, de constituer un trust en Suisse, avec des trustees domiciliés en Suisse et des biens situés dans ce pays? Par constitution d'un trust en Suisse nous entendons bien la création d'un trust ayant la structure et les effets du trust anglais et non pas le recours à une institution ou à un ensemble d'institutions connues du droit suisse mais utilisées de façon à obtenir des effets analogues à ceux du trust, par exemple la fondation de famille, l'usufruit, etc.

La question vaut que nous nous y arrêtions, puisque, si elle pouvait être résolue de façon affirmative, il paraîtrait superflu d'introduire par la voie législative une institution que la pratique pourrait déjà réaliser dans l'état actuel du droit.

43. Nous avons vu que le trust exige en premier lieu la possibilité d'un recours au juge, dont le rôle consiste tout autant à donner des instructions au trustee qu'à trancher les conflits qui s'élèvent entre le trustee et les bénéficiaires ou encore entre les bénéficiaires eux-mêmes. Le trustee doit pouvoir s'adresser au juge pour savoir s'il peut procéder à tel ou tel acte d'administration: placer les fonds du trust en telles ou telles valeurs, accepter un projet de réorganisation financière d'une entreprise dont il détient des actions ou des obligations, faire des avances à un bénéficiaire pour les besoins de son éducation ou de son établissement. C'est également le juge qui désigne le trustee, à défaut d'indications à cette fin dans l'acte constitutif. Les auteurs anglais expriment cette nécessité du recours au juge en disant que le trustee vit à l'ombre de la Cour.

Or il ne paraît pas que les tribunaux suisses soient disposés à donner des instructions de ce genre à un trustee. Les tribunaux ont pour fonction de juger des procès et non pas de donner des avis de droit ou des instructions. Il existe pourtant des autorités qui ont dans leurs attributions celle

de donner des instructions ou de ratifier des décisions de certaines personnes: nous pensons aux autorités de tutelle (v. art. 421 et 422 CC) et aux autorités de surveillance des fondations (v. art. 85 et 86 CC). Mais il nous paraît que ces attributions (qui entraînent d'ailleurs les responsabilités que l'on sait) sont limitatives et qu'aucune autorité de tutelle n'accepterait de donner des instructions à celui qui en demanderait en invoquant sa qualité de trustee.

Certes, dans les pays de Droit commun le législateur est intervenu pour décharger le juge et indiquer aux trustees les décisions qu'il peut prendre sans avoir à en référer au juge, par exemple au sujet des placements de fonds. Nous ne pouvons que constater l'absence de toute disposition de ce genre dans nos législations cantonales et fédérale.

Il y a donc là un premier et grave obstacle à la constitution d'un trust en droit suisse. On peut imaginer cependant que cet obstacle pourrait être surmonté par l'introduction, dans l'acte constitutif du trust, de clauses donnant aux trustees des instructions suffisamment précises ou de très larges pouvoirs d'appréciation; par la désignation de plusieurs trustees pouvant compléter leur nombre par cooptation; par la désignation d'une personne morale en qualité de trustee; par l'insertion d'une clause compromissaire permettant aux trustees de requérir des instructions de la part d'un tribunal arbitral.

44. Mais il se présente d'autres obstacles:

Quel serait le statut des biens du trust? Nous avons vu que le droit anglais est parvenu à distinguer, avec un effet réel et opposable aux tiers, à l'intérieur du patrimoine du trustee, les biens dont il n'est propriétaire qu'en trust (on trust) de ceux qui lui appartiennent en propre (*beneficially*). Néanmoins le trustee est propriétaire, du moins en général, des biens du trust, ce qui lui permet de les gérer librement et même de les aliéner, à charge de emploi. C'est précisément parce que le trustee jouit de ce pouvoir de disposition que le droit anglais applique aux biens du trust le principe de la subrogation réelle.

Quant aux droits des bénéficiaires, bien que de nature seulement équitable, ils sont cependant protégés de façon aussi efficace que les droits réels en droit suisse; ils sont opposables non seulement au trustee lui-même, mais à ses héritiers, à ses créanciers et même aux tiers.

En droit positif suisse, le trustee, s'il doit disposer de pouvoirs égaux à ceux du trust anglais, ne peut, semble-t-il, qu'être reconnu propriétaire des biens du trust. On ne voit pas en effet quel autre droit réel lui permettrait de gérer et de disposer sans entraves des biens du trust. Peut-être cherchera-t-on à accorder au trustee un pouvoir d'administration sur les biens du trust, dont la propriété resterait entre les mains des bénéficiaires. Mais ce pouvoir ne pourrait être fondé que sur le mandat, qui est essentiellement révocable (art. 404 CO). Au surplus accorder aux bénéficiaires la propriété des biens du trust équivaldrait à sacrifier la protection des bénéficiaires ultérieurs au profit des premiers bénéficiaires. C'est dire que, quelle que soit la façon dont le problème des droits du trustee est abordé, l'on ne voit pas d'autre solution que celle qui consiste à le rendre propriétaire des biens du trust.

45. Mais quels seraient alors les droits des bénéficiaires? Le droit suisse ne connaît pas de catégorie de droits intermédiaire entre les droits réels et les simples créances⁵⁵. Si les droits de créance peuvent être librement créés par contrat en vertu du principe de l'autonomie de la volonté (art. 19 CO), la loi donne une énumération limitative des droits réels. Ce principe, dit du *numerus clausus* des droits réels⁵⁶,

⁵⁵ Certes, il est possible en droit suisse de rendre certains droits personnels opposables aux tiers. La doctrine parle alors de droits personnels renforcés (v. Eugen Huber, *Zum schweiz. Sachenrecht*, Berne 1914). Il s'agit des droits personnels annotés au Registre foncier. Mais le Code (art. 959 et 961) énumère limitativement les droits qui peuvent faire l'objet d'une annotation ou d'une mention au Registre foncier. Bien entendu le trust ne figure pas dans cette liste. Il ne saurait donc faire l'objet d'une annotation ou d'une mention.

⁵⁶ v. infra n° 83.

nous paraît interdire la constitution en faveur des bénéficiaires d'un droit réel autre que ceux que connaît la loi suisse. Or aucun de ces droits ne correspond à ceux que le droit anglais accorde au bénéficiaire.

Il paraît impossible, par conséquent, d'accorder au bénéficiaire un droit réel sur les biens constitués en trust. C'est dire qu'il est impossible de constituer, en droit positif suisse, un véritable trust portant sur des meubles ou des immeubles.

46. Si le droit suisse ne permet pas de constituer en trust des meubles ou des immeubles, permet-il au moins de faire porter le trust sur des créances? Il nous paraît que non. Si le principe de l'autonomie de la volonté autorise les parties à déterminer librement le contenu des obligations, il ne saurait être étendu au-delà⁵⁷. Bien au contraire, les dispositions de la loi sur la création, l'extinction, le transfert et la modification des obligations sont de droit impératif⁵⁸. En principe, la qualité de créancier n'est pas susceptible d'être partagée entre plusieurs titulaires, sauf dans le cas de la solidarité (art. 150 CO). C'est dire qu'aucune disposition du Code n'autorise la division de la qualité de créancier entre le trustee et le bénéficiaire.

47. Les bénéficiaires ne peuvent ainsi être considérés que comme de simples créanciers du trustee. Ils n'ont que la position précaire du fiduciaire. On peut cependant imaginer que le constituant impose au trustee l'obligation de constituer un gage sur les biens qui lui sont remis, ce gage ayant précisément pour but de garantir à l'égard des bénéficiaires le respect de ses obligations par le trustee. Ce droit de gage accorde ainsi une garantie efficace aux bénéficiaires, mais il exige d'eux une constante surveillance du trustee, qui nous paraît tout à fait contraire à l'esprit du trust tel que le droit anglais le conçoit. Au surplus, la constitution d'un droit de gage au profit des bénéficiaires futurs pose de délicates questions théoriques et pratiques.

⁵⁷ v. Oser et Schoenenberger, rem. 3 ad art. 19 CO; Becker rem. 21 *ibid.*

⁵⁸ Becker, *loc. cit.*

48. Rappelons ensuite que le trust est, par nature, destiné à assurer la jouissance des mêmes biens par plusieurs bénéficiaires successifs. Transporté sur le terrain du droit suisse, il devient soumis aux règles sur la stipulation pour autrui et la donation à cause de mort. Il faudrait donc que l'acte constitutif du trust prévoie que les bénéficiaires peuvent exiger l'exécution du trust (art. 112 al. 2 CO). Mais ce sont surtout les règles du droit successoral qui, dans beaucoup de cas, viennent faire échec à la création d'un trust en droit suisse: si les droits des bénéficiaires ultérieurs ne deviennent exigibles qu'après la mort du constituant, l'acte de trust est soumis, semble-t-il, aux conditions de forme des dispositions à cause de mort (art. 245 al. 2 CO); lors du décès du constituant, la constitution du trust peut être attaquée par la voie de l'action en réduction; si les bénéficiaires sont des héritiers légaux, ils peuvent être obligés au rapport. Pour éviter ces difficultés il serait indispensable que le trust soit constitué par pacte successoral.

49. En conclusion, il nous paraît que la constitution d'un trust en droit suisse se heurte à des obstacles autant théoriques que pratiques. A cela s'ajoute le fait que le trust est étranger au système du droit suisse et qu'il entre en conflit avec d'autres institutions, notamment avec le droit successoral. Nous pensons donc qu'il n'est pas possible de créer un trust dans l'état actuel du droit suisse⁵⁹.

⁵⁹ MMes A. et R. Pestalozzi-Henggeler arrivent à la même conclusion, dans l'étude citée à la note suivante. La même question a été récemment étudiée en droit français par M. H. Motulski, qui arrive à une conclusion identique (De l'impossibilité juridique de constituer un trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française, *Revue critique de droit international privé*, 1948, p. 451 et suiv.). v. encore: Th. Lion, Un Anglais constitue un trust, conformément à sa loi, sur des biens situés en France; la loi française doit-elle en reconnaître la validité? *Clunet* 1923, p. 677 sq. Maurice Travers, De la validité, au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des Français sur des biens situés en France, *Revue de droit international privé* (Darras) 1909, p. 521 sq.

Chapitre III

Est-il nécessaire d'introduire le trust en droit suisse?

I. Introduction

50. On ne saurait contester que la pratique éprouve le besoin d'une institution qui permette de confier de façon durable l'administration d'une fortune à un tiers. Nombreux sont ceux qui désirent constituer un trust ou, à tout le moins, en obtenir les effets en utilisant telle institution du droit suisse.

On constate également que ce sont des praticiens qui ont, les premiers, proposé d'introduire le trust en droit suisse⁶⁰. Enfin, il est notoire que plusieurs institutions de notre droit positif ont été utilisées pour obtenir, en droit suisse, les effets d'un trust en droit anglais. Il s'agit en particulier de la fondation de famille, de l'exécution testamentaire prolongée et du mandat post mortem. Il nous paraît nécessaire d'étudier ici la façon dont la pratique a recouru à ces institutions et de rechercher les motifs auxquels elle a obéi.

II. La fondation

51. Dans le système du droit suisse, les fondations peuvent être librement constituées et affectées à n'importe quel but, à condition qu'il soit licite et conforme aux mœurs. La doctrine précise que l'essence de la fondation est l'affecta-

⁶⁰ Citons, notamment, Me Marcus Wyler, avocat à Zurich (articles dans la Revue de droit suisse), Me Albert Riedweg, avocat à Lucerne (étude dans la Festschrift des luzernischen Anwaltsverbandes, 1953). v. l'intéressant travail de MMes A. et R. Pestalozzi-Henggeler, avocats à Zurich (Rapport au congrès de Madrid de l'International Bar Association).

tion d'un patrimoine en faveur d'un nombre indéterminé de bénéficiaires, qui doivent être désignés par des critères généraux et impersonnels⁶¹.

