

1/13



Revue  
de droit privé et fiscal  
du patrimoine

Éditée par  
le Centre de droit notarial  
(*Faculté de droit de l'Université de Lausanne*)  
Avec le soutien de la Fondation  
Notariat Vaud

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



not@lex



## Trusts et divorce : La salade russe de Rybolovlev c. Rybolovleva

David W. Wilson, LL.M., et Julie Wynne, TEP, avocats, étude Schellenberg Wittmer, à Genève

*Les trusts ont enfin été mis à la (rude) épreuve des règles de liquidation de droit matrimonial en Suisse dans la cause Rybolovlev c. Rybolovleva. Dans son arrêt du 26 avril 2012<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas arbitraire, dans certains cas particuliers, d'ordonner une saisie provisionnelle de biens détenus en trust dans le cadre d'une procédure de divorce entre le settlor et son conjoint. Le Tribunal fédéral a également admis le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de Justice de Genève qui revenait sur son arrêt de principe (SJ 1990 p. 196 ss). Ainsi, il ne serait pas manifestement insoutenable d'admettre la compétence du juge suisse pour ordonner des mesures provisionnelles sur des biens sis à l'étranger – mesures qui devront donc être exécutées à l'étranger.*

*Im Fall Rybolovlev gegen Rybolovleva wurde das Thema der Trusts mit Bezug auf eine güterrechtliche Auseinandersetzung nach Schweizer Recht einer harten Prüfung unterzogen. In einem Urteil vom 26. April 2012 entschied das Bundesgericht, es sei in gewissen Einzelfällen der Auseinandersetzung zwischen einem Settlor und seiner Ehefrau nicht willkürlich, eine Verfügungsbeschränkung bezüglich eines in einem Trust gehaltenen Vermögens anzuordnen. Das Bundesgericht hat zudem hinsichtlich eines früheren Grundsatzentscheides der Cour de Justice de Genève (SJ 1990, S. 196 ff.) bestätigt, es sei nicht offensichtlich unhaltbar, die Zuständigkeit eines Schweizer Richters für die Ergreifung sichernder Massnahmen gegenüber im Ausland liegender Vermögensteile zu bejahen, auch wenn die entsprechenden Massnahmen im Ausland vollstreckt werden müssten.*

### Table des matières

- A. Les faits
- B. Rappels préliminaires
  - i. Trusts
  - ii. Mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce
  - iii. Pouvoir d'examen limité du cas par le Tribunal fédéral
- C. La décision
  - i. Qualité pour agir
  - ii. Droit applicable
  - iii. Mesures provisionnelles sur des biens sis à l'étranger – le revirement de jurisprudence
  - iv. Mesures provisionnelles sur des biens de tiers – application du « Durchgriff »
- D. Conclusions

<sup>1</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 5A\_259/2010 du 26 avril 2012 (« Arrêt TF du 26 avril 2012 »), résumé dans SJ 2012 I p. 453.

## A. Les faits

Les époux Rybolovlev, tous deux domiciliés à Genève, sont mariés depuis 1987 sans avoir conclu de contrat de mariage; ils sont par conséquent soumis au régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts (art. 196 ss CC).

Dmitri Rybolovlev («DR») dispose d'une fortune considérable, calculée en milliards de francs, qui fait de lui l'un des hommes les plus riches au monde. Cette fortune, produit de son activité professionnelle, a été acquise postérieurement au mariage. Le 26 avril 2005, DR a présenté à son épouse, Elena Rybolovleva («ER»), un projet de contrat de mariage par lequel il proposait diverses dérogations à leur régime matrimonial, au préjudice de son épouse. Ainsi, il était stipulé, conformément à la faculté prévue par l'article 199 CC, que tous les biens d'acquêts affectés à l'exercice de la profession et/ou à l'exploitation de l'entreprise de DR, y compris les actifs remplaçant ces biens en cas de vente, feraient partie des biens propres de DR. En outre, il était prévu que les revenus des biens propres ne formeraient pas d'acquêts (art. 199 al 2 CC). La répartition légale du bénéfice, à parts égales (art. 215 CC), était également modifiée. Ainsi en cas de divorce sollicité par ER, sa participation au bénéfice serait de cent millions de francs suisses, quel que soit l'état du compte d'acquêts de son mari, ce dernier renonçant à toute participation au bénéfice de son épouse. Dans les autres cas de divorce, ER devait recevoir au minimum cent millions de francs suisses, voire plus, à concurrence de la moitié des acquêts de son mari, celui-ci ayant alors aussi droit à la moitié de ceux de son épouse.

