

Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Rapport explicatif destiné à la consultation

du 16 septembre 2004

Condensé

Le trust est une institution juridique répandue essentiellement dans les Etats de common law. Il n'en demeure pas moins une réalité économique et juridique en Suisse. Compte tenu de l'importance croissante du trust sur le plan économique et de l'insuffisance du droit en vigueur régissant cette situation, l'Association suisse des banquiers a exprimé, à l'adresse de l'Office fédéral de la justice, le souhait que l'on entreprenne les travaux préparatoires à la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts qui détermine la loi applicable aux trusts.

Par ailleurs, en mai 2003, l'ancien conseiller national Marc Suter (PRD) a déposé une motion (03.3233) – reprise depuis lors par le conseiller national Fulvio Pelli – qui charge le Conseil fédéral de « prendre rapidement les dispositions nécessaires pour que la Convention de la Haye de 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance puisse être ratifiée prochainement » ainsi que de « présenter dans les meilleurs délais un message prévoyant une adaptation du droit suisse, notamment du droit régissant l'insolvabilité et les fondations de famille (art. 335 CC), afin que l'institution juridique du trust soit également applicable en Suisse ».

A la mi-octobre 2003, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à élaborer un message sur la reconnaissance des trusts étrangers et sur l'adaptation du droit suisse dans le but de rendre praticable cette reconnaissance. Ce but peut être atteint principalement de deux manières différentes : soit par la ratification de la Convention sur les trusts accompagnée des adaptations du droit suisse éventuellement nécessaires, soit par l'adoption d'une réglementation autonome dans la loi sur le droit international privé (LDIP). Estimant qu'il ne fallait pas anticiper la décision sur la voie à suivre, le Conseil fédéral a proposé la transformation du premier point de la motion en postulat, tout en laissant entendre que cette question serait examinée avec diligence.

De mi-décembre 2003 à fin mars 2004, l'Office fédéral de la justice a mené une préconsultation informelle auprès des organisations économiques intéressées, d'un certain nombre d'autorités sélectionnées, ainsi qu'auprès des facultés suisses de droit. Elle a porté sur un premier avant-projet qui, partant de l'hypothèse d'une ratification de la Convention de La Haye sur les trusts, proposait à cette fin, une série de nouvelles normes de droit civil. Le projet qui vous est soumis aujourd'hui s'inspire de l'avant-projet (établi sur la base de l'étude du professeur Thévenoz) et tient compte des avis recueillis à la faveur de la préconsultation.

Le projet prévoit la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts. Par ailleurs, il tend à compléter la loi sur le droit international privé (RS 291) en introduisant les dispositions nécessaires sur la compétence et sur la reconnaissance des décisions étrangères, accompagnées de quelques compléments concernant la publicité sous l'angle du droit privé. Il prévoit enfin une adaptation de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1) qui permette de respecter le principe prévu par le droit sur les trusts, selon lequel le patrimoine du trust doit être séparé de celui du trustee.

Table des matières

Condensé	2
1 Partie générale	5
1.1 Situation initiale	5
1.2 Le trust	6
1.2.1 Définition et différentes catégories	6
1.2.2 Les diverses fonctions remplies par le trust	7
1.2.3 Où le trust est-il répandu?	7
1.2.4 Importance économique du trust en Suisse	7
1.2.5 Effets et nature juridiques du trust	8
1.2.5.1 Différences par rapport à la fiducie	8
1.2.5.2 Différences par rapport à la fondation	9
1.2.5.3 Distraction en cas de faillite	9
1.2.5.4 Statut du bénéficiaire	9
1.2.5.5 Tracing	10
1.2.5.6 Pas de droit réel pour le bénéficiaire	10
1.3 Caractéristiques principales de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust	11
1.4 Conséquences d'une ratification de la convention	13
1.4.1 Situation juridique actuelle	13
1.4.1.1 Reconnaissance du trust selon la loi sur le droit international privé (LDIP)	13
1.4.1.1.1 Qualification du trust	13
1.4.1.1.2 Constructive trusts	14
1.4.1.1.3 Article 154, alinéa 1, LDIP	14
1.4.1.1.4 Article 154, alinéa 2, LDIP	14
1.4.1.1.5 Trusts testamentaires	15
1.4.1.1.6 Trusts servant à fournir des sûretés réelles	15
1.4.1.1.7 Article 335, alinéa 2, CC	16
1.4.1.2 Etendue de la reconnaissance selon la LDIP	16
1.4.1.2.1 Principe	16
1.4.1.2.2 Séparation des biens du trust du patrimoine du <i>trustee</i> et ordre public	17
1.4.1.2.3 Pas de reconnaissance du tracing	18
1.4.2 Situation juridique en cas de ratification de la Convention de La Haye	19
1.4.2.1 Reconnaissance	19
1.4.2.1.1 Qualification	19
1.4.2.1.2 Constructive trusts	19
1.4.2.1.3 Loi applicable	19
1.4.2.1.4 Trusts testamentaires	19
1.4.2.1.5 Sûretés réelles	20
1.4.2.2 Etendue de la reconnaissance selon la convention	20
1.4.2.2.1 Reconnaissance plus étendue	20
1.4.2.2.2 Régime matrimonial et droit de succession	20
1.4.2.2.3 Ordre public	20

1.4.2.2.4	Lois d'application immédiate	21
1.4.3	Avantages de la convention par rapport à la LDIP actuellement en vigueur	21
1.4.3.1	Perspective déterminante	21
1.4.3.2	Sécurité du droit	21
1.4.3.3	Avantages présentés par la Convention de La Haye sur le plan de la sécurité du droit	22
1.4.4	144 Compatibilité de la convention avec le régime juridique suisse	23
1.4.4.1	144.1 Principe de la publicité en droit civil	23
1.4.4.2	Pas de reconnaissance intégrale du tracing	24
1.4.4.3	Numerus clausus des droits réels	24
1.4.4.4	Le droit à réparation pour cause d'acte illicite et pour enrichissement illégitime également selon le droit suisse	25
1.4.4.5	Réserve du statut réel	26
1.4.5	La ratification appelle-t-elle des réserves d'ordre politico-juridique?	26
1.4.5.1	Blanchiment d'argent	26
1.4.5.2	Droit fiscal	28
1.4.5.3	Contournement du droit civil suisse	28
1.5	Une révision de la LDIP comme alternative à une ratification de la convention	29
1.6	Résultats de la procédure de consultation préalable	30
2	Partie spéciale: commentaire des modifications législatives proposées	30
2.1	Loi sur le droit international privé (LDIP, RS 291)	30
2.1.1	Remarques préliminaires	30
2.2	Pas de modification des dispositions du Code civil suisse (CC, RS 210)	37
2.3	Pas de modification des dispositions du Code des obligations (CO, RS 220)	37
2.4	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP, RS 281.1)	38
2.5	Pas de dispositions régissant la surveillance	40
2.6	Pas de dispositions de droit fiscal	41
2.7	Déclarations et réserves portant sur la convention	41
2.7.1	Article 16, alinéa 3	41
2.7.2	Article 20, alinéa 1	41
2.7.3	Article 21	42
2.7.4	Article 22	42
3	Droit comparé	42
4	Effets de l'avant-projet	44
4.1	Effets sur le plan financier et du personnel	44
4.2	Effets sur le plan informatique	44
4.3	Effets sur l'économie publique	44
5	Rapport avec le droit européen	44
6	Bases légales	45

Rapport explicatif

1 **Partie générale**

1.1 **Situation initiale**

En 1985, la conférence de La Haye de droit international privé a adopté la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. Durant les travaux, la Suisse était représentée par M. Alfred von Overbeck, professeur à l'Université de Fribourg et directeur de l'Institut de droit comparé de Lausanne. M. von Overbeck a rédigé le rapport de la commission spéciale relatif à l'avant-projet de convention ainsi que le rapport explicatif concernant la version définitive de cet instrument international.

La convention qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1992, a force de loi en Italie, aux Pays-Bas, à Malte, en Australie, au Canada, en Grande-Bretagne et à Hong Kong. Depuis le début de l'année, elle est aussi en vigueur au Luxembourg. Le parlement de la Principauté du Liechtenstein se penchera probablement au cours de cet automne sur la question de sa ratification.

Depuis le début des années 90 déjà, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a examiné la question de l'opportunité pour la Suisse de ratifier la convention. Compte tenu de la réaction plutôt négative des milieux bancaires face à cette question, le projet fut mis de côté. Vers la fin de la décennie, la question de la ratification de la Convention relative à la loi applicable au trust a été relancée à l'instigation des milieux genevois de la gestion de fortune. En 1999, l'OFJ a chargé le professeur Luc Thévenoz de l'Université de Genève de préparer une étude sur cette question. Cette étude a été publiée sous forme de livre en 2001. Depuis lors, l'OFJ s'est livré à un examen approfondi de l'opportunité d'une ratification.

Le 8 mai 2003, le Conseiller national Marc Suter avait déposé une motion (03.3233) reprise ensuite par le Conseiller national Fulvio Pelli qui demandait ce qui suit:

"Le Conseil fédéral est chargé:

- de prendre rapidement les dispositions nécessaires pour que la Convention de La Haye de 1985 sur les trusts et codification de la fiducie puisse être ratifiée prochainement;
- de présenter dans les meilleurs délais un message prévoyant une adaptation du droit suisse, notamment du droit régissant l'insolvabilité et les fondations de famille (Art. 335 CC), afin que l'institution juridique du trust soit également applicable en Suisse."

Le Conseil fédéral a fourni la déclaration suivante à ce sujet: "Le Conseil fédéral est prêt à accepter le point 2 de la motion et propose de transformer le point 1 de la motion en postulat."

Il résulte de la motivation que le point 1 faisait référence à la première requête alors que le point 2 à la deuxième.

Entre mi-décembre 2003 et fin mars 2004, l'Office fédéral de la justice a organisé une consultation informelle préalable. A cette occasion, un premier avant-projet de législation d'adaptation du droit civil suisse a été présenté aux milieux économiques intéressés, à certaines autorités ainsi qu'aux facultés de droit suisses. Cet avant-projet et les réponses reçues sont à la base du projet présenté dans le cadre de cette procédure.

1.2 Le trust

1.2.1 Définition et différentes catégories

Le trust est une institution juridique issue d'une longue tradition historique, dont l'origine se trouve en Grande Bretagne et qui, par conséquent, s'est surtout répandu dans les pays de *common law*. Le terme "trust" désigne les relations juridiques en vertu desquelles des biens déterminés ont été confiés à titre fiduciaire à une ou plusieurs personnes (*trustees*) chargées de les administrer et d'en disposer dans un but préalablement déterminé par le constituant (*settlor*). Ce but peut être de portée générale (*purpose trust*) ou peut consister à favoriser des personnes déterminées (*private trust*), appelées aussi bénéficiaires (*beneficiaries*).

Lorsque l'objectif du trust est de favoriser des personnes déterminées, il y a lieu d'établir une distinction selon que l'on fixe à l'avance qui sera bénéficiaire et de quelles prestations ou que l'on laisse ce point à l'appréciation du *trustee*. Dans le premier cas, on a affaire à un *fixed interest trust* et, dans le second, à un *discretionary trust*. Le constituant a également la faculté de se favoriser lui-même. Il peut, en outre, se réserver le droit de dissoudre ultérieurement le trust et de s'approprier le patrimoine restant. Lorsqu'une telle réserve a été formulée, on parle alors de *revocable trust*.

Le trust peut être constitué par acte entre vifs ou par testament. Le droit régissant les trusts établit un *distinguo* entre *express trusts* et *implied trusts*, selon qu'ils ont été constitués par une manifestation expresse de volonté ou par actes concluants. Le droit régissant les trusts infère de certains comportements une présomption de volonté réfragable. Les trusts dont l'existence repose sur une telle présomption sont appelés *resulting trusts*.

Une autre catégorie de trusts doit être distinguée des *implied trusts* et des *resulting trusts*: celle des *constructive trusts*. En l'occurrence, il ne s'agit plus de trusts constitués par acte juridique, mais de l'application par analogie du droit régissant les trusts à d'autres catégories de relations juridiques. Les ordres juridiques de *common law* prévoient des effets tirés du droit régissant les trusts pour la réglementation de relations juridiques déterminées. Au nombre de ces relations juridiques citons les *fiduciary relationships* qui représentent l'un des cas d'application les plus importants. Par-là, il faut entendre des relations juridiques qui sont caractérisées par des rapports de fiducie particuliers: en l'occurrence, le fiduciaire est tenu de remettre au fiduciant les bénéfices qui ont été produits par les affaires qu'il a gérées pour son propre compte mais qui, de par leur nature, reviennent au fiduciant. En ce qui concerne l'obligation de remettre les bénéfices, le fiduciaire est traité comme un *trustee*, le corollaire étant que sa responsabilité est conçue selon les principes du droit régissant les trusts et que les valeurs patrimoniales concernées, y compris leur rendement et

les objets de remplacement, sont soustraits à la mainmise des créanciers (cf. infra, ch. 123). Par fiduciaires, il faut entendre, notamment, les personnes qui sont contractuellement ou légalement chargées d'administrer un patrimoine.

1.2.2 Les diverses fonctions remplies par le trust

L'institution juridique que représente le trust remplit, dans les pays de *common law*, une multitude de fonctions et, partant, joue un rôle non négligeable dans le paysage juridique des Etats concernés. Il peut, entre autres, remplir les fonctions des institutions du droit suisse suivantes : l'administration fiduciaire de biens, la propriété à titre de sûreté, la fondation, la fondation de famille, l'association, la société coopérative, les charges imposées en cas de donation ou de dispositions pour cause de mort, le legs, la substitution fidéicommissaire, la propriété par étage, la convention d'actionnaire ainsi que l'administration ou la liquidation de biens dans le cadre d'un concordat au sens de la Loi fédérale sur la poursuite et la faillite (LP, RS 281.1). De plus, certaines formes particulières de trust remplissent encore la fonction d'institution de prévoyance en faveur du personnel ou de communauté des créanciers dans les emprunts par obligations. Un trust existe de plein droit dans les cas suivants: administration d'une succession, exécution testamentaire, tutelle et administration de la masse en faillite.

Le trust est utilisé ou, du moins, a été utilisé, comme forme d'organisation des cartels. Cela explique qu'en droit cartellaire on parle de législation anti-trust. Il faut y voir également la raison majeure pour laquelle le terme trust a pris une connotation négative pour de nombreuses personnes.

1.2.3 Où le trust est-il répandu?

Le trust - nous l'avons déjà dit est, au premier chef, une institution juridique des pays de *common law*. Toutefois, on le trouve également dans les législations d'Etats étrangers à ce régime. C'est le cas de l'Ecosse, de l'Afrique du Sud, du Québec et de la Louisiane. D'autres Etats tels que le Japon, Panama, le Liechtenstein, le Mexique, la Colombie, Israël et l'Argentine ont créé des institutions similaires au trust.

1.2.4 Importance économique du trust en Suisse

Il existe en Suisse de nombreuses valeurs patrimoniales appartenant à des trusts ou administrées au nom et pour le compte de trusts. Il peut s'agir de titres, de fonds de placement ou d'autres placements déposés dans une banque en Suisse en vertu d'un contrat de dépôt, d'un contrat de tenue de compte ou d'un contrat similaire. Il peut s'agir également d'actions ou d'obligations émises par des sociétés suisses, qui ont été acquises par des trusts sis à l'étranger. Enfin ces valeurs patrimoniales peuvent consister en des biens immobiliers et mobiliers détenus directement ou indirectement, qui sont transmis à des trusts.

Les valeurs patrimoniales déposées dans des banques en Suisse, qui revêtent une importance économique de premier plan, sont celles sur lesquelles les banques perçoivent des frais de dépôt, des commissions sur titres ainsi que des frais de gestion.

