

Document	PJA 2013 p. 45
Auteur(s)	Tetiana Bersheda
Titre	Quelques questions de droit international privé en relation avec la reconnaissance de trusts en Suisse
Pages	45-54
Publication	Aktuelle Juristische Praxis
Editeur	Arnold F. Rusch
Anciens Editeurs	Ivo Schwander
ISSN	1660-3362
Maison d'édition	Dike Verlag AG

AJP 2013 S. 45

Quelques questions de droit international privé en relation avec la reconnaissance de trusts en Suisse



Tetiana Bersheda*

En avril 2012, le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts intéressants qui soulèvent des questions de droit international privé en relation avec la reconnaissance des trusts étrangers en Suisse, plus précisément celle du droit applicable aux litiges impliquant des trusts étrangers en Suisse et celle de la compétence des tribunaux suisses s'agissant des actifs de trusts et des personnes situés à l'étranger. Cette jurisprudence récente confirme la familiarisation progressive des magistrats suisses avec les trusts étrangers et leur reconnaissance en Suisse en conformité avec les règles de la Convention de la Haye et du droit

* Tetiana Bersheda, Dr. iur., LL.M., Genève.

A des fins de transparence, il est indiqué que l'auteur de la présente contribution agit comme conseil du défendeur dans la procédure ayant fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral [5A_259/2010 du 26 avril 2012](#). Toute référence à la procédure repose toutefois sur les informations contenues dans l'arrêt publié et ne contient aucune prise de position personnelle. Me Simona Fedele, avocate, Bersheda Avocats, est ici remerciée pour son aide dans la mise en place de l'appareil critique de ce texte.



international privé. La prise en compte de ces règles est indispensable afin d'assurer la sécurité du droit, notamment pour éviter que les trustees des trusts étrangers ne retirent leurs actifs de la Suisse par crainte d'un manque de prévisibilité dans la résolution des litiges impliquant les actifs des trusts devant les juridictions suisses.

Im April 2012 sind zwei interessante Bundesgerichtsentscheide ergangen, welche Fragen im Zusammenhang mit der Anerkennung ausländischer Trusts in der Schweiz aufwerfen, genauer: Fragen des auf ausländische Trusts anwendbaren Rechts und der schweizerischen Gerichtszuständigkeit in Streitigkeiten um Aktiven und Personen im Ausland. Diese Rechtsprechung zeigt die zunehmende Befassung schweizerischer RichterInnen mit der Anerkennung ausländischer Trusts gestützt auf das Haager Trustanerkennungsübereinkommen und das IPRG. Die Befolgung der Bestimmungen dieser beiden Rechtsquellen ist notwendig, um jene Rechtssicherheit herzustellen, die es braucht um zu verhindern, dass die Trustees ausländischer Trusts deren Vermögen wegen der Befürchtung aus der Schweiz abziehen, schweizerische Gerichtsentscheide seien nicht vorhersehbar.

Introduction

En avril 2012, presque cinq ans après la ratification par la Suisse de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (ci-après " Convention de la Haye "), le Tribunal fédéral a rendu les deux premiers arrêts d'importance concernant les questions de droit international privé en relation avec la reconnaissance de trusts étrangers en Suisse. Bien que le droit suisse ne permette pas la création de trusts régis par ses règles internes, il reconnaît les effets de trusts régis par le droit étranger, en vertu de la Convention de la Haye. Ces deux arrêts, qui traitent respectivement d'un litige successoral et d'un litige matrimonial, seront présentés dans le présent article (cf. *chapitre 1* ci-dessous). Nous approfondirons ensuite l'examen de quelques questions de droit international privé, notamment celle du droit applicable aux litiges impliquant des trusts étrangers en Suisse (cf. *chapitre 2* ci-dessous) ainsi que celle de la compétence des tribunaux suisses s'agissant des actifs de trusts et des personnes situés à l'étranger (cf. *chapitre 3* ci-dessous).

1. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral

1.1. L'arrêt [5A 436/2011 du 12 avril 2012](#)

Le 12 avril 2012, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt concernant un litige successoral régi par le droit suisse impliquant un trust soumis au droit des Iles Vierges Britanniques (ci-après " BVI ")¹. Le litige est survenu suite au décès d'un citoyen britannique (ci-après " X "). X, né en 1920, est décédé en 2003 à Genève, lieu de son dernier domicile. Ses héritiers sont ses deux filles (ci-après

AJP 2013 S. 45, 46

" AX " et " BX ") et sa compagne (ci-après " C ") qui a partagé sa vie de 1996 ou 1997 à son décès. Au cours des dernières années de sa vie, X a reçu d'importantes sommes d'argent destinées à couvrir les besoins du ménage qu'il formait avec C, provenant notamment de deux sociétés offshore domiciliées respectivement au Panama et aux Bermudes, toutes deux détenues par un trust. X n'était ni le constituant ni le bénéficiaire de ce trust.

Les juges fédéraux ont considéré, s'agissant des faits de la cause, que toutes les dépenses du trust étaient organisées selon la volonté de X. Celui-ci était régulièrement en contact avec les entités suisses qui servaient d'intermédiaires pour les sociétés offshore susmentionnées et qui distribuaient de l'argent comptant à X et sa compagne C. Après le décès de X, ses filles, AX et BX, ont formé une demande en paiement à l'encontre de C concluant au remboursement par cette dernière des avoirs appartenant à X et dont elle aurait disposé indûment du temps de sa vie commune avec X. C a contesté son obligation de rembourser tout montant à AX et BX. A l'appui de sa défense, C a invoqué la dualité juridique qui existait entre X, d'une part, et le trust, d'autre part.

Avant d'arriver devant le Tribunal fédéral, le litige a été porté devant les tribunaux genevois. Dans son arrêt du 20 mai 2011, la Cour de justice de Genève a considéré que la structure mise en place par X pour organiser son patrimoine était particulièrement opaque et confuse. En se référant à un avis de droit rendu

¹ L'arrêt peut être consulté sur le site internet du Tribunal fédéral <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (dernière consultation le 1^{er} octobre 2012).



par un avocat anglais, les juges cantonaux ont relevé que cette structure était un imbroglie offshore, dirigé par des financiers genevois qui semblaient avoir peu de connaissances du droit des trusts. Ils ont conclu, sur la base de l'avis de droit susmentionné, que le trust était un " *sham trust* " ou un simulacre, compte tenu des versements réguliers de montants importants à X et du fait que les dépenses du trust étaient organisées selon les souhaits de ce dernier et en accord avec lui. La Cour de justice a déduit de ces circonstances que X n'avait jamais perdu la propriété ni le contrôle des actifs détenus par le trust ou par les sociétés offshore y relatives. Par conséquent, elle a considéré que les montants versés par le trust à C (pour les besoins du ménage qu'elle formait avec X) provenaient de la fortune de X. Le litige a par la suite été porté par C devant le Tribunal fédéral.