ER a refusé de signer le projet de contrat de mariage, estimant qu'il la lésait, dès lors que le patrimoine de son mari était alors déjà évalué à USD 1 milliard.

Moins de deux mois après, en juin 2005, DR a constitué deux trusts irrévocables de droit chypriote (les «Trusts») auxquels il a cédé le même jour, sans contrepartie, les participations qu'il détenait dans de nombreuses sociétés. DR était le *protector* de ces trusts et le principal bénéficiaire<sup>2</sup> avec ses filles, à l'exclusion de son épouse. Dans ses lettres de souhaits adressées aux trustees lors de la création des trusts, DR a expliqué que si sa femme n'était pas bénéficiaire potentielle, c'était parce qu'elle serait une bénéficiaire substantielle selon son testament. Ledit testament, rédigé par DR le 20 décembre 2002 en la forme olographe, désignait ainsi ER comme héritière de 5/8<sup>e</sup> de son patrimoine et ses deux filles, à parts égales, pour 3/8<sup>e</sup>. De plus, DR n'avait pas élevé son épouse au rang de bénéficiaire afin «d'éviter que son épouse prenne les largesses dont il l'a inondée comme des droits acquis». Il a d'ailleurs relevé que cette mesure n'empêcherait pas sa femme de réunir au compte d'acquêts, sur la base de l'article 208 CC, les actifs qu'il avait aliénés en faveur de sociétés ou autres structures. DR a indiqué avoir cédé ses participations aux trusts afin de mettre certains actifs à l'abri de toute mainmise étrangère; il s'agissait d'un moyen de protéger les actifs en les transférant à une entité tierce, tout en conservant certaines facultés de participer à la gestion de ceux-ci. En effet, DR s'était conservé dans ces trusts le pouvoir de nommer ou révoquer les trustees, d'ajouter ou exclure des bénéficiaires, d'ajouter ou exclure une *special company*.

En décembre 2008, ER a ouvert des actions en justice, respectivement aux Iles Vierges Britanniques, au Royaume-Uni, à Singapour, à Chypre et aux Etats-Unis d'Amérique, à l'effet de faire saisir des biens appartenant, directement ou indirectement, à son mari. Ses actions ont initialement porté leurs fruits, dès lors que ces tribunaux ont prononcé des

<sup>2</sup> Dans la mesure où le Tribunal fédéral retient que ces Trusts sont irrévocables et discrétionnaires (consid. 7.3.3.2) et vu le contenu de la *letter of wishes*, il eût fallu peut-être tempérer cette affirmation, en précisant que DR et ses 2 filles figuraient parmi le cercle de bénéficiaires potentiels.



ordonnances de blocage (*freezing injunction*) à l'encontre de DR et des sociétés dont il est le bénéficiaire économique, leur interdisant de déplacer leurs biens à l'étranger, d'en disposer ou d'en diminuer la valeur. Toutefois, les tribunaux étrangers levèrent ces ordonnances dès que les trustees démontrèrent leur statut de véritables propriétaires de ces biens.

Le 21 décembre 2008, ER a également ouvert action en divorce devant le Tribunal de première instance de Genève («TPI») en concluant notamment à la liquidation du régime matrimonial, mais en renonçant à solliciter une contribution d'entretien post-divorce. ER a aussi sollicité, sur mesures provisoires, le blocage d'une série de biens détenus par son mari, directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés et de trusts. Elle a aussi conclu à l'interdiction de disposer de ces actifs et à l'annotation d'une interdiction d'aliéner l'immeuble détenu en Suisse jusqu'à décision définitive et exécutoire au fond sur la liquidation du régime matrimonial. Elle a en outre demandé que ces ordres et interdictions soient assortis de la menace de la peine prévue à l'article 292 CP.

Par ordonnance du 31 août 2009, le TPI a rejeté la requête de saisie provisionnelle.