La tendance des particuliers à la mobilité allant en s'accroissant, de plus en plus de bénéficiaires et autres participants à des trusts prennent domicile en Suisse. En outre, de plus en plus de sociétés établies en Suisse se spécialisent dans l'administration de trusts. On les trouve principalement dans les places financières que sont Genève, Zurich, Bâle et Lugano. De plus en plus de banques ont leur propre département "trusts". Par ailleurs, les sociétés fiduciaires et les études d'avocats tendent également à intensifier leurs activités en matière de planification et d'administration des trusts. Ce domaine d'activités renferme un potentiel de croissance considérable puisque les *offshore centers* (les îles de Canal et certaines îles des Caraïbes), où une grande partie des trusts a été constituée, subissent une pression internationale de plus en plus forte, de sorte que la Suisse pourrait offrir une alternative sérieuse puisqu'elle dispose, entre autres, de prestations de service discrètes et de grande qualité en matière de gestion et de conseil, ainsi que d'une législation de surveillance des banques et de lutte contre le blanchiment de capitaux reconnue au plan international.

Par ailleurs, la Suisse a également affaire aux trusts sous d'autres formes. En effet, les établissements bancaires suisses sont souvent les créanciers ou les représentants des créanciers d'emprunts que les débiteurs amortissent avant terme en effectuant des remboursements à un trust en faveur des créanciers ("*defeasance*"). Les particuliers ou les investisseurs institutionnels suisses investissent de plus en plus dans des fonds de placement qui sont, parfois, organisés sous la forme de *investment trusts*. Les cotisations de sociétés étrangères et de leurs salariés sont souvent versées à des trusts qui remplissent la fonction d'institution de prévoyance professionnelle. Il arrive, en outre, que des indemnités de départ auxquelles ont droit des Suisses travaillant à l'étranger pour des multinationales, soient versées dans des trusts de telle sorte, qu'en cas de licenciement, ces employés ne puissent toucher ces indemnités qu'à l'expiration de la période d'interdiction de faire concurrence.

1.2.5 Effets et nature juridiques du trust

1.2.5.1 Différences par rapport à la fiducie

Ainsi qu'il ressort des considérations précédentes, le trust constitue un rapport de fiducie. Il se distingue, cependant, de la fiducie au sens du droit suisse par deux caractéristiques importantes. D'abord, le trust n'est pas fondé sur un contrat mais sur un acte juridique unilatéral qui – nous l'avons déjà dit – peut être l'objet d'un testament. Il n'est pas indispensable que le *trustee* désigné consente à la constitution du trust. Si le *trustee* désigné n'accepte pas la charge que l'on entend lui confier, un autre *trustee* sera nommé par une personne dûment habilitée ou une autorité. Une autre différence essentielle par rapport à la fiducie est que, sauf cas exceptionnels, le trust n'est pas lié à la personne du fiduciaire ni à celle du fiduciant, mais constitue un patrimoine distinct et autonome. Il s'agit d'une entité juridique autonome dont l'existence et l'identité sont indépendantes des personnes qui y participent. Une fois le trust constitué, le fiduciaire (*settlor*), n'a – abstraction faite des cas particuliers dans lesquels il s'est réservé le droit de donner des instructions, voire un droit de révocation – plus aucune influence sur celui-ci; quant au fiduciaire (*trustee*), il peut être remplacé, à l'instar d'un organe d'une personne morale, sans que cela ait une incidence sur l'existence du trust ou sur son identité.

1.2.5.2 Différences par rapport à la fondation

Les caractéristiques qui distinguent le trust de la fiducie présentent, en revanche, de fortes similitudes avec celles de la fondation au sens du Code civil suisse (CC, RS 210). A l'instar du trust, la fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial, ces biens devenant un patrimoine distinct et autonome. En substance, la différence essentielle entre le trust et la fondation est que celui-ci n'est pas lui-même le sujet formel du patrimoine distinct né de l'affectation des biens concernés, mais bien plutôt que la propriété restent auprès des *trustees*. Le droit anglo-américain n'accorde en principe pas la personnalité juridique au trust ni, partant, le droit de disposer directement du patrimoine. Celui-ci ne peut exercer la propriété sur son patrimoine qu'indirectement, c'est-à-dire par l'intermédiaire des *trustees*, lesquels représentent, en quelque sorte, des titulaires du patrimoine. A la différence de ce qui vaut pour la fondation, le trust se fonde non seulement dans l'exercice mais encore dans la jouissance des droits civils de ses organes.

A défaut d'avoir la jouissance des droits civils, le trust n'a également aucune obligation formelle. Formellement ce sont les *trustees* qui ont la charge des engagements en rapport avec le trust. Cependant, certaines obligations peuvent être attribuées au trust, de même qu'on peut lui attribuer les droits sur les biens fiduciaires. Cela vaut, par exemple, pour les obligations qui découlent du but du trust, en particulier pour les prestations que le trust est tenu de verser aux bénéficiaires. Le *trustee* n'est tenu de respecter ces obligations qu'aussi longtemps qu'il assume la fonction d'une sorte d'organe du trust concerné. S'il démissionne ou est remplacé, il en est libéré. En définitive, ces obligations sont liées au patrimoine du trust. S'agissant des obligations qui ne résultent pas directement du but du trust mais qui sont souscrites pour le compte du trust, le *trustee* intervient, en règle générale, en qualité de représentant indirect et, partant, s'engage personnellement. En pareils cas, il a, toutefois, droit à un dédommagement, droit qu'il exerce, là encore, à l'égard du détenteur des biens fiduciaires. Dans ce cas également, on a affaire à une obligation du trust. Par ailleurs, les dispositions du trust peuvent prévoir que le *trustee*, agissant pratiquement en qualité de représentant direct, peut engager directement les biens qui lui ont été confiés à titre fiduciaire. Sous certains régimes juridiques (p.ex. au Québec), le *trustee* engage exclusivement les biens du trust.

1.2.5.3 Distraction en cas de faillite

Patrimoine autonome à affectation spéciale, les biens fiduciaires doivent être gérés séparément du patrimoine du *trustee*. Ils comprennent également d'éventuels objets de remplacement des valeurs patrimoniales initialement affectées au but du trust ainsi que tous les revenus du patrimoine. Au surplus, ils sont soustraits à la mainmise des créanciers du *trustee*, et peuvent être distraits de la masse en cas de faillite de ce dernier.

1.2.5.4 Statut du bénéficiaire

Un autre élément différencie le trust de la fondation selon le CC, non pas dans son essence, mais par rapport à la forme sous laquelle cette dernière se présente ordinairement, soit le fait que tout bénéficiaire (*beneficiary*) peut intenter une action en

reconnaissance de son droit à des prestations financées par les biens fiduciaires ainsi qu'en contestation de la régularité de l'administration du trust par le *trustee*. Le bénéficiaire dispose donc non seulement d'une créance qu'il peut faire valoir en justice, mais encore de certains pouvoirs de contrôle et de surveillance, ce qui en fait également une forme d'organe du trust. Les bénéficiaires partagent ce statut avec les *co-trustees* du *trustee* à surveiller, qui ont les mêmes prérogatives que les bénéficiaires.

1.2.5.5 Tracing

Les prérogatives en matière de surveillance dont jouissent les bénéficiaires et les *co-trustees* induisent également le droit d'intenter action en restitution des biens fiduciaires ou des objets de remplacement, lorsque le *trustee* les a confondus avec son propre patrimoine ou les a irrégulièrement aliénés (*tracing*). Dans le dernier cas, les bénéficiaires et les *co-trustees* peuvent, en outre, intenter une action en restitution contre l'acquéreur, dans la mesure où l'acquisition a eu lieu de mauvaise foi ou à titre gracieux. Certes, le *trustee*, à l'instar du fiduciaire au sens du droit suisse, a le plein pouvoir de disposition des biens fiduciaires, de sorte que lorsqu'il les aliène déloyalement, leur propriété passe aux mains de l'acquéreur. L'acquisition de mauvaise foi de biens du trust déloyalement aliénés est toutefois considérée comme un acte illicite. C'est pourquoi les différents *trustees* et bénéficiaires, agissant au nom du trust, qui ne possède pas lui-même la capacité civile, ont-ils un droit personnel à ce que les biens aliénés soient restitués et réintégrés dans le patrimoine du trust. Quant à la personne qui a acquis les biens de bonne foi, mais à titre gracieux, elle est tenue de les restituer parce que son acte est considéré comme un enrichissement illégitime. Ces règles valent également en cas d'aliénations ultérieures des biens détournés de leur destination pour autant que le nouvel acquéreur lui aussi était de mauvaise foi respectivement que l'acquisition ait eu lieu à titre gracieux.

Les biens fiduciaires qui ont été déloyalement aliénés et qui fondent ainsi une action en restitution au sens du paragraphe précédent forment de nouveau un patrimoine distinct dans le patrimoine de l'acquéreur tenu à restitution; ils sont, en outre, sous-traités à la mainmise des créanciers de cet acquéreur. Le droit anglo-américain produit cet effet juridique en renforçant le droit personnel à la restitution par un *constructive trust* (cf. supra, ch. 11).

1.2.5.6 Pas de droit réel pour le bénéficiaire

Pour définir le droit économique du bénéficiaire sur le patrimoine fiduciaire, le langage anglo-américain utilise les expressions de *equitable estate*, *equitable ownership*, *equitable interest*, *equitable title* ou autres termes similaires par opposition à *legal estate/ownership/interest/title*. La doctrine d'Europe continentale, a souvent tendance à inférer de ces expressions que le bénéficiaire dispose d'un droit réel sur le patrimoine fiduciaire, voire que la propriété de ce patrimoine est divisée entre lui et le *trustee*. Si ce point de vue peut tenir en partie au pragmatisme et à la puissance évocatrice dont est fortement empreint le langage utilisé par les Anglo-Saxons, il ne correspond toutefois pas à la conception réelle du trust. Il ressort également de la conception de *common law*, que c'est le *trustee* et lui seul qui est le propriétaire formel du patrimoine du trust. Un droit de propriété formellement divisé est aussi

étranger aux régimes juridiques qui connaissent le trust qu'à notre propre législation. Aussi, selon notre terminologie, le *legal title* du *trustee* doit être qualifié de pleine propriété, le bénéficiaire se voyant accorder tout au plus un droit réel limité sur le patrimoine du trust. En réalité il ne s'agit même pas d'un droit réel limité. Le bénéficiaire n'a droit qu'aux prestations que lui accordent les dispositions qui régissent le trust. Ce droit dont la nature est purement personnelle n'existe qu'à l'égard du trust (représenté par le *trustee* qui exerce le droit de propriété sur le patrimoine et agit, au nom du trust). Ainsi, dans le cas où des tiers ont acquis des biens faisant partie du patrimoine du trust, le bénéficiaire ne peut faire valoir à leur égard aucun droit au versement des prestations qui lui reviennent; tout au plus, il peut exiger la restitution de ces biens au trust. Ce droit à restitution n'est plus un droit que le bénéficiaire exerce à titre personnel, mais quasiment un droit appartenant au trust lui-même. En l'occurrence, le bénéficiaire – nous l'avons déjà dit – n'intervient que comme organe de surveillance ou de contrôle, ce qui est illustré par le fait que les *co-trustees*, les successeurs de celui qui a aliéné déloyalement les biens et même ce dernier jouissent du même droit à restitution. Ce droit existe même au sein de trusts qui poursuivent un objectif de portée générale et n'ont désigné à l'avance aucun bénéficiaire déterminé (voir à ce sujet le chiffre 156 du rapport explicatif de la consultation informelle préalable du 15 décembre 2003).

1.3 **Caractéristiques principales de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust**

Comme son nom l'indique, la convention détermine la loi applicable aux trusts. Les clauses qu'elle contient s'appliquent non seulement aux rapports entre Etats contractants mais encore aux relations entre ceux-ci et les autres Etats (applicabilité *erga omnes*). La convention ne comporte pas de dispositions sur les compétences des autorités ni sur la reconnaissance des décisions étrangères.

La convention donne du trust une définition très large. Selon la teneur de l'article 2, alinéa 1, elle englobe également les rapports de fiducie établis contractuellement, qui sont liés à la personne des parties et partant, ne présentent pas le même degré d'autonomie que le trust au sens de la *common law*. Ce faisant, la convention part du principe que les biens confiés à titre fiduciaire constituent un patrimoine distinct de celui du fiduciaire. Or tel n'est pas le cas de la fiducie de droit suisse puisque, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les biens confiés à titre fiduciaire tombent dans la masse en faillite du fiduciaire, de sorte que cette fiducie semble sortir du champ d'application de la convention. Il en va autrement de la fiducie allemande qui, de l'avis de certains auteurs de doctrine, est couverte par la définition du trust au sens de la convention.

Quant au champ d'application *ratione materiae* de la convention, il est limité aux trusts constitués par acte juridique et dont la preuve est apportée par écrit (art. 3). Ainsi, la convention ne s'applique pas, entres autres, aux *constructive trusts*. Sont également exclues du champ d'application de la convention les questions préliminaires relatives à la validité des testaments par lesquels des biens sont constitués en trust ainsi que les autres dispositions relatives à des biens en rapport avec le trust (art. 4).

Le trust est régi au premier chef par la loi choisie par le constituant (art. 6). A défaut d'un tel choix, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits (art. 7, al. 1). Pour déterminer cette loi, il y a lieu de tenir compte notamment des éléments suivants (art. 7, al. 2):

- a) le lieu d'administration du trust désigné par le constituant;
- b) la situation des biens du trust;
- c) la résidence habituelle ou le lieu d'établissement du *trustee*, et
- d) les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis.

La loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits est également applicable, lorsque la loi choisie par le constituant ne connaît pas l'institution du trust (art. 6, al. 2). Si la première ne connaît pas non plus l'institution du trust, la convention ne s'applique pas (art. 5). Dans d'autres cas également, les Etats contractants ont la possibilité de choisir des règles de droit autres que celles spécifiées par la convention, si elles sont plus favorables à la validité du trust concerné (art. 14).

La loi applicable au trust (ci-après "statut du trust") régit en principe toutes les questions qui ont trait à la validité et aux effets du trust (art. 8). Le constituant a la possibilité, par le biais d'une élection de droit partielle, d'extraire certaines questions du champ d'application du statut du trust pour les soumettre à une loi distincte (art. 9).

Le chapitre III de la convention régit la «reconnaissance» des trusts. Il ne s'agit pas en la matière, et à la différence de ce que prévoit, par exemple, la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP, RS 291), de la reconnaissance de décisions étrangères mais plutôt, de règles spéciales concernant la loi applicable. Les dispositions en question visent à garantir que le statut du trust soit appliqué aux effets juridiques essentiels pour le trust, à savoir, premièrement, le fait que les biens du trust doivent être séparés du patrimoine du *trustee*, impliquant ainsi que ces biens ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee*, ni ne puissent être saisis par les créanciers du *trustee* en cas d'exécution forcée (art. 11, al. 2 et al. 3, let. a à c) et deuxièmement, que la revendication des biens du trust soit permise dans les cas où le *trustee*, agissant de manière déloyale, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou les a aliénés (art. 11, al. 3, let. d).

La mesure dans laquelle le droit à restitution dont dispose le trust ou la personne agissant en son nom à l'égard de tiers est couvert par la reconnaissance est une question controversée. C'est surtout la deuxième phrase de l'article 11, alinéa 2, lettre d, qui prête à discussion. Elle prévoit que: "(...) *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*". Selon certains, qui interprètent cette norme à la lumière de sa genèse, la réserve quelle contient ne vise pas l'acquisition par des tiers de biens du trust détournés, mais uniquement les cas dans lesquels le *trustee* confie l'administration des biens du trust à une tierce personne, par exemple à une banque. D'autres, en revanche, sont partisans d'une application extensive de la norme et soutiennent que la réserve en faveur du droit international privé du for vaut également à l'égard du statut juridique de l'acquéreur (en particulier s'il était de bonne foi) des biens du trust détournés. Il appartient à l'autorité chargée de l'application du droit de trancher cette question.

La convention concède aux Etats contractants le droit de ne pas reconnaître une élection de droit lorsque les éléments significatifs du trust, exception faite du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, présentent des liens plus étroits avec un ordre juridique autre que le droit qui serait applicable selon les critères du chapitre II et qui ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie du trust en cause (art. 13). La teneur de l'article 13 laisse ouverte la question des conséquences juridiques d'une non-reconnaissance du trust. La disposition peut toutefois trouver une interprétation sensée qui tend à ce que l'Etat contractant soit autorisé à appliquer le droit qui ignore le trust en lieu et place du droit déterminé selon les dispositions du chapitre II. Un tel procédé n'aboutit pas forcément à l'inefficacité totale du trust. Ce dernier se verra plutôt interprété d'après les catégories de l'ordre juridique pertinent, ce qui permet, selon les circonstances, de maintenir une partie de ses effets.

