

05.088

**Message
concernant l'approbation et l'exécution
de la Convention de La Haye relative à la loi applicable
au trust et à sa reconnaissance**

du 2 décembre 2005

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de l'adopter, un projet d'arrêté fédéral portant approbation et exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

Nous vous proposons, par ailleurs, de classer l'intervention parlementaire suivante:

2003 P 03.3233 Reconnaissance des trusts. Accélérer la ratification
de la Convention de La Haye
(N 19.12.03, [Suter]-Pelli)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

2 décembre 2005

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Samuel Schmid
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

On entend par trust une relation juridique dans laquelle certaines valeurs patrimoniales sont confiées à titre fiduciaire à une ou plusieurs personnes (trustees), qui doivent les administrer et les utiliser pour un but prescrit par le fiduciaire. Ce but peut être de portée générale ou peut consister à favoriser des personnes déterminées. 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'administration fédérale, 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.

En adoptant, sous forme de postulat, la motion «Reconnaissance des trusts. Accélérer la ratification de la Convention de La Haye» (03.3233) déposée par l'ancien conseiller national Marc Sutter (et reprise par la suite par le conseiller national Fulvio Pelli), le Parlement a, en outre, chargé 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».

De la mi-décembre 2003 à la fin mars 2004, l'administration fédérale a mené une préconsultation informelle auprès des organisations économiques intéressées, d'un certain nombre d'autorités sélectionnées, ainsi que des facultés suisses de droit. Cette consultation avait 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 suisse (respectivement de droit international privé). Un avant-projet d'arrêté fédéral «portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance», élaboré sur cette base, a été soumis à une procédure de consultation entre le 1^{er} octobre 2004 et le 31 janvier 2005.

Le projet qui vous est soumis n'a pas fondamentalement changé par rapport à l'avant-projet mis en consultation. Il prévoit, d'une part, l'approbation de la Convention de La Haye sur les trusts et, d'autre part, quelques adaptations de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)¹ et de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)². Les nouvelles dispositions de la LDIP visent, en premier lieu, à régler l'interaction nécessaire entre cette loi et la convention. Elles doivent, ensuite, compléter le régime mis en place par la convention par des dispositions concernant des thèmes que la convention ne règle pas, tels que la compétence des

¹ RS 291

² RS 281.1

tribunaux et la reconnaissance de décisions étrangères. Le volet relatif à la LDIP comprend, par ailleurs, une disposition sur la mention des trusts dans le registre foncier ou sur leur inscription dans des registres existants de la propriété intellectuelle. L'objectif des dispositions de la LP est de mettre en œuvre, dans le droit suisse régissant l'exécution forcée, le principe prévu par le droit des trusts selon lequel le patrimoine du trust doit être séparé de celui du trustee. Il s'agit également de régler la procédure d'exécution visant le patrimoine d'un trust.

Table des matières

Condensé	562
1 Présentation du projet	566
1.1 Point de la situation	566
1.2 Importance économique du trust en Suisse	567
1.3 Le trust en tant qu'institution juridique	568
1.3.1 Définition, catégories et diffusion	568
1.3.2 Les diverses fonctions remplies par le trust	569
1.3.3 Effets et nature juridique du trust	569
1.3.3.1 Différences par rapport à la fiducie	569
1.3.3.2 Différences par rapport à la fondation	569
1.3.3.3 Distraction en cas de faillite	570
1.3.3.4 Statut du bénéficiaire	570
1.3.3.5 Tracing	571
1.3.3.6 Pas de droit réel pour le bénéficiaire	571
1.4 Régime applicable au trust en Suisse selon le droit en vigueur	572
1.4.1 Reconnaissance du trust selon la loi sur le droit international privé (LDIP)	572
1.4.1.1 Qualification du trust	572
1.4.1.2 Constructive trusts	573
1.4.1.3 Article 154, alinéa 1, LDIP	573
1.4.1.4 Article 154, alinéa 2, LDIP	573
1.4.1.5 Trusts testamentaires	573
1.4.1.6 Trusts servant à fournir des sûretés réelles	574
1.4.1.7 Article 335, alinéa 2, CC	574
1.4.2 Etendue de la reconnaissance selon la LDIP	576
1.4.2.1 Principe	576
1.4.2.2 Séparation des biens du trust du patrimoine du trustee et ordre public	576
1.4.2.3 Pas de reconnaissance du tracing par rapport à des tiers	578
1.5 Aperçu du contenu de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust	578
1.6 Situation juridique en cas de ratification de la convention de La Haye	580
1.6.1 Reconnaissance	580
1.6.1.1 Qualification	580
1.6.1.2 Constructive trusts	581
1.6.1.3 Loi applicable	581
1.6.1.4 Trusts testamentaires	581
1.6.1.5 Sûretés réelles	582
1.6.2 Etendue de la reconnaissance selon la convention	582
1.6.2.1 En principe pas de reconnaissance plus étendue	582
1.6.2.2 Concernant la question particulière du <i>tracing</i>	582
1.6.2.3 Régime matrimonial et droit de succession	583
1.6.2.4 Ordre public	583
1.6.2.5 Lois d'application immédiate	584
1.7 Appréciation	584

1.7.1	Avantages de la convention par rapport à la LDIP actuellement en vigueur	584
1.7.2	Compatibilité de la convention avec le régime juridique suisse	586
1.7.2.1	Principe de la publicité en droit civil	586
1.7.2.2	Numerus clausus des droits réels	587
1.7.3	La ratification appelle-t-elle des réserves d'ordre politico-juridiques?	588
1.7.3.1	Blanchiment d'argent	588
1.7.3.2	Droit fiscal	590
1.7.3.3	Risque que le droit civil suisse soit éludé	590
1.7.3.4	Dommage causé aux héritiers ou aux créanciers	590
1.7.3.5	Lex Koller	591
1.7.4	Une révision de la LDIP en lieu et place d'une ratification de la convention?	591
1.7.5	Résultats de la procédure de consultation	591
1.8	Mise en œuvre	592
1.8.1	Adaptations législatives nécessaires	592
1.8.2	Adaptations non indispensables à une mise en œuvre de la convention	592
1.8.2.1	Adaptations du Code civil suisse (CC)	592
1.8.2.2	Adaptation du Code des obligations (CO)	593
1.8.2.3	Dispositions régissant la surveillance	594
1.8.2.4	Adaptation du droit fiscal	595
1.8.3	Déclarations et réserves portant sur la convention	595
1.9	Liquidation d'interventions parlementaires	596
2	Commentaire des modifications législatives proposées	597
2.1	Remarque préliminaire	597
2.2	Loi sur le droit international privé (LDIP)	597
2.3	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)	608
3	Droit comparé	612
4	Conséquences du projet	616
4.1	Conséquences financières et effets sur l'état du personnel de la Confédération, des cantons et des communes	616
4.2	Conséquences économiques	617
5	Programme de la législation	617
6	Aspects juridiques	617
6.1	Constitutionnalité	617
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	618
7	Relation avec le droit européen	618
	Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (Projet)	619
	Convention relative à loi applicable au tust et à sa reconnaissance	623

Message

1 Présentation du projet

1.1 Point de la situation

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, qui était à l'époque 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 Grande-Bretagne, en Italie, en Australie, à Hong-Kong, au Canada, aux Pays-Bas, à Malte et au Luxembourg. Elle entrera en vigueur au Liechtenstein en avril 2006 et à Saint Marin en août 2006.

Au début des années 90 déjà, l'administration fédérale 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'administration fédérale 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'administration fédérale s'est livrée à un examen approfondi de l'opportunité d'une ratification.

Le 8 mai 2003, le conseiller national Marc Suter a déposé une motion (03.3233), reprise ensuite par le conseiller national Fulvio Pelli, dont les termes étaient les suivants:

«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 s'est déclaré prêt à accepter le point 2 de la motion et a proposé de transformer le point 1 en postulat.

Le 19 décembre 2003, le Conseil national a adopté le point 2 de la motion et transmis le point 1 sous forme de postulat. Le 23 septembre 2004, le Conseil des Etats a transmis le point 2 de la motion sous forme de postulat des deux conseils.

De la mi-décembre 2003 à la fin mars 2004, l'administration fédérale a mené une préconsultation informelle auprès des organisations économiques intéressées, d'un certain nombre d'autorités sélectionnées, ainsi que des facultés suisses de droit. Elle portait sur un premier avant-projet proposant une série de nouvelles normes de droit

civil. Un avant-projet d'arrêté fédéral «portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance», élaboré sur cette base, a été soumis à une procédure de consultation entre le 1^{er} octobre 2004 et le 31 janvier 2005.

1.2 Importance économique du trust en Suisse

Il existe, en Suisse, d'importantes 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 centres *offshore*, où une grande partie des trusts a été constituée jusqu'à présent, subissent une pression internationale de plus en plus forte, de sorte que la Suisse pourrait offrir une alternative sérieuse puisqu'elle assure, entre autres, des prestations de service discrètes et de grande qualité en matière de gestion et de conseil, tout en disposant d'une législation de surveillance des banques et de lutte contre le blanchiment de capitaux reconnue sur le plan international.

Par ailleurs, la Suisse a également affaire aux trusts d'une autre manière. 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. Les particuliers ou les investisseurs institutionnels suisses investissent de plus en plus dans des fonds de placement qui sont, parfois, organisés sous la forme d'*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.

1.3 Le trust en tant qu'institution juridique

1.3.1 Définition, catégories et diffusion

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 répandue 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 ou peut consister à favoriser des personnes déterminées (*beneficiaries*). 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.

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 concrets. 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 fiduciaire 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 fiduciaire. 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. ch. 1.3.3.3 et 1.3.3.5). Par fiduciaires, il faut entendre, avant tout, les personnes qui sont contractuellement ou légalement chargées d'administrer un patrimoine.

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'autres Etats. Il s'agit, pour certains, d'Etats qui ont, sous une forme ou une autre, des liens avec le régime de la *common law*, tels que l'Ecosse, l'Afrique du Sud, le Québec, la Louisiane, les îles anglo-normandes, Malte et le Sri Lanka, mais aussi d'Etats étrangers à ce régime, comme le Japon, la Corée du Sud, la Chine, Taiwan, Israël, le Liechtenstein et, depuis peu, Saint Marin. Toute une série d'Etats d'Amérique latine ont également introduit le trust dans leurs législations ou, du moins, créés des institutions juridiques similaires. (Voir les remarques de droit comparé relatives à certains de ces Etats au ch. 3.)

1.3.2 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 de droit suisse suivantes: l'administration fiduciaire de bien, 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 dans une procédure d'exécution forcée. 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 de «trust» a pris une connotation négative pour de nombreuses personnes.

1.3.3 Effets et nature juridique du trust

1.3.3.1 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 fiduciant (constituant) – abstraction faite des cas particuliers dans lesquels il s'est réservé le droit de donner des instructions, voire un droit de révocation – n'a 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.