Par acte déposé le 21 septembre 2009, ER a recouru contre cette ordonnance dont elle sollicitait l'annulation. Statuant le 4 mars 2010, la Cour de justice de Genève (la «Cour de justice») a annulé ce prononcé et ordonné la saisie provisionnelle d'une série de tableaux et de meubles détenus par le mari directement ou indirectement, notamment par l'intermédiaire de sociétés offshore et des Trusts, d'un immeuble en Suisse, des comptes bancaires dont l'époux était titulaire et/ou ayant droit économique auprès de banques situées à Chypre, Singapour et dans le Royaume-Uni ainsi que des actions et des actifs de plusieurs sociétés offshore détenues par le mari directement ou indirectement par l'intermédiaire des Trusts. Elle a aussi fait interdiction à l'époux, jusqu'à décision définitive et exécutoire au fond sur la liquidation du régime matrimonial ou accord entre les parties, de disposer directement ou par organe(s) interposé(s), de ces actifs, ladite interdiction étant étendue aux sociétés elles-mêmes et à leurs organes ainsi qu'aux Trusts et à leurs trustees. Elle a par ailleurs ordonné la mention au Registre foncier de l'interdiction d'aliéner ledit immeuble. Elle a enfin assorti ces ordres et interdictions de la menace de la sanction prévue par l'article 292 CP.<sup>3</sup>

Le 6 avril 2010, DR a recouru contre l'arrêt de la Cour de justice en concluant au rejet de la requête de mesures provisionnelles.

## B. Rappels préliminaires

Trois rappels préliminaires s'imposent avant d'analyser le jugement du Tribunal fédéral, qui a déjà donné lieu à de nombreuses critiques<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Arrêt de la Cour de justice de Genève n° ACJC/223/2010 du 4 mars 2010 dans la cause C/29642/2008 («Arrêt CJ du 4 mars 2010»), consultable sur la page du Pouvoir judiciaire du canton de Genève, <http://ge.ch/justice/bienvenue-sur-les-pages-de-la-jurisprudence-genevoise>.

<sup>4</sup> GRAHAM, *The Hague Trusts Convention five years on the Swiss Federal Supreme Court's decision in Rybolovlev v Rybolovleva*, in: *Trusts & Trustees*, volume 18 No.8, pp. 746-755; BARMES/PERRIN/SHAYLE, *Case review: Swiss court's findings relating to Trusts and ownership in a divorce context*, <http://www.lenzstaehelin.com/en/publications/client-memoranda-and-newsletters.html>, août 2012; SHAYLE/PERRIN, *To have but not to hold*, in: *STEP Journal*, novembre 2012, vol. 20 No. 9, p.60ss.

## i. Trusts

Le droit suisse ne connaît pas l'institution du trust. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur en Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2007 de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance<sup>5</sup>, la Suisse reconnaît les trusts de droit étranger. Ainsi, selon la Convention de la Haye, le trust se définit comme un rapport juridique dans lequel le constituant (*settlor*) confie des biens patrimoniaux au trustee afin qu'il les gère dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Ces biens constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee. Ce dernier en acquiert seul la propriété. Il est chargé d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées par la loi.<sup>6</sup>

Le trust est régi par la loi choisie par le settlor<sup>7</sup>.

## ii. Mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce

Les mesures provisionnelles sont prises dans le cadre d'une procédure rapide et sommaire, selon la vraisemblance des faits, afin de protéger les droits des parties ou de régler la situation entre elles jusqu'à décision définitive. Elles ont pour but de prévenir le risque que les droits allégués au fond ne puissent plus être reconnus en raison de la lenteur de la procédure, en sauvegardant sur le champ l'existence ou l'objet du droit.

En l'espèce, la Cour de justice avait octroyé les mesures provisionnelles requises par ER à l'encontre de son mari afin de garantir sa future créance découlant de la liquidation du régime matrimonial. Ces mesures provisionnelles se basaient sur l'article 178 CC, qui, bien que considéré comme une mesure protectrice de l'union conjugale, s'applique aussi aux époux en instance de divorce<sup>8</sup>.

Conformément à l'article 178 al. 1 CC, 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, cela dans la mesure nécessaire pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage. A cet effet, le juge peut ordonner les mesures de sûretés nécessaires (art. 178 al.2 CC). Selon la doctrine, comptent parmi ces mesures le blocage d'avoirs auprès d'établissements financiers ou tiers, le dépôt de certaines valeurs en mains tierces ou leur saisie directe et, pour les immeubles, l'interdiction de disposer inscrite au Registre foncier<sup>9</sup>.

Cette mesure protectrice de l'union conjugale tend à éviter qu'un époux, en procédant à des actes de disposition volontaires, se mette dans l'impossibilité de faire face à ses obligations pécuniaires envers son conjoint, que celles-ci découlent des effets généraux du mariage (devoir d'entretien) ou du régime matrimonial (participation au bénéfice, acquittement de récompenses)<sup>10</sup>. Elle peut être requise tant pour garantir des créances que de simples expectatives, telles que la prétention à une participation au bénéfice dans le régime de la participation aux acquêts, pour autant que cette dernière paraisse suffisamment concrète<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> La « Convention de La Haye » ou « CLH », RS 0.221.371.