L'article 15 de la convention prévoit une réserve en faveur des dispositions impératives du droit auxquelles renvoie la législation sur le droit international privé (DIP) des Etats contractants. Il reste à déterminer la portée exacte de cette disposition. Des voix importantes défendent l'opinion selon laquelle la réserve en question ne vise pas le statut du trust dans l'Etat considéré mais uniquement les autres matières couvertes par le DIP. Partant, cette réserve n'aurait pour l'essentiel qu'une portée purement déclarative puisque, selon la conception clairement dominante, le statut du trust au sens de la convention n'englobe de toute façon pas les questions préliminaires telles que celles énumérées, à titre exemplatif à l'article 15 (capacité civile active, régimes matrimoniaux, la dévolution des successions et, spécialement, la réserve, enfin le transfert de propriété).

L'article 16 prévoit une réserve supplémentaire en faveur des normes juridiques de l'Etat du for dont l'application aux situations internationales s'impose quelle que soit la loi désignée dans le cas particulier. La réserve vaut également à l'égard des des normes correspondantes d'autres Etats. Il s'agit ici des lois d'application immédiate qui sont expressément réservées dans la loi sur le droit international privé (art. 18 et 19 LDIP). La convention contient, en outre, une réserve en faveur de l'ordre public (art. 18).

1.4 Conséquences d'une ratification de la convention

1.4.1 Situation juridique actuelle

1.4.1.1 Reconnaissance du trust selon la loi sur le droit international privé (LDIP)

1.4.1.1.1 Qualification du trust

En règle générale, les trusts constitués par acte juridique au sens du droit anglo-américain rentrent dans la notion de *patrimoines organisés* telle que prévue à l'article 150, alinéa 1 LDIP et doivent ainsi être considérés comme des sociétés au sens de la LDIP, puisqu'ils représentent des patrimoines distincts autonomes constitués dans un but déterminé et dotés d'organes. Dans ce contexte, il y a lieu d'exclure les formes particulières de trust auxquelles manque l'élément d'autonomie et qui présentent de fortes similitudes avec le contrat de gestion fiduciaire en faveur de tiers. Il s'agit plutôt d'une relation contractuelle lorsque, par exemple, la fonction de *trustee*

est liée à une personne déterminée et que, partant, le trust ne prend naissance qu'à partir du moment où cette personne accepte de remplir cette fonction, de même qu'il disparaît lorsque le *trustee* est démis ou se démet de sa fonction. Cette manière de voir vaut tout particulièrement lorsque le constituant s'est, de surcroît, institué unique bénéficiaire. En outre, il peut être indiqué de traiter le trust comme un contrat dans les cas où le constituant s'est réservé la compétence générale de donner des instructions, voire un droit de révocation.

Dans la doctrine, certains auteurs exigent que le trust présente un certain degré d'organisation pour qu'il puisse être qualifié de patrimoine organisé et qu'à défaut, il soit traité comme un contrat. Quelques auteurs préconisent même que, de manière générale, le trust soit soumis aux dispositions de la LDIP régissant les contrats.

1.4.1.1.2 Constructive trusts

Les articles 150 et suivants LDIP ne sont pas applicables aux *constructive trusts*. Dans le cas des *constructive trusts*, il ne s'agit plus d'entités juridiques distinctes au sens de l'article 150 LDIP, mais de l'application par analogie du droit des trusts à d'autres catégories de relations juridiques (cf. supra, ch. 121). En règle générale, il y a lieu de soumettre le *constructive trust* au droit qui est applicable à la relation juridique qui le sous-tend.

1.4.1.1.3 Article 154, alinéa 1, LDIP

Conformément à l'article 154, alinéa 1, LDIP, le trust, en tant que "patrimoine organisé", est régi au premier chef par le droit du lieu de son incorporation, autrement dit par le droit de l'Etat en vertu duquel il est organisé. Cela revient en pratique à reconnaître les trusts étrangers, dans la mesure où ils ont été valablement constitués selon les prescriptions du droit en vigueur dans le lieu de leur incorporation. Dans le domaine des trusts, il n'est pas toujours évident de déterminer le droit selon lequel un trust a été organisé du fait que la plupart des droits nationaux qui le régissent ne prescrivent pratiquement pas de règles relatives aux conditions de forme ou de publicité et que son organisation peut être très rudimentaire.

1.4.1.1.4 Article 154, alinéa 2, LDIP

Lorsque l'article 154, alinéa 1, LDIP ne peut pas être appliqué à un trust ou si celui-ci n'est pas valable au regard du droit en vigueur dans le lieu de son rattachement, il sera alors régi par le droit de l'Etat dans lequel il est administré de fait (art. 154, al. 2, LDIP). Dans nombre de cas, cette réglementation se traduira par la non-reconnaissance du trust, en particulier lorsque celui-ci est administré depuis la Suisse. Si l'on se réfère à la jurisprudence du Tribunal fédéral telle qu'elle ressort du fameux arrêt *Harrison Trust* (ATF 96 II 79 ss), il s'agit, en pareilles occurrences, de considérer la plupart des trusts comme des contrats fiduciaires en faveur de tiers.

1.4.1.1.5 Trusts testamentaires

Dans le cas des trusts constitués par testament, sont réservés les articles 90 et suivants LDIP en ce qui concerne la validité du testament. Un trust testamentaire ne sera donc reconnu, que si le testament qui l'institue produit des effets selon le droit successoral déterminant. Qui plus est, il est, encore soumis au droit régissant la réserve légale qui doit être déterminé selon les articles 90 et 91 LDIP. Pour le reste les trusts testamentaires sont également soumis au statut de la société, du moins lorsque, à l'instar d'une fondation, ils sont constitués à des fins déterminées et ne servent pas uniquement au règlement de la succession. Si le *trustee* remplit la simple fonction d'exécuteur testamentaire ou d'héritier grevé d'une obligation de restitution, le trust devrait être soumis aux articles 90 et suivants LDIP.

Lorsque le testament est soumis au droit suisse, la distinction entre trusts remplissant la fonction de fondation et trusts ne servant qu'à régler une succession ne devrait avoir aucune importance puisque la doctrine majoritaire semble considérer que les possibilités de disposer pour cause de mort soient soumises à un *numerus clausus*. Ainsi donc, la constitution d'un trust par testament se heurterait à une impossibilité totale, le corollaire étant que la disposition en question serait nulle. Dans le meilleur des cas, le trust pourrait être assimilé à l'une des institutions que la loi permet d'instituer par testament, à savoir la fondation, l'exécution testamentaire ou la substitution fidéicommissaire, etc.

Cette doctrine ne semble toutefois pas contraignante. En effet, on peut se demander si la notion de fondation figurant à l'article 493 CC, ne pourrait pas être interprétée de manière extensive et de la sorte être appliquée à des institutions équivalentes du droit étranger, en particulier compte tenu du fait que la jurisprudence semble parfois admettre la constitution de fondations de droit étranger (p. ex. liechtensteinois) par testament conformément au droit étranger.

Une autre doctrine va encore un peu plus loin et elle limite l'application du *numerus clausus* relatif aux contenus possibles des dispositions pour cause de mort à ceux qui sont de nature successorale, tels que l'institution, déjà mentionnée, d'un exécuteur testamentaire ou d'un grevé de restitution. S'agissant des contenus qui ne relèvent pas du droit successoral et qui peuvent faire l'objet d'un acte juridique entre vifs (par exemple, la constitution d'une fondation), cette doctrine préconise que l'on admette également ceux qui ne sont pas expressément mentionnés dans la loi. Selon le droit suisse, on pourrait ainsi également considérer comme licite la constitution par testament d'un trust (soumis à un régime juridique étranger), à condition que ce trust ne remplisse pas une fonction successorale telle que celle d'exécuteur testamentaire ou de grevé de restitution et, partant, ne serve pas uniquement à régler une succession.

1.4.1.1.6 Trusts servant à fournir des sûretés réelles

Les trusts constitués par acte juridique, qui remplissent uniquement la fonction de mesures conservatoires (remise d'un bien à titre de garantie, réserve de propriété, etc.) devraient, de préférence, être soumis aux dispositions de la LDIP relatives aux droits réels plutôt qu'aux articles 150 et suivants de cette même loi.

1.4.1.1.7 Article 335, alinéa 2, CC

La question se pose de savoir, jusqu'à quel point la reconnaissance au sens de la LDIP englobe les trusts qui remplissent la fonction de fondation d'entretien. Par le passé, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt dans lequel, à la lumière de l'article 335 CC, il refusait encore la reconnaissance à une fondation d'entretien créée selon le droit liechtensteinois, avec son siège effectif en Suisse. Toutefois, la situation juridique à cet égard a maintenant changé avec l'entrée en vigueur de la LDIP. A l'époque, le Tribunal fédéral avait invoqué l'abus de droit pour écarter le droit de l'Etat selon lequel ladite fondation avait été constituée et ainsi soumettre celle-ci au droit suisse, en tant que droit de l'Etat dans lequel cette fondation était administrée, l'article 335 CC devenant ainsi directement applicable. Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, le Tribunal fédéral a exclu de sa jurisprudence la réserve de fraude à loi en rapport avec le rattachement au lieu de l'incorporation en vertu de l'article 154, alinéa 1, LDIP. C'est pourquoi, s'agissant des entités juridiques soumises au droit étranger, l'article 335 CC ne peut désormais plus jouer qu'un rôle en tant que *loi d'application immédiate* au sens de l'article 18 LDIP. Il s'agit ici de remarquer que pour une application des normes du droit suisse par le biais de l'article 18 LDIP, il ne suffit pas que, de par leur champ d'application, les normes en question entendent s'appliquer à des situations juridiques étrangères. Il faut de surcroît (pour reprendre les termes utilisés par le Conseil fédéral dans son message relatif à la LDIP du 10 novembre 1982, FF 1983 I 257-501, chiffre 214.53) qu'elles revêtent une signification fondamentale et qu'en raison de leur but particulier leur application s'impose pour le respect de l'ordre public. S'agissant de l'interdiction des fondations d'entretien, la question de savoir si cette condition est remplie apparaît discutable. En effet, cette institution s'inspire de considérations morales (prévenir l'oisiveté) et de nature idéologique (éliminer les structures féodales), qui semblent aujourd'hui plutôt dépassées. Dans la doctrine, les avis sont à ce sujet partagés.

En tout état de cause, l'incompatibilité – si tant est qu'il y en ait une – entre les trusts et l'article 335, alinéa 2, CC ne devrait être que limitée puisque le droit anglo-américain prévoit également des restrictions quant à la durée du trust et par là l'immobilisation du patrimoine qui en résulte (*rule against perpetuities*).

1.4.1.2 Etendue de la reconnaissance selon la LDIP

1.4.1.2.1 Principe

Lorsque la soumission d'un trust aux articles 150 et suivants LDIP conduit à sa reconnaissance, celle-ci s'étend par principe à l'ensemble des structures organisationnelles (relations internes, administration, etc) du trust en question ainsi qu'à la réglementation de la responsabilité des biens fiduciaires, prévue par la loi applicable au trust (statut du trust). Si cette réglementation prévoit que les biens fiduciaires ne sauraient servir à répondre des dettes personnelles du *trustee*, elle prévaut également à l'égard des autorités suisses. Quant à savoir comment traduire concrètement une telle exclusion de responsabilité dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée en Suisse, c'est là une question qui doit être appréciée à la lumière du droit suisse. On pourrait, par exemple, envisager une procédure de revendications de tiers selon article 242 LP par analogie avec l'article 401, alinéa 3, du Code des obligations (CO,

RS 220), ou une procédure de distraction par analogie avec l'article 16 de la loi fédérale sur les fonds de placement (LFP, RS 951.31).

1.4.1.2.2 **Séparation des biens du trust du patrimoine du trustee et ordre public**

La reconnaissance de l'exclusion de responsabilité est soumise à la réserve de l'ordre public (art. 17 LDIP). Le Tribunal fédéral inclut dans cette réserve les articles 715 et 717 CC et, partant, de manière générale, probablement aussi, le principe de la publicité régissant le droit civil suisse en matière de droits réels. Cependant, ce principe ne peut faire obstacle à l'exclusion de responsabilité prévue par le droit régissant les trusts que dans la mesure où son application n'est pas restreinte par les dispositions pertinentes de notre droit interne. Tout au moins, cette séparation des biens du trust du patrimoine personnel du trustee doit-elle être reconnue dans la même mesure qu'à l'article 401 CO. Selon le Tribunal fédéral, cette disposition ne vaut que pour les biens mobiliers et les créances acquis pour le compte d'une personne par un mandataire indirect et non pour des biens et valeurs confiés à titre fiduciaire. La doctrine qui prévaut et le Tribunal fédéral, lui-même, considèrent qu'en définitive le fait de ne pas traiter sur pied d'égalité les biens acquis par un mandataire indirect, d'une part, et les biens confiés à titre fiduciaire, d'autre part, est problématique. Ils préconisent donc que l'on étende le champ d'application de l'article 401 CO, si ce n'est *de lege lata*, du moins *de lege ferenda*. En conséquence, lorsqu'un droit étranger prescrit que les biens confiés à titre fiduciaire soient distincts du patrimoine du fiduciaire, on ne pourra plus prétendre que cette disposition est contraire à l'ordre public.

Ce principe doit d'autant plus s'appliquer qu'en vertu d'un ancien arrêt du Tribunal fédéral, les biens confiés peuvent également bénéficier de la protection de l'article 401 CO en étant transférés sur un compte bancaire et par là même transformés en une créance envers un tiers. L'arrêt n'a certes jamais été confirmé expressément. Il existe toutefois plusieurs arrêts rendus ultérieurement qui vont également dans ce sens.

Autres restrictions à l'application du principe de la publicité: les dispositions de l'article 16 LFP et de l'article 37b de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0). Selon la doctrine, la distraction prévue à l'article 16 LFP se justifie par le fait que le fonds de placement constitue un patrimoine distinct connu du public et administré séparément. Si l'on se rallie à cette argumentation, on ne peut logiquement qu'être favorable à la reconnaissance de l'exigence imposée par le statut du trust qui veut que les biens du trust soient distincts du patrimoine du trustee, dans la mesure où ces biens sont administrés séparément (ce que prescrit le droit anglo-américain) et que le trust en question soit de notoriété publique. Cependant, dans ce contexte, l'article 16 LFP n'a de portée autonome par rapport à l'article 401 CO, que si les biens en question sont des immeubles qui, évidemment, ne sont pas visés par l'article 401 CO. En l'occurrence, une application analogique de ce régime à un trust ne pourrait se justifier que si, par analogie avec l'article 36, alinéa 2, lettre a, LFP, l'appartenance des valeurs immobilières au patrimoine du trust a fait l'objet d'une mention au registre foncier. La question de savoir si le droit foncier suisse (applicable aux valeurs immobilières sises en Suisse) permet *de lege lata* la mention de l'appartenance d'immeubles à des trusts, par analogie avec l'article 36, alinéa 2, lettre a, LFP, reste controversée. Certains auteurs estiment que mention au

registre foncier nécessite une base légale expresse. D'autres, en revanche, tolèrent la mention de relations juridiques autres que celles spécifiées par la loi, dans la mesure où elle répond à un intérêt suffisant. L'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier partage la première analyse.

Même dans les cas où la propriété immobilière des trusts ne fait pas l'objet d'une mention, il n'est pas certain que la séparation des biens du trust du patrimoine du *trustee* en cas de faillite, telle qu'elle est prévue par le statut du trust, puisse être encore aujourd'hui considérée comme étant contraire à l'ordre public. En effet, dans la doctrine, certains auteurs plaident déjà pour une extension du champ d'application de l'article 401, alinéa 3, CO aux immeubles, une incertitude partielle régnant, toutefois, quant à savoir si la soustraction de ceux-ci à la masse en faillite dépend ou non d'une mention de propriété dans le registre foncier. Par ailleurs, dans un arrêt rendu en 2001, le Tribunal fédéral a statué que de manière générale le fait de séparer les biens du trust du patrimoine du *trustee* n'était pas contraire à l'ordre public.