Il n'est donc pas possible, par exemple, d'affecter une fondation à l'entretien d'une personne déterminée. En revanche la fondation est valable même si le cercle des bénéficiaires est très restreint, à condition toujours que ces bénéficiaires soient déterminés par un critère objectif. C'est le cas des fondations en faveur du personnel d'une entreprise, qui ont pris le développement que l'on sait depuis l'introduction de l'art. 673 CO.

L'appartenance à une famille déterminée est un critère objectif. Dès lors il serait possible d'affecter une fondation à l'entretien des membres d'une famille, si d'autres dispositions légales ne venaient l'interdire.

Le législateur fédéral a limité au premier degré la substitution fidéicommissaire (art. 488 al. 2 CC). Cette interdiction entraîne, en particulier, celle des fidéicommiss de famille, expressément édictée à l'art. 335 al. 2 CC. Mais le législateur a également voulu interdire la constitution de fondations de famille qui, avec une structure juridique différente, eussent permis d'obtenir les effets du fidéicommiss qu'il entendait prohiber. C'est pourquoi, il a limité les buts auxquels peuvent être affectées les fondations dont les bénéficiaires appartiennent à une même famille. D'après l'art. 335, ces buts peuvent être le paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille ou des buts analogues. En revanche, si la fondation est affectée à d'autres buts que ceux qui sont limitativement énumérés par la loi, elle est illicite et, partant, nulle.

En résumé, la loi suisse autorise très largement la constitution des fondations. Par contre elle énumère limitativement les buts auxquels peuvent être affectées les fondations

⁶¹ Ph. Muret, La notion de but dans les sociétés et les fondations et son application en droit suisse, Thèse, Lausanne, 1941, p. 104.

dont les bénéficiaires sont désignés par leur appartenance à une famille.

52. La possibilité d'affecter durablement un patrimoine distinct à un but déterminé a incité les praticiens à recourir à la fondation pour obtenir les résultats que le trust permet d'atteindre dans d'autres législations. De nombreuses fondations ont été créées, avec le but, avoué ou non, d'assurer l'entretien du fondateur et de sa famille. Ces fondations offraient deux avantages: d'une part elles devaient permettre, espérait-on, de séparer le capital de la fondation et la fortune du fondateur, d'où un avantage fiscal; d'autre part, elles assuraient la conservation d'un capital, en le soustrayant à des héritiers ignorants des affaires pour le confier à des administrateurs prudents.

Si le premier avantage est étranger à l'idée de trust, le second en revanche est caractéristique de cette institution. Il est donc particulièrement intéressant d'étudier la jurisprudence qui a fait échec à cet emploi de la fondation.

53. C'est en droit fiscal que le Tribunal fédéral a d'abord dû se prononcer: Un contribuable zuricois avait constitué une fondation de famille dans le Canton de Zoug. Le but de cette fondation, dotée d'un capital important, était d'entretenir le contribuable et sa famille. Le fisc zuricois refusa de considérer la fondation comme une personne distincte du contribuable; il ajouta le capital de la fondation à la fortune du contribuable, pour le calcul de l'impôt. Saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral estima qu'il n'était pas arbitraire, de la part du fisc, de considérer comme inexistante une fondation de famille constituée dans le seul but de soustraire une partie de la fortune du contribuable à l'imposition du canton de son domicile. Le recours fut par conséquent rejeté. Mais le Tribunal fédéral ne s'était pas prononcé sur la validité de la fondation au point de vue du droit civil (arrêt Honegger c. Cantons de Zurich et de Zoug, 11 décembre 1926, RO 52 I 372, JT 1927 I 467). Cette décision fut confirmée par un arrêt de 1927 (E.K. c. Cantons de Soleure et de Schaffhouse, 26 novembre 1927, RO 53 I 440,

JT 1928 I 473). Depuis lors, les administrations fiscales ont d'une façon générale considéré les fondations dites d'entretien comme constituant, au point de vue fiscal, un seul contribuable avec le bénéficiaire. C'est notamment le cas du fisc vaudois⁶².

Ces décisions ne paraissent pas avoir empêché le maintien des fondations existantes ni la constitution de nouvelles fondations de famille. En Suisse allemande surtout, ces fondations sont nombreuses.

L'introduction de l'impôt fédéral pour la défense nationale donna au Tribunal fédéral l'occasion de se prononcer sur la question à un autre point de vue que celui de l'arbitraire. Un contribuable avait créé, dans le Canton de Lucerne, une fondation de famille destinée à assurer son entretien et celui de ses enfants. L'administration lucernoise de l'impôt fédéral refusa de considérer la fondation comme une personne distincte du contribuable. Elle ajouta par conséquent le capital de la fondation à la fortune personnelle du contribuable. Saisi d'un recours du contribuable, le Tribunal fédéral examina de façon approfondie la notion de fondation de famille, pour arriver à la conclusion que l'art. 335 al. 1 CC énumérait limitativement les buts auxquels elle pouvait être affectée, ce qui a pour conséquence que les fondations destinées à assurer l'entretien des membres d'une même famille sont nulles parce qu'illicites. Le recours fut par conséquent rejeté (G. c. Lucerne, 29 juin 1945, RO 71 I 265, JT 1945 I 536)⁶³.

54. Cet arrêt fut rendu, on le rappelle, en droit fiscal. Il devait provoquer un litige civil. Il incita en effet la fonda-

⁶² Décision de la Commission centrale de recours en matière d'impôt du 3 mars 1949, *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 1949, p. 135.

⁶³ Il est intéressant de signaler que, dans cette espèce, l'acte constitutif de la fondation déclarait expressément que le fondateur désirait constituer, en droit suisse, une institution analogue au trust.

trice d'une fondation de famille à but d'entretien à demander aux tribunaux civils de prononcer la nullité de son œuvre et la restitution du capital de la fondation. Cette action fut admise par le Tribunal fédéral, pour des motifs semblables à ceux de l'arrêt G. c. Lucerne (St.-K. c. Fondation St.-K., 8 mai 1947, RO 73 II 81, JT 1948 I 66). Cette jurisprudence fut confirmée deux ans plus tard (Commune de Vico-Morcote c. Fondation Polari, 3 mars 1949, RO 75 II 15, JT 1949 I 578).

55. Une autre décision, contemporaine de l'arrêt Fondation Polari, confirme les arrêts précédents. Mais elle admet qu'une fondation ordinaire, c'est-à-dire contrainte de figurer au Registre du commerce et soumise au contrôle de l'autorité, peut valablement avoir pour but d'assurer l'existence d'une entreprise déterminée (Gehrenau-Stiftung c. Hauser, 17 mars 1949, RO 75 II 81, JT 1949 I 588). Cette décision, on doit le dire, est critiquable. Il ne paraît pas possible en effet d'admettre qu'une fondation puisse avoir pour seul bénéficiaire une personne déterminée. Comme on l'a vu plus haut, la fondation doit avoir un certain caractère objectif; les bénéficiaires doivent être déterminés par des critères généraux.

56. En 1953, la question fut soumise à nouveau au Tribunal fédéral. Elle se présentait cette fois sous un angle différent: En 1943, les autorités lucernoises avaient interdit, pour la seconde fois, en application de l'art. 369 CC, une dame d'un certain âge, Mme Harris. La pupille supportait mal l'idée de cette interdiction. Aussi son avocat lui conseilla-t-il de constituer une fondation à qui elle remettrait la plus grande partie de sa fortune, à charge de pourvoir à son entretien. L'autorité tutélaire se rallia à cette proposition; elle leva la tutelle, à condition que la fondation soit aussitôt constituée, ce qui fut fait. La Fondation Harris avait pour but de soutenir les entreprises artistiques, humanitaires et d'utilité publique; elle devait aussi faire connaître les œuvres artistiques et poétiques de Mme Harris. Mais la fondation avait la charge d'assurer l'entretien de la

fondatrice. A cet effet, elle était même autorisée à faire des prélèvements sur son capital.

Quatre ans plus tard, Mme Harris demanda à l'autorité lucernoise de surveillance de déclarer la nullité de la fondation. Cette requête fut rejetée. Mme Harris mourut avant de pouvoir ouvrir action devant les tribunaux civils. Ses héritiers demandèrent aux tribunaux lucernois de prononcer la nullité de la fondation et d'ordonner la restitution de ses biens à la succession. Déboutés en première instance, ils obtinrent gain de cause devant le Tribunal cantonal. La fondation recourut au Tribunal fédéral qui rejeta les conclusions des héritiers (Fondation Harris c. divers, 12 février 1953, RO 79 II 113, JT 1954 I 5.)

Le Tribunal cantonal lucernois avait considéré la Fondation Harris comme une fondation dite d'entretien, dont la jurisprudence citée plus haut avait maintes fois déclaré le caractère illicite. Mais, relève le Tribunal fédéral, cette jurisprudence concerne les fondations de famille et la Fondation Harris n'en est pas une. Il est vrai que l'on peut mettre en doute la validité d'une fondation dont le but exclusif serait d'assurer l'entretien du fondateur. Mais en l'espèce rien ne permet de dire que le but principal de la fondation n'ait pas été sérieusement voulu. L'obligation d'assurer l'entretien de la fondatrice n'est dès lors qu'une charge accessoire, qui ne modifie pas le caractère licite du but principal. La fondation est par conséquent valable, décide le Tribunal fédéral.

La Cour cantonale avait annulé la fondation pour une seconde raison encore: elle avait considéré comme immoral en principe le fait de constituer une fondation pour obtenir la levée d'une tutelle. Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur cette question de principe. Il considère qu'en l'espèce ni Mme Harris, ni l'autorité tutélaire n'ont agi de façon contraire aux bonnes mœurs. A ses yeux, la levée de la tutelle était une décision d'opportunité. L'autorité tutélaire était autorisée à la prendre dès le moment où la création de la fondation assurait l'avenir de la pupille. En définitive,

conclut le Tribunal fédéral, la constitution de la fondation n'est pas plus critiquable que ne l'aurait été, par exemple, l'achat d'une rente viagère.

L'arrêt Harris soulève de nombreuses questions dans plusieurs domaines du droit. Dans le chapitre qui nous intéresse, il met en doute la validité d'une fondation ordinaire dont le but serait d'assurer l'entretien du fondateur. Pour les raisons exposées plus haut, une fondation de ce genre nous paraît nulle, en effet. Sur le fond, la décision du Tribunal fédéral peut surprendre. En effet, les circonstances qui avaient précédé la création de la fondation, puis les clauses de l'acte constitutif semblaient établir que les intéressés avaient entendu constituer une fondation destinée à assurer l'entretien de Mme Harris, but qui fut habilement dissimulé sous l'aspect anodin d'une charge imposée à une fondation d'intérêt général⁶⁴. Mais en définitive, il s'agit d'une question d'interprétation. Quoiqu'il en soit, on est surpris de constater que l'arrêt ne mentionne pas l'art. 408 CC, qui interdit qu'aucune fondation soit créée aux dépens du pupille. En effet, lever la tutelle à la condition qu'une fondation soit constituée par le pupille aussitôt après paraît équivaloir à la création d'une fondation à ses dépens⁶⁵.

57. Nous avons ainsi constaté que la pratique a eu recours à la fondation, et en particulier à la fondation de famille, pour obtenir l'administration séparée d'une fortune au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires. Si l'on élimine l'intérêt fiscal de cette opération, intérêt d'ailleurs bien vite déjoué, on constate qu'elle répond néanmoins à un besoin. Malheureusement, les limites très strictes de la fon-

⁶⁴ Un subterfuge analogue a été imaginé par les praticiens anglais: la charge d'entretenir une tombe ne constitue pas un but charitable; un trust créé à cette fin ne peut donc durer au delà de la «perpetuity period». En revanche il est possible de constituer un trust charitable ordinaire, tout en imposant aux trustees la charge, en apparence accessoire, d'entretenir la tombe du constituant.