<sup>6</sup> Art.2 CLH; Arrêt du Tribunal fédéral non publié 1B\_21/2010 du 25 mars 2010 consid. 2.2.

<sup>7</sup> Art.6 al. 1 CLH.

<sup>8</sup> ATF 120 III 67; ATF 118 II 378 consid. 3b; Arrêt du Tribunal fédéral non publié 5P.360/2004 du 10.01.2005.

<sup>9</sup> BRÄM, op. cit., n. 22 ad art.178 CC; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, op. cit., n. 20b, 25 et 26 ad art.178 CC; CHAIX, op. cit. n. 9-11 ad art.178 CC.

<sup>10</sup> CHAIX, Commentaire romand du Code civil I, 2010, n. 2 ad art.178 CC.

<sup>11</sup> BRÄM, Zürcher Kommentar, 1998, n. 7, 16, 22 ad art.178 CC; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, 1999, n. 7 ad art.178 CC.



La nécessité d'une telle mesure peut se faire sentir en particulier en cas de tensions graves dans le couple, en raison du risque non négligeable d'actes malveillants envisagés par l'un des époux. Elle vise en particulier à éviter des actes de disposition d'un des époux destinés à amoindrir son patrimoine en vue d'une dissolution du mariage<sup>12</sup>.

Dans tous les cas, la restriction du pouvoir de disposer d'un époux doit respecter le principe de la proportionnalité (« dans la mesure nécessaire »).

Nous nous étonnons ici de la lenteur des tribunaux saisis à octroyer cette mesure : requise fin 2008 mais rejetée par le TPI le 31 août 2009, la mesure ne sera prononcée par la Cour de justice que quinze mois plus tard, le 4 mars 2010. Et encore, elle ne sera finalement octroyée qu'après recours au Tribunal fédéral, soit plus de quarante mois plus tard. Ceci relativise largement l'urgence de la mesure alléguée par ER, ce d'autant plus que l'acte de disposition qu'il aurait fallu éviter – la cession par DR de ses participations aux Trusts – avait déjà eu lieu trois ans et demi auparavant... Rappelons, en tout état de cause, que l'arrêt du Tribunal fédéral ne préjuge nullement du fond de la cause, soit la liquidation du régime matrimonial lors du divorce des époux.

### iii. Pouvoir d'examen limité du cas par le Tribunal fédéral

Enfin, nous relevons que, dès lors que la décision attaquée portait sur des mesures provisionnelles, le Tribunal fédéral pouvait uniquement examiner les arguments liés à la violation des droits constitutionnels de DR (art. 98 LTF), dont l'examen était de plus limité à l'arbitraire (art. 106 al. 2 LTF) et en tout état de cause, uniquement sur la base des faits établis par le tribunal cantonal (art. 105 LTF). Ceci relativise la large portée qu'on attribue à cet arrêt.

## C. La décision

### i. Qualité pour agir

Dans son arrêt du 26 avril 2012, le Tribunal fédéral a étudié de manière succincte la qualité pour recourir de DR, reconnaissant celle-ci clairement pour les mesures provisionnelles ordonnées à son encontre et contre les biens qu'il détenait directement ou indirectement<sup>13</sup>, mais laissant la question indécise pour les mesures ordonnées contre des biens formellement au nom de tiers, sociétés et trusts<sup>14</sup>.

Nous relevons toutefois une incohérence à laisser cette dernière question ouverte dans la mesure où le Tribunal fédéral applique ensuite la théorie de la transparence aux Trusts<sup>15</sup> pour imputer leurs avoirs à DR – ce qui devait alors logiquement conférer la qualité pour agir à DR à ce titre également.

<sup>12</sup> DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, *Les effets du mariage*, 2000, p. 305.

<sup>13</sup> Arrêt TF du 26 avril 2012, consid. 2.3.1.

<sup>14</sup> Arrêt TF du 26 avril 2012, consid. 2.3.2. En rappelant la jurisprudence, selon laquelle le débiteur n'est pas touché par un séquestre portant sur les biens de tiers (cf. ATF 114 Ia 381).

<sup>15</sup> Cf. *Infra* § C iii.