Quant aux papiers-valeurs, il y a lieu de renvoyer non seulement aux dispositions déjà évoquées des articles 401, alinéa 3, CO, 16 LFP et 37b LB, mais également à l'article 201 LP qui permet, dans certains cas particuliers de transfert fiduciaire de titres au porteur et valeurs à ordre, de les distraire en cas de faillite de celui qui les a reçus. Dans le domaine des valeurs à ordre, la publicité subit une restriction supplémentaire de par la possibilité d'un endossement caché qui fait apparaître l'endossataire ayant reçu le titre en simple nantissement comme titulaire à part entière.

La question de la compatibilité de la séparation des biens du trust avec l'ordre public perd encore un peu plus d'importance lorsque l'on sait que les régimes juridiques anglo-américains prévoient certaines réserves en faveur du principe de la publicité. Les biens du trust doivent donc, nous l'avons dit, être administrés séparément du patrimoine personnel du *trustee*. Faute de respecter cette règle, la distraction des biens du trust est dans certains cas refusée. Certains Etats confédérés des USA vont même jusqu'à exiger que les trusts soient inscrits dans un registre public.

1.4.1.2.3 Pas de reconnaissance du tracing

Sont exclus de la reconnaissance d'un trust sur la base de l'article 154 LDIP les droits qu'exercent les personnes agissant pour le trust (*trustees, bénéficiaires*) à l'encontre de tiers (revendication des biens du trust aliénés de manière déloyale). Ces droits - nous l'avons vu - sont fondés sur la faute ou découlent d'un enrichissement illégitime. Partant, ils ne sont pas soumis aux articles 150 ss LDIP, mais bien aux articles 129 ss et aux articles 127 s LDIP. Même si, suivant en cela une bonne partie de la doctrine, on considère que les droits en question sont bien des droits réels, on en arrive également à la conclusion que ces droits ne sont pas soumis au statut du trust mais aux dispositions de la LDIP concernant les droits réels.

1.4.2 Situation juridique en cas de ratification de la Convention de La Haye

1.4.2.1 Reconnaissance

1.4.2.1.1 Qualification

Outre le fait que la convention de La Haye ne s'applique qu'aux trusts dont la preuve est apportée par écrit, le champ d'application du statut du trust, tel qu'il est défini par la convention est plus large que celui qui résulte de la LDIP, car le terme "trust" au sens de la convention englobe également - nous l'avons déjà dit - les relations juridiques dans lesquelles le statut de *trustee* est lié à une personne déterminée. L'alinéa 3 de l'article 2 de la convention prévoit que celle-ci s'applique, en principe, également aux trusts dans lesquels le constituant s'est réservé "certaines prérogatives", par exemple, un droit de révocation et un pouvoir général de donner des instructions. Au regard de la LDIP, il semble plus judicieux - nous l'avons déjà relevé - de traiter tous ces trusts comme des relations contractuelles.

1.4.2.1.2 Constructive trusts

S'agissant des *constructive trusts*, une ratification de la convention de La Haye ne modifierait en rien la situation. En effet, pas plus sous l'empire de la LDIP que sous celui de la convention, les *constructive trusts* ne sont soumis au statut du trust.

1.4.2.1.3 Loi applicable

Aux termes de la convention de La Haye, le trust est régi, au premier chef, par la loi choisie par le constituant (art. 6). A défaut d'un tel choix, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits (art. 7). Ainsi donc, par principe, la convention est plus favorable à la reconnaissance que la LDIP. En effet, aux termes de la première, il suffit que le constituant ait choisi la loi applicable, alors que l'article 154, alinéa 1, LDIP exige, de surcroît, que l'entité juridique en question soit organisée selon le droit choisi d'une manière reconnaissable vis-à-vis de l'extérieur. En ce qui concerne le rattachement objectif subsidiaire, la convention est moins rigide puisqu'elle permet de mettre en balance plusieurs aspects et admet l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance du trust en question (*favor negotii*; art. 14). En outre, la convention n'entend être appliquée que dans la mesure où la loi applicable qu'elle détermine connaît l'institution du trust.

1.4.2.1.4 Trusts testamentaires

Une ratification de la Convention de La Haye ne changerait rien à la situation des trusts testamentaires. En l'occurrence, sont également réservées les dispositions de droit successoral de la LDIP relatives à la validité des testaments et à la réserve légale (art. 4 et art. 15, al. 1, let.c). La convention permet également de soumettre le trust lui-même aux dispositions de droit successoral de la LDIP lorsqu'il sert uniquement à régler une succession (exécution testamentaire, substitutions fidéicommissaires).

1.4.2.1.5 Sûretés réelles

De même dans les cas soumis à l'application de la convention, son article 15, alinéa 1, lettre d permet aux autorités chargées d'appliquer le droit de soumettre les trusts constitués dans le but de fournir des sûretés réelles aux dispositions pertinentes de la LDIP (art. 99 et 100).

1.4.2.2 Etendue de la reconnaissance selon la convention

1.4.2.2.1 Reconnaissance plus étendue

De même qu'en cas d'application des articles 150 ss LDIP, le trust est en principe également reconnu, sur la base de la convention, avec tous ses effets juridiques. De par son libellé, la convention va cependant plus loin que la LDIP dans la mesure où elle étend, du moins partiellement, la reconnaissance aux droits que peut exercer le trust à l'encontre d'acquéreurs de biens aliénés déloyalement lui appartenant, et ce à condition que de tels droits soient prévus par le droit applicable au trust dans le cas d'espèce (cf. art. 11, al. 2, let. d). Dans le cadre de la LDIP, ces droits – nous l'avons vu – ne sont pas soumis au statut du trust mais bien au droit applicable aux actes illicites, respectivement à l'enrichissement illégitime. En d'autres termes, ils ne seront reconnus que dans la mesure où ces dispositions les reconnaissent. Quant à savoir, si, s'agissant de biens matériels, l'acquéreur de tels biens appartenant à un trust en acquiert la propriété, c'est là un point qui est régi, tant au regard de la LDIP que de la convention (art. 15, al. 1, let. d), par le statut réel selon les articles 99 et 100 LDIP.

1.4.2.2.2 Régime matrimonial et droit de succession

La reconnaissance d'un trust au sens de la convention de La Haye implique également que celui-ci soit reconnu comme patrimoine distinct du régime matrimonial et de la succession du *trustee* (art. 11, al. 2, let. c). Il devrait en aller de même si l'on reconnaissait au trust la qualité de "société" au sens de la LDIP.

1.4.2.2.3 Ordre public

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, la convention de La Haye (art. 18) contient également une réserve en faveur de l'ordre public de l'Etat du for. Toutefois, cette réserve ne vaut que lorsque l'application des dispositions de la convention est *manifestement* incompatible avec l'ordre public. S'agissant de la séparation stricte des biens du trust du patrimoine personnel du *trustee*, la réserve susmentionnée devrait vraisemblablement être appliquée avec encore davantage de retenue qu'au titre de la LDIP qui permet de faire valoir cette réserve tout au plus à l'égard des immeubles. Toutefois, une application éventuelle de la réserve en faveur de l'ordre public à d'autres éléments du patrimoine du trust, doit avoir lieu dans le cadre de l'article 11, alinéa 3, lettres a et b de la convention qui prévoit que la reconnaissance d'un trust repose sur la séparation des biens du trust du patrimoine personnel du *trustee*. En conséquence, la revendication des biens du trust ne saurait, tout au plus, être refusée

que dans des cas bien particuliers, notamment lorsque le *trustee* a confondu les biens du trust avec ses biens personnels. Eventuellement, l'article 11, alinéa 3, lettres a et b permet également d'invoquer l'incompatibilité avec l'ordre public pour refuser la revendication d'immeubles dont l'appartenance au trust n'a pas fait l'objet d'une mention au registre foncier. En tout état de cause, ces questions devront être tranchées par les tribunaux.

1.4.2.2.4 Lois d'application immédiate

Reste inchangée, la possibilité des Etats contractants de faire utilisation de leurs lois d'application immédiate (art. 16, al. 1 de la convention). Quant à savoir si l'article 335 CC est ici également visé, cela dépend du fait de savoir si cette disposition a une portée internationale au sens de l'article 18 LDIP (cf. supra, chiffre 1.4.1.1.7).

1.4.3 Avantages de la convention par rapport à la LDIP actuellement en vigueur

1.4.3.1 Perspective déterminante

Lorsque l'on pèse les avantages et les inconvénients d'une ratification de la convention de La Haye, il ne faut pas perdre de vue que le *statu quo* actuel, loin de constituer un obstacle à une reconnaissance générale des trusts, permet au contraire une reconnaissance étendue de ceux-ci au titre de l'article 150 et suivants LDIP. On peut considérer que ces dispositions permettraient même, dans une large mesure, la reconnaissance d'une partie des trusts qualifiés non pas de sociétés mais de contrats, cela, par exemple, dans le cas fréquent où le constituant a choisi la loi d'un Etat qui connaît l'institution du trust. Aussi la question qui se pose en l'occurrence n'est-elle plus de savoir s'il convient de reconnaître les trusts étrangers en Suisse mais bien de déterminer la de la LDIP ou de la convention de La Haye est la voie la plus avantageuse.

1.4.3.2 Sécurité du droit

Lorsque l'on compare les deux textes normatifs susmentionnés, il convient de prendre en considération le fait que le trust est déjà largement répandu en Suisse (cf. ch. 124), d'où le besoin de sécurité juridique qui en résulte. En effet, tant les parties impliquées que les autorités concernées (notamment le fisc ou les autorités chargées de lutter contre le blanchiment d'argent) ont intérêt à ce que l'on puisse déterminer le plus sûrement possible les dispositions juridiques auxquelles un trust est soumis dans le cas d'espèce.

Du point de vue économique en particulier, la Suisse a également un intérêt à ce que la sécurité du droit soit renforcée. Ainsi qu'exposé au chiffre 124, les affaires traitées en relation avec des trusts ne cessent de gagner en importance. Le fait de disposer d'une base juridique sûre permettrait à la place helvétique non seulement de maintenir son attrait à long terme, mais encore de l'accroître, ce qui ne peut que se répercuter favorablement sur le volume des affaires. La nouvelle sécurité du droit aurait également un impact positif pour les affaires liées aux trusts, en ce sens qu'ils

pourraient fournir l'ensemble de leurs prestations en Suisse, sans être obligés de recourir à des montages complexes impliquant des Etats tiers.

1.4.3.3 Avantages présentés par la Convention de La Haye sur le plan de la sécurité du droit

Sous l'angle de la sécurité du droit, la convention de La Haye présente les avantages notables suivants:

1. La convention rend superflu le *distinguo*, nécessaire dans le cadre de la LDIP, entre trusts présentant une structure semblable à celle d'une société et ceux présentant une structure semblable à celle d'un contrat.

2. Dans le cas d'espèce, la règle statuée à l'article 6 de la convention selon laquelle le trust est régi par la loi choisie par le constituant est beaucoup plus facile à appliquer et offre nettement plus de prévisibilité que la règle du rattachement du trust au droit de l'Etat de son incorporation selon article 154, alinéa 1, LDIP. Les trusts ne disposent généralement pas d'une incorporation formelle. A défaut d'un choix explicite de la loi applicable, il est souvent difficile, sur la base du droit en vigueur, de déterminer le droit selon lequel le trust a été organisé. Même en cas de choix explicite de la loi applicable, il reste toujours à examiner si cette loi est bien la même que celle selon laquelle le trust a été effectivement organisé. Au surplus, dans les deux cas, il importe de s'assurer qu'il est suffisamment perceptible de l'extérieur que le trust en question est organisé selon un régime juridique déterminé.

3. La convention de La Haye est, comme déjà mentionné, plus favorable à la reconnaissance des trusts que les articles 150 et suivants LDIP. Cela offre l'avantage de pouvoir apprécier un trust à la lumière d'un régime juridique qui connaît l'institution du trust beaucoup plus souvent que ce n'est le cas aujourd'hui. La transposition d'un trust dans le cadre d'un ordre juridique auquel cette institution est étrangère peut s'avérer extrêmement complexe, ce qui, d'une part, peut représenter une tâche excessivement lourde pour l'autorité chargée d'appliquer le droit et, d'autre part, rend largement imprévisible pour les personnes concernées le sort qui sera réservé à leur cas sur le plan juridique.

4. L'appréciation d'un trust à la lumière de la loi prévue par les parties est encore facilitée par le fait que l'article 9 de la convention permet de soumettre des éléments du trust susceptibles d'être isolés à une loi distincte. Or, l'article 154 LDIP n'offre pas une telle faculté ou ne l'offre que de manière très restrictive.

5. Sous l'angle de la sécurité juridique, force est de considérer que la convention contribue également à l'unification du droit. Elle permet, en particulier, d'éviter qu'un trust qui a des relations avec les autorités de différents Etats, soit soumis à un régime juridique variant d'un Etat à l'autre. Imaginons, par exemple, qu'un étranger fonde auprès d'une banque suisse un trust qui est soumis par le constituant au droit d'un autre Etat ou dont le siège administratif se trouve à l'étranger.

1.4.4 144 Compatibilité de la convention avec le régime juridique suisse

1.4.4.1 144.1 Principe de la publicité en droit civil

Même si l'on fait abstraction du fait que la LDIP permet, d'ores et déjà, de reconnaître des trusts, la ratification de la convention de La Haye n'entraînera pas de conflit notable avec les principes fondamentaux qui sous-tendent notre ordre juridique, ne serait-ce que parce que la convention contient une réserve en faveur de notre *ordre public* ainsi que des *lois d'application immédiate*. En ce qui concerne le principe de la publicité, on peut certes se demander dans quelle mesure on pourrait invoquer la réserve de l'ordre *public* s'agissant de l'insaisissabilité des biens du trust en cas de faillite du *trustee*. Cependant, ainsi que nous l'avons déjà relevé, l'insaisissabilité des biens du trust a majoritairement été considérée comme souhaitable même dans le contexte du droit suisse, là où elle n'est pas déjà réalité. Aussi, en l'occurrence, ne peut-on plus partir de l'idée qu'il y a incompatibilité entre le trust et le principe de la publicité. A la rigueur, ce problème se pose encore à l'égard des immeubles. Il sera toutefois résolu puisque l'article 149c LDIP de l'avant-projet prévoit que les relations de trusts doivent faire l'objet d'une mention au registre foncier, à défaut de quoi elles n'ont aucun effet juridique à l'égard de tiers de bonne foi. L'avant-projet prévoit une disposition analogue pour les droits immatériels (alinéa 2 de l'article 149c LDIP).

Quand bien même, la doctrine qui prévaut considère l'application du principe de la publicité au patrimoine mobilier du trust comme devant passer après l'intérêt de l'ayant droit économique, il est évident que la publicité demeure, par principe, très souhaitable. Dans son premier projet, l'Office fédéral de la justice avait proposé, par analogie avec la réserve de propriété prévue à l'article 715 CC, l'inscription dans un registre des relations de trust. Toutefois, les réponses reçues ont presque unanimement rejeté cette proposition et la disposition en question n'a dès lors pas été intégrée dans le présent avant-projet. Dans la foulée, une autre disposition liée à la publicité, qui a également fait l'objet de critiques dans le cadre de la procédure de consultation préalable, a été éliminée, soit celle qui exigeait une mention du rapport de trust sur les valeurs à ordre. L'argument opposé à l'idée du registre portait sur l'effort administratif disproportionné et sur la complication des affaires liées au trust qui en résultaient. Bon nombre de transactions courantes seraient rendues nettement plus difficiles, surtout dans le contexte des papiers-valeurs. Qui plus est, le registre produirait un effet dissuasif pour les clients potentiels intéressés par le trust, en particulier pour ceux provenant des pays de *common law*. Egalement dissuasif serait le manque de discrétion lié à l'inscription dans un registre. De nos jours, il n'est de toute manière plus possible de déduire du fait de la possession que le détenteur soit réellement titulaire des droits. Le régime proposé représenterait par ailleurs une régression par rapport au *status quo*.

Une réponse à la consultation propose comme alternative un registre des *trustees*. Selon cette conception, tout *trustee* serait tenu de se faire inscrire dans un registre. En cas d'inscription, les tiers devraient alors s'attendre à ce que les biens propriété de la personne concernée soient grevés par un trust.