1.3.3.2 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)³. A l'instar du trust, la fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but

³ RS 210

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 ce sont les *trustees* qui détiennent la propriété des biens du trust. Le droit anglo-américain n'accorde en principe pas la personnalité juridique au trust ni, partant, le droit de disposer directement du patrimoine. Le trust 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. Dans un trust, à la différence d'une fondation, c'est non seulement l'exercice, mais également la jouissance des droits civils qui repose sur des organes.

Comme il n'a pas la jouissance des droits civils, le trust ne saurait avoir d'obligation formelle. Formellement ce sont les *trustees* qui répondent des engagements en rapport avec le trust. Cependant, certaines obligations peuvent être imputées 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 termes 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. Dans certains régimes juridiques (p.ex. au Québec), le *trustee* engage exclusivement les biens du trust.

1.3.3.3 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.

1.3.3.4 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: il s'agit du fait que tout bénéficiaire 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, outre d'une créance qu'il peut faire valoir en justice, 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.

1.3.3.5 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 des valeurs patrimoniales en question 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 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 soit, lui aussi, de mauvaise foi, ou 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 et sont ainsi soustraits 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. 1.3.1).

1.3.3.6 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 interest*, *equitable title* ou autres termes similaires par opposition au *legal interest* ou *title* du *trustee*. 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-il 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 du trust et agit au nom de celui-ci). 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 peut-il 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.⁴

1.4 Régime applicable au trust en Suisse selon le droit en vigueur

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

1.4.1.1 Qualification du trust

En règle générale, les trusts, au sens du droit anglo-américain, constitués par acte juridique, sont couverts par la notion de *patrimoines organisés* telle qu'elle est prévue à l'art. 150, al. 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, selon certains auteurs de doctrine, il y a lieu d'exclure les cas particuliers des trusts pour lesquels, dans les faits, l'élément d'autonomie a, dans une large mesure, été supprimé et qui, partant, présentent de fortes similitudes avec le contrat de gestion fiduciaire en faveur de tiers. De ce point de vue, il faudrait ainsi plutôt traiter comme une relation contractuelle un trust dans lequel, par exemple, la fonction de *trustee* est liée à une personne déterminée et qui, de ce fait, ne prend naissance qu'à partir du moment où cette personne accepte de remplir cette fonction, et 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 ou lorsqu'il 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.

⁴ A ce sujet, cf. ch. 156 du rapport explicatif accompagnant l'avant-projet soumis à la consultation informelle préalable du 15 décembre 2003.

1.4.1.2 Constructive trusts

Les art. 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'art. 150 LDIP, mais de l'application par analogie du droit des trusts à d'autres catégories de relations juridiques (cf. ch. 1.3.1). En règle générale, il y a lieu de soumettre la *constructive trust* au droit qui est applicable à la relation juridique qui le sous-tend.

1.4.1.3 Article 154, alinéa 1, LDIP

Conformément à l'art. 154, al. 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.

1.4.1.4 Article 154, alinéa 2, LDIP

Lorsque l'art. 154, al. 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, le trust 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.

1.4.1.5 Trusts testamentaires

Dans le cas des trusts constitués par testament, les art. 90 et suivants LDIP sont réservés 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. Il est alors soumis au droit régissant la réserve légale, qui doit être déterminé selon les art. 90 et 91 LDIP. Pour le reste les trusts testamentaires sont également soumis au droit applicable selon l'art. 154 LDIP, 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 art. 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 qui prévaut semble considérer que les contenus possibles des dispositions pour cause de mort sont 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'instaurer 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 l'art. 493 du Code civil suisse (CC)⁵, en vertu duquel un testament peut prévoir la création d'une fondation, ne pourrait pas être interprété de manière extensive et, de la sorte, être appliqué à des institutions équivalentes du droit étranger. Une autre doctrine va encore un peu plus loin, puisqu'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, comme la constitution d'une fondation, la doctrine en question 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.

1.4.1.6 Trusts servant à fournir des sûretés réelles

S'agissant des 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.), on peut se demander s'il ne faudrait pas les soumettre de préférence aux dispositions de la LDIP relatives aux droits réels plutôt qu'aux art. 150 et suivants de cette même loi.

1.4.1.7 Article 335, alinéa 2, CC

Une autre question est également en suspens: jusqu'à quel point la reconnaissance au sens de la LDIP englobe-t-elle les trusts qui remplissent la fonction de fondation d'entretien?

L'art. 335, al. 2, CC interdit la constitution de fidéicommis de famille. On entend par là un patrimoine spécial consacré à une famille déterminée, qui doit être préservé dans sa substance par le membre de la famille habilité à l'utiliser et qui, à une date donnée, par exemple au décès de cet ayant droit, sera transmis à un autre membre de la famille. Le législateur de l'époque n'approuvait pas l'affectation du patrimoine au profit d'une seule famille qui résulte de cette institution. En revanche, l'art. 335, al. 1, autorise la création de fondations de famille destinées «au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille ou à des buts

⁵ RS 210

analogues». Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les fondations de famille qui ne servent pas un des ces buts sont considérées comme des fondations d'entretien et, à ce titre, tombent sous le coup de l'interdiction statuée à l'al. 2. Il est communément admis que la distinction opérée entre les arrangements autorisés et ceux qui sont interdits ne tient pas à la construction juridique qui les sous-tend, mais à leur but. Sont proscrits, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les arrangements qui n'attribuent des avantages à leurs bénéficiaires que pour leur permettre de jouir d'un train de vie plus agréable, sans références à des conditions particulières d'une circonstance de vie donnée (ATF 108 II 393).

Un fidéicommiss de famille peut également résulter de plusieurs substitutions fidéicommissaires successives. Le CC contient, pour ce cas, une disposition qui interdit expressément, en cas de substitution fidéicommissaire, de grever à son tour l'appelé de l'obligation de rendre la succession à un tiers (art. 488, al. 2).

Par le passé, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt (ATF 108 II 398 ss) dans lequel, à la lumière de l'art. 335 CC, il refusait encore la reconnaissance à une fondation d'entretien créée selon le droit liechtensteinois, dont le siège effectif se trouvait en Suisse. Toutefois, la situation juridique à cet égard a maintenant changé, suite à 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 privé suisse, en tant que droit de l'Etat dans lequel cette fondation était effectivement administrée. L'art. 335 CC devenait ainsi directement applicable. Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, le Tribunal fédéral a exclu de sa jurisprudence (ATF 117 II 494 ss) la réserve de fraude à la loi (réserve *fraus legis*) en rapport avec le rattachement au lieu de l'incorporation. C'est pourquoi, s'agissant des entités juridiques soumises au droit étranger, l'art. 335 CC ne peut désormais plus jouer qu'un rôle de disposition impérative du droit suisse (*loi d'application immédiate*) au sens de l'art. 18 LDIP. Il s'agit ici de ne pas perdre de vue que pour une application des normes du droit suisse par le biais de l'art. 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, ce qui est vrai en l'espèce lorsque le trust en question a un lien suffisant avec la Suisse. Il faut de surcroît (pour reprendre les termes utilisés par le Conseil fédéral dans son message relatif à la LDIP du 10 novembre 1982⁶) 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, l'interdiction de cette institution s'inspire dans une large mesure de considérations morales (prévenir l'oisiveté) et idéologiques (éliminer les structures féodales) qui semblent aujourd'hui plutôt dépassées. Dans la doctrine, les avis à ce sujet sont partagés.

Dans la doctrine, on estime parfois qu'il ne peut y avoir d'incompatibilité entre les trusts et l'art. 335, al. 2, CC, puisque le droit anglo-américain prévoit également des restrictions quant à la durée du trust, et donc de l'immobilisation du patrimoine qui en résulte (*rule against perpetuities*).

6 FF 1983 I 257-501, ch. 214.53

1.4.2 Etendue de la reconnaissance selon la LDIP

1.4.2.1 Principe

Lorsque la soumission d'un trust aux art. 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. Elle comprend également 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 en principe 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 l'art. 242 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁷ par analogie avec l'art. 401, al. 3, du Code des obligations (CO)⁸, ou une procédure de distraction par analogie avec l'art. 16 de la loi fédérale sur les fonds de placement (LFP)⁹.

Ne sont pas couvertes par le statut du trust les questions préliminaires telles que celles de la capacité civile générale ou du régime des biens des parties au trust, de la validité d'un testament (cf. ch. 1.4.1.5), du transfert d'un droit réel, d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un autre droit en lien avec un trust, ou encore la question de la révocation d'un trust dans une procédure d'exécution forcée.

1.4.2.2 Séparation des biens du trust du patrimoine du trustee et ordre public

La reconnaissance du trust, en particulier de l'exclusion de responsabilité prévue par le droit applicable, est soumise à la réserve de l'ordre public (art. 17 LDIP). Le Tribunal fédéral inclut dans cette réserve les art. 715 (non-validité d'un pacte de réserve de propriété qui n'est pas inscrit dans un registre public) et 717 (une chose transférée ne peut être retenue par l'aliénateur) CC et, partant, probablement aussi, de manière générale, le principe de la publicité régissant le droit civil suisse en matière de droits réels. Ce principe protège notamment les créanciers potentiels du propriétaire d'un bien dans la confiance qu'ils ont que la personne concernée dispose effectivement du droit de disposer du bien en question. Dans le cadre d'un trust, la question se pose de savoir si la réserve d'ordre public protège la confiance que peuvent avoir les créanciers du *trustee* dans le fait que les biens du trust qui sont en possession de ce dernier font apparemment partie de sa fortune personnelle et pourront être revendiqués en cas d'exécution forcée.

Cependant, le principe de publicité mentionné 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 du droit privé suisse. 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'art. 401 CO. Selon le Tribunal

⁷ RS 281.1

⁸ RS 220

⁹ RS 951.31

fédéral, cette disposition ne vaut que pour les valeurs patrimoniales acquises 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 valeurs acquises par un mandataire indirect, d'une part, et les valeurs confiées à titre fiduciaire, d'autre part, est problématique. Ils préconisent donc que l'on étende *de lege ferenda*, voire selon le droit actuel, le champ d'application de l'art. 401 CO. En conséquence, la distraction de biens confiés à titre fiduciaire prévue par un droit étranger ne saurait être considérée comme 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'art. 401 CO en étant transférés sur un compte bancaire et par là même transformés en une créance envers une tierce personne (ATF 78 II 445 ss). L'arrêt en question n'a certes jamais été confirmé expressément. Il existe toutefois plusieurs arrêts rendus ultérieurement qui vont également dans ce sens.