Dans ses arguments devant le Tribunal fédéral, C a contesté que X ait créé le trust et qu'il y ait investi des fonds provenant de sa fortune. C s'est plainte d'une violation de l'art. 8 du Code civil (ci-après " *CC* ")² et d'une application arbitraire du droit cantonal sur le fardeau de la preuve³. De jurisprudence constante, le juge viole l'[art. 8 CC](#) s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par l'autre, ou s'il refuse l'administration de preuve sur des faits pertinents en droit⁴. En revanche, cette disposition ne régit pas l'appréciation des preuves, de sorte qu'elle ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées, ni ne dicte au juge comment forger sa conviction⁵. L'[art. 8 CC](#) n'exclut pas que le juge puisse, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves, refuser l'administration d'une preuve supplémentaire au motif qu'il la tient pour impropre à modifier sa conviction⁶. Les juges fédéraux ajoutent que si l'appréciation des preuves convainc le juge qu'une allégation de faits a été prouvée ou réfutée, la répartition du fardeau de la preuve devient sans objet⁷. En l'espèce, les juges de notre Haute Cour se sont référés aux constatations de la Cour de justice de Genève selon lesquelles la fortune de X était " *issue de son activité professionnelle, notamment de la vente de fonds de placement au Moyen-Orient* " ⁸. Le Tribunal fédéral a fait siennes les constatations de la Cour de justice qui avait ensuite retenu " *se référant au témoignage de l'ancienne compagne de celui-ci [de X], que l'essentiel de cette fortune avait été placé dans un trust (...) et que la majeure partie de ses revenus provenait d'un groupe de sociétés offshores composé notamment des sociétés domiciliées au Panama et aux Bermudes, toutes deux détenues par le trust dont toutes les dépenses étaient réalisées selon les souhaits du de cujus et en accord avec lui* " (noms des sociétés omis)⁹. Nonobstant la contestation par C des constatations de faits par la Cour de justice, le Tribunal fédéral a considéré que, sous l'angle de l'appréciation des preuves, il n'était pas insoutenable de considérer que même si X n'était pas le constituant formel du trust, il en était bien à l'origine¹⁰.

S'agissant de l'argument soutenu par C selon lequel il existait une dualité juridique entre X et le trust, le Tribunal fédéral a fait siennes les conclusions de l'instance cantonale qui s'était basée sur l'avis de droit d'un avocat anglais en les termes suivants: " (...) *il n'y a pas de*

AJP 2013 S. 45, 47

preuve qu'un trust ait valablement été constitué. Certains éléments attestent cependant de l'existence d'un trust dont le trustee peut donner de l'argent à qui il désire, indépendamment des bénéficiaires désignés. Il y aurait donc fraude à la loi de sorte que toute la structure mise en place constitue un sham trust. L'avocat en déduit que le défunt n'a jamais perdu le contrôle des fonds détenus par le trust ou par les sociétés offshores soi-disant détenues par ledit trust, la structure mise en place et gérée exclusivement depuis Genève étant une fiction " ¹¹. C avait opposé à ces constatations que X ne faisait qu'exprimer des souhaits non contraignants, le trustee ayant été libre de les suivre ou non. Elle a également contesté la validité de l'avis de droit basé sur des faits prétendument non prouvés. Le Tribunal fédéral a considéré que l'instance inférieure n'avait pas violé les règles relatives au fardeau de la preuve en se basant sur l'avis de droit rendu par un avocat anglais au sujet d'un trust régi par le droit des BVI. Les juges fédéraux ont pris en compte le fait que

² Selon l'art. 8 du Code civil: " Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour prouver son droit ".

³ Considérant 8.

⁴ [ATF 130 II 519 c. 5](#); [ATF 114 II 289 c. 2a](#); [ATF 105 II 143 c. 6a/aa](#).

⁵ [ATF 128 III 22 c. 2d](#); [ATF 127 III 248 c. 3a](#); [ATF 127 III 519 c. 2a](#).

⁶ [ATF 131 III 222 c. 4](#); [ATF 129 III 18 c. 2.6](#).

⁷ Voir également [ATF 137 III 268 c. 3 et 4](#); [ATF 118 II 147 c. 3a](#).

⁸ Considérant 8.2.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Considérant 8.4.

¹¹ Considérant 9.1.



C n'avait pas produit, à l'appui de ses arguments, de contre-expertise sous forme d'un autre avis de droit contredisant celui de l'avocat anglais dont elle contestait le contenu. Ils ont ainsi rejeté le grief de la violation des règles sur le fardeau de la preuve soulevé par C.

Les développements les plus intéressants se trouvent aux considérants 9.3 et 9.4 de l'arrêt du Tribunal fédéral: si le settlor utilise le trust de façon artificielle, par exemple dans le cas où il conserve de fait tous les pouvoirs sur les biens en trust qu'il entend récupérer en fin de compte, le trust doit être considéré comme un " *sham trust* " ¹². Un tel trust est inefficace en application de la maxime " *he who comes with equity must come with clean hands* ". Un trust créé conformément à la loi qui le régit doit être reconnu, en application de l'art. 11 de la Convention de la Haye; *a contrario* un " *sham trust* " ne peut être reconnu en Suisse dès lors qu'il est inefficace selon le droit qui le régit. L'art. 11 de la Convention de la Haye a la teneur suivante: " (1) *Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.* (2) *La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.* (3) *Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment: (a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust; (b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci; (c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee; (d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for* ".

Le Tribunal fédéral a jugé que C n'avait pas suffisamment démontré, en particulier à l'aide d'une contre-expertise, que le droit étranger applicable aurait été appliqué incorrectement au trust en question. En effet, il appartenait à C de démontrer que les juges de l'instance inférieure avaient appliqué de manière erronée le droit étranger applicable au trust. Par conséquent, les arguments de C ont été rejetés, faute de satisfaire aux exigences de motivation. Il n'est pas aisé de déduire de l'arrêt si l'avis de droit étranger, rendu par l'avocat anglais, était basé sur le droit des trusts des BVI en tant que droit régissant le trust en question. En supposant que c'était le cas, les juges fédéraux ont respecté les règles de la Convention de la Haye et du droit international privé suisse en refusant de reconnaître un trust étranger qui était un simulacre (" *sham trust* ") selon le droit étranger applicable au trust.