⁶⁵ L'arrêt *Preiswerk c. commune de Reigoldswil*, du 26 septembre 1952 (RO 78 II 333, JT 1953 I 499) appelle la même remarque.

dation de famille et, à notre avis, les principes généraux du droit des fondations empêchent que la fondation ne puisse être utilisée à ces fins. C'est dire que la fondation ne permet pas d'obtenir les effets d'un trust. Une seule exception doit être faite cependant: comme nous l'avons relevé plus haut, la fondation en droit suisse remplit la fonction des trusts dits charitables ou d'intérêt public, en droit anglais.

III. L'exécution testamentaire prolongée

58. La jurisprudence suisse connaît, sous le nom d'exécution testamentaire prolongée, une institution qui présente certaines ressemblances avec le trust.

Il convient de rappeler ici que, en droit anglais, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la succession ne sont pas des trustees proprio sensu. En revanche, ils peuvent le devenir au moment où, le partage successoral étant terminé, il faut commencer à administrer un trust constitué par le testament ou imposé par la loi⁶⁶.

Si, dans sa structure juridique, la charge de l'exécuteur testamentaire en droit suisse n'a rien de commun avec celle du trustee en droit anglais, cette institution permet néanmoins d'obtenir certains des effets juridiques propres au trust. Il se peut en effet que le testateur craigne que son héritier ne dissipe le patrimoine qu'il lui laisse. Il désigne alors un exécuteur testamentaire permanent, chargé d'administrer de façon durable la succession et d'en servir les revenus à l'héritier. Le droit français paraît autoriser les conditions de ce genre; il en était de même pour certains droits cantonaux⁶⁷. A deux reprises, le Tribunal fédéral a jugé qu'une telle clause était licite, mais qu'elle ne pouvait porter que sur la quotité disponible. En revanche, elle est

⁶⁶ Par exemple lorsque la succession est dévolue en tout ou en partie à des mineurs, v. no 13.

⁶⁷ v. par exemple, à propos du droit neuchâtelois, l'arrêt *Lambellet c. Moebus*, du 14 janvier 1917, RO 43 II 1. Pour le droit français, v. R. Savatier, *La fiducie en droit français*, Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris, 1937.

illicite si elle porte sur la réserve, étant donné que l'héritier a droit à une réserve franche de toute charge (arrêt Lambelet, cité; arrêt Schilling c. Leu & Cie S.A., du 28 janvier 1925, RO 51 II 49, JT 1925 I 343).

Il semble que l'exécution testamentaire prolongée soit souvent utilisée en Suisse. Comme l'a relevé le professeur Guisan, elle peut porter sur l'ensemble de la succession, si le testateur a pris la précaution de passer avec l'héritier un pacte successoral abdicatif⁶⁸. On peut même se demander si l'exécution testamentaire prolongée ne pourrait pas être complétée par une clause de substitution, qui contraindrait le premier héritier à remettre la succession à un appelé. L'exécuteur testamentaire ajouterait ainsi à ses fonctions celles d'administrateur de la substitution (art. 490 al.3 CC).

59. Le fonctionnement de l'administration prolongée de la succession pose de nombreuses questions. La première est celle du remplacement de l'exécuteur testamentaire: Que se passe-t-il si l'exécuteur testamentaire meurt avant le terme de l'administration prolongée (par exemple avant le décès de l'héritier)? L'exécution testamentaire s'éteindra-t-elle nécessairement par le défaut de la personne désignée par le testateur? Il ne paraît pas plus possible en effet pour l'autorité de désigner un successeur à l'exécuteur testamentaire défunt que de nommer un remplaçant à l'exécuteur décédé avant le testateur. En effet, la désignation d'un exécuteur testamentaire est un acte de dernière volonté et nul n'est autorisé à compléter la volonté du défunt⁶⁹.

On peut tenter de résoudre cette difficulté en considérant les biens dépourvus d'administrateur par le décès de l'exécuteur testamentaire comme un patrimoine dont le soin n'incombe à personne, au sens de l'art. 393 CC. Il y aurait ainsi lieu à désignation d'un curateur⁷⁰.

⁶⁸ F. Guisan, La fiducie en droit suisse, Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris, 1937, p. 106.

⁶⁹ C'est le principe rappelé dans l'arrêt *Convict du Sacré-Cœur* c. Brucker, du 21 mai 1942, RO 68 II 155, JT 1942 I 618.

⁷⁰ v. l'arrêt *Lambelet c. Moebus*, cité plus haut, note 67.

Mais le testateur peut désigner lui-même la personne destinée à remplacer l'exécuteur qui décède. La clause est fréquente, mais elle vise en général le cas de l'exécuteur prédécédé à l'ouverture de la succession ou de celui qui refuse les fonctions qui lui sont dévolues. Est-il possible de prévoir en quelque sorte un ordre de succession des exécuteurs testamentaires? Il nous paraît n'y avoir aucun obstacle de fond à une disposition de ce genre. En revanche, elle entraînerait des difficultés de procédure: Le certificat d'héritiers devra-t-il mentionner les exécuteurs testamentaires? L'autorité doit-elle et peut-elle surveiller la succession des exécuteurs testamentaires?

Mais il est facile d'éviter toutes ces difficultés en désignant une personne morale comme exécuteur testamentaire. Dans l'arrêt *Schilling c. Leu S.A.*, le Tribunal fédéral admet en effet qu'une société anonyme peut être désignée comme exécuteur testamentaire.

60. Nous venons de voir les problèmes pratiques que pose l'exécution testamentaire prolongée. Mais cette institution soulève également de délicates questions de principe.

Il faut tout d'abord se demander quelle est la nature des droits de l'héritier sur les biens ainsi soustraits à son administration. Dès l'ouverture de la succession, l'héritier acquiert de plein droit les biens qui lui sont dévolus (art. 560). Ce principe vaut aussi bien pour les héritiers légaux que pour les héritiers testamentaires⁷¹. S'il y a plusieurs héritiers, le partage a pour effet d'attribuer définitivement les biens grevés d'administration prolongée à l'héritier à qui cette charge est imposée. On ne voit donc pas comment l'héritier pourrait cesser d'être propriétaire de ces biens, sous la seule réserve de l'exécution testamentaire prolongée.

Si cette charge est imposée à un légataire, il deviendra également propriétaire des biens grevés, dès la délivrance du legs. Il importe peu, à cet égard, que les biens légués soient remis au légataire lui-même ou à l'exécuteur testamentaire.

⁷¹ RO 41 II 202, JT 1916 I 41.

Ainsi, à quelque point de vue que l'on se place, la qualité de propriétaire doit être reconnue à celui dont les droits successoraux sont soumis à une exécution testamentaire prolongée. C'est dire que les droits de l'héritier ne se limitent pas à une simple créance contre l'exécuteur testamentaire, en paiement des revenus, comme le soutiennent certains auteurs⁷².

Il en résulte que les créanciers de l'héritier peuvent saisir tous les biens de leur débiteur. L'héritier ne peut donc pas exiger que la saisie ne porte que sur les revenus. L'exécuteur testamentaire ne peut pas non plus revendiquer le capital. Il est vrai que les tribunaux zuricois en ont jugé autrement: dans un arrêt du 30 novembre 1933, ils ont prononcé que les biens soumis à l'administration durable étaient insaisissables⁷³. Cette jurisprudence est approuvée par une partie de la doctrine⁷⁴. Elle est critiquée par de nombreux auteurs et notamment par M. Alfred Schreiber dont la démonstration est convaincante⁷⁵. Il paraît en effet contraire à l'ordre public que les particuliers constituent des droits insaisissables, en-dehors du seul cas prévu par la loi, celui de la rente viagère à titre gratuit (art. 519 al. 2 CO)⁷⁶.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé à ce sujet, sinon en ce qui concerne la répartition des rôles dans le procès de tierce-opposition⁷⁷.

61. Il faut également se demander si l'exécution testamentaire prolongée peut être imposée aux successeurs de l'héritier. Deux questions se posent alors:

La première a trait à la réserve. La jurisprudence a prononcé que l'exécution testamentaire prolongée ne pou-

⁷² v. J. Lob, Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse, Thèse, Lausanne 1952, p. 99, et les auteurs cités.

⁷³ Bl. für zürcherische Rechtsprechung, t. 33 no 142, p. 309.

⁷⁴ Escher, rem. 23 ad art. 518; v. les auteurs cités par Lob, loc. cit.

⁷⁵ A. Schreiber, L'exécution testamentaire en droit suisse, 2e éd., p. 26—31.

⁷⁶ v. l'arrêt Flubacher, du 13 septembre 1907, RO 33 I 661.

⁷⁷ Arrêt Bendiner, du 28 avril 1933, RO 59 III 121, JT 1934 II 6.

vait porter que sur la quotité disponible. Or, nous l'avons vu, l'héritier devient propriétaire des biens grevés de l'exécution testamentaire prolongée. C'est dire que ces biens tombent dans sa propre succession et que, à leur tour, ses propres héritiers invoqueront leurs droits de réservataires pour faire tomber l'exécution testamentaire dans la mesure où elle lèse leur légitime. Mais nous ne pensons pas que ce moyen soit fondé, attendu que, dans le patrimoine du premier héritier, les biens en question étaient déjà grevés d'administration prolongée, avant l'ouverture de sa succession.

La seconde question est soulevée par les règles légales qui prohibent la substitution fidéicommissaire au-delà du premier degré. Ces règles ont pour but d'empêcher que la dévolution d'un patrimoine ne soit liée au-delà d'une génération. Dès l'ouverture de la substitution, l'appelé peut disposer librement de ses biens. Il nous paraît que ces règles interdisent également que la libre disposition d'un bien soit limitée au-delà d'une génération, même s'il s'agit de la limitation partielle que représente l'exécution testamentaire prolongée. C'est dire que, à notre avis, l'exécution testamentaire prolongée ne peut pas être imposée au-delà de la vie du premier héritier.

62. En conclusion, l'exécution testamentaire prolongée permet d'atteindre l'un des buts du trust: soumettre à un tiers l'administration durable d'un patrimoine. Il faut constater cependant que cette institution est beaucoup plus fragile que le trust, notamment en cas de saisie des biens par les créanciers de l'héritier. Mais les droits de l'héritier y sont mieux sauvegardés cependant que dans l'acte fiduciaire, puisqu'il conserve la propriété des biens soumis à l'administration prolongée. Ses droits sont donc préférables à ceux des créanciers de l'exécuteur testamentaire. En revanche les droits des tiers de bonne foi l'emportent sur ceux de l'héritier; mais c'est par l'effet d'un principe général du droit suisse, qui est opposable à l'héritier dont les droits sont soumis à l'exécution testamentaire comme à tous ceux

qui ont confié à autrui une chose mobilière leur appartenant (art. 933 CC).

Enfin, l'apparition de l'exécution testamentaire prolongée manifeste le désir d'une institution qui permette de soumettre de façon durable l'administration d'un patrimoine à un tiers, c'est-à-dire d'obtenir l'un des effets du trust. Alors que le recours à la fondation de famille est un échec, l'exécution testamentaire prolongée est une création heureuse des praticiens et de la jurisprudence.

IV. Le mandat post mortem

63. Pour assurer le respect de ses dernières volontés, le testateur peut désigner un exécuteur testamentaire. Mais les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire sont en définitive assez limités. De plus, certains disposants redoutent les formalités officielles qui accompagnent l'ouverture et la liquidation des successions. C'est notamment le cas des ressortissants des pays qui ont édicté des dispositions draconiennes sur le contrôle des changes et les placements extérieurs. Ils craignent que l'ouverture de leur succession n'apprenne à leur fisc national les placements qu'ils ont faits en Suisse. D'autres motifs peuvent entrer en ligne de compte, notamment le désir d'assurer l'administration des biens au delà du décès du disposant, conformément à ses instructions.