Les dispositions de l'art. 16 de la loi fédérale sur les fonds de placement (LFP)¹⁰ et de l'art. 37b de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB)¹¹ doivent également être considérées en ce qu'elles prévoient d'autres restrictions à l'application du principe de la publicité. Selon la doctrine, la distraction prévue à l'art. 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 la distraction des biens du trust imposée par le statut du trust, dans la mesure où ces biens sont administrés séparément (ce que prescrit le droit anglo-américain) et lorsque le trust en question est de notoriété publique. Cependant, dans ce contexte, l'art. 16 LFP n'a de portée autonome par rapport à l'art. 401 CO que si les biens en question sont des immeubles qui, évidemment, ne sont pas visés par l'art. 401 CO. En l'occurrence, une application analogique de ce régime à un trust ne pourrait se justifier que si, par analogie avec l'art. 36, al. 2, let. 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'art. 36, al. 2, let. a, LFP, reste controversée. Certains auteurs estiment que la 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, certains auteurs de doctrine plaident déjà pour une extension du champ d'application de l'art. 401, al. 3, CO aux immeubles, une incertitude 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 2001¹²,

¹⁰ RS 951.31

¹¹ RS 952.0

¹² 5C.169/2001

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. Toutefois, il ne s'agissait pas, en l'espèce, de biens immobiliers.

Quant aux papiers-valeurs, il y a lieu de renvoyer non seulement aux dispositions déjà évoquées des art. 401, al. 3, CO, 16 LFP et 37b LB, mais également à l'art. 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 pignoratif 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. Aux Etats-Unis, certains Etats de l'Union vont même jusqu'à exiger que les trusts soient inscrits dans un registre public.

1.4.2.3 Pas de reconnaissance du tracing par rapport à des tiers

Sont exclus de la reconnaissance d'un trust sur la base de l'art. 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; cf. ch. 1.3.3.5). Ces droits – nous l'avons vu – sont fondés sur la faute ou découlent d'un enrichissement illégitime. Partant, ils ne sont pas soumis aux art. 150 ss LDIP, mais bien aux art. 129 ss et aux art. 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.

1.5 Aperçu du contenu 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.

Il est communément admis que le terme de trust utilisé dans la convention recouvre non seulement le trust anglo-américain, mais également certaines institutions apparues d'autres pays. La question de savoir dans quelle mesure la convention s'applique aux rapports de fiducie établis contractuellement est, en revanche, controversée (cf. ch. 1.6.1.1).

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, entre 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 ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee* (art. 4). Selon la conception dominante, d'autres questions préliminaires sont également exclues du champ d'application de la convention.

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, par. 1). Pour déterminer cette loi, il y a lieu de tenir compte, notamment, des éléments suivants (art. 7, par. 2), présentés ici par ordre d'importance décroissante:

- 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, par. 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. Il est également possible de soumettre un sous-ensemble de questions juridiques distinctes à un droit séparé lorsque la loi applicable est déterminée selon l'art. 7 (art. 9).

Le chap. 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)¹³, 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 est 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). S'agissant de ce droit à restitution, la reconnaissance est limitée par le fait que pour le statut juridique de tiers qui sont en possession de biens du trust, le droit international privé des Etats contractants est réservé (cf. ch. 1.6.2.2).

La convention concède aux Etats contractants le droit de ne pas reconnaître un trust lorsque ses éléments significatifs, 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 chap. II et qui ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie du trust en cause (art. 13). L'art. 13 contient une autorisation directe dont peuvent se prévaloir les Etats contractants. La formulation d'une réserve n'est pas prévue.

L'art. 15 de la convention prévoit une réserve en faveur des dispositions impératives du droit auxquelles renvoie la législation sur le droit international privé 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 droit international privé. Partant, cette réserve n'aurait qu'un champ d'application très limité, puisqu'une grande partie des questions énumérées aux let. a à f peuvent être considérées comme des questions préliminaires, qui n'entrent de toute façon pas dans le champ d'application du statut du trust au sens de la convention. C'est le cas, par exemple, pour les questions de capacité civile générale des parties, de régime matrimonial, de dévolution des successions (en particulier concernant la réserve), de transfert de propriété dans le cadre d'un trust et d'action intentée contre un trust dans une procédure d'exécution forcée.

L'art. 16 prévoit une réserve supplémentaire en faveur des normes juridiques de chaque Etat contractant 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 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), qui permet aux autorités suisses de refuser en l'espèce l'application du statut du trust, lorsque celle-ci entraînerait un résultat qui serait en contradiction grave avec nos conceptions juridiques et morales.

1.6 Situation juridique en cas de ratification de la convention de La Haye

1.6.1 Reconnaissance

1.6.1.1 Qualification

Si l'on fait abstraction du 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, devrait être plus large que celui qui résulte de la LDIP. On peut partir de l'idée que tout trust constitué par acte juridique (dont la preuve est apportée par écrit) serait soumis à la convention, indépendamment de son degré d'autonomie ou d'organisation (cf. ch. 1.4.1.1). Certains sont même d'avis que la notion de trust telle qu'elle ressort de la convention englobe également les relations de fiducie purement contractuelle que connaît le droit de l'Europe continentale, c'est-à-dire les relations juridiques qui naissent d'un accord entre le fiduciaire et le fiduciaire et qui continuent ensuite d'être soumises au pouvoir de disposition des parties.

L'art. 2, par. 2, let. a, de la convention dans sa version française («les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*») permet une interprétation selon laquelle les trusts visés par la convention doivent être des patrimoines distincts autonomes, au sens d'une entité juridique indépendante, pour ce qui est de son existence et de son identité, des personnes qui y participent. Cette interprétation exclurait donc les relations fiduciaires contractuelles.

Il n'y a, en revanche, pas de relation fiduciaire contractuelle à proprement parler lorsque le rapport juridique en question découle bien d'un contrat entre le fiduciaire et le fiduciaire, mais que le pouvoir de disposer est ensuite retiré aux parties, comme cela peut être le cas, par exemple, pour la *Treuhänderschaft* du droit liechtensteinois (cf. également la proposition de codification du droit régissant la fiducie dans le projet Thévenoz). Il convient, dans un tel cas, de considérer la relation comme un trust constitué par un acte non pas unilatéral, mais bilatéral.

1.6.1.2 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 (cf. ch. 1.4.1.2 et 1.5).

1.6.1.3 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'art. 154, al. 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. En outre, elle n'entend être appliquée que dans la mesure où la loi applicable qu'elle détermine connaît l'institution du trust.

1.6.1.4 Trusts testamentaires

Une ratification de la convention de La Haye ne devrait rien changer à la situation des trusts testamentaires. S'agissant de la validité des testaments et du droit régissant la réserve légale, les dispositions de droit successoral de la LDIP restent réservées (art. 4 et art. 15, al. 1, let. c). La convention permet également aux tribunaux 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; art. 15, par. 1, let. c).

1.6.1.5 Sûretés réelles

Sous l'empire du droit en vigueur, les trusts constitués dans l'unique but de constituer des sûretés réelles doivent peut-être être soumis non pas au statut du trust, mais au statut réel pertinent (art. 99 et 100 LDIP). Il restera possible, après ratification de la convention, d'appliquer le statut réel (art. 15, par. 1, let. d, de la convention).

1.6.2 Etendue de la reconnaissance selon la convention

1.6.2.1 En principe pas de reconnaissance plus étendue

Comme c'est déjà le cas avec l'application des art. 150 ss LDIP, la convention entraîne elle aussi, en principe, la reconnaissance du trust avec tous ses effets juridiques, y compris la distraction des biens du trust en cas d'exécution forcée contre le *trustee* (art. 11, par. 3, let. b). La reconnaissance recouvre également le devoir de restitution du *trustee* qui, en violation de ses obligations, aurait aliéné les biens du trust ou les aurait confondus avec ses biens personnels. Sont en revanche expressément exclues les prétentions envers des tiers détenteurs de biens du trust et, partant, le droit d'intenter une action en restitution contre l'acquéreur de biens aliénés déloyalement. Dans ce cas, c'est le droit international privé de l'Etat contractant compétent qui s'applique (art. 11, par. 3, let. d, cf. ch. 1.6.2.2). A cet égard, la reconnaissance sous le régime de la convention n'est pas plus étendue que sous l'empire de la LDIP. Tout comme selon la LDIP actuelle, le droit d'intenter une action contre l'acquéreur de biens du trust est soumis non pas au statut du trust, mais au droit applicable aux actes illicites, respectivement à l'enrichissement illégitime, et ne sera donc reconnu que dans la mesure où ces dispositions le 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. 4 et 15, par. 1, let. d de la convention), par le statut réel selon les art. 99 et 100 LDIP. De même, d'autres questions préliminaires qui se posent en rapport avec un trust sont soumises, comme dans le régime actuel, au droit qui leur est applicable.

1.6.2.2 Concernant la question particulière du *tracing*

Une partie de la doctrine considère que la dernière phrase de l'art. 11, par. 3, let. d, de la convention, selon laquelle le statut juridique de tiers détenteurs de biens du trust est exclu de la reconnaissance, ne s'applique pas à l'acquisition par des tiers de biens du trust détournés, mais uniquement aux cas dans lesquels le trustee confie l'administration des biens du trust à une tierce personne, par exemple à une banque. Toutefois, le libellé de la dernière phrase de l'art. 11, par. 3, let. d, ne permet pas d'étayer cette thèse. Les travaux préparatoires ne sont pas non plus d'un grand secours: il ressort, tout au plus, du rapport explicatif sur la convention¹⁴ que c'est une intervention de la Banque des règlements internationaux qui est à l'origine de la première variante de la disposition en question, dont l'objectif était de protéger les banques des actions en restitution intentées en rapport avec un trust. En revanche, les

¹⁴ Conférence de La Haye, Actes et documents de la Quinzième session, Vol. II, p. 370 ss

procès-verbaux de négociations¹⁵ montrent que la formulation actuelle de cette disposition doit couvrir le statut juridique non seulement des banques, mais, d'une façon générale, de tous les tiers. Quoi qu'il en soit, en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁶, il ne peut être fait appel aux travaux préparatoires que si l'interprétation basée sur la formulation du texte laisse le sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable (art. 32), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Même si l'on arrive à la conclusion que la reconnaissance obligatoire qui découle de l'art. 11 couvre en principe également les prétentions à l'égard de tiers, il résulte de l'art. 15 de la convention que la LDIP exclut ce dernier cas de figure du statut du trust, parce qu'il s'agit d'une question ne relevant pas du droit des trusts (à ce sujet, voir le commentaire de l'art. 149c au ch. 2.2), et le soumet aux dispositions pertinentes de la LDIP applicables aux actes illicites ou à l'enrichissement illégitime (respectivement art. 132 ss et 128 ss LDIP).

1.6.2.3 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 dans le cadre 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.