## ii. Droit applicable

Le droit applicable au divorce, au régime matrimonial et à sa liquidation, et enfin aux effets du mariage, est le droit suisse, droit du domicile des époux (art. 61 al. 1, 54 al. 1 lit. a et 48 al. 1 LDIP<sup>16</sup>).

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral n'a de manière étonnante pas examiné la validité des Trusts à l'aune du droit chypriote, le droit qui régit pourtant ces trusts, mais a appliqué la théorie du «Durchgriff» de droit suisse, estimant qu'en matière de mesures provisoires, le juge suisse peut appliquer le droit suisse en lieu et place du droit étranger.<sup>17</sup>

Or, selon l'article 1 al. 2 LDIP qui réserve les traités internationaux, la reconnaissance d'un trust doit être examinée conformément aux dispositions de la Convention de la Haye. Ainsi, le trust est en principe, régi par la loi choisie par le *settlor*, qui règle ainsi les questions relatives à la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que son administration<sup>18</sup>. Aussi, le Tribunal fédéral aurait dû analyser la validité des Trusts, et en particulier la question de savoir s'ils constituaient des *sham trusts* au sens du droit chypriote, en application du droit étranger, comme les tribunaux zurichois l'avaient d'ailleurs déjà effectué dans le fameux dossier Werner K. Rey<sup>19</sup>, plutôt que d'appliquer le droit suisse et sa théorie du «Durchgriff»<sup>20</sup>.

## iii. Mesures provisionnelles sur des biens sis à l'étranger – le revirement de jurisprudence

Le Tribunal fédéral a ensuite examiné la question de la possibilité de prononcer des mesures provisionnelles portant sur des biens sis à l'étranger.<sup>21</sup>

Dans son arrêt du 4 mars 2010, la Cour de justice avait décidé d'opérer un revirement de jurisprudence et d'abandonner son arrêt de principe<sup>22</sup>, dans lequel elle s'était estimée incompétente pour faire interdiction à des sociétés étrangères (sises aux îles Cayman et aux Antilles néerlandaises) de se dessaisir d'actifs et de participations qu'elles détenaient, dès lors que ni les parties intéressées, ni les biens à protéger n'avaient un quelconque lien avec Genève. En effet, dans cet ancien arrêt de principe, la Cour de justice avait considéré que le juge compétent pour ordonner des mesures provisionnelles était celui dont la décision était directement exécutoire – soit le juge du lieu où un incident exige la prise d'une mesure, où se trouvent les intérêts litigieux, où la mesure doit être appliquée, lieu qui serait tantôt le lieu de domicile de la partie citée à laquelle sera faite l'injonction de faire ou de s'abstenir, tantôt le lieu où se trouve l'objet litigieux, soit toujours le lieu où la mesure doit déployer ses effets<sup>23</sup>. Elle avait alors relevé que la mesure provisionnelle se rattachait à l'exécution forcée, que les autorités d'exécution d'un pays ne pouvaient accomplir d'actes de contrainte à l'étranger, de sorte qu'elles ne pourraient agir qu'à l'égard des biens, droits et personnes se trouvant dans le pays, cela même si le fond devait être tranché par un tribunal étranger; cette dernière hypothèse était exactement celle envisagée par l'article 10 LDIP.

<sup>16</sup> «LDIP», RS 291.

<sup>17</sup> Arrêt TF du 26 avril 2012, consid. 7.3.

<sup>18</sup> Art. 6 al. 1 CLH.

<sup>19</sup> Zürcherische Rechtsprechung ZR 98 (1999) n° 52, p. 225.

<sup>20</sup> Cf. infra § C. iv.

<sup>21</sup> Arrêt TF du 26 avril 2012, consid. 7.2.2.

<sup>22</sup> Publié dans la SJ 1990 p. 196.

<sup>23</sup> SJ 1990 p. 196, 200.



Or, ledit arrêt ayant été critiqué en doctrine<sup>24</sup> et la jurisprudence ayant évolué pour admettre désormais en principe la reconnaissance et l'exécution de décisions provisoires de nature conservatoire<sup>25</sup>, la Cour de justice a décidé, dans son arrêt du 4 mars 2010<sup>26</sup>, d'abandonner sa jurisprudence publiée dans la SJ 1990 196. Ainsi, elle a souligné que les règles de compétence instaurées par l'article 10 LDIP et l'article 24 de la Convention de Lugano<sup>27</sup> offraient, dans un souci de célérité, la possibilité de requérir la mesure provisoire ou conservatoire directement auprès du juge du lieu où elle sera exécutable, alors même qu'il ne serait pas compétent pour connaître du fond de la contestation; il ne s'agissait cependant pas là d'un for exclusif et la mesure urgente pouvait toujours être ordonnée par le juge du fond, à charge pour le requérant d'en obtenir l'exequatur au lieu de l'exécution. Selon elle, en décider autrement pourrait aboutir à des cas de déni de justice, lorsque l'Etat du lieu où la mesure conservatoire devrait être exécutée serait incompétent pour statuer sur le fond et n'aurait pas prévu dans sa législation de disposition analogue à celle de l'article 10 LDIP.<sup>28</sup>