C'est pourquoi la pratique (particulièrement la pratique bancaire) a élaboré un certain nombre de solutions en général assez complexes. Ces constructions utilisent le mandat post mortem, le dépôt et la donation. Leur schéma est en général le suivant :

Le disposant dépose des valeurs dans une banque, sous dossier soit à son seul nom, soit à son nom et à celui de ceux qu'il entend gratifier. Il donne à la banque mandat de gérer ce dépôt conformément à ses instructions, sa vie durant. Il se réserve en général le droit de dénoncer en tout temps le contrat et de retirer les titres à son gré. Au surplus, le disposant donne à la banque un mandat expressément

stipulé post mortem. Aux termes de ce mandat, la banque a pour instructions de remettre les titres, après la mort du disposant, aux personnes qu'il aura désignées, ou encore d'administrer le dépôt pour le compte de ces personnes et de leur en servir les revenus.

La même opération peut porter sur un compte-joint. Le disposant prévoit alors qu'il aura le droit d'exploiter librement ce compte sa vie durant, mais qu'à son décès les autres titulaires du compte pourront l'exploiter à leur gré.

On rencontre d'autres constructions, mais les schémas ci-dessus paraissent être les plus fréquents⁷⁸.

64. Quelle est la valeur juridique de ces opérations?

Rappelons tout d'abord que rien ne s'oppose à ce que, par une stipulation pour autrui, le contrat de dépôt ou celui de prêt soient utilisés pour réaliser une donation. Mais il faut alors, et la jurisprudence a eu l'occasion de le préciser, respecter les conditions de forme et de fond auxquelles la loi soumet les donations. Il faut notamment que la donation soit acceptée par le donataire (art. 239, 241, 244 CO). Si elle porte sur un objet mobilier, cet objet doit être remis au donataire (art. 242). S'il y a simple promesse de donner, elle doit être faite par écrit (art. 243).

Lorsque ces conditions sont remplies, la donation est valable. Tel est le cas, lorsque le donateur constitue un livret d'épargne au nom du donataire et remet ce livret à un tiers⁷⁹. Tel est le cas également lorsque le donateur stipule qu'une somme prêtée par lui à un tiers devra être remboursée au donataire⁸⁰.

La question devient plus délicate lorsque la donation ne doit sortir ses effets qu'à la mort du donateur⁸¹. Car la

⁷⁸ v. O. Aepli, Im Hinblick auf den Tod des Bankkunden abgeschlossene Depotverträge, *Revue suisse de jurisprudence*, 1948 (44) p. 33 sq.

⁷⁹ Arrêt Meier c. Trüb, 8 avril 1938, RO 64 II 359, JT 1939 I 359.

⁸⁰ Arrêt Martinaglia c. Taillens, 11 juin 1943, RO 69 II 305, JT 1944 I 176.

⁸¹ v. F. Guisan, Recherche théorique de la limite entre le

loi impose dans ce cas une disposition en la forme du testament ou du pacte successoral (art. 245 al. 2). Au surplus, la jurisprudence a maintes fois précisé que la donation à cause de mort doit être acceptée par le donataire du vivant du donateur⁸².

Or les constructions juridiques que nous avons décrites au paragraphe précédent se heurtent précisément à ces deux exigences. Il est rare que le disposant prenne le soin de reproduire dans un testament le contenu essentiel du contrat qu'il passe avec la banque. De plus, le disposant ne tient pas toujours à mettre les donataires au courant des dispositions qu'il prend en leur faveur, et cela notamment parce qu'il entend avoir le droit de les modifier en tout temps. Dans ces circonstances, la donation n'est pas venue à chef, faute d'acceptation par les donataires. Au décès du disposant, ses héritiers auront donc le droit de revendiquer les biens⁸³.

Ces constructions se heurtent au surplus à un autre obstacle. On a vu que le disposant donnait à la banque un mandat post mortem. Or un mandat de ce genre est lui aussi soumis à la forme des dispositions à cause de mort⁸⁴. Comme il est rare que le disposant ait complété le contrat qu'il passe avec la banque par un testament du même contenu, le mandat de la banque s'éteindra au décès du disposant. Enfin, même si ce mandat est valable en la forme, il demeure essentiellement révocable, comme tout mandat. C'est dire que les héritiers du disposant auront qualité pour retirer à la banque les pouvoirs que leur auteur lui avait conférés, à moins, bien entendu, que ces instructions ne puissent être validées comme disposition de dernière volonté.

contrat et l'acte à cause de mort, Recueil de travaux de la Faculté de droit de Lausanne, 1934.

⁸² v. l'arrêt *Meister c. Meer et consorts*, 30 mai 1941, RO 67 II 88, JT 1941 I 612; v. en outre l'arrêt *Martinaglia c. Taillens* (cité plus haut, note 80); cf. RO 49 II 97, JT 1923 I 569; RO 42 II 58.

⁸³ v. l'arrêt *Meister*, cité à la note précédente, et l'arrêt *Kubny c. Hänseler*, 3 novembre 1932, RO 58 II 423, JT 1933 I 340.

⁸⁴ Arrêt *Kubny c. Hänseler*, cité à la note précédente.

65. En définitive, les constructions décrites plus haut sont singulièrement précaires. D'ailleurs elles le sont précisément parce que le disposant entend garder la plus grande liberté d'action, notamment en gérant à son gré les biens de son vivant et en gardant le droit de modifier les instructions destinées à sortir effet après sa mort. S'il faisait une véritable donation pour cause de mort, le disposant n'aurait plus cette liberté.

Certes le meilleur moyen pour le disposant d'assurer le respect de ses volontés après son décès consisterait à recourir aux moyens orthodoxes du droit successoral: testament, désignation d'un exécuteur testamentaire, pacte successoral. Mais ici encore, c'est précisément ce que le disposant entend éviter. On comprend donc qu'il préfère utiliser des moyens précaires et courir le risque d'une annulation.

66. Certains en tout cas des avantages que procurent les constructions que nous venons d'étudier sont ceux du trust. C'est notamment le cas des instructions que donne le disposant dans le cadre du mandat post mortem: ces instructions sont contenues dans les actes de trust. De plus, les clauses usuelles des mandats de ce genre accordent de larges pouvoirs au mandataire, qui peut agir plus librement qu'un exécuteur testamentaire, ainsi que le fait le trustee.

On comprend dès lors que des solutions de ce genre soient proposées à ceux qui désirent constituer un «trust» en Suisse.

V. Conclusion

67. Nous avons indiqué les principales constructions imaginées par les praticiens pour obtenir, en droit suisse, les effets d'un trust anglais. Il en existe d'autres: il s'agit avant tout de l'acte fiduciaire, utilisé soit dans sa forme traditionnelle soit dans le cadre d'une société anonyme.

Les exemples qu'on vient de lire sont assez nombreux cependant pour permettre une première conclusion: On constate, dans plusieurs domaines de la vie juridique, le

besoin d'une ou de plusieurs institutions dont le but est semblable à celui du trust. Il n'en résulte pourtant pas que l'introduction du trust en droit suisse réponde à une nécessité.

Il faut observer en effet que le recours aux constructions juridiques étudiées dans ce chapitre est somme toute assez rare. De plus, il est souvent motivé par un désir de fraude à la loi, qu'il s'agisse de la loi fiscale ou des dispositions du droit des successions. Enfin, et surtout, ces constructions, si ingénieuses soient-elles, semblent très mal cadrer avec les autres institutions avec lesquelles elles entrent en contact. Elles se heurtent aux principes des droits réels, aux règles de forme et de fond qui régissent les donations entre vifs et à cause de mort, à la réserve héréditaire, etc. Il est donc indispensable de rechercher si le système général du droit suisse permet l'introduction du trust. Ce sera l'objet de notre dernier chapitre.

Chapitre IV

Le trust est-il compatible avec le droit suisse?

I. Introduction

68. Les chapitres qui précèdent ont montré que le trust, tel qu'il est compris et tel qu'il fonctionne dans les pays de Common law, n'est pas réalisable en Suisse, dans l'état actuel du droit. Ils ont montré également que les divers moyens auxquels recourent les praticiens pour obtenir les effets du trust ne sont pas sans danger. C'est dire que le droit suisse ignore le trust.

C'est pourquoi plusieurs auteurs ont proposé d'introduire le trust en droit suisse, par une réforme législative. Nous voulons étudier dans ce chapitre si le trust est compatible avec les principes et le système du droit suisse ou si, au contraire, il n'entre pas en conflit avec certaines des institutions essentielles de notre droit privé. Nous pensons en

effet qu'il ne suffit pas de proposer d'introduire une institution nouvelle dans notre droit mais qu'il faut rechercher si cette institution est compatible avec les principes généraux et le fonctionnement pratique de notre droit positif.

69. Les partisans de l'introduction du trust en droit suisse⁸⁵ considèrent comme nécessaire la présence, dans notre droit, d'une institution qui permette de confier de façon durable l'administration d'un patrimoine à un tiers doté de larges pouvoirs, l'autorisant notamment à administrer ce patrimoine de façon indépendante, sans cependant que ces pouvoirs soient excessifs. En d'autres termes, ces auteurs estiment qu'entre le mandat d'administrer, dans lequel le mandataire dépend entièrement du mandant et l'acte fiduciaire classique, dans lequel le fiduciaire est sans défense à l'égard du fiduciaire, il y a place pour une institution moyenne, qui serait précisément le trust.

Ces auteurs estiment que le trust trouverait avant tout son emploi dans le droit de famille et le droit des successions. Certains ajoutent que le trust serait utile dans les relations entre débiteur et créancier.

Ils soulignent en général le fait que le trust a été introduit sans difficulté au Liechtenstein, dont le système juridique est proche de celui du droit suisse⁸⁶. Il est permis de penser que cet exemple n'est pas décisif et que des considérations d'ordre plus fiscal que juridique ont peut-être présidé à cette introduction. En revanche, il est juste de relever que le trust a été introduit dans plusieurs systèmes juridiques d'origine latine (par opposition aux systèmes

⁸⁵ Marcus Wyler, Für ein schweizerisches Treuhandrecht? *Revue suisse de jurisprudence*, t. 32 (1935—1936) p. 129. Le même, Über das Treuhandrecht, *Revue de droit suisse*, t. 56 (1937) p. 293. M. Wyler-Schmid, Zu einem Rechtsfall betreffend vinkulierte Namensaktien, *La Société Anonyme Suisse*, 23 (1950/51) p. 33—38. Albert Riedweg, Der Trust des anglo-sächsischen Rechtes im Vergleiche zu ähnlichen Institutionen des schweiz. Rechtes, Festgabe des luzernischen Anwaltsverbands zum schweiz. Anwaltstag, Lucerne, 1953.

⁸⁶ v. plus bas n° 71.

de Common law) dans des pays qui sont en contact constant avec les Anglo-saxons : c'est le cas notamment, en Europe, du droit écossais, qui, on l'ignore souvent, est un système romanisé, profondément différent du droit anglais ; c'est le cas au Canada du droit de la Province de Québec, où le trust a été introduit dans un code civil qui n'est autre que le code Napoléon⁸⁷ ; c'est le cas de certains Etats de l'Amérique du Nord, comme la Louisiane, et de l'Amérique latine, comme la République de Panama. Il faut remarquer que, dans tous ces cas, il s'agit de pays sinon eux-mêmes de langue anglaise, comme l'Ecosse, du moins en contact étroit avec des pays anglo-saxons. Ces raisons politiques et économiques ne valent pas pour la Suisse.