1.6.2.4 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. On peut supposer que l'invocation de la réserve en faveur de l'ordre public n'est pas de nature à remettre fondamentalement en cause l'ampleur minimale de la reconnaissance prévue à l'art. 11 de la convention. Cela vaut particulièrement pour les let. a et b du par. 3, aux termes desquelles la reconnaissance d'un trust repose sur la séparation des biens du trust du patrimoine personnel du *trustee*. Cette séparation ne pourrait peut-être être refusée que dans des cas bien particuliers, notamment lorsque le *trustee* a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou lorsqu'une relation de trust n'a pas fait l'objet d'une mention au registre foncier. Dans de tels cas, le droit applicable exclut déjà lui-même régulièrement une séparation. En outre, la question ne se posera sans doute que très rarement, puisque – comme nous l'avons déjà dit – le champ d'application possible de la réserve en faveur de l'ordre public s'agissant de la question de la distraction des biens du trust est déjà très limitée sous l'angle du droit interne (cf. ch. 1.4.2.2).

¹⁵ Conférence de La Haye, Actes et documents de la Quinzième session, Vol. II, p. 279 ss
¹⁶ RS 0.111

1.6.2.5 Lois d'application immédiate

La possibilité des Etats contractants de faire utilisation de leurs lois d'application immédiate (art. 16, par. 1 de la convention) reste inchangée. Quant à savoir si l'art. 335, al. 2, CC est également visé ici, cela dépend de la portée internationale que cette disposition peut avoir au sens de l'art. 18 LDIP (cf. supra, ch. 1.4.1.7). Si cette portée internationale est avérée, on peut supposer que l'interdiction des fidéicommiss de famille vaudra également sous le régime de la convention de La Haye sur les trusts. Dès lors, les trusts qui remplissent la fonction d'une fondation d'entretien ne seront pas valables s'ils ont un lien suffisamment étroit avec la Suisse. Au vu de cette possible conséquence, la motion Suter/Pelli, ainsi que divers avis exprimés lors de la procédure de consultation, demandent une adaptation de l'art. 335 CC. La position du Conseil fédéral sur ce point est exposée au ch. 1.8.2.1.

1.7 Appréciation

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

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 des art. 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, dans le cas fréquent, par exemple, 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 pas de savoir s'il convient de reconnaître les trusts étrangers en Suisse, mais bien de déterminer laquelle, de la LDIP ou de la convention de La Haye, est la voie la plus avantageuse.

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. 1.2) et que cette situation nécessite d'améliorer la sécurité juridique dans ce domaine. 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. Comme nous l'avons exposé au ch. 1.2, les affaires traitées en relation avec des trusts ne cessent de gagner en importance. Le fait de disposer d'une base juridique sûre renforcerait l'attractivité de la place helvétique et contribuerait à son maintien à long terme, ce qui ne peut que se répercuter favorablement sur le volume des affaires.

Sous l'angle de la sécurité du droit, la convention de La Haye offre des avantages de taille:

1. Le trust est régi par un droit qui lui est propre. La question ne se pose donc plus de savoir s'il doit être qualifié de société ou de rapport contractuel et dans quelle mesure il convient, pour les trusts considérés en principe comme des sociétés, de prévoir des exceptions en faveur des règles du droit régissant les contrats (par ex. pour les trusts n'ayant pas un degré d'autonomie ou d'organisation suffisant). Une autre question se pose, toutefois, qui est celle de la distinction entre le trust et les rapports de fiducie de nature purement contractuelle. Mais sur ce point, l'art. 2, al. 2, let. a, de la convention permet d'établir des règles claires, selon lesquelles les constructions purement contractuelles n'entrent pas dans le champ d'application de la convention (cf. ch. 1.6.1.1).
2. Dans le cas d'espèce, la règle statuée à l'art. 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 l'art. 154, al. 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, comme déjà mentionné, est plus favorable à la reconnaissance des trusts que les art. 150 et suivants LDIP. Cela offre l'avantage de pouvoir apprécier beaucoup plus souvent que ce n'est le cas aujourd'hui un trust à la lumière d'un régime juridique qui connaît l'institution du trust. 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'art. 9 de la convention permet de soumettre des éléments du trust susceptibles d'être isolés à une loi distincte. Or, l'art. 154 LDIP n'offre pas une telle faculté ou ne l'offre que de manière très restrictive.
5. Outre la reconnaissance des trusts étrangers, l'objectif principal de la convention est de contribuer à l'unification du droit. Elle permet, à ce titre, 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. Cette unification renforce également la sécurité du droit.

Par ailleurs, une ratification de la convention présenterait l'avantage de donner un signal sur le plan international. La Suisse pourrait ainsi faire savoir qu'elle a créé la sécurité juridique nécessaire s'agissant du régime applicable aux trusts étrangers.

La convention n'offre naturellement pas une réponse expresse à toutes les questions qui peuvent se poser. Outre le problème déjà mentionné du traitement des rapports de fiducie contractuels, les tribunaux auront, par exemple, à établir où se situe en l'espèce la limite entre le champ d'application du statut du trust et celui du droit applicable à d'autres domaines (droit des successions, droits réels, etc.). Quoiqu'il en soit, la ratification de la convention ne constituerait pas une péjoration du statu quo. Le trust n'étant pas explicitement réglé dans l'actuelle LDIP, la question des formes de trust devant être soumises au statut du trust et des domaines réglés par ce statut se pose également sous le régime en vigueur.

1.7.2 Compatibilité de la convention avec le régime juridique suisse

1.7.2.1 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, il reste à savoir 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 serait toutefois facilement résolu par une disposition telle que celle de l'art. 149*d* LDIP de l'avant-projet, qui 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. Il en va de même pour les droits de propriété intellectuelle (art. 149*c*, al. 2, LDIP). Le droit de revendiquer les biens du trust aliénés irrégulièrement et le droit à la distraction des biens du trust qui y est éventuellement associé ne tombent pas sous le statut du trust, comme nous l'avons déjà indiqué (cf. ch. 1.6.2.2).

Quand bien même la doctrine qui prévaut considère que l'application du principe de la publicité au patrimoine mobilier du trust doit passer après l'intérêt de l'ayant droit économique, il est évident que la publicité demeure, par principe, très souhaitable. Dans son premier avant-projet, l'Office fédéral de la justice avait proposé, par analogie avec la réserve de propriété prévue à l'art. 715 CC, l'inscription dans un registre des relations de trust. Toutefois, les réponses reçues avaient presque unanimement rejeté cette proposition et la disposition en question n'avait dès lors pas été intégrée dans le projet soumis à une procédure de consultation, ce que différents participants à cette consultation avaient apprécié. Dans la foulée, une autre disposition liée à la publicité, exigeant une mention du rapport de trust sur les valeurs à ordre, a également été écartée suite à des critiques lors de la consultation préalable. Les critiques contre le registre portaient sur l'effort administratif disproportionné et sur la complication des affaires liées au trust qui en serait résultée. Selon ces arguments, 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 statu quo.

Une réponse à la consultation proposait, à titre de solution de rechange, 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. Cela vaut également, en particulier, 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.

1.7.2.2 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 tendant à 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'art. 16 LFP, à l'art. 37b LB et à l'art. 401, al. 3, CO.

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). Nous avons déjà relevé que le droit du bénéficiaire 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'art. 401, al. 3, CO. Pour le reste, nous avons déjà relevé que le droit de revendiquer les biens du trust aliénés irrégulièrement et le droit de distraction des biens du trust qui lui est éventuellement lié ne sont de toute façon pas couverts par l'obligation de reconnaissance prévue par la convention (cf. ch. 1.6.2.2).

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 de *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 dans le cas d'une acquisition de mauvaise foi, révocation d'une donation pour une acquisition à titre gracieux).

1.7.3 La ratification appelle-t-elle des réserves d'ordre politico-juridiques?

En Suisse, le trust est parfois 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 dispositions relatives aux parts réservataires des héritiers, etc. Ces opinions appellent le commentaire suivant:

1.7.3.1 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 réaction aux 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)¹⁷, la Suisse satisfait d'ores et déjà aux exigences susmentionnées. En tant qu'intermédiaire financier, le *trustee* est tenu de vérifier l'identité à la fois du constituant (c'est-à-dire du *settlor*, considéré comme «cocontractant» au sens de l'art. 3 LBA et comme «fondateur» au sens de l'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]¹⁸) et du bénéficiaire en tant qu'ayant droit économique (art. 4, al. 1, let. a, LBA). Si les ayants droits économique ne sont pas déterminés, le *trustee*

¹⁷ RS 955.0

¹⁸ RS 955.16

doit se voir indiquer par le cocontractant le cercle des personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires (art. 20, al. 1, let. c, OBA AdC). Cette obligation de vérifier l'identité du constituant et de l'ayant droit 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 prendre en compte la possibilité d'un changement du bénéficiaire. Lorsque le *trustee* n'exerce pas sa fonction à titre professionnel et, partant, n'est pas un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 3, LBA, il travaille, en règle générale, en collaboration avec un tel intermédiaire, par exemple une banque ou un gestionnaire professionnel de fortune. Ce dernier sera, lui, tenu de requérir une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique. Cette obligation découle tant de la let. a que de la let. b de l'art. 4, al. 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 art. 3 et 4 de la convention relative à l'obligation de diligence des banques.

Il ressort tout d'abord de ce constat que notre législation garantit la transparence nécessaire à empêcher le blanchiment d'argent par des trusts administrés en Suisse. En outre, 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 en 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 pour 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 les bénéficiaires peuvent être désignés 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 pour ceux qui usent 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 garder à l'esprit que d'après la jurisprudence déjà citée du Tribunal fédéral, cette même règle semble également s'appliquer, en vertu de l'art. 401, al. 1 CO, à la fiducie, dès lors que 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.

1.7.3.2 Droit fiscal

Aujourd'hui déjà, les autorités fiscales suisses ont affaire à la taxation des trusts. Ces derniers sont transposés dans les catégories correspondantes du droit fiscal en se basant en premier lieu 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, elles aussi, ont intérêt à ce que règne la sécurité juridique en matière de trusts. Aussi, ces autorités accueillent-elles positivement le projet de ratifier la convention.

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

1.7.3.3 Risque que le droit civil suisse soit éludé

La crainte a été émise que certains abusent du trust afin d'éviter des dispositions contraignantes du droit civil suisse. On peut 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, réserves légales) et les droits réels (contenu et transfert). Pour ce qui est de ces derniers, il est possible 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 chap. 7 de la LDIP (droits réels), au droit du lieu de situation de la chose. Des possibilités d'éviter des dispositions du droit civil existent, tout au plus, dans le domaine des personnes morales. Ces règles peuvent toutefois être tournées sans qu'il soit nécessaire de recourir au trust, par exemple par la constitution d'un établissement ou d'une fondation de droit liechtensteinois. Le chap. 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.