1.2. L'arrêt [5A_259/2010](#) du 26 avril 2012

Il sied de relever que cet arrêt porte sur un cas de saisie ou, plus généralement, de mesures provisoires au sens de l'art. 98 de la Loi sur le Tribunal fédéral (ci-après " [LTF](#) "). Les mesures provisoires étant ordonnées à la suite d'une procédure sommaire sur la base de la simple vraisemblance (*prima facie*) et non pas de la preuve stricte, le recours devant le Tribunal fédéral contre de telles mesures ne peut porter que sur la violation des droits constitutionnels du recourant. De même, le pouvoir d'examen des juges fédéraux est limité à l'existence d'une violation des droits constitutionnels lorsque le grief du recourant porte sur la compétence de l'autorité cantonale d'ordonner de telles mesures ¹³. Vu que le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente

AJP 2013 S. 45, 48

([art. 105 al. 1 LTF](#)), dans l'hypothèse d'un recours soumis à l'[art. 98 LTF](#), le recourant ne peut obtenir la rectification ou le complément des constatations de fait de l'arrêt cantonal que s'il démontre la violation d'un droit constitutionnel par l'autorité cantonale. Les faits et moyens de preuves nouveaux sont prohibés, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ([art. 99 al. 1 LTF](#)). Par conséquent, la portée de l'arrêt [5A_259/2010](#) doit être relativisée à la lumière de ce pouvoir d'examen extrêmement limité des juges fédéraux en relation avec les décisions cantonales sur mesures provisoires.

¹² Pour une analyse détaillée de la définition d'un " *sham trust* " et des conséquences de son utilisation en droit suisse, voir Ivo Schwander, *Sham, Durchgriff und Ordre public - vor Schweizer Gerichten*, in: *Festschrift Nedim Peter Vogt*, Bâle 2012, pp. 233ss, pp. 249ss.

¹³ Arrêts [5A_171/2010](#) du 19 avril 2010, c. 2; [5A_552/2008](#) du 27 janvier 2009, c. 2; [5A_95/2008](#) du 20 août 2008, c. 1.4.

Le Tribunal fédéral a rendu son arrêt sur recours déposé par Monsieur R (ci-après " l'époux ") à l'encontre de l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 4 mars 2010 donnant droit aux conclusions de Madame R (ci-après " l'épouse ") tendant à l'interdiction de disposer et à la saisie provisoire de biens en relation avec la demande de divorce et de la liquidation du régime de la participation aux acquêts¹⁴.

En l'espèce, la Cour de justice de Genève a ordonnée la saisie et l'interdiction de disposer de plusieurs biens sur la base de l'[art. 178 CC](#), dont la teneur est la suivante: " (1) Dans la mesure nécessaire pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage, le juge peut, à la requête de l'un des époux, restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains de ses biens sans le consentement de son conjoint. (2) Le juge ordonne les mesures de sûreté appropriées. (3) Lorsque le juge interdit à un époux de disposer d'un immeuble, il en fait porter la mention au registre foncier ". Selon cette disposition, applicable par analogie aux mesures provisoires dans le cadre du divorce¹⁵, le juge peut, à la requête de l'un des époux, restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains de ses biens en ordonnant les mesures de sûretés appropriées, notamment le blocage d'avois bancaires ou le dépôt, puis le blocage, d'espèces ou d'autres objets de valeur auprès des tribunaux, des banques ou des tiers compétents à cet effet¹⁶.

Plusieurs années avant le dépôt par l'épouse de la demande en divorce, l'époux avait transféré certains actifs, y compris des parts dans des sociétés étrangères, à des trustees chypriotes afin qu'ils soient détenus par deux trusts discrétionnaires et irrévocables dont l'époux était le settlor et l'un des bénéficiaires (ci-après " les Trusts "). Sur requête de l'épouse, les juges suisses ont ordonné la saisie provisoire et l'interdiction de disposer de certains biens situés à l'étranger, notamment des tableaux, des meubles, d'un yacht et des parts dans plusieurs sociétés, dont une société cotée en bourse, détenus directement ou indirectement par les trustees des Trusts. Les juges ont considéré qu'il était justifié dans le cas d'espèce d'ordonner, provisoirement, une restriction du pouvoir de disposition de l'époux - ladite interdiction étant étendue aux sociétés elles-mêmes et à leurs organes ainsi qu'aux Trusts et à leurs trustees - et, comme mesure de sécurité, la saisie provisoire des biens litigieux. Ils ont estimé que, au vu des circonstances, l'époux avait voulu écarter des actifs de la masse des acquêts au détriment des prétentions de son épouse dans la liquidation du régime matrimonial¹⁷.

En d'autres termes, statuant sur mesures provisoires basées sur l'[art. 178 CC](#), les juges fédéraux ont confirmé non seulement les mesures *ad personam* - consistant en des règles de comportement prescrites à l'égard de l'époux soumis à la juridiction suisse - mais également les mesures de saisie *in rem* à l'égard des biens sis à l'étranger, en appliquant par analogie la jurisprudence en matière de séquestre, comme nous le verrons plus loin (cf. *chapitre 3* ci-dessous).

L'arrêt contient une brève description des caractéristiques des Trusts, sans aucune référence à leur examen sous l'angle du droit chypriote, applicable selon l'art. 6 et 8 de la Convention de la Haye¹⁸. Selon l'art. 6 al. 1 de la Convention de la Haye: " *Le trust est régi par la loi choisie par le constituant (...)* ". D'après l'art. 8 de la Convention de la Haye: " (1) La loi déterminée par les art. 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust. (2) Cette loi régit notamment: (a) la désignation, la démission et la révocation du trustee, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee ainsi que la transmission des fonctions de trustee; (b) les droits et obligations des trustees entre eux; (c) le droit du trustee de déléguer en tout

AJP 2013 S. 45, 49

ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs; (d) les pouvoirs du trustee d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux; (e) les pouvoirs du trustee de faire des investissements; (f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust; (g) les relations entre le trustee et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du trustee envers les bénéficiaires; (h) la modification

¹⁴ L'arrêt peut être consulté sur le site internet du Tribunal fédéral <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (dernière consultation le 1^{er} octobre 2012).