A part ces considérations assez générales, nous n'avons pas rencontré, dans les articles publiés par les partisans de l'introduction du trust en droit suisse, d'examen détaillé des problèmes que poseraient les relations du trust avec les institutions du droit suisse. Ces auteurs exposent simplement que l'introduction du trust répondrait à un besoin des affaires, voire à une nécessité ou encore qu'elle est rendue indispensable par les circonstances politiques du moment.

70. Un seul auteur, M. Marcus Wyler, a émis des propositions précises à ce sujet, dans ses articles de la *Revue de droit suisse* et de la *Revue suisse de jurisprudence*⁸⁸.

Pour M. Wyler, le rôle du juge dans le trust est essentiel. En Suisse, ce rôle pourrait être confié aux autorités de tutelle, qui ont déjà pour attribution de surveiller la gestion des tuteurs et de leur donner des instructions.

Sur le fond, poursuit M. Wyler, les règles essentielles du trust devraient être codifiées, comme au Liechtenstein. Notre auteur n'indique pas quelles sont, à ses yeux, ces règles essentielles. On peut supposer qu'elles seraient les mêmes que dans le droit du Liechtenstein.

⁸⁷ v. Mignault, La Fiducie dans la Province de Québec, *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Paris, 1937.

⁸⁸ Cités plus haut, note 85.

71. En droit du Liechtenstein⁸⁹ les éléments essentiels du trust sont un patrimoine, un but et une décision d'affectation de ce patrimoine à ce but (art. 897). Le trust est en principe constitué par un acte unilatéral de volonté du constituant. Il peut également résulter de la loi; c'est le cas de *l'implied trust* et du *constructive trust* du droit anglais. L'acte constitutif est soumis à la forme écrite (art. 899). Le trust doit au surplus être inscrit dans un registre public, mais cette formalité n'est pas essentielle (art. 900).

Le trustee devient propriétaire des biens qui lui sont remis (art. 911, cf. art. 919). Ces biens constituent un patrimoine séparé de la fortune personnelle du trustee; il y a subrogation réelle (art. 912). Si le trustee tombe en faillite ou s'il fait l'objet d'une saisie, les biens du trust échappent à ses créanciers (art. 915).

Bien que le trust soit créé par acte unilatéral du constituant, l'acceptation de sa charge par le trustee est nécessaire. Dès ce moment, le trustee doit suivre les instructions de l'acte constitutif (art. 922). Il doit rendre compte de son administration (art. 923). Il peut également s'adresser au juge pour lui demander des instructions (art. 919 al. 6).

Le juge a d'ailleurs le pouvoir de révoquer le trustee et celui de nommer un nouveau trustee.

Le trust prend fin au terme prévu par le constituant. Il est également possible de demander au juge d'en prononcer la dissolution. Après liquidation, les biens reviennent au constituant ou à ses héritiers (art. 906).

On le voit, le droit du Liechtenstein se borne à donner les grandes lignes du trust. Il abandonne la solution de nombreux problèmes à la jurisprudence. On aura remarqué notamment qu'il n'indique pas quelle est la nature juridique du droit du trustee sur les biens du trust. Mais il nous paraît que le législateur de la Principauté a fait le pas décisif qui

⁸⁹ Code civil du Liechtenstein, III^e partie: Droit des personnes et des sociétés, titre XVI: Die Treuhandschaft (art. 897 sq.). v. H. Straub, Über das Treuhandrecht, unter besonderer Berücksichtigung des liechtensteinischen Gesetzes, Thèse, Berne, 1940.

distingue le trust du simple acte fiduciaire: le trustee n'est pas le mandataire du constituant; il doit se conformer aux règles contenues dans le statut du trust; à leur défaut, il suit les directives de la loi et les instructions du juge. Mais les règles légales sont extrêmement larges; elles sont surtout supplétives; de telle sorte que l'organisation du trust est laissée en première ligne au constituant lui-même.

72. C'est donc l'exemple du Liechtenstein que M. Wyler, dans des articles pleins de feu, propose au législateur suisse. A son avis, le trust serait particulièrement utile dans les relations entre créanciers et débiteur (concordat par abandon d'actif, organisation d'une communauté de créanciers) et en droit successoral. Il voit trois obstacles principaux à l'introduction du trust en droit suisse: la tendance à tout attendre de l'Etat, alors que le trust exige un effort de construction et d'imagination de la part des particuliers; la crainte, erronée à son avis, de ce qui est caché et secret; celle des fraudes fiscales.

73. Nous avons tenu à donner un résumé aussi fidèle que possible de l'opinion de M. Wyler. Il nous paraît cependant que, dans ce travail, il ne suffit pas d'examiner le trust comme tel, mais qu'il faut avant tout rechercher quel pourrait être son rôle dans le système de notre droit. C'est après cet examen que nous pourrions nous prononcer.

II. La fonction du trust

74. Dès le début de ce travail, nous avons tenté de démontrer que le trust, une fois créé, devenait indépendant de celui qui l'a constitué. Ce caractère du trust, à notre sens essentiel, se manifeste dans le fait que le trustee n'est pas le mandataire du constituant ni celui des bénéficiaires. Le trustee est au contraire lié par les clauses de l'acte de trust. S'il n'y trouve pas les instructions qu'il recherche, il doit les demander au juge. En d'autres termes, le trustee est lié par un *statut* auquel il doit se conformer; en revanche, il est indépendant du constituant et des bénéficiaires.

Il s'en ensuit que l'acte constitutif du trust ou la loi, à son défaut, doivent nécessairement prévoir les actes auxquels le trustee peut procéder: répartition du revenu entre capital et intérêts, avances en capital, placements autorisés etc. Ils doivent également désigner les personnes au profit desquelles le trustee doit administrer les biens qui lui sont remis. Ils doivent enfin contenir des dispositions sur la durée du trust, sa dissolution et la répartition des biens après la liquidation.

C'est par cette structure juridique particulière que le trust se distingue des institutions voisines, comme le mandat. Cette structure est conforme au but du trust, qui est d'assurer à plusieurs personnes la jouissance successive d'un même bien. Si, en droit anglais, les droits du trustee ont l'étendue que l'on sait, c'est que le trustee est l'élément permanent de notre institution. En revanche les droits du bénéficiaire sont limités dans le temps; ils ne l'autorisent pas à exiger plus que la jouissance du bien pendant une certaine période. C'est dire que l'indépendance du trustee à l'égard des bénéficiaires est une nécessité logique. Mais, pour assurer l'exécution du trust, il est non moins nécessaire que le trustee puisse obtenir ailleurs les instructions qu'il n'a pas le droit de demander aux bénéficiaires. C'est pourquoi le trustee est placé sous l'autorité du juge.

En revanche, lorsque ce caractère, que nous appellerons *institutionnel*, fait défaut, le trust perd sa stabilité et le trustee devient un simple *mandataire*. C'est ce qui se produit en droit anglais à l'expiration du trust: dès ce moment, les bénéficiaires ont le droit d'exiger du trustee qu'il leur remette les biens du trust. C'est également le cas lorsque tous les bénéficiaires sont majeurs et capables: ils ont alors le droit d'exiger la dissolution du trust. C'est enfin le cas lorsque le constituant a remis des biens au trustee sans préciser au profit de qui ces biens devaient être administrés; le constituant est lui-même bénéficiaire du trust et il peut, en tout temps, exiger que ces biens lui soient remis.

75. Les arguments avancés en faveur de l'introduction

du trust en droit suisse ne tiennent pas toujours compte de cette distinction. Or elle nous paraît essentielle. Certes, il est utile que le droit contienne plusieurs institutions qui permettent de remettre, pour un temps, l'administration d'un patrimoine à un tiers; c'est ce que le mandat ou l'acte fiduciaire permettent de réaliser en l'état actuel du droit. Le trust pourrait être également utilisé à cette fin. Mais la vraie fonction du trust n'est pas là; elle est d'assurer la jouissance d'un même patrimoine par plusieurs personnes successivement. Le trust a un caractère institutionnel. Il est avant tout destiné à durer.

Or il est inévitable qu'une institution de ce genre ait une certaine rigidité. Le trustee doit sauvegarder les droits des bénéficiaires futurs; il ne peut donc prendre, dans ses placements, les mêmes risques que celui qui gère sa propre fortune. Le juge appelé à donner des instructions au trustee aura le même souci, il donnera donc des instructions très prudentes. Même si l'acte de trust ou la loi autorisent le trustee à faire aux bénéficiaires des avances en capital, il ne pourra y procéder que dans les cas expressément prévus. Il ne faut pas dissimuler que les règles sur le trust, en droit anglais, sont empreintes d'une extrême prudence; certaines sont d'un formalisme excessif.

Si le trust était introduit en droit suisse, le législateur poserait peut-être des règles moins étroites et les tribunaux les interpréteraient sans doute de façon large. Mais il serait nécessaire néanmoins d'imposer des limites strictes à l'activité du trustee. Comme de très nombreux trusts toucheraient aux intérêts des mineurs, il nous paraît difficile d'éviter que le législateur n'impose au trustee des obligations semblables, sinon identiques à celles du tuteur. D'ailleurs les trustees seront nécessairement responsables de leur gestion; ils se refuseront par conséquent à prendre des risques. Quant aux tribunaux qui seraient appelés à leur donner des instructions, ils auraient les mêmes hésitations.

C'est dire que le trust, une fois introduit en droit suisse, serait nécessairement empreint d'une certaine rigidité. Il

serait organisé selon des règles plus strictes que celles qui régissent les institutions auxquelles la pratique recourt aujourd'hui pour en obtenir les effets (acte fiduciaire, exécution testamentaire prolongée etc.). On peut dès lors se demander si le trust serait utilisé de façon aussi générale que le pensent certains auteurs.

Cette rigidité serait particulièrement ressentie dans les trusts révocables en tout temps par le constituant, à l'image du mandat. Or ce genre de trust, nous explique-t-on, serait le plus nécessaire en droit suisse. Serait-il vraiment aussi utile que le pensent certains ? Les remarques qui précèdent permettent d'en douter.

76. Il ne faut pas négliger non plus l'aspect économique de la question. Deux remarques s'imposent à ce sujet :

Si le législateur adoptait le trust avec le statut que nous avons défini plus haut, cette institution aurait pour fonction essentielle d'assurer la jouissance d'un même patrimoine par plusieurs bénéficiaires successifs. Au point de vue économique, les bénéficiaires n'auraient donc droit qu'aux revenus des biens du trust. Quant au capital, il devrait rester intact jusqu'à la fin du trust.

En pratique, la plupart des trusts auraient sans doute un capital formé de titres. Le bénéficiaire n'aurait donc droit qu'au revenu de ces titres. Comme nous l'avons vu plus haut, le trustee n'achèterait que des valeurs parfaitement sûres. Cette obligation lui serait vraisemblablement imposée par la loi ou par le juge. D'ailleurs le trustee prudent le ferait de lui-même. C'est dire que, étant donné la situation actuelle du marché de l'argent, il n'obtiendrait pour ses fonds qu'un intérêt très bas. Dès lors seule la constitution en trust d'une fortune considérable permettrait d'assurer l'entretien du bénéficiaire. Mais la moyenne des trusts ne donnerait que des revenus très modestes. On hésitera alors, pensons-nous, à constituer des trusts, s'ils doivent immobiliser des sommes importantes pour n'assurer en définitive qu'un revenu médiocre aux bénéficiaires.

Au surplus, l'introduction du trust entraînerait une aug-

mentation considérable de l'offre des capitaux. Or on sait les soucis que cause le volume actuel de cette offre. La situation présente du marché des capitaux serait aggravée si de nouvelles disponibilités apparaissaient pour s'ajouter aux fonds, déjà considérables, des assurances publiques et privées et des particuliers ⁹⁰. Cet aspect du problème ne saurait être négligé.