En ce qui concerne les créances ordinaires il n'existe en principe pas de publicité. En particulier, ceci vaut également pour les avoirs bancaires. Ce seul élément donne à penser que sous l'angle du respect des normes suisses en matière de publicité, les

trusts étrangers peuvent être reconnus sans réserve puisque l'on peut partir de l'idée que les avoirs bancaires constituent la part majeure de la fortune des trusts placée en Suisse.

1.4.4.2 Pas de reconnaissance intégrale du tracing

Il ne ressort pas du texte de la convention l'obligation de reconnaître le droit à la distraction des biens du trust en cas d'action en restitution intentée contre les acquéreurs de tels biens aliénés déloyalement. En effet, l'article 11, alinéa 3, lettre b ne parle que de l'insolvabilité ou de la faillite "du *trustee*" et l'article 11, alinéa 3, lettre d se borne à exiger la reconnaissance du droit de revendiquer les biens du trust, sans mentionner le *constructive trust* que l'exercice de ce droit peut impliquer. En outre – et ainsi que nous l'avons déjà relevé – il y a controverse sur la question de savoir dans quelle mesure il y existe une obligation de reconnaître le droit de revendiquer les biens du trust. Si l'on devait malgré tout en arriver à la conclusion que l'article 11, alinéa 3, lettre d couvre l'ensemble des droits de revendication, y compris le *constructive trust* en résultant, on pourrait encore échapper à une reconnaissance du *tracing* en faisant application de l'article 15. Celui-ci permettrait en effet aux tribunaux suisses de refuser de reconnaître le *constructive trust* et le droit de distraction qui y est lié, pour autant que le statut découlant de la LDIP n'exige pas une reconnaissance.

Si l'on part du principe qu'il n'y a pas obligation de reconnaître le *constructive trust* en relation avec le tracing, la ratification de la Convention de La Haye n'entraînera pratiquement aucune modification du régime actuel en matière de publicité. La reconnaissance d'un trust en application de la LDIP entraîne, elle aussi, la reconnaissance du droit de distraction. En l'occurrence, la réserve de l'ordre public en raison de l'existence de l'article 401 CO devrait, tout au plus, intervenir à propos des immeubles, biens pour lesquels le problème de publicité qui se poserait en cas de ratification de la Convention de La Haye peut être résolu facilement par l'introduction dans la LDIP d'une disposition telle que l'article 149c proposé.

Ce qui pourrait bien entraîner une modification du *statu quo*, est le fait qu'il est probable qu'après la ratification, les trusts soient plus nombreux à être reconnus que ce n'est le cas sous l'empire du droit actuel, puisque, d'une part, la convention est plus favorable à la reconnaissance que la LDIP et que, d'autre part, la ratification devrait induire un accroissement du volume des affaires relatives aux trusts.

1.4.4.3 Numerus clausus des droits réels

La reconnaissance du trust ne porte pas atteinte au principe du *numerus clausus* des droits réels. L'institution de la propriété fiduciaire existe aussi en droit suisse. La particularité propre au droit des trusts, voulant que les biens du trust soient soustraits à la mainmise des créanciers personnels du *trustee*, ne constitue pas une atteinte à notre régime des droits réels. En effet, d'une part, cette particularité existe aussi en droit allemand qui connaît grosso modo les mêmes droits réels que les nôtres. D'autre part, en Suisse également, il existe des développements allant dans le sens de soumettre la propriété fiduciaire à un régime spécial dans le cadre de l'exécution

forcée. Dans ce contexte, nous renvoyons une fois de plus à l'article 16 LFP, à l'article 37b LB et à l'article 401, alinéa 3, CO.

Nous avons déjà relevé que le droit de revendiquer les biens du trust aliénés irrégulièrement et acquis de mauvaise foi ou à titre gracieux n'est pas l'expression d'un droit réel. Ce droit possède certes certaines caractéristiques des droits réels dans la mesure où il est renforcé par un *constructive trust* avec le corollaire qu'il peut également être exercé à l'égard des créanciers de l'acquéreur. Toutefois, cela ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un droit réel au sens où l'entend notre système juridique. Il présente, plutôt, une analogie avec le droit de revendiquer du mandant tel qu'il est prévu à l'article 401, alinéa 3, CO. Pour le reste, nous avons déjà relevé, que le libellé de la convention ne nous oblige pas à reconnaître le *constructive trust* ni le droit de distraction qui lui est lié.

Le droit écossais qui, à l'instar du nôtre, établit une distinction stricte entre droits réels et droits personnels, ne connaît pas de partition de la propriété et applique le principe du *numerus clausus* des droits réels, a intégré sans difficultés le trust. Il traite très simplement le *trustee* en qualité de propriétaire fiduciaire et les biens du trust comme patrimoine distinct insaisissable par les créanciers personnels du *trustee*. Il n'accorde pas de droit réel au bénéficiaire. Les droits qui pourraient être exercés à l'encontre d'un acquéreur de biens appartenant au trust ne découlent pas d'un droit réel du bénéficiaire mais plutôt du droit des obligations (droit à réparation à raison d'un acte illicite, révocation d'une donation).

1.4.4.4 Le droit à réparation pour cause d'acte illicite et pour enrichissement illégitime également selon le droit suisse

Sans le *constructive trust* déjà mentionné, le droit de revendiquer les biens du trust à l'encontre de celui qui les a acquis de mauvaise foi ou à titre gracieux ne pose, en dernière analyse, aucun problème particulier au regard du droit suisse. Notre droit civil permet tout à fait au lésé d'exercer un droit à réparation à l'encontre de la personne qui a acquis des biens du trust mauvaise foi, cet acte pouvant être considéré comme pour le moins contraire aux bonnes mœurs. Dans certains cas, il pourra même aller jusqu'à réunir les éléments constitutifs de l'instigation ou du recel (art. 160 du Code pénal suisse [CP, RS 311.9]) combinés à de l'abus de confiance (art. 138 CP, dans la variante figurant au ch. 1, al. 2) ou à de la gestion déloyale (art. 158 CP). En ce qui concerne le mode de réparation, le droit régissant les trusts est différent du nôtre. En effet, il permet au demandeur d'opter entre une réparation en nature (restitution des biens acquis ou des objets de remplacement auxquels il convient d'ajouter d'éventuels revenus) et une réparation en espèce (le défendeur se voyant toutefois rembourser directement ou par compensation le montant payé pour l'acquisition, dans la mesure où ce montant a été porté au crédit du trust). Cette réglementation n'est, toutefois, nullement incompatible avec notre régime de responsabilité civile. Puisque l'article 43 CO laisse au tribunal le soin de déterminer le mode et l'étendue de la réparation, celui-ci a la possibilité de prononcer, notamment, une restitution en nature.

Ainsi que nous l'avons déjà relevé, le droit exercé à l'encontre de la personne qui a acquis de bonne foi et à titre gracieux des biens du trust, relève du droit régissant

l'enrichissement illégitime. Selon la doctrine anglo-américaine, quiconque acquiert gratuitement des biens provenant d'une violation des obligations résultant du trust (*breach of trust*) est considéré comme s'étant enrichi illégitimement. Dans ce cas également, le droit anglo-américain présente de fortes similitudes avec le droit suisse. Dans notre pays, les normes qui régissent l'enrichissement servent, en effet, à compenser les transferts illégitimes de patrimoine, la doctrine considérant comme tels l'acquisition par donation de biens détournés de leur destination, que l'acquéreur ait agi de mauvaise foi ou ait été de bonne foi. Le principe qui vaut dans ce cadre est que les donations de biens appartenant à autrui ne doivent pas être protégées. Partant de ce principe, l'article 239 CO est interprété en ce sens que seule l'aliénation de biens propres est reconnue comme étant une donation. On en déduit que l'aliénation de biens appartenant à autrui n'a pas de cause valable et, partant, ne peut pas induire de transfert de propriété. Quant à l'aliénation de biens confiés à titre fiduciaire, biens sur lesquels le donateur a formellement un droit de propriété, elle induit certes un transfert de propriété mais fonde aussi pour le fiduciaire le droit à la répétition de l'indu à l'encontre de l'acquéreur. S'agissant de l'étendue de ce droit, le système anglo-américain présente également des similitudes avec le droit suisse. Les dispositions régissant les trusts limitent également le droit à restitution au montant effectif de l'enrichissement (cf. art. 64 CO) et reconnaissent à l'acquéreur le droit au remboursement ou à l'imputation des impenses nécessaires ou utiles qu'il a supportées en vue de la restitution des biens (cf. art. 65 CO).

1.4.4.5 Réserve du statut réel

En résumé, force est à nouveau de constater que la reconnaissance des trusts n'entraînera pas l'introduction de nouveaux droits réels dans notre système juridique. Seul le *trustee* doit être considéré comme exerçant sur les biens du trust un droit réel, pour autant toutefois que les différents droits patrimoniaux lui aient été valablement transférés. Ce dernier point est soumis aux dispositions de la LDIP qui règlent le transfert de la propriété des différents droits patrimoniaux, soit, s'agissant de choses, du statut réel (art. 99 ss LDIP). Ce statut est également réservé aux autres droits réels se rapportant au patrimoine du trust. Quant aux trusts qui servent uniquement à fournir des sûretés réelles, ils devraient, ainsi que déjà mentionné, être soumis en totalité au statut réel.

1.4.5 La ratification appelle-t-elle des réserves d'ordre politico-juridique?

En Suisse, le trust est souvent appréhendé avec scepticisme. Il est facilement considéré comme un moyen permettant de masquer les véritables relations de propriété et comme un instrument servant à frauder le fisc, à blanchir de l'argent ou à éluder les parts réservataires des héritiers, etc. Ces opinions appellent le commentaire suivant:

1.4.5.1 Blanchiment d'argent

Dans cadre des travaux du *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (GAFI), la Suisse a, jusqu'ici, adoptée une attitude critique à l'égard des trusts, notamment en raison des pressions exercées, avant tout par les anglo-saxons, sur

l'action au porteur suisse. Pourtant, au cours de la révision de ses recommandations, le GAFI s'est mis d'accord autour du texte suivant concernant les trusts (recommandation 34), texte qui est dû à une initiative de la Suisse:

Les pays devraient prendre des mesures pour empêcher l'utilisation illicite de constructions juridiques par les blanchisseurs de capitaux. Les pays devraient notamment s'assurer que des informations adéquates, pertinentes et à jour sur les trusts exprès, notamment des informations sur les personnes ayant constitué ces trusts exprès, les administrateurs et les bénéficiaires, peuvent être obtenues ou consultées en temps voulu par les autorités compétentes. Les pays pourraient envisager de prendre des mesures pour faciliter l'accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des constructions juridiques, nécessaires aux institutions financières pour se conformer aux obligations découlant de la Recommandation 5.

Grâce à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (LBA, RS 955.0), la Suisse satisfait d'ores et déjà aux exigences susmentionnées. En tant qu'intermédiaire financier, le *trustee* est tenu de vérifier à la fois l'identité du constituant (*settlor*, considéré comme "cocontractant" au sens de l'art. 3 LBA) et celle de l'ayant droit économique (art. 4, al. 1, let. a, LBA; voir, pour le tout, art. 20, al. 2, de l'ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis [OBA AdC, RS 955.16]). Cette obligation ne vaut pas seulement lors de l'établissement des relations d'affaires mais également pendant toute la durée de celles-ci (art. 5, al. 1, LBA), ce qui permet de tenir compte du fait que, dans certains trusts, le bénéficiaire peut très bien changer, voire ne pas être déterminé. Lorsque le *trustee* n'exerce pas sa fonction à titre professionnel et, partant, n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'article 2, alinéa 3, LBA, il travaille, en règle générale, en collaboration avec un tel intermédiaire, par exemple une banque ou un gestionnaire professionnel de fortunes, qui, pour sa part, est tenu de requérir une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique. Ce devoir existe tant en vertu de la lettre a que de la lettre b de l'article 4, alinéa 1, LBA puisque les trusts sont considérés ici comme des sociétés de domicile (art. 3 OBA AdC). Les banques sont tenues d'identifier l'ayant droit économique déjà sur la base des articles 3 et 4 de la convention relative à l'obligation de diligence des banques.

De ce constat, il ressort tout d'abord que notre législation garantit la transparence nécessaire à empêcher le blanchiment d'argent par des trusts administrés en Suisse et qu'ensuite, en ratifiant la convention de La Haye relative au trust la Suisse ne se met pas en contradiction avec l'attitude qu'elle a adoptée au sein du GAFI, cela d'autant moins que le trust ne serait pas pour la Suisse une nouveauté introduite à suite de la ratification de la convention. La ratification a pour seule conséquence d'asseoir le trust sur des bases juridiques plus solides, ce qui, en définitive, ne peut être que profitable à la lutte contre le blanchiment d'argent. Un trust peut être surveillé de manière plus efficace lorsque la transparence règne à l'égard de ses effets de droit civil. Cela explique que l'Autorité suisse de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent soit favorable à une ratification de la convention.

Relevons, par ailleurs, que les problèmes de transparence qui se posent dans le cas du trust se retrouvent également dans celui de notre fiducie. Les éléments, qui sous l'angle de la transparence, sont essentiels au trust sont les mêmes que de la fiducie. A l'instar du trust, celle-ci repose sur une dichotomie entre propriété formelle, d'une

part, et le statut d'ayant droit économique, d'autre part. Comme le trust, elle peut être constituée de manière totalement informelle et même les bénéficiaires peuvent être désigner de la même manière. Le fiduciaire peut soit s'instituer lui-même comme tel ou nommer un tiers, ou encore laisser le soin au fiduciaire ou à une autre personne de déterminer le bénéficiaire. Il peut, en outre, se réserver le droit de revoir totalement le régime des libéralités tant que durent les relations d'affaires. La fiducie est même davantage sujette à caution que le trust, puisque le fiduciaire peut se réserver un droit général de donner des instructions, ce qui n'est pas possible selon le droit anglo-américain.

Ce qui rend le trust plus attrayant que la fiducie comme outil de pratiques déloyales est peut-être le fait que les biens du trust sont soustraits à la mainmise des créanciers personnels du *trustee*. Il convient, toutefois, de ne pas perdre de vue, qu'en vertu de la jurisprudence déjà citée du Tribunal fédéral, cette même règle semble s'appliquer, d'après l'article 401, alinéa 1 CO, également à la fiducie, dès le moment où le fiduciaire transfère les biens qui lui ont été confiés sur un compte bancaire. La créance à l'encontre de la banque demeure tout d'abord propriété fiduciaire du fiduciaire. En cas de faillite de ce dernier, elle passe toutefois par la voie de la cession légale au fiduciaire.

1.4.5.2 Droit fiscal

Aujourd'hui déjà, les autorités fiscales suisses ont affaire à la taxation des trusts. Ces derniers sont transposés dans les catégories respectives du droit fiscal en se basant tout d'abord non pas sur la construction juridique mais sur le statut d'ayant droit économique. Les effets de droit civil produits par un trust doivent naturellement être pris en compte, raison pour laquelle les autorités fiscales ont, elles aussi, intérêt à ce que règne la sécurité juridique en matière de trusts. D'éminents représentants du domaine fiscal se sont d'ailleurs déclarés favorable à une ratification.

Même en cas de ratification de la convention, le traitement fiscal des trusts continuera d'être régi exclusivement par le droit suisse. L'article 19 de la convention prévoit d'ailleurs expressément que celle-ci ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Le droit fiscal suisse reste en particulier réservé en ce qui concerne l'assujettissement du patrimoine du trust. L'importance considérable qu'a le trust s'explique dans de nombreux pays par des raisons fiscales. Certaines formes de trust permettent que, dans les relations internationales, des patrimoines et leur rendement soient, pour de longues périodes, parfois pour des générations, légalement soustraits à imposition, du fait qu'ils tombent dans une lacune dans les règles d'attribution. Sur ce point, la Suisse prévoit en principe, une imposition du patrimoine du trust.