Le Tribunal fédéral a, de manière lapidaire, affirmé qu'il n'était manifestement pas insoutenable d'admettre la compétence du juge suisse pour ordonner des mesures provisionnelles sur des biens sis à l'étranger, dont l'exécution échappe à sa compétence territoriale<sup>29</sup>. Plus réaliste toutefois, le Tribunal réserve explicitement la question de l'exequatur de ces mesures et de la voie à suivre<sup>30</sup>.

#### iv. Mesures provisionnelles sur des biens de tiers – application du « Durchgriff »

Le Tribunal fédéral s'est ensuite prononcé sur l'étendue des mesures provisionnelles aux biens dont DR n'était pas le propriétaire au sens juridique, soit sur des biens détenus par le biais de sociétés ou de trusts. La Cour de justice avait considéré sur la base du principe du « Durchgriff » de droit suisse, ou théorie de la transparence, qu'il pouvait être fait abstraction du fait que les patrimoines en trust n'appartenaient pas formellement à DR et que la saisie conservatoire des biens en trust pouvait être ordonnée. Selon la jurisprudence, il y a lieu en principe de respecter l'indépendance juridique d'une personne morale, à moins que cette indépendance ne soit invoquée abusivement dans le cas particulier. Le principe du « Durchgriff » considère ainsi qu'il peut être fait abstraction de l'indépendance juridique de la personne morale, lorsque l'on est en présence d'un véritable abus de droit, d'une utilisation

<sup>24</sup> Notamment GAILLARD, *Les mesures provisionnelles en droit international privé*, in SJ 1993, p. 151 n. 20 et p. 153 n. 24; DUTOIT, *Droit international privé suisse*, 2005, n. 2 ad art. 10 LDIP.

<sup>25</sup> ATF 129 III 626, résumé dans SJ 2004 I 29; CJCE, arrêt Van Uden du 17 novembre 1998, C-391/95.

<sup>26</sup> Arrêt CJ du 4 mars 2010, consid. 6.2.3 et 6.2.4.

<sup>27</sup> Devenu entretemps l'art. 31 de la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Convention de Lugano 2 » ou « CL2 »), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour la Suisse. Art. 31 CL2: Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat lié par la présente Convention peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu de la présente Convention, une juridiction d'un autre Etat lié par la présente Convention est compétente pour connaître du fond.

<sup>28</sup> Arrêt CJ du 4 mars 2010, consid. 6.2.4.

<sup>29</sup> Arrêt TF du 26 avril 2012, consid. 7.3.2.2.

<sup>30</sup> Idem. Voir aussi JEANNERET/BARUH, *Exécution forcée en Suisse de mesures provisionnelles déployant des effets extraterritoriaux: à l'impossible nul n'est tenu*, in: Revue suisse de procédure civile, 1/2013, pp. 95–103.

tion de la personne morale qui est manifestement contraire au but de celle-ci et abusive ou qui a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes de tiers<sup>31</sup>.

Dans le cas d'espèce, la Cour avait retenu que DR avait voulu soustraire ces actifs de la masse des acquêts au détriment des prétentions de sa femme dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. Pour justifier les mesures provisionnelles fondées sur l'article 178 CC frappant des biens dont DR n'était pas propriétaire la Cour de justice a fait l'analogie avec les règles qui prévalent en matière de séquestre: en matière de séquestre, il est admis que le créancier puisse appréhender des biens qui paraissent appartenir à des tiers en raison de leur possession, de l'inscription dans le Registre foncier, du contenu du titre ou de l'intitulé du compte bancaire, pour autant qu'il rende vraisemblable que ces biens appartiennent en réalité à son débiteur<sup>32</sup>. Ainsi, étant donné que le séquestre de biens détenus à titre fiduciaire est admis par la jurisprudence fédérale<sup>33</sup>, il n'y avait aucune raison de ne pas y associer les patrimoines détenus sous forme de trusts. Or, nous estimons au contraire que l'application de cette jurisprudence est injustifiée dès lors qu'elle nécessite au préalable des biens en Suisse – sans parler de l'analogie dogmatiquement douteuse que la Cour effectue entre fiducie et trust<sup>34</sup>. Cette méthode s'écarte de surcroît explicitement du texte clair de l'article 178 CC qui ne vise que le conjoint et aucunement des tiers.