A priori, toutes les normes contraignantes qui revêtent, de par leur poids particulier, le statut d'une loi d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP, ne peuvent être éludées. Elles sont réservées en vertu de l'art. 16 de la convention, au même titre que l'ordre public des différents Etats signataires (art. 18).

1.7.3.4 Dommage causé aux héritiers ou aux créanciers

Il a déjà été indiqué que les dispositions législatives régissant les réserves légales ne sont pas touchées par la convention. Si le droit successoral suisse est applicable, les ayants droits peuvent aussi tenter une action en réduction contre la constitution d'un trust. Il en va de même lorsque la constitution d'un trust vise à causer un dommage aux créanciers du constituant. Dans ce cas, l'action paulienne, prévue par le

titre dixième de la loi sur la poursuite pour dette et la faillite (LP)¹⁹ est réservée. La question de la saisissabilité des droits du bénéficiaire peut aussi, dans l'exécution forcée selon le droit suisse, être soumise à la LP.

1.7.3.5 Lex Koller

Il ressort des art. 4 et 16, par. 1, de la convention que cette dernière ne touche pas non plus la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger²⁰.

1.7.4 Une révision de la LDIP en lieu et place d'une ratification de la convention?

En lieu et place d'une ratification de la convention de La Haye sur les trusts, il serait envisageable de se contenter d'ajouter un chapitre sur les trusts dans la LDIP. Une ratification de la convention offre cependant deux avantages majeurs par rapport à une simple adaptation de la LDIP. Le premier est que, dans le domaine du droit international privé 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 que tel n'est pas le cas et qu'au contraire, les règles de rattachement découlant de la convention sont tout à fait compatibles avec les principes fondamentaux qui sous-tendent la LDIP.

1.7.5 Résultats de la procédure de consultation

Tous les avis recueillis lors de la procédure de consultation ont salué l'idée de ratifier la convention de La Haye sur les trusts prévue dans l'avant-projet. De nombreuses voix se sont explicitement prononcées contre une simple révision de la LDIP comme solution de rechange à la ratification de la convention. (Pour une présentation plus détaillée des résultats, cf. ch. 1.8.1 et 2)

¹⁹ RS 281.1

²⁰ RS 211.412.41

1.8 Mise en œuvre

1.8.1 Adaptations législatives nécessaires

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 loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)²¹, qui ne contient encore aucune disposition spécifiquement applicable au trust. Les nouvelles dispositions de la LDIP proposées dans le projet visent, en premier lieu, à rendre possible l'interaction nécessaire entre la convention et la LDIP. Elles ont également pour objectif de compléter le régime institué par la convention par des règles supplémentaires relatives aux domaines de la compétence et de la reconnaissance des décisions étrangères, que la convention n'aborde pas. La révision de la LDIP comprend par ailleurs une disposition sur l'inscription des trusts dans le registre foncier ou dans les registres existants de la propriété intellectuelle.

Le projet prévoit aussi d'ajouter un nouveau titre, composé de deux articles, dans la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²². Le but de ces dispositions est de prendre en compte, dans la procédure suisse d'exécution forcée, la séparation du patrimoine personnel du *trustee* de celui du trust qu'introduit le droit régissant les trusts, et de définir la procédure d'exécution forcée visant les biens d'un trust.

La consultation a fait apparaître un large consensus quant à la nécessité de procéder à des adaptations de la LDIP et de la LP; de même, l'orientation générale des adaptations prévues dans l'avant-projet n'a pas été contestée. Les critiques exprimées portaient, avant tout, sur des points de détail d'ordre juridique. Nous reviendrons sur ces critiques dans le commentaire des dispositions du projet d'arrêté (ch. 2).

1.8.2 Adaptations non indispensables à une mise en œuvre de la convention

1.8.2.1 Adaptations du Code civil suisse (CC)²³

Le projet soumis à la procédure de consultation préalable englobait, à titre de variante, deux adjonctions au Code civil suisse concernant le traitement du trust dans le cadre de la procédure de réduction du droit successoral. Considérées comme superflues, ces deux dispositions ont été supprimées. La question était toutefois controversée dans les réponses recueillies. Lors de la procédure de consultation proprement dite, certains participants ont indiqué qu'ils souhaitaient que ces dispositions soient maintenues et complétées par deux autres articles du CC issus du projet Thévenoz.

Deux des quatre articles controversés visaient à préciser que la constitution d'un trust sans contrepartie doit être assimilée à une libéralité ou une donation au sens du droit matrimonial ou du droit successoral. En fin de compte, le Conseil fédéral estime que ces dispositions sont superflues, considérant que l'assimilation en question découle déjà du droit en vigueur.

²¹ RS 291

²² RS 281.1

²³ RS 210

Le troisième article, selon lequel une action successorale en réduction visant un trust doit être exercée contre le *trustee*, a reçu le soutien de plusieurs autres participants à la consultation. Ici encore, cependant, la réglementation souhaitée découle déjà du droit en vigueur.

Le dernier de ces quatre articles réglait le devoir d'information incombant au trustee et aux ayants droits à l'égard des héritiers légaux. Cette disposition n'a finalement pas été retenue dans le projet final au motif qu'il s'agit d'un problème général de la procédure en réduction du droit successoral, qui ne devrait pas être traité de manière isolée pour les trusts.

Certains des participants à la consultation ont abordé la question de l'interdiction des fidéicommiss de famille prévue à l'art. 335, al. 2, CC, comme le faisait déjà la motion Suter/Pelli dont il a été question plus haut (cf. ch. 1.1). Comme nous l'avons déjà dit, cette disposition, dans la mesure où elle a une portée internationale, s'appliquera également aux trusts soumis à la convention de La Haye. Il n'est donc pas nécessaire de réglementer explicitement les rapports entre l'art. 335, al. 2, CC et la convention. L'on peut tout au plus se demander s'il ne faudrait pas abroger cette disposition, comme le préconise un des avis exprimés lors de la consultation. Il s'agit cependant d'un problème général, qui ne se pose pas seulement dans le cadre des trusts et qui devrait donc être abordé dans un autre contexte, d'autant que la question est controversée et que le débat ne ferait que retarder inutilement la ratification d'une convention que la place financière suisse appelle de ses vœux. La mise en œuvre de la convention dans l'ordre juridique suisse ne nécessite pas qu'une décision soit prise quant au sort à réserver à l'art. 335, al. 2, CC. La question du rapport entre les trusts étrangers et l'interdiction des fidéicommiss de famille se pose déjà sous le régime du droit en vigueur et, sous cet angle, n'a pas de rapport direct avec la ratification de la convention. En effet, l'objectif de cette ratification, nous l'avons dit, n'est pas d'introduire le trust dans la législation suisse mais simplement d'améliorer la sécurité juridique concernant le traitement des trusts en droit civil.

1.8.2.2 Adaptation du Code des obligations (CO)²⁴

Le projet Thévenoz prévoyait d'introduire dans le Code des obligations une codification du droit suisse de la fiducie qui s'appuyait fortement sur le droit des trusts. L'actuel projet, tout comme les avant-projets qui l'ont précédé, 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. Ici encore, il s'agit d'éviter de retarder inutilement la ratification de la convention. A long terme, il pourrait être utile d'examiner la question d'une codification du droit suisse de la fiducie. Une telle codification aurait notamment l'avantage d'offrir aux personnes intéressées en Suisse une alternative au trust étranger. Elle pourrait également, en fonction des modalités du nouveau droit de la fiducie, doter le droit civil suisse d'une institution qui pourrait profiter de la possibilité de reconnaissance internationale qu'offre la convention.

Indépendamment des dispositions législatives préconisées dans le présent projet, il reste parfaitement possible pour le législateur suisse, après ratification de la convention, 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.

Dans leur grande majorité, les réponses reçues lors des procédures de consultation rejettent la mise sur pied de dispositions particulières relatives à la surveillance des trusts sous forme d'une législation d'accompagnement à la ratification de la convention. 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 projet, tout comme les avant-projets qui l'ont précédé, ne contient pas de telles dispositions.

De novembre 2001 à février 2005, une commission d'experts instituée par le Conseil fédéral et présidée par le professeur Ulrich Zimmerli a travaillé à l'élaboration d'une «loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LSMAFIN)». En juillet 2003, la commission Zimmerli a présenté un premier rapport partiel à l'appui d'un projet de loi. Selon les propositions de la commission d'experts, l'autorité intégrée de surveillance à créer («Surveillance fédérale des marchés financiers», ou Finma) devra reprendre les tâches de la Commission fédérale des banques ainsi que de l'Office fédéral des assurances privées. Le 24 novembre 2004, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances d'élaborer un message d'ici à la fin de 2005. A cet occasion, il a été décidé que l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent serait également intégrée à la Finma. En février 2005, la commission d'experts a présenté un troisième et dernier rapport partiel, portant sur la question de l'extension de la surveillance aux gérants de fortune indépendants, aux courtiers chargés de l'introduction en bourse et aux négociants en devises. Ce rapport recommande au Conseil fédéral de commencer par prendre une décision de principe avant d'instituer, le cas échéant, une nouvelle commission d'experts dans laquelle les milieux économiques seraient représentés. L'activité de cette commission d'experts ne serait pas liée aux travaux d'élaboration de la LSMAFIN. Le Conseil fédéral a décidé en date du 19 octobre 2005 de renoncer, pour le moment, à l'introduction de mesures de surveillance prudentielle pour les gestionnaires de fortune indépendants.

Le Conseil fédéral estime que les questions relatives à la surveillance des *trustees* devraient être abordées dans le cadre d'une éventuelle et ultérieure extension de la surveillance prudentielle des gestionnaires de fortunes. Il n'est, en effet, pas judicieux de séparer complètement la question de la surveillance des *trustees* de celle des autres intermédiaires financiers indépendants, en particulier des gérants de fortune agissant à titre fiduciaire qui, du point de vue du droit de la surveillance, remplissent la même fonction qu'un *trustee*. La thématique de la surveillance nécessite une approche globale. De plus, la question de la surveillance des *trustees* se pose indépendamment de la ratification de la convention de La Haye, puisqu'il existe déjà, en Suisse, des trusts et des *trustees*, et que la ratification de ladite convention ne vise qu'à améliorer la sécurité juridique concernant le traitement des trusts en droit civil.

1.8.2.4 Adaptation du 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.

A l'heure actuelle, un groupe de travail de la Conférence fiscale suisse (CFS) est en train d'élaborer une circulaire sur l'imposition des trusts, qui devrait être publiée dans les mois qui viennent. Il n'y a pas de raison, dans le cadre du présent projet, d'interférer dans les travaux de la CFS, d'autant que la question de l'imposition des trusts se pose indépendamment de la ratification de la convention et qu'un grand nombre des participants à la consultation ont salué l'initiative de la CFS.