1.4.5.3 Contournement du droit civil suisse

La crainte a été émise que certains abusent du trust afin d'éviter des dispositions contraignantes du droit civil suisse. On peut y objecter qu'une grande partie des domaines de notre droit marqués par des règles impératives n'est pas touchée par la convention (art. 4, 8 et 15 de la convention). Ceci vaut par exemple pour le droit des

personnes (exercice des droits civils), le droit des régimes matrimoniaux, le droit successoral (forme et modes des dispositions pour cause de mort, l réserves légales) et les droits réels (contenu et transfert des droits réels). Pour ce qui est de ces derniers, il existe la possibilité de qualifier des trusts ayant une fonction de sécurité réelle telle qu'un droit de gage ou une réserve de propriété d'état de fait réel et de les soumettre, en vertu du chapitre 7 de la LDIP (droits réels), au lieu de situation de la chose. Des possibilités d'évasion existent toutefois dans le domaine des personnes morales. Ces règles peuvent toutefois être éludées sans recourir au trust, par exemple par de la constitution d'un établissement ou d'une fondation de droit liechtensteinois. Le chapitre 10 de la LDIP applicable aux personnes morales repose sur le principe libéral de l'incorporation en vertu duquel les personnes morales peuvent être constituées selon n'importe quel droit pour autant que leur constitution soit valable en vertu de ce droit.

Au le surplus, il y a lieu de rappeler que les normes contraignantes du droit privé suisse servent en premier lieu à la protection de certaines parties ou de certains groupes de personnes. Le droit anglo-américain du trust connaît également des normes de ce type. Ceci vaut en particulier pour la fonction de *trustee* qui est soumis à un régime de devoirs très strict par le droit anglo-américain.

A priori, ne peuvent être éludées toutes les normes contraignantes qui revêtent de par leur poids particulier le statut d'une loi d'application immédiate au sens de l'article 18 LDIP. Elles sont réservées en vertu de l'article 16 de la convention au même titre que l'ordre public des différents Etats signataires (art. 18). La loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE, RS 211.412.41) qui demeure réservée déjà sur la base de l'article 3 de la convention conservera en particulier sa validité.

L'article 149b LDIP de l'avant-projet comprend, sous forme de variante, un alinéa 3 qui complète la disposition. Si cet alinéa était adopté, la constitution d'un trust selon le droit étranger ne serait de toute manière valable que si le trust présentait un certain lien avec l'étranger.

1.5 Une révision de la LDIP comme alternative à une ratification de la convention

Le renforcement de la sécurité du droit visé au travers de la ratification de la convention de La Haye relative aux trusts pourrait également être obtenu par un aménagement plus clair et plus précis des dispositions de la LDIP à l'égard des trusts. Une ratification de la convention offre deux avantages majeurs par rapport à une simple révision de la LDIP. Le premier avantage étant que dans le domaine du DIP du trust la Suisse serait partie prenante à une unification du droit à l'échelon international. Quant au second, il consiste en l'effet de signal qu'aurait dans les pays étrangers une ratification de la convention. Cela permettrait ainsi de faire savoir que la Suisse a créé la sécurité juridique nécessaire s'agissant du régime applicable aux trusts étrangers. Dès lors, une solution uniquement limitée à la LDIP ne serait préférable qu'au cas où les règles de la convention n'offraient pas de solutions satisfaisantes du point de vue de la Suisse. Le rapport explicatif présenté dans le cadre de la consultation informelle préalable a démontré (chiffre 36) que tel n'est pas le cas et qu'au

contraire, les règles de rattachement découlant de la convention s'accrochent bien avec les principes fondamentaux inhérents à la LDIP.

1.6 Résultats de la procédure de consultation préalable

Sur les onze réponses reçues dans le cadre de la procédure de consultation préalable déjà mentionnée, six réponses provenaient d'associations économiques, une autre émanait d'une grande banque et quatre réponses venaient des milieux académiques. Toutes les réponses sont nettement favorables à la ratification de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust. L'alternative qui consisterait en une simple adaptation de la LDIP (voir chiffre 15 ci-dessus) est clairement rejetée. L'adaptation de la législation telle qu'elle était proposée dans l'avant-projet mis en consultation est en principe accueillie favorablement. Certaines réponses demandent, en référence à l'avant-projet Thévenoz, la suppression des crochets qui encadrent les dispositions du Code civil suisse proposées à titre d'option uniquement (voir à ce sujet ch. 22) ainsi que l'adjonction d'un article supplémentaire. D'autres réponses regrettent que l'avant-projet ne codifie pas la fiducie suisse. Une partie de ces voix admet toutefois que la question de la codification de la fiducie peut également être abordée après la ratification de la convention. Toutes les réponses considèrent qu'il est important de ratifier rapidement la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust. Pour le surplus, les résultats de la procédure de consultation préalable seront abordés dans le cadre des commentaires relatifs aux différentes adaptations de la législation.

2 Partie spéciale: commentaire des modifications législatives proposées

2.1 Loi sur le droit international privé (LDIP, RS 291)

2.1.1 Remarques préliminaires

En ratifiant la convention de La Haye, la Suisse reprend à son compte une réglementation de droit international privé relative au trust. Cette démarche exige une modification simultanée de la LDIP qui ne contient encore aucune disposition spécifiquement applicable au trust.

Les chapitres de la partie spéciale de la LDIP sont, en règle générale, subdivisés en trois parties. Elles sont, consacrées à chaque fois à la compétence des autorités suisses dans le domaine concerné, à la loi applicable par les autorités suisses compétentes dans le cas d'espèce et enfin à la reconnaissance des décisions étrangères. Cette tripartition, accompagnée de quelques compléments, est reprise ci-après pour ce qui est du nouveau chapitre concernant les trusts.

Puisque, de par sa nature juridique, le trust se situe entre la fiducie et la fondation, le nouveau chapitre a été inséré entre celui qui concerne le droit des obligations et celui qui a trait au droit des sociétés

Comme, à défaut de dispositions spéciales, une grande partie des trusts serait soumise à celles des dispositions de la LDIP qui concernent les sociétés, les normes du chapitre 9a proposé s'inspirent, au premier chef, de celles des articles 150 et suivants LDIP. Le projet prend, toutefois, également en compte les dispositions de la LDIP

qui ont trait aux contrats ainsi que la *convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (Convention de Lugano, RS 0.275.11).

Article 5, alinéa 4, LDIP

L'article 149 a LDIP de l'avant-projet qui sera commenté par la suite prévoit – par analogie à l'article 5, alinéa 1 LDIP – la possibilité d'une élection de for. L'article 5, alinéa 4, LDIP de l'avant-projet entend soumettre ce choix aux alinéas 2 et 3 de l'actuel article 5 LDIP qui sont également pertinents en cas de désignation d'un for par un acte juridique unilatéral. Ceci vaut en particulier pour l'inefficacité prévue à l'alinéa 2 pour les cas de soustraction abusive à un for.

Article 21a LDIP

Les articles 149a et 149d LDIP de l'avant-projet qui seront commentés par la suite mentionnent le "siège" du *trustee*. L'article 21a LDIP de l'avant-projet fournit la définition nécessaire à cette notion en renvoyant à la notion déterminante pour le siège de sociétés figurant à l'article 21 LDIP. Le siège d'un trust est donc le lieu désigné par les dispositions du trust ou, à défaut de désignation, le lieu où le trust est administré en fait. Il existe ici une analogie avec le concept "*place of administration of the trust*" tel qu'il est appliqué dans certains ordres juridiques états-uniens. Pour ce concept aussi, c'est le lieu de l'administration effective qui est déterminant, à moins que les dispositions du trust ne prévoient autre chose.

Avec l'article 21a il est également précisé que le siège du trust correspond au domicile d'une personne physique. La question de savoir s'il y a lieu, dans un litige déterminé, d'ouvrir action contre le trust lui-même ou contre un ou plusieurs *trustees* est déterminée par le statut du trust. Une action dirigée contre le trust est par exemple concevable dans les cas où un *trustee* engage la fortune du trust par un contrat passé avec un tiers.

Le "siège" au sens de la LDIP est un simple critère de rattachement. Il découle certes de la notion de siège du droit civil suisse mais il n'en est pas identique. En particulier, il ne peut pas être déduit du fait qu'un trust se voit attribuer un siège dans le cadre de la LDIP, que ce trust ait une représentation physique ou une adresse de domicile.

Article 149a LDIP

Cet article règle la compétence en cas de différends relevant du droit des trusts. Comme l'article suivant relatif à la question du droit applicable fait référence à la convention de La Haye, la définition du trust que contient cet instrument international est reprise ici.

Le fait de faire référence à l'article 2 de la convention ne signifie pas que l'article 149a ne s'appliquerait qu'aux trusts tombant dans le champ d'application de la convention à raison de la matière. Le nouveau chapitre 9a de la LDIP est sensé statuer des règles valables pour tous les trusts au sens de la convention, même pour ceux dont la preuve n'est pas apportée par écrit et, partant, auxquels la convention ne s'applique pas, en vertu de son article 3. Dans le cadre de la LDIP, il serait insensé

d'instaurer deux régimes différents, l'un applicable aux trusts dont la preuve est apportée par écrit et l'autre aux trusts constitués par une simple déclaration orale. Il serait, en particulier, peu judicieux de continuer de soumettre les trusts dont la preuve n'a pas été apportée par écrit au régime actuel comprenant les incertitudes déjà mentionnées, cela d'autant plus qu'il faudrait traiter une grande partie de ces trusts purement oraux comme des sociétés. Le problème est cependant de nature plutôt académique car, en Suisse, les trusts dont l'existence n'est pas attestée par écrit ne devrait avoir qu'une portée pratique restreinte.

La réglementation proposée à l'article 149a part de l'idée que le constituant doit être libre de choisir le for. Sur ce point, on constate une disparité par rapport aux dispositions de la LDIP relatives aux sociétés qui, à la différence de celles relatives aux contrats, ne permettent pas d'élection de for. Cette différence de régime se justifie en dépit du parallélisme existant entre trusts et sociétés au sens de la LDIP. D'une part, elle est conforme à la convention de Lugano (art. 17, al. 2). D'autre part, nous reconnaissons dans le trust, une institution qui se caractérise par la très large autonomie dont jouit le constituant, celui-ci pouvant entre autres choisir librement la loi qui régira le trust. Par conséquent il paraîtrait incohérent d'adopter une attitude restrictive s'agissant de la question d'une prorogation du for.

L'alinéa 1 de l'article 149a, qui consacre le libre choix du for par le constituant, s'inspire du projet Thévenoz et s'en écarte sur quelques points:

Le passage "la validité, les effets, l'administration et la modification" a été complété par les termes "ou la cessation", ce qui, sans être absolument indispensable, apparaît toutefois comme une précision utile.

La traduction de l'expression "créé volontairement" figurant dans la version allemande de la convention, qui a été reprise par Thévenoz dans son projet n'est pas très heureuse. C'est pour quoi nous avons remplacé "créé volontairement" par l'expression "constitué par acte juridique" ("*rechtsgeschäftlich*"). Le champ d'application de l'article 149a étant limité aux trusts constitués par acte juridique, les *constructive trusts* en sont exclus. A ce sujet, voir les remarques formulées ci-après ad article 149b. Dans le texte français, le libellé a été adapté au langage de la LDIP.

Ainsi que déjà exposé, le nouveau chapitre 9a de la LDIP s'applique à tous les trusts au sens de l'article 2 de la convention et non exclusivement à ceux dont la preuve est apportée par écrit. C'est la raison pour laquelle l'expression "l'acte constitutif du trust" a été remplacée par "les dispositions du trust. De plus, le mot "dans" a été remplacé par "selon". Ainsi, il est également tenu compte des cas dans lesquels les dispositions du trust ne prévoient pas elles-mêmes un for mais autorisent le *settlor* ou une autre personne à en désigner un ultérieurement. Dans la procédure de consultation préalable, il a été relevé à plusieurs reprises que ces cas devraient également tomber sous article 149a, alinéa 1. Les possibilités d'abus qui, dans ce contexte, pourraient éventuellement se présenter se heurtent au renvoi à l'article 5, alinéa 2, LDIP, prévue à.

Le remplacement du terme "acte constitutif du trust" par "les dispositions du trust" exige l'insertion d'une phrase supplémentaire. L'alinéa 1 devrait en principe s'appliquer également aux trusts oraux. Une élection de for ne devrait toutefois être prise en compte que si elle est opérée par écrit. Le même principe vaut également à

l'égard des autorisations permettant une désignation ultérieure d'un for. Le parallèle avec l'article 5, alinéa 1, LDIP qui prévoit la forme écrite pour les conventions fixant le for doit être maintenu. Il n'apparaît pas justifié de privilégier les élections de for par trusts par rapport à celles prévues par contrat. La nécessité de garantir la sécurité du droit, à la base de l'article 5, alinéa 1, LDIP, existe aussi dans ce cas.

A défaut d'une élection de for valable, l'article 149a, alinéa 2, prévoit une réglementation correspondant à celle prévue à l'article 151, alinéas 1 et 2, LDIP. En pareil cas, le for peut être soit au lieu de domicile ou de résidence habituelle du défendeur, soit au lieu où le trust a son siège (voir art. 21a LDIP). Cette solution correspond, dans une large mesure, à celle de la convention de Lugano qui prévoit également la possibilité de choisir entre le domicile du défendeur et le siège du trust (art. 2 et 5, al. 6).

Le fait que le siège du trust pourrait correspondre dans de nombreux cas à l'établissement, respectivement au domicile ou la résidence habituelle du *trustee*, permettrait de considérer en tant que for l'établissement, le domicile ou la résidence habituelle du *trustee* à la place du siège du trust. Toutefois, des difficultés apparaissent dès que l'on se trouve en présence d'un trust avec plusieurs *trustees*. Qui plus est, le parallélisme avec la convention de Lugano ne serait plus garanti.

Certaines réponses à la consultation ont demandé que le terme de "défendeur" soit remplacé par celui de "*trustee*". Le for du domicile du défendeur doit toutefois s'appliquer à tous les litiges internes du trust, donc également aux actions ouvertes par le *trustee* contre un bénéficiaire (par exemple à cause d'un droit récursoire du *trustee* fondé sur les dépenses consenties en faveur du trust). C'est le statut du trust qui précise à qui doit être adressée une action liée à un litige interne au trust. Les relations externes du trust ne tombent pas sous la disposition de l'article 149a. Ceci vaut en particulier pour les actions découlant de transactions passées par le *trustee* avec des tiers pour le trust. D'autres litiges qui ne relèvent pas du droit du trust ne seront pas non plus soumis à l'article 149a. Cela concerne avant tout des actions liées à une question préalable pouvant porter sur la capacité d'agir du *settlor*, la validité du testament, la lésion des parts successorales réservataires, la validité du transfert de propriété au *trustee*, etc.

Un des motifs avancés en faveur du remplacement du terme de "défendeur" par celui de "*trustee*" réside dans le souhait d'éviter que des actions concernant l'existence ou la validité d'un trust puissent être introduites au domicile d'un bénéficiaire. On pourrait en effet songer à exclure le for de l'alinéa 2, lettre a, pour de tels cas. Mais on abandonnerait ainsi le parallèle avec la convention de Lugano qui admet pour des litiges ayant trait au statut d'un trust l'action au domicile du défendeur, ceci au contraire des sociétés et personnes morales pour lesquelles elle prévoit comme for exclusif le siège de la société ou de la personne morale (art. 16, chiffre 2).

L'alinéa 3 de l'article 149a correspond à celui de l'article 151 LDIP, à cela près que dans la version allemande, le terme „Gerichtsstandsvereinbarung“ a été remplacé par „Gerichtsstandswahl“. L'émission publique de titres de participation et d'emprunts existe également dans le contexte des trusts.

Article 149b LDIP

Cet article règle le droit applicable aux trusts, qui doivent être compris, de même qu'à l'article 149a, dans le sens de la définition figurant à l'article 2 de la convention de La Haye. La référence à la convention qui figure à l'article 149b vaut, à l'instar du renvoi fait à l'article 149a, pour tous les trusts constitués par acte juridique, y compris ceux qui ne sont pas inclus dans le champ d'application de la convention, en vertu de son article 3. La référence a ainsi dans certains cas un effet constitutif. Toutefois, elle n'est en principe que purement déclarative.