III. L'administration du patrimoine d'autrui

77. L'adoption du trust en Suisse signifierait également l'introduction dans notre droit d'un régime entièrement nouveau de l'administration du patrimoine d'autrui. Dans le trust, en effet, le trustee est titulaire d'un droit direct sur les biens du trust : il est lui-même propriétaire des meubles, des immeubles et des papiers-valeurs, titulaire des créances etc. Or tel n'est pas le régime ordinaire du droit suisse, sauf dans l'acte fiduciaire.

En droit suisse, la personne dont les biens sont administrés par un tiers reste en principe propriétaire de ses biens. Quant au tiers, il est titulaire d'un simple droit personnel d'administration et parfois de disposition ; en revanche il n'a pas de droit réel sur ces biens. Nous en voulons pour preuve les exemples suivants, qui nous paraissent être les principaux cas dans lesquels l'administration des biens d'une personne est confiée à un tiers :

Les personnes morales ont la capacité juridique (art. 53 CC) ; leurs organes expriment leur volonté (art. 55) ; les membres de ces organes n'ont aucun droit réel sur les biens de la personne morale, et cela ni à titre individuel ni à titre collectif.

Dans le régime matrimonial légal, le mari administre les biens de la femme (art. 200 al. 1) ; il a le droit d'en dis-

⁹⁰ Au 31 mars 1954, la valeur comptable de l'ensemble des placements du fonds de compensation de l'assurance-vieillesse s'élevait à 2 milliards 706 millions de francs. Le revenu moyen de ces placements était de 2,95 %.

poser avec le consentement de celle-ci (art. 202); au surplus il a la jouissance des apports de la femme (art. 201); la loi précise à ce sujet que le mari encourt de ce chef la même responsabilité que l'usufruitier.

Les père et mère administrent les biens de l'enfant (art. 290); au surplus, ils ont la jouissance de ces biens (art. 292).

En cas d'insolvabilité du propriétaire d'un asile de famille, l'immeuble est remis à un gérant qui, tout en maintenant la destination de l'asile, l'administre conformément aux intérêts des créanciers (art. 356); ce gérant est un double mandataire, il jouit d'un droit d'administration sur le bien d'autrui⁹¹.

Le tuteur administre les biens de son pupille; il le représente à l'égard des tiers; il peut procéder à certains actes de disposition, moyennant l'autorisation de l'autorité tutélaire.

L'exécuteur testamentaire a qualité pour gérer la succession, payer les dettes, acquitter les legs et procéder au partage (art. 518 al. 2); il n'a pourtant qu'un droit personnel d'administrer les biens successoraux; la jurisprudence a refusé de lui reconnaître un droit réel sur ces biens⁹².

L'administrateur chargé de procéder à la liquidation officielle de la succession a le pouvoir de réaliser celle-ci; il est placé sous le contrôle de l'autorité (art. 595).

Un curateur peut être désigné pour l'administration d'un bien grevé d'usufruit lorsque l'usufruitier refuse de constituer des sûretés ou qu'il fait un usage illicite de la chose (art. 762).

Un représentant commun peut représenter créanciers et débiteurs lors d'une émission de titres fonciers (art. 875 ch. 1); il n'acquiert aucun droit sur les titres.

⁹¹ A notre connaissance, aucun auteur n'a relevé cet exemple parmi les institutions analogues au trust que certains aiment à découvrir dans le droit suisse. Peut-être le caractère tout théorique des dispositions du code civil sur l'asile de famille y est-il pour quelque chose.

⁹² Arrêt Jenny c. Rosenthal, RO 66 II 149, JT 1941 I 10.

Le dépositaire séquestre est également un double mandataire (art. 480 CO); il n'a que le droit de garder la chose en lieu sûr; il n'a sur cette chose aucun droit réel.

Le liquidateur de la société en nom collectif, lorsqu'il est choisi en dehors des associés, a également un pouvoir d'administration et de disposition sur des biens qui ne lui appartiennent point; il est soumis au pouvoir de révocation du juge (art. 583) et à un certain pouvoir de contrôle (art. 585 al.3).

Il en est de même pour les liquidateurs de la société en commandite (art. 619) et de la société anonyme (art. 740 et 741).

78. On pourrait trouver d'autres exemples. Ceux que nous avons indiqués paraissent cependant assez nombreux pour justifier la thèse énoncée au début de ce paragraphe: en principe, le droit suisse n'accorde qu'un droit personnel d'administration à celui qui est chargé de gérer les biens d'autrui. C'est très spécialement le cas lorsque cet «administrateur» exerce ses fonctions dans l'intérêt exclusif du propriétaire. En revanche, lorsque l'administrateur des biens d'autrui a un intérêt personnel à cette administration, la loi lui accorde un droit réel; c'est notamment le cas du mari dans le régime de l'union des biens et des parents dans l'administration des biens des enfants.

Le régime est le même, que les pouvoirs de «l'administrateur» soient fondés sur la loi, sur une nomination par l'autorité, sur une désignation unilatérale (exécuteur testamentaire) ou encore sur un contrat, notamment un contrat de mandat. L'acte fiduciaire constitue une exception à ce principe, mais il entraîne précisément les risques que nous avons rappelés plus haut.

En pratique, l'administration des biens d'autrui est avant tout fondée sur le contrat de mandat ⁹³ sauf dans les cas où elle est imposée par une disposition spéciale de la loi.

⁹³ v. le récent ouvrage de M. Georges Gautschi, *Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz*, Zurich, 1953.

La doctrine range les droits d'administration dans la catégorie des *droits secondaires*, c'est-à-dire des droits patrimoniaux qui autorisent leur titulaire à créer, modifier ou éteindre des droits dans son patrimoine ou dans celui d'un tiers, par sa seule déclaration de volonté. On distingue deux groupes de droits secondaires: les *droits formateurs*, ou faculté de former unilatéralement un rapport de droit, et les *droits de gestion* ou d'administration. Pour von Tuhr, le droit de gestion accorde à son titulaire la faculté de conclure des contrats ou d'accomplir des actes juridiques unilatéraux, de manière que leur effet se fasse sentir dans le patrimoine d'autrui⁹⁴. Cette construction doctrinale a été adoptée par la jurisprudence, notamment à propos des droits de l'exécuteur testamentaire sur les biens successoraux⁹⁵.

C'est dire que le trust introduirait en droit suisse une construction juridique tout à fait nouvelle, étrangère à l'esprit de notre droit.

IV. La création du trust

79. Le premier problème qui se poserait au législateur serait celui de la constitution du trust.

Il faudrait en premier lieu définir la nature juridique des rapports internes entre le constituant ou les bénéficiaires d'une part, et le trustee d'autre part. La construction devrait en être différente selon le genre de trust. Dans les trusts créés dans l'intérêt exclusif du constituant ou dans celui d'un ou plusieurs bénéficiaires dont les droits ne seraient limités ni dans leur étendue ni dans leur durée, les rapports du constituant et du bénéficiaire avec le trustee devraient être soumis aux règles du mandat. Le trust serait alors révocable en tout temps par ceux au béné-

⁹⁴ A. von Tuhr, Partie générale du Code fédéral des obligations, trad. Torrenté et Thilo, p. 18 et 22. P. Liver, rem. prél. 13 ad art. 730 sq. CC. Cf. F. Gerhard, *Geschäftsführung im fremden Interesse*, thèse, Bâle, 1927.

⁹⁵ Arrêt Jenny c. Rosenthal, RO 66 II 149, JT 1941 I 10.

fice de qui il est constitué. Il nous paraît en effet que le fait de déclarer irrévocable un trust constitué au profit exclusif d'un ou plusieurs bénéficiaires, dont les droits ne seraient limités ni dans leur étendue ni dans leur durée, serait un acte contraire à l'ordre public, qui interdit notamment les clauses d'irrévocabilité du mandat et les clauses d'inaliénabilité ⁹⁶.

Il en serait autrement dans les trusts où les droits des bénéficiaires seraient limités par l'acte constitutif. Logiquement, plusieurs sortes de limitations sont possibles : les droits du bénéficiaire peuvent être soumis à un terme extinctif ; à l'événement de ce terme, le premier bénéficiaire est remplacé par un autre. On peut également prévoir que, de son vivant, le bénéficiaire n'ait droit qu'aux revenus du trust ou encore qu'il n'ait le droit d'entamer le capital qu'avec l'accord du trustee, mais que, à son décès, les biens du trust tombent dans sa succession. Ce second cas correspond à l'exécution testamentaire prolongée, que nous avons examinée au chapitre précédent.

Dans cette hypothèse, les bénéficiaires n'auraient pas le droit de révoquer le trust, qui prendrait alors le caractère institutionnel que nous avons défini plus haut.

80. Il faudrait ensuite qualifier juridiquement les désignations de bénéficiaires par le constituant du trust. Dans le système du droit suisse, ces désignations constitueraient, à notre avis, des *donations* du constituant en faveur des bénéficiaires, par le jeu d'une stipulation pour autrui. Par conséquent les désignations de bénéficiaires devraient, en principe, être acceptées par les intéressés, sauf dans le cas du trust constitué par acte de dernière volonté. Nous nous trouvons ici en face des mêmes difficultés que dans le cas du mandat post mortem que nous avons examiné plus haut (v. n^{os} 64 et suivants).

On peut certes imaginer que le législateur supprimerait

⁹⁶ Alfred Martin, De la défense d'aliéner, *Revue de droit suisse*, t. 42 (1923) p. 1. V. cependant un intéressant arrêt zuricois, *Blätter für zürcherische Rechtsprechung*, t. 35, n^o 25.

ces difficultés en faisant de la constitution du trust un acte purement unilatéral n'exigeant pas une acceptation de la part des bénéficiaires. On peut invoquer en faveur de cette solution, le fait que le trust a un caractère successoral marqué, en tout cas lorsqu'il est irrévocable. Par conséquent, une acceptation de la part des bénéficiaires n'est pas plus nécessaire à la validité du trust que l'acceptation de l'appelé à la validité de la substitution.

Il n'en reste pas moins que les conditions de forme et de fond auxquelles la loi subordonne les donations sont difficilement conciliables avec le trust. La question de la révocation du trust par le constituant devrait également être résolue (v. art. 249 et 250 CO).

V. Les droits sur les biens du trust

81. Une loi suisse sur les trusts devrait également résoudre le problème des droits des intéressés (trustee et bénéficiaires) sur les biens du trust. On nous répondra peut-être que cette question n'est pas tranchée en droit anglais; qu'ainsi le législateur suisse ne serait pas tenu non plus de la résoudre. Nous pensons que cet argument n'est pas fondé. Certes, les auteurs anglais et américains ne définissent pas tous de la même façon les droits du bénéficiaire sur les biens constitués en trust. Mais l'origine historique de ces droits ne fait pas de doute. Or il nous paraît qu'en droit anglais l'explication historique d'une institution comme le trust a un rôle aussi important que sa construction dogmatique. Il ne saurait en être de même en droit suisse.

De plus, notre système juridique exige que les droits des justiciables soient clairement définis et délimités. Nous pensons notamment aux exigences du Registre foncier. Il est nécessaire que les droits du bénéficiaire y soient mentionnés. Une définition légale est donc indispensable.

82. Pour que le trustee jouisse de la liberté d'action qui lui est nécessaire, il serait indispensable de lui accorder les droits les plus étendus sur les biens constitués en trust.

C'est dire que le trustee serait propriétaire des meubles et des immeubles, titulaire des papiers-valeurs, des créances et des autres droits qui lui seraient transférés.

Sur ce point, il aurait donc les mêmes droits que le fiduciaire.

Le transfert des biens en mains du trustee ne causerait pas, semble-t-il, de grandes difficultés en cas de constitution du trust entre vifs. Il faut réserver cependant le cas du transfert d'immeubles agricoles et celui du transfert d'actions nominatives dans des sociétés (elles sont de plus en plus nombreuses) dont les statuts contiennent des clauses restrictives.