1.8.3 Déclarations et réserves portant sur la convention

Art. 16, par. 3

Cette disposition permet à tout Etat contractant de déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas le par. 2 du même article, selon lequel les lois d'application immédiates des Etats tiers sont réservées.

La Suisse n'a aucune raison de formuler une réserve au sens de l'art. 16, par. 3, de la convention. La LDIP, dans son art. 19, contient déjà une disposition qui admet la prise en compte de lois d'application immédiate d'autres droits.

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'art. 16, par. 3.

Art. 20, par. 1

En vertu de cette disposition, tout Etat contractant peut déclarer que les dispositions de la convention s'appliquent également aux trusts créés par décision de justice.

Du point de vue de la Suisse, une déclaration fondée sur cet article n'est pas nécessaire. En outre, 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»).

Les *implied trusts* et les *resulting trusts* (cf. ch. 1.3.1) 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 sur lesquelles ils reposent. 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'art. 20: le Royaume-Uni, le Canada, la Chine (pour Hong-Kong) et le Luxembourg, seul Etat de droit continental.

Art. 21

Selon l'art. 21, tout Etat contractant peut se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chap. III qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Il n'y a pas non plus lieu de formuler une réserve au sens de l'art. 21, et ce pour les raisons suivantes: d'une part, cette norme pose un problème dans la mesure où elle ne se rapporte qu'au chap. III de la convention et non à son chap. II avec lequel, logiquement, le chap. III est inséparablement lié. D'autre part, elle vise à relativiser l'effet *erga omnes* de la convention, ce qui n'est pas souhaitable dans la mesure où 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.

A ce jour, aucun Etat contractant n'a fait usage du droit de formuler cette réserve.

Art. 22

Aux termes de cette disposition, un Etat peut se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Une réserve au sens de l'art. 22 se traduirait également 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, aucun Etat contractant n'a encore fait usage de cette option.

1.9 Liquidation d'interventions parlementaires

En transformant en postulat la motion Suter/Pelli «Reconnaissance des trusts. Accélérer la ratification de la Convention de La Haye» (03.3233), le Parlement a chargé le Conseil fédéral «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» et «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». Avec la présentation du présent message et du projet d'arrêté qu'il contient, le Conseil fédéral s'est acquitté de cette mission, tout en répondant largement aux demandes de ladite motion. Seule la révision de l'art. 335, al. 2, CC n'a pas été retenue, pour les motifs déjà exposés plus haut (ch. 1.7.2.1).

2 Commentaire des modifications législatives proposées

2.1 Remarque préliminaire

Etant donné que le trust est une institution inconnue de l'ordre juridique suisse et compte tenu du fait que le droit international privé, d'une manière générale, est une matière éminemment complexe, en particulier s'agissant de l'interaction de la convention de La Haye sur les trusts et de la loi fédérale sur le droit international privé, il nous est apparu opportun de proposer des commentaires quelque peu plus étoffés qu'il n'est d'usage pour chacune des dispositions du projet. Cette approche offre aussi le cadre nécessaire pour revenir sur les avis recueillis lors de la procédure de consultation qui, pour la plupart, s'articulent autour d'arguments de nature juridique. A titre accessoire, ces commentaires détaillés faciliteront aussi, le moment venu, l'application des nouvelles dispositions, et contribueront ainsi à l'amélioration de la sécurité du droit, qui est l'un des objectifs du présent projet.

2.2 Loi sur le droit international privé (LDIP)²⁵

Remarques préliminaires

Les chapitres de la partie spéciale de la LDIP sont, en règle générale, subdivisés en trois parties, consacrées, dans chaque cas, à la compétence des autorités suisses dans le domaine concerné, à la loi applicable par les autorités suisses compétentes en l'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 art. 150 et suivants LDIP. Le projet, toutefois, prend 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)²⁶. Cette convention prime la LDIP et, dans de nombreux cas, son application s'imposera au détriment des normes relatives à la compétence et à la reconnaissance prévue dans le nouveau chap. 9a, aux art. 149b et 149e. Il paraît donc logique de garantir le plus grand parallélisme possible entre lesdits articles et la Convention de Lugano.

Art. 21 LDIP

Les art. 149b et 149e LDIP, qui seront commentés par la suite, mentionnent le «siège» du *trustee*. Le nouvel al. 3 de l'art. 21 LDIP prévu dans le projet fournit la définition nécessaire de cette notion en renvoyant à la définition du siège de la

²⁵ RS 291

²⁶ RS 0.275.11

société donnée à l'art. 21 LDIP. Le siège d'un trust est donc le lieu désigné par les termes du trust ou, à défaut de désignation, le lieu où le trust est administré en fait. La formulation de ce nouvel al. 3, qui parle du lieu désigné pour l'administration et non du siège désigné, tient compte du fait que, dans la pratique, les pays d'origine du trust parlent de la désignation non pas d'un «*seat*», «*domicile*» ou «*registered office*», mais d'un «lieu d'administration du trust» (cf. art. 7, al. 2, let. a, de la convention). L'avant-projet se bornait à prévoir, pour les trusts, l'application par analogie de l'art. 21, al. 2, LDIP, ce qui avait suscité des critiques lors de la consultation.

Tout comme la désignation d'un for (cf. les remarques relatives à l'art. 149b LDIP ci-après), la désignation d'un lieu d'administration n'est à prendre en compte que si elle a eu lieu par écrit ou sous une forme équivalente. A défaut, c'est le lieu où le trust est administré en fait qui est déterminant.

La nouvelle teneur de l'art. 21, al. 1, précise que, comme pour les sociétés, le siège du trust correspond au domicile d'une personne physique. Cette règle est importante pour la détermination du for dans les cas où une action est intentée contre un trust dans le cadre d'un litige ne ressortissant pas au droit régissant les trusts. La question de savoir s'il y a lieu, dans un litige déterminé, d'ouvrir une 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 concevable, par exemple, dans les cas où un *trustee* engage la fortune du trust par un contrat passé avec un tiers.

Le nouvel al. 4 de l'art. 21 reprend la disposition de l'actuel al. 3 en l'étendant aux trusts. Ici aussi, le cas envisagé est celui où le statut du trust prévoit qu'une action peut ou doit être intentée contre le trust lui-même.

Art. 149a LDIP

Par analogie avec le chap. 10 «Sociétés», le nouveau chap. 9a commence par une disposition présentée sous le titre de «notion». A la différence de l'art. 150 LDIP, cependant, l'art. 149a qui ouvre ce nouveau chapitre renonce à proposer sa propre définition du trust, se contentant de renvoyer à celle de la convention.

La référence à cette définition ne signifie pas que l'art. 149a ne s'appliquerait qu'aux trusts tombant dans le champ d'application de la convention à raison de la matière. Le nouveau chap. 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, en vertu de son art. 3, ne s'applique pas. Dans le cadre de la LDIP, il ne serait pas utile d'instaurer deux régimes différents, l'un applicable aux trusts dont la preuve est apportée par écrit et l'autre aux trusts pour lesquels cette preuve écrite fait défaut. 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 entaché des incertitudes déjà mentionnées, cela d'autant plus qu'il faudrait traiter une partie de ces trusts comme des sociétés. Un régime unique répond aussi au besoin d'une sécurité juridique accrue, car toute une série de délicates questions d'interprétation seront ainsi évitées, comme celles, par exemple, de savoir quels éléments du trust doivent être attestés par la preuve écrite ou si la notion d'écrit couvre aussi les supports électronique de données tels que le courrier électronique. Dans la pratique, le problème du traitement de trusts purement oraux ne devrait toutefois se poser que rarement, car les trusts dont l'existence n'est pas attestée par écrit ne devraient pas avoir une grande importance en Suisse.

Par souci de clarification, il convient de préciser que l'art. 3 de la convention englobe en principe aussi les trusts constitués par déclaration orale. En effet, la disposition en question n'exige pas que le trust soit constitué par un acte écrit, mais uniquement qu'une preuve écrite de son existence puisse être fournie. La confirmation du trust par un acte juridique n'est donc pas non plus exigée. À cet égard, le libellé de la traduction allemande utilisé jusqu'à présent dans les régions germanophones ("Trust, die schriftlich bestätigt worden sind") prête quelque peu à confusion.²⁷

L'art. 3 de la convention limite le champ d'application *ratione materiae* non seulement aux trusts dont la preuve est apportée par écrit, mais également à ceux qui sont constitués par acte juridique (créés «volontairement»). Une restriction de cette nature est aussi explicitement prévue à l'art. 149a LDIP. Les relations juridiques telles que les *constructive trusts* ne sont donc pas couvertes. 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 traiter les *constructive trusts* comme des trusts au sens du nouveau chapitre 9a. Ils devraient plutôt continuer d'être régis par le droit applicable aux relations juridiques auxquelles ils ont été soumis.

Lors des deux procédures de consultation, l'opinion a parfois été émise que la loi devrait expressément mentionner la non-application du chapitre 9a aux *constructive trusts*. Le recours à la formule «constitués par acte juridique» devrait toutefois suffire à établir clairement que le chap. 9a ne s'applique pas aux *constructive trusts*.

Comme les trusts, selon l'actuelle LDIP, doivent être qualifiés soit de sociétés, soit de relations contractuelles, la question se pose de la délimitation du chap. 9a et des chapitres 10 et 9, intitulés respectivement «Sociétés» et «Droit des obligations». À ce sujet, on peut émettre les considérations suivantes: lorsqu'une entité juridique correspond aussi bien à la définition du trust, selon l'art. 149a, qu'à la notion de société ou de contrat, le chapitre 9a prime en tant que *lex specialis*. Les conditions de l'existence d'un trust ne devraient plus être remplies, en revanche, pour une entité habilitée à disposer directement de son patrimoine et donc, en règle générale, dotée de la personnalité juridique, puisque l'art. 2, par. 2, let. b, de la convention indique que l'une des caractéristique d'un trust est que «le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*.» Dans ce genre de cas, seul le droit des sociétés devrait donc s'appliquer. Pour ce qui est de la délimitation par rapport au droit des obligations, nous avons déjà exposé, au ch. 1.6.1.1, que le libellé de l'art. 2, par. 2, let. a, de la convention permet une interprétation selon laquelle le trust doit être une entité juridique autonome, dont l'existence et l'identité sont indépendantes de la personnalité des parties qui y participent, ou du moins un patrimoine distinct clairement séparé du patrimoine personnel du *trustee*.