La définition du trust qui figure à l'article 2 de la convention est, comme déjà mentionné, très large et couvre également des relations juridiques qui tiennent plus du contrat que du trust proprement dit. Aussi, la notion de trust qui figure à l'article 149b, doit-elle être prise dans une acception aussi large. Si l'on voulait éviter ce résultat, il faudrait créer une définition de référence autonome ne couvrant que les trusts proprement dits. Une telle création serait toutefois problématique dans la mesure où les autres définitions de renvoi que contient la LDIP se fondent en général sur une notion préexistante en droit civil suisse et qu'une telle notion fait défaut pour le trust. En outre, en introduisant à l'article 149b une définition autonome du trust on réinstaurerait deux régimes puisque la convention serait applicable (directement ou en vertu du renvoi figurant à l'art. 149b, al. 1) à l'ensemble des trusts au sens étroit ainsi qu'aux trusts au sens large de la convention dont la preuve est apportée par écrit et que les trusts au sens large constitués par simple déclaration orale seraient soumis aux autres règles de la LDIP.

L'article 3 de la convention limite le champ d'application ratione materia aux trusts constitués par acte juridique. La question de savoir si la définition du trust figurant à l'article 2 couvre également les trusts qui n'ont pas été constitués par un acte juridique peut être laissée en suspens, puisque l'article 149b, alinéa 1 restreint expressément l'applicabilité de la convention aux trusts constitués par acte juridique. Les *constructive trusts* ne sont donc pas couverts par l'article 149b. Les *constructive trusts* - nous l'avons exposé à plusieurs reprises - ne sont pas des entités constituées par acte juridique, à l'instar d'une société ou de relations contractuelles mais le résultat de l'application par analogie de normes du droit des trusts à des relations juridiques préexistantes. Aussi, n'apparaît-il pas judicieux de les soumettre au chapitre 9a de la LDIP. Ils devraient plutôt continuer d'être régis par le droit applicable aux relations juridiques auxquelles ils ont été soumis.

Lors de la procédure de consultation préalable, il a parfois été émis l'opinion selon laquelle la loi devrait expressément mentionner la non application du chapitre 9a aux *constructive trusts*. Au vu des explications données au paragraphe précédant, une telle clarification n'apparaît toutefois pas nécessaire.

L'alinéa 2 de l'article 149b exprime la volonté de la Suisse de renoncer à se prévaloir de la clause d'exception prévue à l'article 13 de la convention. Le projet Thévenoz contenait déjà une disposition allant dans ce sens. L'alinéa 2 repose sur l'idée selon laquelle l'article 13 relativise considérablement la sécurité juridique que la ratification est censée apporter. En outre, l'article 13 est contraire à l'esprit de la LDIP qui s'inspire du principe de l'autonomie des parties et cela tant pour les contrats (art. 116, al. 1) que pour les sociétés (art. 154, al. 1). Dans son rapport (p. 137), Thévenoz relève, à juste titre, que l'article 13 de la convention correspond à la réserve du siège

fictif que connaissait le droit suisse mais qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, est devenue caduque depuis l'entrée en vigueur de l'article 154, alinéa 1, LDIP.

Une disposition du genre de celle de l'article 149b, alinéa 2, trouve également l'approbation du Professeur Frank Vischer à Bâle donnée dans un avis de droit établi pour l'Office fédéral de la justice. Selon cet expert, une non-reconnaissance de certains trusts basée sur l'article 13 constituerait un pas en arrière par rapport au droit en vigueur. Une application de l'article 13 pourrait par ailleurs aboutir au résultat peu souhaitable que, par exemple, un ressortissant britannique domicilié en Suisse se verrait interdire l'établissement d'un trust anglais en Suisse.

Puisqu'il existe des doutes sur le fait qu'une élection de soit également admise pour des trusts qui ne présentent aucun lien avec l'étranger, un alinéa 3 qui restreint quelque peu la disposition de l'alinéa 2 est mis en discussion sous forme de variante. D'autant plus que selon l'opinion dominante dans le domaine des contrats, l'autonomie des parties en matière de règles de conflits de lois n'est donnée qu'à condition qu'un lien quelconque avec l'étranger existe.

La restriction apportée à l'alinéa 2 par la disposition de l'alinéa 3 réside dans le fait que la possibilité de faire une élection de droit selon article 6 de la convention n'est pas valable pour les "trusts intérieurs". La question de savoir si le juge suisse applique à sa décision le droit du trust étranger dépend, dans un premier temps, du fait qu'il soit convaincu que l'état de fait possède le lien requis avec l'étranger. Un trust purement interne reste ainsi exclusivement soumis à l'ordre juridique interne, en d'autres termes, sa validité et son contenu sont à déterminer selon le droit suisse des contrats et des sociétés. On évite ainsi que dans des situations purement internes, les dispositions impératives du droit suisse soient contournées au moyen d'une élection en faveur d'un ordre juridique étranger. Le lien requis avec l'étranger peut être considéré comme existant si les lieux suivants se trouvent à l'étranger :

1. le domicile, la résidence habituelle ou l'Etat d'origine du constituant ou d'un des bénéficiaires ;
2. le domicile, la résidence habituelle ou, en cas d'activité industrielle, l'établissement d'un des trustees ;
3. le lieu où un des objectifs du trust doit être réalisé ;
4. le lieu de situation des biens du trust ;
5. le lieu d'administration du trust.

Que les lieux décrits aux chiffres 2, 3 et 4, exception faite de la résidence du chiffre 2, devraient être considérés comme le lien requis avec l'étranger, découle déjà du fait que, dans la convention, ces lieux sont expressément désignés comme liens les plus étroits pour déterminer la loi applicable (art. 7 al. 2).

Le moment auquel le lien nécessaire avec l'étranger doit exister se détermine sur la base de l'article 13 puisque cette disposition représente la base juridique de l'alinéa 3. Dans le contexte de l'article 13, la question est certes controversée de savoir si c'est le moment de la constitution du trust ou le "moment de la reconnaissance" qui devrait être déterminant. La question devra être tranchée par les tribunaux. Il faudra alors tenir compte du moment déterminant pour la définition du droit applicable selon article 7. L'intérêt de la sécurité juridique serait sauvegardé au mieux si on se

basait, tant à l'article 13 qu'à l'article 7, sur le moment de la constitution du trust. Dans le contexte de l'article 13, le renvoi au moment de l'élection du droit paraît également sensé dans les cas où l'élection du droit s'opère après la constitution du trust.

Lors de la procédure de consultation préalable, la critique a été émise que la première partie de la phrase de l'alinéa 2 parle de "droit applicable" et non pas de "reconnaissance" tel que prévu à l'article 13 de la convention. On doit répondre à cette critique que la première partie de la phrase saisit également la question de la reconnaissance au sens de l'article 11 de la convention. En fait l'article 11 de la convention concerne en dernier lieu la question du droit applicable. Il aborde certains domaines qui doivent être soumis impérativement au droit applicable. En assurant que le droit applicable déterminé selon chapitre 2 de la convention s'applique sans exception (sous réserve de l'alinéa 3), l'alinéa 2 de l'article 149b permet également à l'article 11 de la convention de s'imposer dans tous les cas.

Article 149c LDIP

Ces dispositions règlent la publicité des relations de trust existantes dans le but de protéger les tiers de bonne foi. Elles ne sont pas de véritables normes de DIP; c'est pourquoi, on pourrait aussi intégrer chacune d'elle dans le droit régissant la matière concernée. Il paraît toutefois judicieux de les placer immédiatement après l'article 149b, dans la mesure où l'alinéa 3 induit une restriction du statut du trust. Qui plus est, s'agissant de la disposition de l'alinéa 1, on ne voit pas à quel endroit du CC l'intégrer puisque la partie du code qui régit le registre foncier ne contient pas de réglementation à proprement parler concernant les mentions. En règle générale, les bases légales relatives aux mentions ressortent des normes qui règlent les relations juridiques devant faire l'objet d'une mention. Cela concerne en particulier la mention liée aux fonds de placement (art. 16 LFP) qui ont servi à plusieurs reprises de comparaison dans le présent rapport.

Dans le projet Thévenoz, le pendant de l'article 149c du présent projet est l'article 149d. Il y est question, en termes très généraux, de l'inscription dans les registres publics. La règle n'est précisée qu'en ce qui concerne le registre foncier, le registre des bateaux ainsi que le registre des aéronefs (al.2). En outre, la disposition du projet Thévenoz ne statue qu'un droit de requérir une inscription et contrairement à l'article 149c du présent projet ne comporte aucune obligation de le faire. La sanction résultant d'une violation de cette obligation ressort de l'alinéa 3 de la disposition.

L'alinéa 3 dispose qu'une relation de trust qui n'a pas été inscrite dans un registre public n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Cette règle sert à protéger tant les créanciers de bonne foi du *trustee* que les acquéreurs de bonne foi de biens du trust qui ont été aliénés. Dans le premier cas, elle a pour effet de permettre aux créanciers de faire saisir les éléments du patrimoine du trust qui n'ont pas fait l'objet d'une inscription dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée ouverte à l'encontre le *trustee*. Dans le second, il résulte de l'alinéa 3 que l'acquéreur de bonne foi d'objets non inscrits n'est pas tenu de les restituer et ce, même s'ils ont été aliénés en violation des obligations résultant du trust. Quoi qu'il en soit, selon le droit anglo-américain régissant les trusts, le constituant n'est en droit de réclamer la restitution de biens du trust à un acquéreur de bonne foi que dans la mesure où ces biens ont été acquis à titre gracieux.

L'article 149c contient des normes de droit matériel qui sont également applicables lorsque le trust ou la revendication des biens du trust ne sont pas soumis au droit matériel suisse. Cette règle vaut également dans le cas d'application de la convention car ces normes constituent une loi d'application immédiate au sens de l'article 16 de la convention.

L'avant-projet soumis à la procédure de consultation préalable contenait trois autres dispositions ayant trait à la publicité. Deux d'entre elles, soit l'article 149d (registre des trusts pour le patrimoine mobilier) et l'article 149e (mention des trusts pour les valeurs à ordre) ont été supprimées sans être remplacées. La disposition de l'article 149f a été intégrée dans celle de l'article 149c (al. 2) et l'ancien article 149g est devenu l'article 149d.

Article 149d LDIP

Les compétences indirectes visées aux lettres b à d correspondent à celles prévues à l'article 165 LDIP. La lettre a, quant à elle, est nécessaire dans la mesure où l'article 26, lettre b, LDIP (du moins tel qu'il ressort de sa lettre) ne couvre pas une élection unilatérale du droit applicable. L'article 26, lettre b LDIP est toutefois applicable dans les cas où les parties au litige sont convenues du for après coup. La teneur initiale de la disposition de la lettre a été critiquée lors de la procédure de consultation préalable, raison pour laquelle elle se trouve modifiée dans le présent avant-projet.

2.2 Pas de modification des dispositions du Code civil suisse (CC, RS 210)

Le projet soumis à la procédure de consultation préalable englobait à titre de variante deux compléments au Code civil suisse concernant le traitement du trust dans le cadre de la procédure de réduction du droit successoral. Considérées comme superflues, les deux dispositions ont été supprimées. La question a toutefois été controversée dans les réponses à la consultation.

2.3 Pas de modification des dispositions du Code des obligations (CO, RS 220)

Le projet Thévenoz prévoyait la codification du droit suisse de la fiducie dans le Code des obligations. L'avant-projet, tout comme le projet qui le précédait, renonce à de telles dispositions puisque d'une part, il est contesté qu'une telle codification soit souhaitable et que d'autre part, un tel pas n'apparaît pas nécessaire pour la mise en œuvre de la convention en Suisse, même si on peut la considérer comme complément sensé à la ratification de la convention (voir ch. 16 au sujet du résultat de la procédure de consultation préalable).

2.4

Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP, RS 281.1)

Article 284a LP

Dans le contexte des poursuites pour dettes liées à des trusts, il faut distinguer deux types de dettes, à savoir les dettes contractées en "représentation indirecte" du trust par le *trustee* lui-même, pour lesquelles il répond avec sa fortune personnelle, et les dettes dont répond le patrimoine du trust, soit parce que le *trustee* l'engage directement, ou soit parce que la dette est rattachée de par sa nature au patrimoine du trust (voir à ce sujet ch. 125.2). Relativement à la première catégorie de dettes, celles dont répond le *trustee* personnellement, il y a lieu de procéder selon les règles existantes de la LP, ce qui veut dire que la poursuite est dirigée contre le *trustee* et se déroule en principe comme s'il était poursuivi pour ses dettes privées, avec la seule particularité, toutefois de taille, que le patrimoine du trust peut être distrait ou séparé (voir ch. 242 ci-après). La poursuite pour des "dettes du trust" relevant de la deuxième catégorie exige, par contre, une réglementation spéciale (figurant au présent article 284a LP).

L'avant-projet soumis à la procédure de consultation préalable prévoyait que le trust pouvait être poursuivi séparément. Il s'inspirait alors de l'exemple des biens successoraux en indivision qui représentent, à l'instar du trust, un patrimoine en main commune qui peut être poursuivi de manière indépendante selon la LP en vigueur (art. 49). Cette règle a été critiquée dans une partie des réponses qui arguaient que le trust lui-même ne devait pas se voir accorder la position de partie et qu'une poursuite contre le patrimoine du trust devait être dirigée formellement contre le *trustee*. Dans le cas contraire, on entrerait en conflit avec le droit du trust anglo-américain selon lequel c'est toujours contre le *trustee* qu'il faut procéder. Cela pourrait également engendrer des difficultés lors de la reconnaissance de jugements suisses à l'étranger. Le présent avant-projet propose dès lors une nouvelle solution afin de tenir compte de la critique avancée: le patrimoine du trust peut et doit toujours être poursuivi de manière indépendante. Toutefois, la poursuite doit formellement être dirigée contre le *trustee* ou contre l'un des *trustees* en tant que représentant du trust. Ainsi, c'est le *trustee* qui est poursuivi, non pas en qualité de débiteur, mais uniquement comme représentant du trust. Le créancier doit mettre en évidence ce fait dans la requête de la poursuite en indiquant comme cause de la créance la dette du trust (art. 67, al. 1, ch. 4, LP).

Lorsque le trust est géré par plus d'un *trustee*, les biens du trust se trouvent en leur propriété commune. Il s'en suit que pour accéder au patrimoine du trust, en principe, tous doivent être poursuivis. L'article 284a prévoit toutefois que le créancier poursuivant peut choisir un des *trustees* afin d'en faire son débiteur dans la poursuite. Ce dernier est considéré de par la loi comme représentant de la main commune. Ce constat équivaut également au niveau du résultat celui des poursuites dirigées contre une succession en indivision d'après le droit en vigueur.

Une poursuite opérée selon article 284a LP doit toujours être continuée par voie de faillite. Puisque la poursuite est dirigée contre le *trustee* en sa qualité de représentant du trust, la faillite ne touche que le patrimoine du trust, ce qui est précisé expressément à l'alinéa 2. La fortune personnelle du *trustee* poursuivi n'est donc pas frappée

par la faillite et peut être revendiquée selon les règles habituelles. Les dettes personnelles du *trustee* n'e sont également pas touchées.

L'avant-projet de l'Office fédéral de la justice prévoyait également la poursuite par voie de faillite. Cet élément a généré autant critiques que soutiens. Deux réponses défendaient l'opinion selon laquelle le mode de poursuite devrait suivre le statut du *trustee* poursuivi tel qu'il est régi par le droit de poursuite. Face à cette opinion, il y a lieu de relever que le *trustee* n'est pas poursuivi personnellement, mais en tant que représentant du trust. La question du mode de poursuite déterminant ne saurait donc dépendre du statut du *trustee* que lui accorde le droit de poursuite. Une autre réponse rappelait qu'en Suisse, les sociétés et fondations ne peuvent être poursuivies par voie de faillite que si elles sont soumises au droit suisse, ce qui n'est jamais le cas pour le trust. Par ailleurs, dans les Etats qui règlent le trust, le patrimoine des trusts n'est soumis qu'à l'exécution forcée individuelle. Une liquidation totale pourrait anéantir les droits des futurs bénéficiaires. Face à ces griefs, l'idée l'a emporté selon laquelle il convient, dans le contexte de l'exécution forcée dirigée contre des entités juridiques qui sont régulièrement opposées à une multitude de créanciers, d'éviter qu'un créancier devance les autres lors de l'exécution de sa créance et se voit ainsi privilégié indûment. Il faut garantir la satisfaction simultanée et équitable donc l'égalité de traitement des créanciers.

La question de savoir si la faillite d'un patrimoine de trust entraîne sa dissolution est déterminée par le statut de ce trust et non pas par la LP.