¹⁵ Voir l'arrêt [5A_852/2010 du 23 mars 2011, c. 3](#) publié dans la [SJ 2012 I 3](#); arrêt 5P.144/1997 du 12 juin 1997, c. 3b; ATF 118 II 378, c. 3b.

¹⁶ Voir Heinz Hausheer/Ruth E. Reusser/Thomas Geiser, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen: Artikel 159-180 ZGB, in: Berner Kommentar, Berne 1999, N 20b ad [Art. 178 CC](#); Henri Deschenaux/Paul-Henri Steinauer/Margareta Baddeley, Les effets du mariage, 2^{ème} édition, Berne 2009, para. 68; François Chaix, Code civil, in: Commentaire romand, Bâle 2010, N 9 ad [art. 178 CC](#); arrêt [5A_852/2010 du 23 mars 2011, c. 3](#) publié dans la [SJ 2012 I 3](#); arrêt 5P.144/1997 du 12 juin 1997, c. 3a.

¹⁷ Considérant 7.1.

¹⁸ Considérant 7.3.3.1.



ou la cessation du trust; (i) la répartition des biens du trust; (j) l'obligation du trustee de rendre compte de sa gestion ".

Le Tribunal fédéral soutient que " les trusts ne constituent qu'un simple instrument dans la main du recourant, qui a conservé des pouvoirs de gestion étendus et en apparaît comme le principal bénéficiaire "19. Ainsi, les juges fédéraux se sont penchés sur les droits de l'époux à l'égard des Trusts et des actifs de ceux-ci, sans tenir compte du droit applicable selon la Convention de la Haye. Les questions concernant la nature et l'étendue des droits du bénéficiaire doivent être déterminées d'après le droit applicable au trust. Par ailleurs, selon l'art. 2 al. 3 de la Convention de la Haye, " (...) le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust ". En outre, selon l'art. 11 de la Convention de la Haye: " Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent [art. 6 - la loi choisie par le settlor] sera reconnu en tant que trust ". L'omission de l'examen du droit applicable au trust constitue la différence entre l'arrêt du 12 avril 2012, basé sur le droit des BVI en tant que droit applicable au trust en question, et l'arrêt du 26 avril 2012, basé sur le droit suisse uniquement.

2. Le droit applicable à une remise en cause d'un trust étranger devant les tribunaux suisses

Dans l'arrêt du 12 avril 2012, le Tribunal fédéral a commencé par identifier le droit applicable pour déterminer si le trust est un " sham trust "20. Les juges fédéraux se sont référés à la Convention de la Haye, en particulier à son art. 2 définissant le " trust " comme un rapport juridique dans lequel le constituant (settlor) confie - par acte entre vifs ou pour cause de mort - des biens patrimoniaux au trustee afin qu'il les gère dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Ils ont ensuite présenté les trois caractéristiques d'un trust, décrites à l'art. 2 al. 2 de la Convention de la Haye, soit " (a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee; (b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee; (c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi ".

Ce raisonnement est conforme aux dispositions de la Loi sur le droit international privé (ci-après " LDIP "), notamment à l'art. 149a LDIP (" On entend par trusts les trusts constitués par acte juridique au sens de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, indépendamment du fait que la preuve de ces trusts est apportée ou non par écrit au sens de l'art. 3 de ladite convention ")21 et à l'art. 149c al. 1 LDIP (" Le droit applicable aux trusts est régi par la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ")22. La question du " sham trust " a, ainsi, été examinée par les juges suisses d'après la loi étrangère applicable au trust, telle que définie par l'art. 6 de la Convention de la Haye, applicable par renvoi de l'art. 149c al. 1 LDIP. Les juges ont toutefois omis d'examiner l'impact sur le cas d'espèce du dernier paragraphe de l'art. 2 de la Convention de la Haye selon lequel " (...) le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust ".

Pour définir le contenu du droit étranger applicable devant les tribunaux suisses, il sied de rappeler la teneur de l'art. 16 LDIP: " (1) Le contenu du droit étranger est établi d'office par le juge. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties. (2) Si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi, le droit suisse est applicable ".

AJP 2013 S. 45, 50

Dans son arrêt [5P.355/2006](#), le Tribunal fédéral avait déjà jugé qu'il existe une controverse au sein de la doctrine sur l'étendue du devoir du juge de définir le contenu du droit étranger lorsqu'il statue sur des mesures provisoires ou sur le séquestre au sens de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (ci-après " LP "). Certains auteurs considèrent même que dans le cas d'une requête de séquestre, le créancier

19 Considérant 7.3.3.2.

20 Considérant 9.3.1.

21 Voir à ce sujet Florence Guillaume, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, in: Commentaire romand, Bâle 2011, N 1-9 ad [art. 149a LDIP](#); Richard Gassmann, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Internationales Privatrecht, 2^{ème} édition, Zurich 2012, N 5-13 ad [art. 149a LDIP](#); Feuille fédérale 2006, pp. 561 ss, pp. 598-600.

22 Voir à ce sujet Guillaume (n. 21), N 1-24 ad [art. 149c LDIP](#); Gassmann (n. 21), N 1-10 ad [art. 149c LDIP](#); Feuille fédérale, (n. 21), pp. 603-605.

a la charge de rendre vraisemblable le contenu du droit étranger applicable²³. En d'autres termes, l'[art. 16 LDIP](#) ne s'appliquerait pas aux mesures provisoires, ni au séquestre, ordonnés dans une procédure sommaire²⁴.

Dans l'arrêt du 26 avril 2012, le Tribunal fédéral a jugé que: " *S'agissant de la question du Durchgriff, si, en droit international des sociétés, la jurisprudence l'examine à l'aune du droit applicable à la société (ATF 128 III 346), celle-là n'a toutefois pas été rendue dans le cadre de mesures provisoires. Or, dans de telles procédures - qui revêtent un caractère sommaire et rapide -, le Tribunal fédéral - opinion que la Cour de justice paraît implicitement suivre - a déjà eu l'occasion de dire, rapportant en cela l'avis de certains auteurs, que le juge suisse peut appliquer le droit suisse en lieu et place du droit étranger qui serait topique au fond (en ce sens: arrêt 5P.355/2006 du 8 novembre 2006 consid. 4.2 et les auteurs cités). La situation n'est pas différente en droit international privé. La solution voulant que le droit suisse est applicable (cf. [art. 62 al. 2 LDIP](#)) aux mesures provisoires que le juge suisse saisi d'une action en divorce doit prononcer trouve aussi sa justification dans le fait que de telles décisions relèvent essentiellement du pouvoir d'appréciation et doivent être prises rapidement* " ²⁵.