Pour sa part, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il n'était pas arbitraire d'appliquer le Durchgriff suisse à un trust étranger lorsque le *settlor* a conservé des pouvoirs de gestion étendus, qu'il en est le principal bénéficiaire et que le trust n'est qu'un simple outil entre ses mains. Ce faisant, il a précisé que, dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, les prétentions patrimoniales des époux se rapportent à la totalité des biens matrimoniaux indépendamment du lieu de situation de ceux-ci. Il n'apparaissait dès lors pas inconcevable que la restriction du pouvoir de les aliéner (mesure *ad personam*) porte aussi sur des biens localisés à l'étranger. Il a indiqué qu'à défaut, l'étendue de la protection que l'article 178 CC était censé offrir à l'époux dont les prétentions sont menacées serait réduite. En outre, il a mentionné que la saisie (mesure *in rem*) apparaissait quant à elle comme une mesure de sûreté visant à assurer l'efficacité de la restriction du pouvoir de disposer et à empêcher l'acquisition des biens par des tiers et qu'il n'était dès lors pas insoutenable d'admettre qu'au stade des mesures provisoires, l'on puisse ordonner la saisie de biens sis à l'étranger. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a suivi la Cour de justice en considérant que DR était en réalité le détenteur économique des biens litigieux<sup>35</sup>. La Cour de justice n'était pas tombée dans l'arbitraire en retenant que, malgré la dualité de personnes en la forme, les Trusts ne constituaient conformément à la réalité économique qu'un simple instrument dans les mains de DR, qui avait conservé des pouvoirs de gestion étendus et en apparaissait comme le principal bénéficiaire. De même, dans l'optique d'un tel Durchgriff, les arguments selon lesquels la distribution des biens en trusts était laissée à l'entière discrétion du trustee (trust discrétionnaire) et que DR ne pouvait plus révoquer le trust (trust irrévocable) n'étaient pas pertinents.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> SJ 2001 I p. 165, consid. 2; ATF non publié 5P.179/2002 du 1er juillet 2002 consid. 3.1. Voir aussi l'ATF non publié récent 5A\_436/2011 du 12 avril 2012 consid. 9.3.2.

<sup>32</sup> ATF 126 III 95.

<sup>33</sup> JT 2000 II 35 consid. 4a.

<sup>34</sup> Voir THEVENOZ, Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie, Schulthess, 2001, pp.16–17.

<sup>35</sup> Arrêt TF du 26 avril 2012, consid. 7.3.3.

<sup>36</sup> Arrêt TF du 26 avril 2012, consid. 7.3.3.2.



Néanmoins, le *Durchgriff* est en principe régi par le droit étranger qui régit l'entité mise en cause<sup>37</sup>. Plutôt que d'appliquer le droit chypriote, le Tribunal fédéral a préféré appliquer le droit suisse aux Trusts chypriotes en se basant sur son arrêt 5P.355/2006<sup>38</sup> ainsi que sur une analogie avec l'article 62 al. 2 LDIP. Or cet arrêt mentionne précisément l'existence d'une controverse doctrinale relative à l'application du droit suisse *urbi et orbi* à des mesures provisoires. Quant à l'article 62 LDIP, il ne saurait, selon nous, justifier l'application du droit suisse à toutes les questions préliminaires à un divorce (ici, apport de biens en trust et validité d'un trust étranger), en particulier, en vertu de l'article 1 al. 2 LDIP, lorsqu'il existe un traité international régissant spécifiquement la question.

Il est en particulier critiquable que le Tribunal fédéral n'ait pas examiné la question de la validité des Trusts à l'aune du droit chypriote conformément à l'article 8 de la Convention de la Haye, et aux règles relatives aux *sham trusts* plutôt que d'appliquer le principe du *Durchgriff* helvétique, qui est un principe tiré du droit des sociétés qui ne devrait pas s'appliquer aux trusts qui ne sont pas des personnes morales<sup>39</sup>. Il y a en effet *sham trust* lorsque le settlor utilise le trust de manière artificielle; tel est le cas s'il conserve de fait tous les pouvoirs sur les biens en trusts, qu'il entend récupérer en fin de compte. Le Tribunal a d'ailleurs appliqué le concept du *sham* tiré du droit étranger à un trust, dans un arrêt qui fut publié peu de temps après le jugement Rybolovlev<sup>40</sup>. Nous espérons que ce nouvel arrêt marque le retour à une approche plus cohérente des trusts. En tout état de cause, l'application du *Durchgriff* aux trusts ne peut s'effectuer que restrictivement car «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»<sup>41</sup>.