La question de la délimitation se pose aussi par rapport aux chapitre 6, «Successions», et 7, «Droits réels», de la LDIP. Dans le cadre de l'actuelle LDIP, les trusts remplissant une fonction successorale, telle que l'exécution testamentaire ou la substitution fidéicommissaire, devraient plutôt, selon les explications données au ch. 1.4.1.5, être soumis au chapitre sur les successions qu'au statut du trust, puisque,

²⁷ Entretiens, la traduction allemande a été remaniée d'entente avec les Ministères de la justice allemand et autrichien.

dans le cas d'un trust testamentaire, les dispositions successorales de la LDIP peuvent être considérées comme une *lex specialis* par rapport aux dispositions sur les trusts. Il en va peut-être de même pour les trusts remplissant la fonction de mesures conservatoires (remise d'un bien à titre de garantie, réserve de propriété, etc.; cf. ch. 1.4.1.6). Il n'est pas certain que la convention prévoit une restriction pour les trusts relevant du droit successoral ou des droits réels. Le juge a cependant la possibilité de s'appuyer sur l'art. 15 de la convention pour imposer l'application des règles en matière de succession ou de droits réels. En vertu du par. 1 de cette disposition, les Etats contractants restent expressément libres d'appliquer le droit international privé en matière de dévolution des successions (let. c) et de sûretés réelles (let. d).

L'avant-projet ne contenait pas de disposition du type de celle de l'art. 149a, dont l'introduction dans le projet tient compte de différents avis formulés dans le cadre de la procédure de consultation et réclamant une réglementation plus claire de la notion de trust utilisée dans le chapitre 9a.

Art. 149b LDIP

Cet article règle la compétence pour les «affaires relevant du droit des trusts». Dans la disposition correspondante de l'avant-projet, il était question d'«actions visant la validité, les effets juridiques, l'administration, le modification ou la cessation d'un trust». Sur le fond, seul le remplacement du terme «actions» par celui d'«affaires» constitue un changement. Pour le reste, il s'agit simplement d'une adaptation rédactionnelle à l'art. 151 LDIP, où il est question de «différends relevant du droit des sociétés». Cette adaptation a été rendue possible par l'introduction de la notion de «trust» dans le nouvel art. 149a.

Si l'art. 149b utilise le terme d'«affaires» et non de «différends», c'est que les règles de compétences qu'il prévoit doivent aussi s'appliquer dans des procédures de la juridiction gracieuse. L'objectif est de s'assurer que les *construction* ou *direction summonses* du droit des trusts anglo-américain soient couverts. Ces termes renvoient à la constatation par un juge du contenu des dispositions d'un trust, au cours d'une procédure non litigieuse, à la demande du *trustee*. L'usage du vocable «affaires» en lieu et place de «différends» permet de laisser en suspens la question de savoir si, en Suisse, ces décisions de constatation doivent être arrêtées dans le cadre d'une procédure litigieuse ou non litigieuse.

La réglementation proposée à l'art. 149b 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, par. 2). D'autre part, la Suisse reconnaît, 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, ainsi que le lieu où ce dernier sera administré. Par conséquent il paraîtrait incohérent d'adopter une attitude restrictive s'agissant de la question d'une prorogation du for.

Le tribunal compétent est celui qui est désigné «selon» et non «dans» les termes du trust. Il est ainsi également tenu compte des cas dans lesquels les termes du trust ne prévoient pas elles-mêmes un for mais autorisent le constituant ou une autre per-

sonne à en désigner un ultérieurement. Dans la procédure de consultation préalable, il a été relevé à plusieurs reprises que ces cas devraient également être couverts. Le renvoi à l'art. 5, al. 2, figurant à la fin de l'art. 149b, al. 1, permet d'obvier aux risques d'abus qui pourraient se présenter dans ce contexte.

L'al. 1 s'applique également – nous l'avons dit – aux trusts oraux. Une élection de for ne doit toutefois être prise en compte que si elle est opérée par écrit. Le même principe vaut également à l'égard des autorisations permettant la désignation ultérieure d'un for. Le parallèle avec l'art. 5, al. 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'art. 5, al. 1, LDIP, existe aussi dans ce cas.

Le parallélisme avec l'art. 5, al. 1, LDIP est aussi respecté en ce que les autres moyens de communication permettant d'établir la preuve de l'élection d'un for par un texte sont considérés comme équivalents à la forme écrite (cf. également l'art. 23, al. 2, du règlement européen (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive (al. 1, troisième phrase). Le passage en question de l'al. 1 reprend la formulation de la troisième phrase de l'art. 5, al. 1, LDIP. L'introduction d'une disposition de ce genre a été suggérée de diverses parts lors de la procédure de consultation.

L'al. 2 de l'art. 149b est inspiré de l'art. 5, al. 3, LDIP. La let. a de l'art. 149b, al. 2, va cependant plus loin que la let. a de l'art. 5, al. 3, puisqu'elle mentionne le siège (domicile, résidence habituelle ou établissement) non seulement des parties au procès, mais également des *trustees* (qui n'ont pas obligatoirement la qualité de partie) et du trust lui-même. Cette adjonction est motivée par le fait qu'un trust, en tant qu'entité juridique autonome, présente aussi un lien étroit avec un canton lorsque lui-même ou l'un de ses administrateurs y a son siège (cf. art. 7, par. 2, let. a et c, de la convention). Il existe également un lien étroit avec la Suisse lorsqu'une grande partie du patrimoine du trust se trouve sur son territoire (cf. art. 7, par. 2, let. b, de la convention). C'est la raison pour laquelle la let. b de l'art. 149b, al. 2, prévoit que dans un tel cas, le tribunal ne peut pas non plus décliner sa compétence.

A défaut d'une élection de for valable, l'art. 149b, al. 3, prévoit une réglementation correspondant à celle statué à l'art. 151, al. 1 et 2, LDIP. En pareil cas, le for peut être au lieu de domicile ou de résidence habituelle de la partie défenderesse, au lieu où le trust a son siège ou encore au lieu d'établissement de la partie défenderesse ou du trust. Cette solution correspond, dans une large mesure, à celle de la Convention de Lugano, qui prévoit également la possibilité de choisir entre le domicile de la partie défenderesse, le lieu d'établissement concerné et le siège du trust (art. 2 et 5, par. 5 et 6).

L'avant-projet n'incluait pas la compétence des tribunaux du lieu d'établissement. S'agissant du *trustee*, cette disposition s'appuie sur la réglementation de l'art. 112, al. 2, de l'actuelle LDIP concernant la compétence des tribunaux en matière de contrats. Pour ce qui est de l'établissement du trust lui-même, le for (pour les sociétés), découle de l'art. 151 LDIP, selon la doctrine dominante. La mention du lieu d'établissement est particulièrement judicieuse pour le *trustee*, qui, bien souvent,

exerce ses activités à titre commercial. Lors de la consultation, il avait été souhaité que le lieu d'établissement soit explicitement cité comme for possible.

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

Certaines réponses reçues lors des deux procédures de consultation ont demandé que le terme de «défendeur» soit remplacé par celui de «*trustee*». Le for du domicile de la partie défenderesse doit toutefois s'appliquer à tous les litiges relevant du droit des trusts, 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). En cas de litige relevant du droit des trusts, c'est le statut du trust qui détermine contre qui l'action doit être intentée.

L'un des objectifs visés par le remplacement du terme de «défendeur» par celui de «*trustee*», était d'éviter que des actions concernant l'existence ou la validité d'un trust puissent être introduites au domicile d'un bénéficiaire. L'exclusion du for prévue au par 3, let. a, pour de tels cas romprait cependant le parallélisme avec la Convention de Lugano qui admet, pour des litiges ayant trait au statut d'un trust, l'action au domicile de la partie défenderesse, cela au contraire des sociétés et personnes morales pour lesquelles elle prévoit comme for exclusif l'Etat du siège (art. 16, ch. 2).

Les relations externes du trust ne sont pas soumises à la disposition de l'art. 149b, en particulier pour les actions découlant de transactions passées par le *trustee* avec des tiers pour le compte du trust. D'autres litiges qui concernent un trust mais qui ne relèvent pas du droit des trusts ne seront pas non plus soumis à l'art. 149b. Ce cas de figure concerne avant tout des actions liées à une question préalable pouvant porter sur la capacité d'agir du constituant, la validité du testament, la lésion des parts successorales réservataires, la validité du transfert de propriété au *trustee*, etc.

Pour l'interprétation de la notion de «droit des trusts», l'art. 155 LDIP (questions régies par le droit applicable aux sociétés) peut servir de piste. Relèvent ainsi du droit des trusts les questions suivantes: la constitution et la dissolution du trust (let. b de l'art. 155 LDIP), l'organisation du trust (let. e), les rapports internes au trust (let. f), la responsabilité pour violation des prescriptions du droit des trusts (let. g), la responsabilité pour les dettes du trust (let. h) et le pouvoir de représentation des personnes agissant pour le trust (let. i). Les questions concernant la jouissance et l'exercice des droits civils (let. c) et le nom ou la raison sociale du trust (let. d) ont également leur place ici. En revanche, dès lors que le droit applicable prévoit que le trust concerné a le droit de disposer directement de son patrimoine, et donc qu'il en est lui-même le propriétaire, il ressort des considérations exprimées ci-dessus au sujet de l'art. 149a, qu'il ne s'agit sans doute plus du tout d'un trust au sens de la convention, comme par exemple dans le cas d'une société fiduciaire régie par le droit liechtensteinois («*treuunternehmen*»).

Grâce à l'utilisation de la notion de droit des trusts, il est superflu de restreindre explicitement le champ d'application de l'art. 149b aux actions intentées contre un constituant, un *trustee* ou un ayant droit, comme d'aucuns l'ont réclamé lors de la

procédure de consultation. Il est également tenu compte du problème de la délimitation par rapport à d'autres normes de compétence de la LDIP, conformément à une autre demande exprimée à la faveur de la consultation. S'agissant du cas particulier des questions juridiques qui devraient être considérées comme relevant du droit des trusts, mais qui concernent un trust dont l'objectif est de régler une succession ou de fournir des sûretés réelles, la question de la délimitation peut être résolue en considérant comme *lex specialis* les dispositions de la LDIP relatives aux successions ou aux droits réels (cf. le commentaire de l'art. 149a). Pour ce qui est du rapport entre la notion de «droit des trusts» et la Convention de La Haye sur les trusts, nous renvoyons au commentaire de l'art. 149c ci-après.

L'al. 4 de l'art. 149b correspond, pour ce qui est de son contenu, à l'al. 3 de l'art. 151 LDIP, à cela près que dans la version allemande, le terme «Gerichtsstandsvereinbarung» a été remplacé par «Gerichtsstandswahl». Dans la version française, la disposition a été scindée en deux phrases pour correspondre à l'allemand, mais sans changement quant au fond. Des trusts sont parfois utilisés pour l'émission publique de titres de participation et d'emprunts. Il est aussi envisageable que le trust soit lui-même l'émetteur. La réglementation de l'art. 151, al. 3, LDIP est donc également pertinente pour le nouveau chap. 9a.