Article 284b LP

Lorsqu'un *trustee* est poursuivi personnellement et non pas en tant que représentant du trust, le patrimoine du trust est d'office distrait de la masse en faillite. Cela ne signifie pas que l'administration de la faillite doit rechercher d'office la présence d'un rapport de trust qui pourrait toucher certains biens du failli. A l'instar des autres droits portant sur des éléments patrimoniaux qui se trouvent en possession du failli, les rapports de trust doivent être produits dans la faillite (art. 232, al. 2, ch. 2, LP). Lorsque l'administration de la faillite estime qu'un rapport de trust n'est pas suffisamment établi, elle fixera un délai pour ouvrir action en vertu de l'article 242, alinéa 2, LP. C'est le statut du trust qui détermine les personnes habilitées à ouvrir une action en revendication. Dans la plupart des cas, il s'agira des *trustees* et des bénéficiaires.

L'article 284b remplace l'article 242a du premier avant-projet. Ce dernier contenait, à part le texte de l'article 284b, le complément de phrase "dans la mesure où les prescriptions des articles 149c-f LDIP concernant la publicité ont été observées". Cette partie de phrase a été supprimée sans être remplacée. L'article 149c, alinéa 3, LDIP (comme déjà mentionné, les anciens art. 149d à 149f n'existent plus dans le présent avant-projet) prévoit uniquement la protection des créanciers de bonne foi. Une plus forte limitation de la possibilité de revendiquer le patrimoine de trust paraît problématique au regard de l'article 11, alinéa 3, lettre b, de la convention. Pour les créanciers de bonne foi, la suppression dudit complément de phrase ne comporte aucun désavantage notable. Si un rapport de trust n'est pas mentionné au registre foncier ou inscrit dans un registre de propriété intellectuelle, l'élément patrimonial ne doit être distrait d'office de la masse en faillite que si le rapport de trust devient évident d'une autre manière. Du reste, il incombe aux personnes habilitées en vertu

du statut du trust à agir en son nom d'ouvrir une action en revendication et de prouver que les créanciers avaient ou auraient dû avoir connaissance du rapport de trust.

La possibilité d'une action en revendication pour le trust était expressément prévue à l'article 242a du premier avant-projet (alinéa 2). Il a été renoncé à une telle disposition dans le présent avant-projet dans l'idée que les règles existantes sont suffisantes. Dans le premier avant-projet déjà, on a renoncé à des règles régissant la distraction des biens du trust dans le cadre de la poursuite du *trustee* par voie de saisie. Dans ce cas également, les règles existantes trouvent application. Si on fait valoir qu'un objet saisi ferait partie d'un trust, il s'agit alors de procéder soit selon l'article 107 ou l'article 108 LP, suivant que l'objet se trouve exclusivement sous le pouvoir du débiteur ou au moins sous le pouvoir partagé avec le trust (en tant que tiers). Quant à l'attribution juridique de la possession dans la relation entre le trust et le *trustee*, elle devrait être soumise aux règles régissant la relation entre les personnes morales et leurs organes.

2.5 Pas de dispositions régissant la surveillance

Indépendamment des dispositions législatives préconisées dans le présent projet, il est reste parfaitement possible pour le législateur suisse d'adopter des dispositions relatives à la surveillance des trusts. Il pourrait, par exemple, soumettre les trusts à une surveillance similaire à celle qui s'applique aux fondations ou soumettre l'exercice à titre professionnel de l'activité de *trustee* au régime de l'autorisation.

Les réponses reçues lors de la procédure de consultation préalable rejettent la mise sur pied de dispositions particulières relatives à la surveillance des trusts. Certaines défendent toutefois l'avis que, dans le cadre de la ratification de la convention, on devrait introduire un régime d'autorisation pour des *trustees* en Suisse. Le présent avant-projet ne contient pas de telles dispositions. Une commission d'experts instituée par le Conseil fédéral et présidée par le Professeur Ulrich Zimmerli travaille actuellement à l'élaboration d'une "loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LSMAFIN)". L'actuel avant-projet prévoit de concentrer la surveillance officielle prévues dans les lois suivantes dans une seule loi en la confiant à une seule autorité, soit la MAFIN: loi sur les lettres de gage, loi sur le contrat d'assurance, loi sur les fonds de placement, loi sur les banques, loi sur les bourses et lois sur la surveillance des assurances. Actuellement, on examine la question de savoir s'il y a lieu d'intégrer d'autres autorités actives dans le domaine de la surveillance des marchés financiers (p.ex. l'autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent) dans la loi et si les administrateurs de fortune indépendants ainsi que d'autres intermédiaires financiers doivent aussi être placés sous la surveillance globale de la nouvelle autorité. Les *trustees* professionnels tombent également sous la catégorie des "administrateurs de fortune et autres intermédiaires financiers", de sorte que la question de l'assujettissement de ce groupe de personnes à une surveillance officielle ou à un régime d'autorisation devrait être examinée dans le cadre des travaux de la commission Zimmerli. Ceci d'autant plus qu'il ne paraît pas indiqué de soumettre les *trustees* à un régime spécial par rapport à d'autres administrateurs de fortune comme par exemple les fiduciaires.

2.6 Pas de dispositions de droit fiscal

Les autorités fiscales s'occupent déjà actuellement des trusts. La pratique n'est toutefois pas uniforme. Lors de la procédure de consultation préalable, les milieux bancaires ont suggéré la mise sur pied d'un groupe de travail par l'administration fédérale des contributions. Il a été précisé toutefois que la ratification de la convention ne devrait pas être retardée pour cette raison.

Le souhait qu'un groupe de travail voie le jour est actuellement satisfait. La tâche sera toutefois assumée par la conférence fiscale suisse (CFS). Il est prévu que le groupe de travail établisse une liste des problèmes fiscaux rencontrés dans le contexte des trusts et qu'il propose des solutions qui pourraient être fixées dans une circulaire de la CFS ou de l'administration fédérale des contributions.

2.7 Déclarations et réserves portant sur la convention

2.7.1 Article 16, alinéa 3

La Suisse n'a aucune raison de formuler une réserve au sens de l'article 16, alinéa 3, de la convention. Elle a, au contraire, tout intérêt à pouvoir appliquer l'article 16, alinéa 2, puisqu'il permet aux autorités suisses de faire application de l'article 19 LDIP également dans le cadre de la convention.

Le Royaume-Uni, la Chine (pour Hong-Kong), Le Canada (pour l'Alberta) et le Luxembourg sont les seuls Etats contractants à avoir formulé une réserve au sens de l'article 16, alinéa 3.

2.7.2 Article 20, alinéa 1

Il s'agit également de s'abstenir de faire une déclaration au sens de l'article 20, alinéa 1, de la convention, car il ne ressort pas clairement de cette disposition ce qu'il faut entendre par "trusts créés par une décision judiciaire", cela d'autant moins que les versions anglaise et française ne concordent pas ("declared by judicial decisions" et "créés par une décision de justice"). Dans ces conditions une déclaration ne ferait que créer inutilement la confusion.

Les *implied trusts* et les *resulting trusts* (cf. ch. 121) sont de toute façon couverts par la convention puisque ces deux institutions sont créées par acte juridique. En revanche et ce à juste titre, la convention ne s'étend pas aux *constructive trusts* qui ne sont pas, à proprement parler, des trusts et, partant, doivent être soumis au statut régissant les relations juridiques auxquelles ils ont été soumis. A la rigueur, il pourrait se révéler judicieux de formuler une déclaration d'extension pour les trusts créés par un prononcé judiciaire, pour autant qu'il s'agisse véritablement de trusts présentant des caractéristiques similaires à celles de la fondation et non, comme dans les cas des *constructive trusts*, de l'application par analogie d'effets juridiques prévus par le droit régissant les trusts à des relations juridiques d'une autre nature. Toutefois, se pose la question de l'importance pratique de ces cas.

Seuls les Etats contractants suivants ont formulé la déclaration d'extension prévue à l'article 20 : le Royaume-Uni, le Canada, la Chine (pour Hong-Kong) et le Luxembourg, seul Etat de *civil law*.

2.7.3 Article 21

Il n'y a également pas lieu de formuler une réserve au sens de l'article 21. En effet, d'une part, cette norme n'a guère de sens dans la mesure où elle ne se rapporte qu'au chapitre III de la convention et non au chapitre II avec lequel, logiquement, le chapitre III est inséparablement lié. D'autre part, elle vise à relativiser l'effet *erga omnes* de la convention, ce qui n'est pas souhaitable du point de vue suisse. Le but de la ratification de la convention est bien d'obtenir une réglementation aussi claire et uniforme que possible de la question de la loi applicable aux trusts. Dans ces conditions, il ne serait pas raisonnable d'ouvrir des brèches dans le champ d'application territorial de la convention.

Jusqu'à présent, aucun Etat contractant n'a fait usage du droit de formuler cette réserve.

2.7.4 Article 22

De même, une réserve au sens de l'article 22 se traduirait par une restriction inutile du champ d'application de la convention, ce qui nuirait à la fois à l'unification et à la sécurité du droit.

En l'occurrence également, aucun Etat contractant n'a encore fait usage de cette option..

3 Droit comparé

Quatre Etats de *civil law* (Italie, Pays-Bas, Malte et, tout récemment, le Luxembourg) ont d'ores et déjà ratifié la convention.

Les Pays-Bas ont adopté une loi d'introduction (*Wet coflictenrecht trusts* [WCT]) qui contient deux dispositions charnières qui font fonction d'interface avec le droit civil national.

L'article 3 WCT reprend la teneur de l'article 12 de la convention, en supprimant toutefois la subordonnée "pour autant que (...) incompatible avec cette loi", ce qui en somme, correspond à l'article 149d, alinéa 1, du projet Thévenoz. Notre projet, quant à lui, fait un pas de plus en prévoyant l'inscription obligatoire dans les registres publics existants.

L'article 4 WCT prévoit que les dispositions du droit national régissant le transfert de propriété, la fourniture de sûretés ou la protection des créanciers en cas d'insolvabilité du débiteur ne font pas obstacle aux effets déployés par l'article 11 de la convention. Cette disposition tient compte en premier lieu de l'article 3:84, alinéa 3, du code civil néerlandais selon lequel le transfert d'un bien intervient sans raison valable, lorsque le bien en question est censé servir de sûreté et non entrer dans le

patrimoine du bénéficiaire. La question de savoir si cette disposition s'oppose réellemment à la reconnaissance d'un trust étranger au sens de l'article 11 de la convention peut, en l'espèce, restée ouverte. En tout état de cause, le droit suisse ne connaît pas une telle disposition.

L'Italie a renoncé à adopter une législation portant introduction de la convention. Toutefois, il existe une pratique selon laquelle, les *trustees* doivent inscrire leur statut dans le registre foncier ainsi que dans le registre des actionnaires. Aux yeux de la Suisse, une inscription dans le registre des actionnaires ne semble pas nécessaire, puisque ce registre ne produit aucun effet à l'égard de la publicité au sens du droit civil. Toutefois, sous l'angle de la transparence (lutte contre le blanchiment d'argent), il pourrait être judicieux de rendre obligatoire une telle inscription.

Le Luxembourg a adopté une loi comprenant 15 articles, dont deux ont trait à la ratification de la convention ainsi qu'aux déclarations et réserves qui y sont liées. Quatre articles réglementent les relations entre la convention et le droit civil national.

L'alinéa 1 de l'article 2 statue que le *trustee* doit être traité en qualité de propriétaire des biens du trust. L'alinéa 2 du même article dispose expressément que la séparation des biens du trust du patrimoine personnel du *trustee*, prévue à l'article 11 de la convention est valable nonobstant l'alinéa 1. D'un point de vue suisse, il y a lieu de renoncer à une disposition telle que celle de l'article 2. Le droit au patrimoine du trust découle du droit applicable aux différents éléments patrimoniaux selon la LDIP. S'il y a lieu d'appliquer le droit suisse (p.ex. lorsque les choses sont sises en Suisse), le *trustee* doit déjà, sur la base des normes actuelles, être considéré comme titulaire du droit à part entière.

L'article 10 de la loi luxembourgeoise prévoit que dans le cadre de transactions relatives à des droits réels sur des biens immobiliers, l'existence d'une fiducie ou d'une relation de trust doit faire l'objet d'une mention dans le registre foncier. En vertu de l'article 11, le fiduciaire et le *trustee* sont tenus de pourvoir à ce que les relations de fiducie ou de trust existantes soient mentionnées dans les autres registres publics. Tous ces points sont réglés à l'article 149c LDIP du présent projet. Ce régime va même plus en détail que les normes luxembourgeoises puisqu'il détermine également les conséquences d'une omission.

L'article 12 régit les formes en lesquelles doivent être établies des relations de fiducie ou de trust relatives aux immeubles, bateaux ou aéronefs. Du point de vue suisse, il n'est pas nécessaire de régler spécialement cette question. En effet, selon l'article 8 de la convention, la validité formelle d'un trust est régie par la loi applicable à celui-ci. Quant au transfert de droits réels, il continue, en revanche, d'être régi par le droit applicable aux biens en question (art. 4 de la convention). Celui-ci détermine également si l'acte générateur d'obligation à la base du transfert est soumis à des conditions de forme.

Les articles 4 à 9 modifient partiellement le droit luxembourgeois régissant la fiducie. Le présent avant-projet ne contient aucune disposition de cette nature, comme cela a déjà été exposé (cf. ch. 23). Enfin, les articles 13 à 15 de la loi luxembourgeoise ne comportent que des dispositions finales.

Le projet de la Principauté de Liechtenstein ne prévoit pour l'instant aucune loi d'introduction. Toutefois, la question est encore en suspens. Le Liechtenstein se

trouve ici dans une situation spéciale, puisque son droit privé connaît déjà avec la « Treuhänderschaft » un institut juridique semblable au trust.

4 Effets de l'avant-projet

4.1 Effets sur le plan financier et du personnel

La ratification de la convention de La Haye relative au trust et la législation d'introduction prévue dans l'avant-projet n'engendrent pas d'effets financiers pour la collectivité publique.

4.2 Effets sur le plan informatique

Il ne faut pas s'attendre à des effets au niveau de l'informatique.

4.3 Effets sur l'économie publique

La sécurité juridique accrue obtenue grâce à la ratification de la convention renforcera la place financière suisse puisque les conditions pour la création et la gestion de trusts en Suisse s'en trouvent améliorées. L'instrument du trust est grandement apprécié par une partie importante de la clientèle étrangère. L'amélioration de la sécurité juridique permet d'éviter que les affaires existantes ne partent à l'étranger où de nouveaux centres de gestion de trusts sont en voie de création (p.ex. à Singapour). En même temps, cela permet à la Suisse d'offrir une alternative sérieuse par rapport aux *offshore centers* qui doivent faire face à une pression internationale accrue, qui entraînera ainsi une augmentation des affaires de trust.

5 Rapport avec le droit européen

Le droit européen ne dispose que de peu de règles relatives aux trusts. La convention de Rome relatif au droit applicable aux obligations contractuelles ainsi que l'avant-projet d'une proposition de règlement du Conseil sur le droit applicable aux obligations non contractuelles excluent expressément le trust de leur champ d'application. La convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ainsi que le règlement (CE) no 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale contiennent quelques dispositions au sujet de la compétence des tribunaux en cas de litiges relatifs à un trust. Ceci vaut également pour la convention parallèle à la convention de Bruxelles passée entre les Etats membres de la Communauté européenne et l'AELE, soit la convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 qui lie également la Suisse. Cette convention n'est pas touchée par une ratification de la convention de La Haye relative au trust et par les adaptations du droit existant prévues dans l'avant-projet. Elle l'emporte sur l'article 149a LDIP de l'avant-projet (art. premier, al. 2, LDIP). Lors de l'élaboration de l'article 149a, il a de toute façon été veillé à ce que la réglementation proposée se recoupe avec celle de la convention de Lugano.

6

Bases légales

Le présent arrêté fédéral est basé sur l'article 54, alinéa 1, de la Constitution fédérale (CF, RS 101) selon lequel les affaires étrangères relèvent de la Confédération. En vertu de l'article 166, alinéa 2, CF, il tombe dans la sphère de compétence de l'Assemblée fédérale. Il doit être soumis au référendum facultatif (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, CF).