L'affirmation selon laquelle dans les procédures sommaires, notamment sur mesures provisoires, les tribunaux suisses peuvent appliquer le droit suisse en lieu et place du droit étranger applicable constitue un rappel implicite qu'au fond du litige, les juges suisses appliquent le droit étranger défini par les règles du droit international privé en conformité avec l'[art. 16 LDIP](#).

La doctrine la plus autorisée est d'avis que les mesures provisoires sont, par définition, prises dans une certaine urgence et que le juge doit, dans de telles circonstances, se contenter de la simple vraisemblance de la preuve²⁶. Selon les mêmes auteurs, il appartient pourtant au juge de trouver une solution qui réponde aux nécessités d'une situation de crise, sans trop négliger les exigences procédurales ordinaires. Ainsi, on conçoit que l'instruction doit être plus ou moins poussée selon le genre de décision à prendre: " *Elle le sera plus s'il s'agit d'autoriser la vente de la maison familiale ou d'ordonner la séparation de biens; elle le sera moins s'il s'agit de suppléer au consentement du conjoint pour un acte de représentation au-delà des besoins courants. C'est que le degré de la conviction que doit se faire le juge, sera différent dans ces divers cas, sans que celle-ci ne doive être pleine et entière* " ²⁷. L'impact potentiel des mesures provisoires touchant des tiers justifie indubitablement une instruction plus poussée et un degré de conviction plus élevé de la part des juges.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si les juges suisses devraient néanmoins appliquer le droit étranger défini par les règles de conflit du for lorsque les parties en ont déterminé le contenu. Une réponse affirmative se justifie selon notre avis, au nom de la sécurité du droit et pour éviter des jugements contradictoires sur mesures provisoires et au fond. Cela est d'autant plus vrai pour les litiges régis par la maxime de disposition laissant aux parties la liberté de déterminer l'objet du litige, le juge étant ainsi lié par les conclusions prises par les parties (art. 58 al. 1 Code de procédure civile suisse)²⁸.

A titre de motivation subsidiaire, la Cour de justice de Genève s'est " *fondée sur l'art. 15 de la Convention de la Haye (...) réservant l'application des dispositions impératives désignées par les règles de conflit de la lex fori, soit plus particulièrement sur le principe de l'interdiction de l'abus de droit dont elle a estimé qu'il faisait partie de l'ordre public positif réservé par l'art. 18 LDIP* " ²⁹. La Cour a estimé, à cet égard, " *que le transfert d'acquêts*

AJP 2013 S. 45, 51

²³ Voir également Peter Breitschmid, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG: anhand von Entscheiden des Zürcher Obergerichts, [AJP/PJA 1999, pp. 1007ss, p. 1009](#); Hans Schmid, Arrestbewilligung aus der Sicht des Richters, *in*: Der Arrest in SchKG, SAV Vol. 4, Zurich 1989, pp. 23-24; Daniel Staehelin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, *in*: Basler Kommentar, Ergänzungsband, Bâle 2005, N 174 ad [art. 82 LP](#).

²⁴ Arrêt [5P.355/2006 du 8 novembre 2006, c. 4](#); Andreas Bucher, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, *in*: Commentaire romand, Bâle 2011, N 23 ad [art. 16 LDIP](#).

²⁵ Considérant 7.3.2.; voir également Bucher (n. 24), N 17 ad [art. 62 LDIP](#).

²⁶ Deschenaux/Steinauer/Baddeley (n. 16), para. 702c; Chaix (n. 16), N 12 ad [art. 172 CC](#); Ivo Schwander, *in*: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Bâle 2010, N 14-15 ad art. 173 ZGB.

²⁷ Deschenaux/Steinauer/Baddeley (n. 16), para. 702c, note de bas de page 294.

²⁸ Voir également Jacques Haldy, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, N 2 ss ad [art. 58 CPC](#); Fabienne Hohl, Procédure civile - introduction et théorie générale, Tome II, Berne 2010, para. 1158.

²⁹ Considérant 7.1.



à un trust qu'un conjoint exécute dans des conditions permettant l'application de l'[art. 208 CC](#) et celle, ultérieure, de l'[art. 220 CC](#), action assimilable à l'action en réduction de droit successoral, constitue une situation qui consacrerait un abus de droit si l'on refusait au conjoint lésé la faculté de saisir de façon conservatoire les biens devant garantir sa créance de participation ³⁰.

Il y a un certain amalgame dans le passage précité entre l'art. 15 al. 1 de la Convention de la Haye qui dispose que " [l]a Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes: (...) (b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage ", d'une part, et l'[art. 18 LDIP](#) selon lequel " [s]ont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi ", d'autre part. En réalité, ces deux dispositions visent deux catégories de règles distinctes.

L'[art. 18 LDIP](#) réserve les dispositions dites " d'application immédiate " du droit suisse qui doivent être appliquées par le juge, quel que soit le droit étranger désigné par la [LDIP](#), comme par exemple la jouissance des droits civils prévue à l'[art. 11 CC](#) ou l'exigence de la capacité de discernement pour contracter un mariage au sens de l'[art. 94 al. 1 CC](#)³¹. Il est incontestable et incontesté que les [art. 208 et 220 CC](#) auxquels la Cour de justice fait référence ne sont pas visés par la réserve de l'[art. 18 LDIP](#). Les juges suisses l'admettent eux-mêmes en mentionnant que c'est l'[art. 2 CC](#), interdisant l'abus de droit, qui tombe sous le coup de l'[art. 18 LDIP](#), et non pas les [art. 208 et 220 CC](#).

Reste la question de savoir si les dispositions du droit matrimonial qui garantissent à l'épouse sa créance de participation dans la liquidation du régime de la participation aux acquêts ont un caractère " impératif " au sens de l'art. 15 al. 1 de la Convention de la Haye. Ce dernier ne s'applique que " (...) lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté (...) ".

Selon l'[art. 181 CC](#), " [l]es époux sont placés sous le régime de la participation aux acquêts, à moins qu'ils n'aient adopté un autre régime par contrat de mariage (...) ". Ainsi, le régime de la participation aux acquêts est le régime matrimonial applicable par défaut si les époux n'y dérogent pas par contrat de mariage. En outre, plusieurs dispositions du [CC](#) permettent de modifier le régime légal de la participation aux acquêts. Par exemple, l'[art. 182 CC](#) permet aux époux de modifier en tout temps leur régime matrimonial par contrat de mariage³². Selon l'[art. 199 CC](#), les époux peuvent convenir, par contrat de mariage, que les biens d'acquêts affectés à l'exercice d'une profession ou à l'exploitation d'une entreprise font partie des biens propres³³. Les époux peuvent également convenir que les revenus des biens propres ne formeront pas des acquêts³⁴. Dans le même ordre d'idées, l'[art. 216 CC](#) précise que les époux peuvent convenir, par contrat de mariage, d'une autre participation au bénéfice³⁵.