Ainsi, une argumentation plus compatible avec la Convention de la Haye aurait ainsi pu se fonder sur le fait que les Trusts constituaient des *shams trusts* à teneur du droit étranger, qu'ils ne pouvaient par conséquent pas être reconnus en Suisse conformément à l'article 11 al. 1 de la Convention et que, dès lors les biens détenus en trust continuaient à appartenir à DR, ils ne pouvaient être saisis en tant que biens du conjoint au sens de l'article 178 CC, même si, selon la logique et l'esprit de la Convention – principe de la reconnaissance du trust, sous réserve des exceptions limitativement prévues aux articles 15, 16 et 18 –, le juge suisse aurait préalablement dû expliquer en quoi les droits matrimoniaux d'un conjoint en participation aux acquêts constituent une norme impérative.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> ATF 118 III 346.

<sup>38</sup> Arrêt 5P.355/2006 du 8 novembre 2006, consid 4.2.

<sup>39</sup> PEYROT, Saisie provisionnelle des biens d'un trust dans une procédure de divorce, <http://cms.unige.ch/droit/cdbf>, article n°810, 11 juin 2012.

<sup>40</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 5A\_436/2011 du 12 avril 2012 consid. 9.3.1 Certes daté d'avant le jugement Rybolovlev, cet arrêt fut publié postérieurement par le Tribunal fédéral. Voir également BERSHEDA, *The Long-Awaited Decisions of the Swiss Supreme Court on Recognition of Trusts: Are they also Far-Reaching?* In: Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning, 2012 volume 19, No. 4, pp. 288–304. BERSHEDA, Quelques questions de droit international privé en relation avec la reconnaissance de trusts en Suisse, in: PJA, 1/2013, pp. 45–54.

<sup>41</sup> Art. 2 al. 3 CLH. PEYROT, Saisie provisionnelle des biens d'un trust dans une procédure de divorce contre le settlor, in Actualités du Centre de Droit Bancaire et Financier, <http://cms.unige.ch/droit/cdbf>, article n° 810, 11 juin 2012.

<sup>42</sup> Difficile vu la liberté contractuelle conférée aux conjoints par les articles 181, 187, 199, 216 CC et vu la liberté individuelle de chaque conjoint selon l'article 201 CC. BERSHEDA, *The Long-Awaited Decisions of the Swiss Supreme Court on Recognition of Trusts: Are they also Far-Reaching?* In: Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning, 2012 volume 19, No.4, pp. 288–304. BERSHEDA, Quelques questions de droit international privé en relation avec la reconnaissance de trusts en Suisse, in: PJA, 1/2013, pp. 45–54.

## D. Conclusions

L'arrêt *Rybolovlev c. Rybolovleva* apporte une lumière intéressante sur la manière dont les juges suisses ont tenté de résoudre les frictions qui peuvent exister entre les dispositions de droit matrimonial suisse et les règles étrangères applicables aux trusts et aux sociétés offshore dans le cadre de mesures provisionnelles en matière de divorce. Néanmoins, il convient de ne pas donner une portée trop large à cet arrêt en concluant que les trusts peuvent facilement céder le pas face aux dispositions matrimoniales. En effet, les circonstances du cas d'espèce étaient très particulières et l'analyse des tribunaux ressemble au final davantage à une salade russe<sup>43</sup>.

Espérons que le Tribunal fédéral suive une approche plus dogmatique dans les prochains arrêts en matière de trusts, afin de poser un cadre juridique cohérent et de renforcer la reconnaissance des trusts en Suisse.

\* \* \*

<sup>43</sup> Sous l'angle de la politique judiciaire, le maintien d'une telle macédoine (compétence internationale du juge suisse pour prononcer, selon son droit interne, des mesures provisionnelles contre des biens en trust et qui sont situés à l'étranger) pourrait transformer les tribunaux suisses en capitale mondiale du divorce et ne règle nullement l'efficacité, à l'étranger, de tels actes de contrainte ordonnés par des tribunaux suisses.