La question devient plus délicate pour le trust constitué par testament. En vertu du principe de la saisine, les héritiers prennent la place du défunt dans les rapports de droit où celui-ci était engagé et cela dès l'ouverture de la succession. Dès lors, si le testament institue un trust et désigne un trustee qui n'est pas lui-même héritier, ce trustee n'aura contre les héritiers qu'une simple action personnelle en délivrance des biens. Il lui sera difficile de prévenir les actes de disposition des héritiers⁹⁷.

Enfin, il serait nécessaire de prévoir que la propriété du trustee ne serait que viagère, comme celle de l'usufruitier; ainsi les biens du trust ne tomberaient pas dans sa succession.

83. Mais le problème essentiel, à cet égard, sera de qualifier les *droits des bénéficiaires*. On a vu plus haut que l'un des principaux obstacles à la constitution d'un trust, dans l'état actuel du droit suisse, était l'impossibilité d'accorder aux bénéficiaires un droit assez fort sur les biens du trust.

Certes, ce problème pourrait être résolu par une modification de la loi. Mais cette modification serait profonde, on va le voir.

⁹⁷ Le même problème se pose, en droit positif, à propos de l'exécuteur testamentaire. V. l'intéressant état de fait de l'arrêt Muller, du 13 juin 1951, RO 77 II 122, JT 1952 I 168.

Alors que, sur le terrain du contrat, les justiciables peuvent librement organiser leurs rapports de droit, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté (art. 19 CO), il n'en est pas de même dans le domaine des droits réels. Là, au contraire, le législateur a expressément prévu les types de droits qui peuvent être constitués sur les biens mobiliers et immobiliers. Son énumération est limitative; les particuliers ne sont pas autorisés à créer des droits réels inconnus du code. Ce principe, dit du *numerus clausus* des droits réels, est une règle fondamentale des droits réels⁹⁸.

Dès lors, le législateur devrait introduire un nouveau type de droit réel, la propriété fiduciaire. Ce droit serait en effet indispensable aux bénéficiaires du trust, qui pourraient ainsi revendiquer les biens du trust dans la faillite du trustee, dans sa succession ou encore entre les mains des tiers de mauvaise foi qui les auraient acquis du trustee contrairement aux clauses de l'acte de trust.

On doit se demander comment ce nouveau droit réel serait relié aux types classiques que connaît notre droit. L'exemple du droit anglais n'est pas déterminant ici. Il ne faut pas oublier en effet que, en droit anglais, la protection des droits des bénéficiaires est l'œuvre des cours d'Equité, c'est-à-dire d'une juridiction rivale des tribunaux ordinaires; que, de plus, cette protection est assurée, historiquement en tout cas, par des sanctions de nature personnelle (Equity acts in personam) et non par un droit réel. Nous pensons qu'il est difficile d'introduire le produit d'une évolution historique aussi particulière dans notre droit, dont l'histoire est toute différente et dont le caractère systématique est beaucoup plus accusé.

On peut craindre également que l'attribution d'un droit réel au bénéficiaire n'entrave l'activité du trustee. Les tiers seront-ils disposés à traiter avec le trustee s'ils peuvent

⁹⁸ Haab, Introduction, rem. 59; Leemann, Introduction, rem. 24; Wieland, trad. Bovay, t. I p. 8; cf. P. Liver, rem. prélim. 12 ad art. 730 sq.

craindre qu'il n'abuse de ses droits ? Les tiers ne tiendront nullement à examiner les clauses de l'acte de trust pour s'assurer de ce que le trustee est bien autorisé à aliéner les biens du trust.

A cela s'ajoute le fait que, en droit anglais, l'action en revendication du titulaire de droits équitables est une action générale de l'Équité. Elle joue un rôle très important en dehors du chapitre du trust, notamment en droit successoral (v. à ce sujet no 6, note 19). En droit suisse en revanche, l'action du bénéficiaire serait d'autant plus curieuse que, certaines des actions successorales mises à part, elle serait seule de son espèce.

84. Pourtant, le problème le plus délicat serait de qualifier les droits des *bénéficiaires successifs* du trust. En d'autres termes, il ne suffirait pas de déterminer la nature des droits des bénéficiaires, il faudrait encore en déterminer l'étendue. Or le problème se pose non seulement pour le premier bénéficiaire, mais aussi à l'égard des bénéficiaires ultérieurs.

La loi suisse sur les trusts devrait donc se prononcer sur l'étendue et la durée des droits des bénéficiaires ultérieurs du trust. Seront-ils titulaires d'un droit acquis dès la constitution du trust ? Quid des bénéficiaires qui ne seront pas encore nés à ce moment ? Quid en cas de décès d'un bénéficiaire ultérieur avant l'expiration des droits du ou des bénéficiaires antérieurs en titre ? Les droits de ce bénéficiaire tombent-ils dans sa succession ? Ces questions ne se posent pas, en droit positif, à propos de la substitution fidéicommissaire, puisque la loi exige que l'appelé soit vivant à l'ouverture de la substitution pour pouvoir recueillir les biens grevés (art. 489 CC). Elles sont clairement résolues dans le cas de l'usufruit, par l'attribution d'un droit absolu au nu-propriétaire. Elles devraient être tranchées si le trust était introduit en droit suisse.

85. Nous avons exposé plus haut que le droit positif empêchait que la qualité de créancier ne soit divisée entre trustee et bénéficiaire (v. no 46). Par conséquent, le Code des obligations devrait être lui aussi modifié, pour per-

mettre la constitution de trusts sur les créances. Les mêmes questions devraient être résolues que pour les droits réels.

86. La participation du trustee à la vie des sociétés commerciales causerait, elle aussi, de nombreuses difficultés. C'est ainsi qu'il serait impossible de transférer à un trustee une part dans une société de personnes sans lui imposer la responsabilité illimitée qu'encourt tout associé. Dans les sociétés de capitaux, et notamment dans la société anonyme, on conçoit que le trustee soit actionnaire, qu'il prenne part aux assemblées générales et qu'il y vote, comme le fait l'usufruitier (art. 690 al. 2 CO). Mais le trustee sera-t-il autorisé à devenir administrateur? La question est importante, étant donné que nombre de trusts comprendraient la totalité des actions d'une société anonyme (société immobilière, société anonyme de famille, etc.).

87. Il faudrait prévoir également que les biens constitués en trust seraient soumis à la subrogation réelle, pour que les biens acquis en remploi soient grevés de trust à leur tour. On sait en effet que, d'après la jurisprudence, il n'existe pas, en droit suisse, de principe général de subrogation réelle, mais uniquement des cas particuliers de subrogation⁹⁹.

VI. Le trust et les tiers

88. On a vu plus haut que le droit anglais accorde au bénéficiaire une action en revendication qu'il peut exercer contre les tiers. Seul l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux est protégé dans son acquisition (v. no 6). Le droit anglais protège également le propriétaire en Common law: la revendication y est plus largement admise, semble-t-il, qu'en droit suisse.

Or, dans ce domaine, le droit suisse préfère au propriétaire l'acquéreur de bonne foi, qu'il ait acquis un meuble

⁹⁹ Arrêt *Eisenhut c. Hoogstraal*, du 1^{er} mars 1945, RO 71 II 90, JT 1945 I 521, cons. 4.

ou un immeuble (art. 933 et 973 CC). Il protège également le cessionnaire d'une créance, en considérant la cession de créance comme un acte abstrait¹⁰⁰.

C'est dire que les principes généraux du droit suisse s'opposent à ce que le bénéficiaire d'un trust devienne titulaire d'une action générale en revendication contre les tiers¹⁰¹. Tout au plus pourrait-on penser à l'autoriser à revendiquer les biens du trust entre les mains des tiers qui les auraient acquis de mauvaise foi du trustee.

Mais il se présente une difficulté: le trustee est propriétaire des biens du trust; il a qualité pour administrer ces biens et pour en disposer. Est-il alors admissible que le tiers qui traite avec lui, même s'il connaît l'existence du trust, puisse être contraint de restituer son acquisition parce que le trustee aurait violé ses obligations en lui transférant un bien grevé de trust? Répondre affirmativement à cette question contraindrait les tiers à examiner l'acte de trust et à demander un avis de droit avant de traiter avec un trustee. Une telle exigence est contraire à la sécurité des transactions. Elle est également contraire au véritable intérêt du bénéficiaire, qui est de permettre au trustee d'administrer librement les biens du trust. Et surtout, elle ne paraît pas conforme avec le principe de l'art. 933 CC.

En conclusion, il ne paraît pas possible d'accorder au bénéficiaire le droit de revendiquer les biens du trust en mains tierces.

VII. Le trust et le droit de succession

89. Enfin, le trust entrerait en conflit avec le système de notre droit de succession.

¹⁰⁰ v. l'arrêt *Chemodrog c. masse Centrifuga S.A.*, du 1^{er} juillet 1941, RO 67 II 123 et la jurisprudence citée.

¹⁰¹ Il a fallu une loi spéciale pour autoriser les propriétaires dépossédés par les Allemands à revendiquer leurs biens en Suisse; v. l'arrêté du Conseil fédéral du 10 décembre 1945 sur la restitution des rapines de guerre.

Il faut rappeler ici que le trust a été utilisé, en droit anglais, pour organiser conventionnellement le droit de succession, dans un système juridique où règne une complète liberté de tester. On rencontre cette liberté dans tous les pays de *Common law*. En-dehors de ces pays, elle a été introduite dans les systèmes juridiques d'origine latine de certains pays en contact étroit avec les Anglo-saxons. C'est notamment le cas de la Province de Québec, qui est régie par le droit français. Ainsi disparaissait, dans le droit de Québec, le principal obstacle au fonctionnement du trust¹⁰².

Or, en droit suisse, la liberté de tester n'est pas complète. Les héritiers légaux les plus proches ont, au contraire, droit à une réserve. Dans notre sujet, il en résulte les deux conséquences suivantes :

Tout d'abord, le trust entrerait en conflit avec quelques-unes des règles essentielles du droit des successions, très particulièrement avec les dispositions du code sur la réserve.

En second lieu le trust ne serait pas, en droit suisse, l'institution indispensable qu'il est en droit anglais, puisque notre droit de succession est composé, en grande partie, de règles d'ordre public auxquelles le testateur ne peut pas échapper.

90. En droit suisse, le trust entrerait tout d'abord en conflit avec les règles du code sur la *réserve héréditaire*. En effet, les héritiers ont droit à une réserve franche de toute charge. Ce principe interdit notamment que la réserve soit grevée d'usufruits, de rentes (art. 530 CC) ou de substitutions (art. 531). Il a été également appliqué par la jurisprudence dans le cas de l'exécution testamentaire prolongée (v. ci-dessus no 58). Il est évident que le même principe interdit que la réserve soit grevée de trust. Il en résulte que les trusts constitués par testament ne pourraient porter que sur la quotité disponible.

Il serait possible, il est vrai, de surmonter cet obstacle par un pacte successoral. Mais alors le trust ne pourrait pas

¹⁰² v. Mignault, *La Fiducie dans la Province de Québec*, *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Paris, 1937, p. 38.

être imposé unilatéralement par le testateur, du moins par celui qui laisse des héritiers réservataires.

91. En elles-mêmes, les désignations de bénéficiaires d'un trust constituent des donations, entre vifs ou à cause de mort. Lorsqu'elles sont faites en faveur d'héritiers, elles peuvent être considérées soit comme avancement d'hoirie, soit comme constitution de dot. Par conséquent, le trust tomberait sous le coup de l'action en réduction (art. 522 et 527). S'il a été constitué entre vifs au profit d'une partie seulement des héritiers, les autres pourraient contraindre les bénéficiaires au rapport (art. 626).