Plus significatif encore, l'[art. 201 CC](#) permet à chaque époux d'influencer unilatéralement la liquidation du régime matrimonial en lui donnant le pouvoir d'administrer, jouir et disposer de ses acquêts et de ses biens propres³⁶. Selon l'[art. 214 CC](#), le moment décisif pour l'estimation de la valeur des acquêts existant à la dissolution du régime matrimonial est la date de la liquidation, alors que les biens sujets à réunion sont estimés à leur valeur au jour de leur aliénation. Ainsi, en modifiant le moment de l'estimation de la valeur de certains biens, chaque époux peut unilatéralement influencer les valeurs prises en compte lors de la liquidation du régime matrimonial³⁷.

³⁰ Ibidem.

³¹ Bucher (n. 24), N 2-4 ad [art. 17 LDIP](#).

³² Michel Mooser, Code civil, in: Commentaire romand, Bâle 2010, N 9 ad [art. 182 CC](#); Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Bâle 2010, N 17 ad art. 182 ZGB; Deschenaux/Steinauer/Baddeley (n. 16), para. 764, 772.

³³ Sur l'[art. 199 CC](#), voir Mooser (n. 32), N 3-4 ad [art. 199 CC](#); Hausheer/Aebi-Müller (n. 32), N 2-12 ad art. 199 ZGB; Deschenaux/Steinauer/Baddeley (n. 16), para. 970-975; Alexandra Rumo-Jungo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Bâle 2007, N 3 ad art. 199 ZGB.

³⁴ Mooser (n. 32), N 8 ad [art. 199 CC](#); Deschenaux/Steinauer/Baddeley (n. 16), para. 976-981b; Hausheer/Aebi-Müller (n. 32), N 17 ad art. 199 ZGB.

³⁵ Paul-Henri Steinauer, Code civil, in: Commentaire romand, Bâle 2010, N 1-8 ad [art. 216 CC](#); Deschenaux/Steinauer/Baddeley (n. 16), para. 1349-1351.

³⁶ Steinauer (n. 35), N 1-10 ad [art. 201 CC](#); Deschenaux/Steinauer/Baddeley (n. 16), para. 1070-1074; Hausheer/Aebi-Müller (n. 32), N 4-12 ad art. 201 ZGB.

³⁷ Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 13^{ème} édition, Zurich 2009, p. 36; Steinauer (n. 35), N 1-6 ad [art. 214 CC](#).

Par conséquent, les droits d'un époux découlant de la liquidation du régime de la participation aux acquêts ne sont pas " impératifs " au sens de l'art. 15 al. 1 de la Convention de la Haye car les parties sont libres d'y déroger par une manifestation de volonté. Cette disposition n'est donc d'aucun secours pour justifier l'application du droit matériel suisse en lieu et place du droit étranger défini par les règles de conflit. D'ailleurs, les juges du Tri-

AJP 2013 S. 45, 52

bunal fédéral ne disent pas le contraire mais font recours à l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'[art. 2 al. 2 CC](#) pour justifier l'octroi de mesures provisoires et sans préjuger le fond du litige.

3. La compétence des tribunaux suisses en relation avec les trusts étrangers et les biens de ceux-ci

Selon l'art. 149b al. 1 à 3 [LDIP](#), " (1) Dans les affaires relevant du droit des trusts, l'élection de for selon les termes du trust est déterminante. L'élection de for ou l'autorisation d'élire le for prévue dans les termes du trust ne doit être observée que si elle a eu lieu par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive. L'art. 5, al. 2, s'applique par analogie. (2) Le tribunal élu ne peut décliner sa compétence: (a) si l'une des parties, le trust ou un trustee est domicilié, a sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton où ce tribunal siège, ou (b) si une grande partie du patrimoine du trust se trouve en Suisse. (3) A défaut d'une élection de for valable ou lorsque l'élection de for n'est pas exclusive, un des tribunaux suisses suivants est compétent: (a) le tribunal du domicile ou, à défaut de domicile, celui de la résidence habituelle de la partie défenderesse; (b) le tribunal du siège du trust; (c) pour les actions découlant de l'exploitation d'un établissement en Suisse, le tribunal du lieu de cet établissement " ³⁸.

Dans l'arrêt du 12 avril 2012, le Tribunal fédéral ne mentionne aucune exception d'incompétence à raison du lieu qui aurait été soulevée par C dans le but de contester la compétence des juges suisses pour se prononcer sur la validité d'un trust régi par le droit étranger. De plus, rien n'indique que C ait fait une quelconque référence à une clause d'élection de for dans l'acte constitutif du trust afin d'établir la compétence à raison du lieu des tribunaux des BVI. Selon l'[art. 6 LDIP](#), en matière patrimoniale, le tribunal devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserves est compétent³⁹. En l'espèce, la compétence des tribunaux suisses d'examiner si le trust régi par le droit des BVI était un " *sham trust* " était déduite de l'absence d'exception d'incompétence.

L'arrêt du 26 avril 2012 soulève, quant à lui, des questions plus intéressantes ayant trait à la compétence personnelle et territoriale des tribunaux suisses.

De manière générale, la compétence territoriale et l'exécution des jugements en matière civile à l'étranger sont régies par les dispositions de la [LDIP](#) et par les traités internationaux. Le plus important de ces textes internationaux pour la Suisse est la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui, dans sa version de 2007, lie la Suisse aux vingt-sept Etats de l'Union Européenne ainsi qu'à la Norvège. Toutefois, selon l'art. 1 al. 2 de cette Convention, sont exclus de son champ d'application un certain nombre de domaines, y compris les régimes matrimoniaux. Dans la mesure où l'arrêt examiné ici se fonde sur l'[art. 178 CC](#), disposition faisant partie du Titre V du [CC](#) (" Des effets généraux du mariage "), l'application de la Convention de Lugano est exclue⁴⁰. Outre la Convention de Lugano, la Suisse a conclu un certain nombre de traités bilatéraux concernant la compétence des autorités judiciaires et la reconnaissance des jugements à l'étranger en matière civile. En l'absence d'un traité international concernant la compétence territoriale et la reconnaissance des jugements entre la Suisse et les pays concernés, l'exécution du jugement suisse serait régie par les règles du droit international privé respectives des Etats concernés.

³⁸ Voir à ce sujet Guillaume (n. 21), N 1-27 ad [art. 149b LDIP](#); Gassmann (n. 21), N 1-10 ad [art. 149b LDIP](#); Feuille fédérale 2006 (n. 21), pp. 600-603.

³⁹ Bucher (n. 24), N 1-2, 5-6 ad [art. 6 LDIP](#); Dorothee Schramm/Alex Buhr, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Internationales Privatrecht, 2^{ème} édition, Zurich 2012, N 4-13 ad [art. 6 LDIP](#).

⁴⁰ Bucher (n. 24), N 6-7 ad [art. 1 CL](#); Thomas Rohner/Matthias Lerch, Lugano-Übereinkommen, in: Basler Kommentar, Bâle 2011, N 26ss ad [art. 1 CL](#); arrêt [5A_161/2008 du 3 juin 2008, c. 2.1](#).

En Suisse, selon l'[art. 27 al. 2 lit. a LDIP](#), l'absence d'une citation régulière constitue un motif de refus de la reconnaissance d'une décision étrangère⁴¹. Il faut s'attendre à ce qu'une règle semblable se trouve dans tous les systèmes de droit modernes. On la retrouve encore dans les instruments internationaux, tel qu'à l'[art. 34 ch. 2 de la Convention de Lugano](#)⁴², dans sa version de 2007, et dans la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à l'étranger, connue sous la dénomination de Convention de New York, du 10 juin 1958, à l'[art. V ch. 1 lit. b](#). Ainsi, aucune décision ne devrait pouvoir être opposée à une personne sans que celle-ci ait

AJP 2013 S. 45, 53

été interpellée et qu'on lui garantisse la possibilité de participer à la procédure à l'issue de laquelle une décision à son égard est rendue. Par conséquent, sans trancher la question de la compétence des juges suisses à l'égard des tiers à l'étranger, les juges fédéraux ont expressément indiqué au considérant 7.3.2.2 "*[a]utre est la question de l'exécution forcée de cette décision et de la voie qui devra être suivie à cet effet*", pour faire référence à l'impossibilité de faire exécuter le jugement suisse à l'étranger et, par conséquent, à son inefficacité à l'égard des tiers. De même, au considérant 2.3.2.1 de l'arrêt, le Tribunal fédéral a indiqué que "*n'étant pas le destinataire de la restriction, le recourant n'a évidemment pas la qualité pour recourir dans la mesure où l'arrêt entrepris étend l'interdiction de disposer de ces biens, sous la menace de la peine de l'[art. 292 CP](#) [Code pénal], aux sociétés elles-mêmes et à leurs organes ainsi qu'aux trusts et à leur trustees*". Cette réserve est particulièrement importante car elle signifie que le Tribunal fédéral a délibérément omis d'examiner les effets des mesures provisoires ordonnées en l'espèce sur les tiers non soumis à la compétence des tribunaux suisses. Les juges fédéraux ont ainsi voulu souligner l'absence d'effets directs des mesures provisoires prononcées par la Cour de justice de Genève sur les tiers et les biens situés à l'étranger.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, le Tribunal pénal fédéral a rendu une décision le 27 juin 2012 dans le dossier BB.2012.92 concernant les mesures de séquestre au sens des [art. 263 ss](#) du Code de procédure pénale suisse. S'agissant d'une mesure de séquestre d'un compte bancaire, les juges ont rappelé que seul le titulaire du compte a en principe un intérêt juridiquement protégé et, par conséquent, dispose de la qualité pour recourir contre les décisions du ministère public. Dans le cas soumis au Tribunal pénal fédéral, la demande des recourants tendait à l'exécution immédiate d'une décision prononçant la levée partielle du séquestre frappant un compte dont le titulaire était une société. Les juges ont considéré que "*seule cette société était habilitée à recourir contre une décision portant sur le séquestre de son compte, respectivement sur l'exécution de la levée partielle dudit séquestre, les considérations que les recourants consacraient à leur qualité d'ayants droit économiques du compte séquestré, d'une part, et au fait que [la société] ne serait qu'une "underlying company" d'un trust dont ils seraient les bénéficiaires, d'autre part, ne leur étant d'aucun secours*"⁴³.

Quant à la question de savoir si les juges suisses avaient la compétence pour ordonner des mesures de sûretés prévues par l'[art. 178 CC](#) en relation avec les biens sis à l'étranger, y compris les parts dans un certain nombre de sociétés étrangères, son importance a été soulignée au considérant 7.3.2.2 en les termes suivants: "*La particularité du cas d'espèce réside dans le fait que la restriction du pouvoir de disposer et la saisie portent sur des biens localisés à l'étranger et formellement au nom de tiers, sociétés ou trusts. C'est toutefois sans violer manifestement la loi que la cour cantonale a fait abstraction de ces circonstances en opérant son revirement de jurisprudence quant à la compétence du juge suisse pour ordonner des mesures provisionnelles dont l'exécution échappe à sa compétence territoriale et en se fondant, principalement, sur un arrêt rendu en matière de séquestre ([ATF 126 III 95](#)) et la théorie du Durchgriff pour justifier la saisie de biens dont le recourant n'est pas le propriétaire juridique*".

⁴¹ A ce sujet, voir Bucher (n. 24), N 21-30 ad [art. 27 LDIP](#); Schramm/Buhr (n. 39), N 22ss ad [art. 27 LDIP](#); Bernard Dutoit, Droit international privé suisse - Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^{ème} édition, Bâle 2005, N 8 ad [art. 27 LDIP](#).

⁴² Bucher (n. 24), N 19ss ad [art. 34 CL](#); Rolf Schuler, Lugano-Übereinkommen, in: Basler Kommentar, Bâle 2011, N 24 ss ad [art. 34 CL](#).

⁴³ Les juges du Tribunal pénal fédéral se sont référés aux arrêts du Tribunal fédéral [1B 94/2012 du 2 avril 2012](#) et [1B 21/2010 du 25 mars 2010](#) dans lesquels les juges fédéraux avaient déjà nié la qualité pour recourir, en matière de séquestre pénal, aux ayants droit économiques des sociétés et aux bénéficiaires des trusts, respectivement, dont les comptes étaient séquestrés.