Ce nouvel obstacle n'existe pas en droit anglais, qui ignore l'action en réduction et le rapport, puisqu'il ne connaît pas la réserve.

92. La question de la forme de l'acte constitutif de trust poserait plusieurs questions. S'il constitue un acte de dernières volontés, le trust devra nécessairement être créé par testament ou pacte successoral. S'il intervient entre vifs, devra-t-il néanmoins être passé sous forme de disposition pour cause de mort, conformément à l'art. 245 al. 2 CO ? Nous le pensons : il ne serait pas admissible que le trust échappe aux exigences de forme que la loi impose aux donations à cause de mort.

93. Au point de vue pratique, le trust successoral entraînerait en conflit avec le principe de la saisine héréditaire. Nous l'avons déjà signalé (v. no 80).

94. Quant à sa durée, le trust tomberait sous le coup de la règle qui prohibe les substitutions fidéicommissaires au-delà du premier degré (art. 488 al. 2 CC). En l'absence de tout projet précis de la part des auteurs qui proposent d'introduire le trust en droit suisse, il est difficile de déterminer avec exactitude les effets de cette règle sur notre institution. Il semble cependant qu'elle empêcherait que le trust ait plus de deux bénéficiaires successifs, dont le premier aurait droit aux revenus des biens grevés de trust et dont le second recevrait ces mêmes biens en toute propriété, après l'expiration des droits du bénéficiaire précédent.

Certes, il est possible d'imaginer qu'une loi suisse sur les trusts autoriserait la constitution de trusts pour une durée plus longue. Il est difficile de croire que le législateur accepterait une telle proposition.

Tout au plus pourrait-on admettre que le début du trust ne doive pas nécessairement coïncider avec l'ouverture de la succession du constituant. On sait en effet que la jurisprudence autorise le testateur à différer la dévolution d'un legs¹⁰³. Si ce principe était admis pour le trust successoral, il serait possible de différer le début du trust au-delà de l'ouverture de la succession du constituant; cela permettrait, par exemple, de désigner un premier bénéficiaire qui ne serait pas vivant à l'ouverture de cette succession. Dans l'intervalle, le trustee administrerait le trust au profit des héritiers.

95. En résumé, le trust entre en conflit avec les principes fondamentaux du droit des successions. Nous pouvons même dire que le trust est étranger au système de notre droit de succession.

VIII. Conclusion

96. Seul un examen des principaux chapitres du droit avec lesquels le trust entrerait en contact pouvait permettre de répondre à la question qui nous était posée. On a vu que le trust n'était pas conciliable avec le système de notre droit. A elle seule, cette conclusion justifie une réponse négative. Il n'est pas possible d'introduire le trust en droit suisse, fût-ce par la voie d'une réforme législative.

97. Mais il y a plus: nous pensons que le trust est étranger à l'esprit de notre droit. Certes, il serait présomptueux de chercher à définir l'esprit du droit suisse, dans un travail de ce genre, surtout à une époque où les institutions du droit civil subissent des transformations fondamentales¹⁰⁴.

¹⁰³ v. l'arrêt *Convict du Sacré-Cœur c. Brucker*, du 21 mai 1942, RO 68 II 155, JT 1942 I 618.

¹⁰⁴ v. les ouvrages de Georges Ripert: *Le régime démocra-*

On peut dire cependant que notre droit civil est inspiré de l'esprit individualiste des droits modernes¹⁰⁵. Or l'individualisme juridique entre en conflit avec le trust sur deux points essentiels :

L'individualisme juridique est égalitaire. Il empêche la conservation des fortunes à l'intérieur de la famille. Il impose le partage successoral. Il limite la liberté de tester. Il est hostile aux substitutions fidéicommissaires¹⁰⁶. On nous dira peut-être que l'esprit individualiste a atteint son apogée au XIXe siècle; qu'il n'a plus aujourd'hui la même force qu'alors; que les codes de 1912 en sont moins imprégnés que d'autres législations. Nous répondrons, sans contester le bien-fondé de ces remarques, que l'individualisme juridique a inspiré les institutions fondamentales de notre droit privé. Aujourd'hui encore, notre droit est interprété dans ce sens: il suffit de penser à la jurisprudence sur les fondations de famille. De plus, l'évolution du droit tend plutôt vers une certaine collectivisation, qui est tout aussi contraire au trust que l'individualisme juridique.

En effet, le trust ne peut s'épanouir que dans un système juridique qui connaît une complète liberté de tester et de donner. Il fait échec au droit de disposition des héritiers. Sur l'essentiel, le trust entre donc en conflit avec l'esprit de nos institutions.

Notre droit et nos mœurs veulent également que chacun s'occupe lui-même de ses affaires. C'est ainsi que l'interdiction volontaire ne peut être prononcée sur le seul désir du requérant; il faut que les conditions légales soient remplies (art. 372 CC). Or le trust permet de confier l'administration de biens à un tiers. A ce point de vue aussi, il est étranger à nos mœurs.

98. Certes, l'influence de l'individualisme juridique di-

tique et le droit civil moderne, Paris 1948; Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris 1947; Le déclin du droit, Paris 1949.

¹⁰⁵ v. Marcel Waline, *L'individualisme et le droit*, Paris 1945.

¹⁰⁶ v. le traitement des fidéicommiss de famille en droit fiscal, arrêt L. Zur Gilgen, du 29 octobre 1943, RO 69 I 193, JT 1944 I 547.

minue. Mais le législateur contemporain n'en augmente pas pour autant le champ de l'autonomie de la volonté. Au contraire, il restreint de plus en plus la liberté des conventions en multipliant les prescriptions d'ordre public¹⁰⁷.

Or le trust est le produit d'un droit qui connaît la plus grande liberté contractuelle. Cette liberté est indispensable à son épanouissement. L'organisation du trust doit être laissée, dans la plus grande mesure, à l'autonomie de la volonté. C'est ainsi seulement qu'il peut rendre les services qu'on en attend. A longue échéance, l'intervention du législateur lui est préjudiciable: c'est dans l'intérêt des bénéficiaires que les lois sur les trusts ont limité la liberté du trustee quant au placement des fonds du trust; aujourd'hui, les exigences de la loi empêchent le trustee de servir aux bénéficiaires un revenu satisfaisant.

99. Nous ne pouvons donc que reprendre, pour le droit suisse, la conclusion de l'étude d'un grand civiliste, M. R. Savatier, sur la fiducie en droit français:

«La conclusion de cette étude ne peut donc qu'être empreinte de réserve. La fiducie, non interdite par le droit français, n'y possède guère cependant la possibilité de se développer: elle y étouffe. Mais, pour rompre le carcan, pour lui permettre d'y respirer à l'aise, il ne suffirait pas, tant s'en faut, d'une loi spéciale lui confirmant droit de cité. C'est tout l'ensemble de nos institutions héréditaires qu'il faudrait, sinon jeter à terre, du moins reviser profondément. C'est, à la fois, tout l'individualisme et tout le formalisme de notre droit qui est en cause. Et les réformes qui seraient nécessaires pour donner à la fiducie une vie réellement aisée en droit français seraient si graves qu'on peut même se demander si elles se trouveraient compatibles avec les bases de notre droit civil et les mœurs de la France d'aujourd'hui.»¹⁰⁸

¹⁰⁷ Sur les vingt articles de la loi fédérale du 13 juin 1941 sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce, treize sont d'ordre public; dans la loi fédérale du 4 février 1949 sur le contrat d'agence, cinq articles sur vingt-et-un. V. encore Robert Piaget, *L'influence du droit public sur le droit privé en Suisse*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. II, 1946, p. 199.

¹⁰⁸ R. Savatier, *La Fiducie en droit français*, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, p. 68-69.

1 00. Il n'en reste pas moins que la pratique éprouve le besoin d'une institution qui permette de confier la gestion d'un patrimoine à un tiers, tout en cherchant à assurer la plus grande sécurité possible à celui au profit duquel se fait cette administration. Nous l'avons constaté à plusieurs reprises dans ce travail. Mais ce désir, si légitime soit-il, est quelque peu contradictoire: il paraît impossible d'attribuer à l'administrateur les pouvoirs les plus étendus et, en même temps, de garantir le bénéficiaire contre tout abus de sa part. Il faut choisir. Cette contradiction fondamentale explique le caractère imparfait d'une institution comme l'acte fiduciaire.

Il nous semble que l'introduction du trust en droit suisse ne permettrait ni de résoudre ce problème ni de supprimer cette contradiction. Nous avons dit pourquoi. Nous pensons en revanche qu'il appartient aux praticiens d'améliorer, en utilisant l'autonomie de la volonté, les institutions qui existent déjà, comme l'acte fiduciaire ou l'exécution testamentaire prolongée et de créer des institutions nouvelles qui entreraient dans le système du droit suisse.

Bibliographie

I. Droit anglais

On renvoie à la bibliographie de l'indispensable ouvrage de M. René David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris, 1948.

Principaux ouvrages cités:

- F. W. Maitland, *Equity*, 2^e éd., Londres, 1949.
H. G. Hanbury, *Modern Equity*, 5^e éd., Londres, 1949.
Nathan, *Equity through the cases*, 2^e éd., Londres, 1951.
G. W. Keeton, *The Law of Trusts*, 4^e éd., Londres, 1947.
S. J. Bailey, *The Law of Wills*, 3^e éd., Londres, 1948.
G. C. Cheshire, *Modern Real Property*, 4^e éd., Londres, 1937.
F. W. Weiser, *Trusts on the continent of Europe*, Londres, 1936.
Current Legal Problems, Londres, 1948 et suiv.
E. Jenks, *Digeste de droit civil anglais*, trad. française, 2 vol., Paris, 1923.
P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des Trusts*, Paris, 1932.
La Fiducie en droit moderne, Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris, 1937.

Publications suisses sur le trust:

- Max Brunner, *Wesen und Bedeutung der anglo-amerikanischen Treuhand (Trust)*, Thèse, Berne, 1931.
H. David, *Der Schutz der Begünstigten in der Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte*, Thèse, Zurich, 1926.
J. F. P. Töndury, *Die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung*, Thèse, Neuchâtel, 1912.

II. Droit suisse

Principaux ouvrages cités:

- O. Aeppli, *Im Hinblick auf den Tod des Bankkunden abgeschlossene Depotverträge*, *Revue suisse de jurisprudence*, 44 (1948), p. 33 sq.
F. T. Gubler, *Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht*, Thèse, Zurich, 1940.
F. Guisan, *Recherche théorique de la limite entre le contrat et l'acte à cause de mort*, *Recueil de Travaux de la Faculté de Droit de Lausanne*, 1934.

- F. Guisan, *La fiducie en droit suisse*, Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris, 1937.
- J. Lob, *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse*, Thèse, Lausanne, 1952.
- Ph. Muret, *La notion de but dans les sociétés et les fondations et son application en droit suisse*, Thèse, Lausanne, 1941.
- A. et R. Pestalozzi-Henggeler, *Trusts in der Schweiz*, Rapport au Congrès de Madrid de l'International Bar Association, 1952.
- A. Riedweg, *Der Trust des anglo-sächsischen Rechtes im Ver-
gleiche zu ähnlichen Institutionen des schweizerischen Rechtes*,
Festgabe des luzernischen Anwaltsverbands zum schweizeri-
schen Anwaltstag, Lucerne, 1953.
- A. Schreiber, *L'exécution testamentaire en droit suisse*, 2^e éd.,
Lausanne, 1940.
- M. Wyler, *Für ein schweizerisches Treuhandrecht?* *Revue suisse
de jurisprudence* 32 (1935—36), p. 129.
- M. Wyler, *Über das Treuhandrecht*, *Revue de droit suisse* 56
(1937) p. 293.
-