Opérant un revirement de jurisprudence⁴⁴, la Cour de justice de Genève a ainsi reconnu sa compétence pour

AJP 2013 S. 45, 54

ordonner la saisie conservatoire des actifs, en dépit du fait que ceux-ci étaient sis à l'étranger. De plus, les juges cantonaux ont décidé qu'une telle mesure pouvait être ordonnée malgré le fait que les biens en question n'appartenaient pas formellement au recourant⁴⁵.

Or, l'analogie - faite par les juges de la Cour de justice de Genève et reprise par les juges fédéraux - entre les mesures fondées sur l'[art. 178 CC](#) et le séquestre de la [LP](#) est surprenante. Les juges genevois ont prononcé des mesures de saisies provisoires sur des biens mobiliers et immobiliers et ont prescrit un certain nombre de règles de comportement consistant en des obligations de faire ou de s'abstenir. Les mesures ainsi prises par l'instance cantonale ne tombent, par conséquent, pas sous le coup de la [LP](#) dont le champ d'application se limite à l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des suretés à fournir (art. 38. al. 1 [LP](#))⁴⁶.

De plus, le régime du séquestre (art. 271 et ss [LP](#)) est spécifique aux dettes pécuniaires et a une portée strictement interne à la Suisse, le texte légal étant clair et non équivoque à cet égard. L'[art. 271 LP](#) dispose que " *le créancier d'une dette échue et non garantie par un gage peut requérir le séquestre des biens du débiteur qui se trouvent en Suisse* "⁴⁷. Or, le séquestre, par définition, ne peut porter que sur des biens qui se trouvent en Suisse⁴⁸. En vertu du principe de la territorialité auquel est soumise l'exécution forcée, il est exclu qu'un acte d'exécution forcée ait des effets extraterritoriaux⁴⁹. C'est la présence des biens en Suisse qui crée l'*imperium* des autorités suisses en matière de séquestre. La jurisprudence en matière de séquestre ne devrait donc être d'aucune utilité pour justifier les mesures de saisie à l'égard de biens sis à l'étranger.

4. Conclusion

Les deux arrêts rendus au mois d'avril 2012 par le Tribunal fédéral et examinés dans le présent article élucident les questions de droit international privé liées à la reconnaissance des trusts étrangers en Suisse en application de la Convention de la Haye, notamment celle du droit applicable aux différents aspects des litiges impliquant des trusts étrangers en Suisse et celle de l'étendue de la compétence des tribunaux suisses.

Cette jurisprudence récente constitue un développement attendu du droit des trusts en Suisse et confirme la familiarisation progressive des magistrats suisses avec ce domaine du droit. La prise en compte des règles du droit international privé est indispensable afin d'assurer la sécurité du droit et la prévisibilité de la

⁴⁴ Arrêt publié dans la [SJ 1990 196](#), selon lequel: " (...) Autrement dit, il existe en droit international privé un principe général consacrant une compétence spéciale pour les procédures urgentes, et ce notamment "en faveur du juge du lieu d'exécution quand une décision rendue au for du principal n'est pas exécutoire dans le ressort où elle doit déployer ses effets ou n'apparaît pas opportune en raison de l'urgence particulière requise par les circonstances" (Pelet, N. 85, citant Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, cité ci-après: IZPR, p. 50 ch. 10, p. 113 ch. 3, et Supplément, p. 13 ad p. 50 ch. 10). C'est ce que la doctrine française appelle la compétence fondée sur l'urgence (Dalloz, Répertoire de procédure civile, article "Compétence internationale", N. 56 et 57). Ainsi, en droit français comme en droit suisse, s'il existe, pour les mesures provisionnelles urgentes, une compétence de principe appartenant à la juridiction qualifiée pour se prononcer au fond, il existe aussi et surtout une compétence spécifique du juge dans le ressort duquel les mesures doivent être prises et exécutées (Juris-Classeur de Procédure civile, fasc. 232, p. 11 litt. B/1o/a). Cette compétence exceptionnelle s'explique par la nature particulière des mesures provisionnelles, soit par la nécessité d'obtenir de toute urgence, sur l'heure parfois, une intervention du juge (Vincent/Guinchard, Procédure civile, N. 239). Ces auteurs ajoutent, dans la note 38, que cette compétence subsiste même en présence d'une clause attributive de juridiction (dans le même sens: Dalloz, Répertoire, article "Référé civil", N. 45). En d'autres termes, une mesure provisionnelle, de par sa nature, doit être immédiatement exécutable (Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht, 1979, p. 622, note 3; Habscheid, Schweiz. Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 1986, N. 1298). Dès lors, une telle mesure doit être ordonnée là où est né l'incident qui justifie le recours au juge, là où se trouvent situés les objets ou intérêts litigieux, bref, là où la mesure doit être appliquée " (cons. 2).

⁴⁵ Considérant 7.3.3.2.

⁴⁶ Denis Rigot, Poursuite et faillite - Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, *in*: Commentaire romand, Bâle 2005, N 1-5 ad [art. 38 LP](#); Domenico Acocella, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, *in*: Basler Kommentar, Bâle 2010, N 4-19 ad [art. 38 LP](#).

⁴⁷ Walter A. Stoffel, *in*: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bâle 2010, N 51-52 ad art. 271 LP.

⁴⁸ Feuille fédérale, 2009, p. 1537.

⁴⁹ Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4^{ème} édition, Bâle 2005, para. 221; Rigot (n. 46), *ibidem*.



résolution des litiges impliquant des trusts étrangers en Suisse. En premier lieu, la détermination du droit applicable selon les règles de conflit du for et les instruments internationaux mérite un examen approfondi dans les litiges internationaux touchant les trusts étrangers et les actifs de ceux-ci. Le recours à des experts se justifie pour déterminer le contenu du droit étranger dont l'application s'impose selon les règles de conflit. En second lieu, les règles de la [LDIP](#) et les traités internationaux conclus par la Suisse déterminent les limites de la compétence des tribunaux suisses. A l'époque actuelle, alors que la Suisse résiste, avec vigueur, aux effets extraterritoriaux des décisions venant des Etats étrangers, il semble particulièrement dangereux d'étendre la compétence des juges suisses au-delà des limites usuelles et généralement reconnues en prêtant des effets extraterritoriaux à leurs jugements. Une telle extension serait dans tous les cas dépourvue d'effets directs à l'étranger et aurait, par conséquent, une portée pratique très limitée.

Il reste à espérer que la jurisprudence examinée dans le présent article permettra au droit suisse d'évoluer vers davantage de prévisibilité dans la résolution de litiges internationaux en matière de trusts en Suisse.