Art. 149c LDIP

Cet article règle le droit applicable aux trusts en renvoyant au droit désigné par la convention. Le renvoi à la convention est en principe de nature purement déclaratoire, puisque celle-ci est directement applicable. Le renvoi à la convention a aussi, en partie, un effet constitutif, puisqu'il inclut certains trusts qui n'entrent pas dans le champ d'application de la convention. Il s'agit, d'une part, de ceux, déjà mentionnés, dont la preuve n'est pas apportée par écrit. Sont également visés, d'autre part, les trusts qui, selon l'art. 5 de la convention, sont exclus de son champ d'application parce qu'ils seraient, selon l'art. 7 de la convention, soumis à un droit ne connaissant pas la catégorie de trust en question. L'al. 2 de l'art. 149c étend l'application du droit désigné à l'al. 1 à ces trusts, et ce pour les motifs suivants: les trusts concernés par l'art. 5 de la convention sont soumis au droit international privé de l'Etat du for. Les Etats contractants restent cependant libres de soumettre ces trusts au même régime que ceux auxquels la convention s'applique. L'idée qui sous-tend l'art. 5 est simplement qu'aucun Etat contractant ne devrait être contraint par la convention de soumettre un trust à un régime juridique selon lequel il ne serait pas reconnu. Du point de vue de la Suisse, il n'y a pas de raison de soumettre les trusts visés à l'art. 5 de la convention à un régime particulier. Dans d'autres domaines, la LDIP ne prévoit pas non plus qu'il puisse être dérogé au droit applicable au simple motif que celui-ci ne connaîtrait pas la catégorie de la relation juridique concernée.

En vertu de l'art. 149c, al. 1, la convention ne détermine pas seulement la loi applicable (statut du trust), mais également les questions qui seront couvertes à cette loi. On peut, cependant, supposer que la convention elle-même ne vise à régler que des questions relevant du droit des trusts. Les questions qui seront considérées comme relevant du droit des trusts dans le cadre de la convention ne recouvriront pas forcément les «affaires relevant du droit des trusts» mentionnées à l'art. 149b, mais les différences devraient être minimales.

Le libellé de la convention et les ouvrages de doctrine qui lui sont consacrés ne permettent pas d'établir une différence entre le champ d'application du statut du

trust défini par la convention et l'art. 155 LDIP mentionné dans le commentaire de l'art. 149b. En vertu de l'art. 8, par. 1, de la convention, le statut du trust régit «la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust». Le par. 2, qui concrétise le premier, mentionne entre autres points «la modification ou la cessation du trust» (let. h), «les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires» (let. g) et «les droits et obligations des *trustees* entre eux» (let. b). L'art. 4 de la convention exclut du champ d'application de celle-ci «les questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee*». Cette disposition est interprétée comme englobant également la capacité générale d'agir du constituant. On peut partir du principe que d'autres questions préliminaires ne seront pas couvertes par le statut du trust.

S'agissant de la question de la distraction des biens du trust en cas d'exécution forcée contre le *trustee*, respectivement de la question de la responsabilité du patrimoine du trust (ch. 1.4.2.1 et 1.6.2.1), il n'y a indubitablement pas de différence entre le champ d'application du statut du trust selon la convention et la notion «d'affaires relevant du droit des trusts» utilisée à l'art. 149b. Certains des participants à la consultation souhaitaient que la question soit explicitement soumise au statut du trust dans le cadre de l'art. 149c (149b de l'avant-projet). Il semble toutefois suffisamment clair qu'en renvoyant à la convention, l'art. 149c, al. 1, spécifie implicitement que la question de la responsabilité du patrimoine du trust est soumise au statut du trust, d'autant que l'art. 11, par. 3, let. b, de la convention soumet implicitement cette question à la loi applicable au trust. Il ne semble donc pas nécessaire d'intégrer dans le projet une disposition de détail spécifiant le droit applicable uniquement pour la question de la responsabilité.

Dans la mesure où le statut du trust couvre également des questions juridiques qui ne sauraient être considérées comme des affaires relevant du droit des trusts au sens de l'art. 149b, l'art. 15 de la convention donne aux tribunaux suisses la possibilité d'exclure les questions concernées du statut du trust et de les soumettre à la loi applicable en vertu de la LDIP. Comme il ressort du commentaire de l'art. 149a, il en va de même des questions juridiques qui devraient être considérées comme relevant du droit des trusts, mais qui concernent une catégorie particulière de trusts, à laquelle s'appliquent, à titre de *lex specialis*, les dispositions de la LDIP relatives aux successions ou aux droits réels. Une application de l'art. 15 permet ainsi d'éviter que les champs d'application *ratione materiae* de l'art. 149b, d'un côté, et du régime en vigueur pour le droit applicable, de l'autre, ne coïncident pas.

Rien ne permet de supposer que le champ d'application *ratione materiae* de la convention, sans tenir compte des exceptions prévues aux art. 3 et 5, se révélera plus étroit que la notion d'«affaires relevant du droit des trusts» à l'art. 149b. Mais si une telle hypothèse devait se réaliser, cela ne poserait de toute façon pas de problème, puisque la convention n'interdit pas aux Etats contractants d'appliquer le droit désigné par la convention pour des questions juridiques n'entrant pas dans le champ d'application de la convention. Le droit désigné selon les règles de la convention vaudrait ainsi pour toutes les «affaires» relevant du droit des trusts au sens de l'art. 149b.

Outre l'exclusion, déjà mentionnée, de l'art. 5 de la convention, l'al. 2 de l'art. 149c exprime la volonté de la Suisse de renoncer à se prévaloir de la clause d'exception prévue à l'art. 13 de la convention (cf. ch. 1.5). Le projet Thévenoz contenait déjà une disposition allant dans ce sens. L'al. 2 repose sur l'idée selon laquelle l'art. 13

relativise considérablement la sécurité juridique que la ratification est censée apporter. En outre, l'art. 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'art. 13 de la convention correspond à la réserve du siège fictif que connaissait l'ancien droit mais qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, est devenue caduque depuis l'entrée en vigueur de l'art. 154, al. 1, LDIP.

Une disposition du genre de celle de l'art. 149c, al. 2, recueille également l'assentiment du professeur Frank Vischer, de Bâle, 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'art. 13 constituerait un pas en arrière par rapport au droit en vigueur. Une application de l'art. 13 pourrait, par ailleurs, aboutir au résultat peu souhaitable que, par exemple, un ressortissant britannique domicilié en Suisse se voie interdire l'établissement d'un trust anglais en Suisse.

L'avant-projet prévoyait un al. 3 qui restreignait quelque peu la portée de l'al. 2, car des doutes avaient été exprimés sur l'admissibilité d'une élection de droit pour des trusts qui ne présentent aucun lien avec l'étranger. D'autant plus que selon la doctrine dominante dans le domaine des contrats, l'autonomie des parties en matière de règles de conflit de lois n'est établie qu'à condition qu'un lien quelconque avec l'étranger existe. La restriction consistait à interdire l'élection de droit prévue à l'art. 6 de la convention pour les trusts purement «intérieurs».

Lors de la procédure de consultation, certains participants ont salué cette variante. A leurs yeux, il importait d'exclure toute possibilité d'éluder le droit suisse dans le cas de trusts purement «intérieurs». A l'inverse, toute une série de participants ont demandé que cette disposition soit purement et simplement biffée, en faisant valoir, notamment, que la norme en question est plus restrictive que le droit en vigueur, qu'elle est source d'insécurité du droit et, enfin, qu'elle est superflète, étant donné les différents instruments que prévoit déjà la LDIP aux fins de prévenir les abus, sans parler des diverses exceptions que prévoit la convention. La crainte a également été exprimée que, sur la base de cet al. 3, un ressortissant britannique domicilié en Suisse se voie interdire l'établissement d'un trust anglais en Suisse.

Après avoir évalué les résultats de la consultation et pesé tous les arguments, le Conseil fédéral a opté en faveur de la variante libérale: renoncer à l'art. 13 de la convention dans l'art. 149c, al. 2, et ne pas restreindre cette exclusion de l'art. 13 par un al. 3. L'élément déterminant de la décision a été que les art. 4, 15, 16 et 18 de la convention, en liaison avec les art. 17 et 18 LDIP offrent une protection suffisante contre la possibilité d'éluder le droit suisse (cf. ch. 1.7.3.3).

Art. 149d LDIP

Les al. 1 et 2 de cet article règlent la publicité des relations de trust existantes dans le but de protéger les tiers de bonne foi. Ne sont concernées que les relations de trust concernant des droits liés à un registre. Le premier avant-projet soumis à une procédure de consultation préalable contenait d'autres dispositions relatives à la publicité des relations de trusts en lien avec un patrimoine mobilier ou des valeurs à ordre. Ces dispositions ont cependant été critiquées par de nombreux participants à la pré-consultation et n'ont, dès lors, pas été retenues lors de l'élaboration du deuxième avant-projet. Le retrait de ces dispositions n'a pas été contesté dans le cadre de la procédure de consultation. Au contraire, nombre de participants ont approuvé

l'abandon du registre des relations de trust liées à la propriété d'un patrimoine mobilier que prévoyait d'instituer le premier avant-projet par analogie avec le registre des réserves de propriété.

Si dans le premier avant-projet, les différents droits étaient énumérés, l'al. 2 du projet qui vous est soumis utilise le générique de «droits de propriété intellectuelle», pour être sûr d'être exhaustif. Le recours à cette expression n'exclut pas que la règle en question soit concrétisée dans les différentes lois et ordonnances portant sur les droits de propriété intellectuelle. L'Institut fédéral de la propriété intellectuelle est en train d'examiner les ordonnances concernées pour voir s'il y a lieu de les adapter.

Une autre différence par rapport à l'avant projet est que les al. 1 et 2 ne sont plus présentés comme des obligations, mais utilisent une formulation potestative. En réaction à la procédure de consultation, l'objectif est d'établir clairement que l'inscription au registre n'est pas une obligation à proprement parler mais une simple formalité, dont la violation entraîne les inconvénients cités à l'al. 3. Toutefois, il ne s'agit pas là d'un changement matériel par rapport au projet envoyé en consultation.

L'al. 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 du *trustee*. Dans le second, il résulte de l'al. 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. La question de savoir si l'acquéreur obtient la pleine propriété d'un bien immobilier ou d'un droit de propriété intellectuelle aliéné est déterminé par le droit suisse, nonobstant l'art. 149d, al. 3, puisque le transfert de biens immobiliers ou de droits de propriété intellectuelle est régi par le droit du lieu où se trouve le bien ou du lieu où le droit est enregistré (art. 99, al. 1, et 110, al. 1, LDIP). L'application de l'art. 149d, al. 3, n'entre donc en considération que lorsque l'acquéreur a acquis la pleine propriété selon le droit suisse, mais que le droit applicable à l'enrichissement illégitime impose une obligation de restitution à l'acquéreur disposant, en soi, de la pleine propriété. C'est notamment le cas, dans le droit des trusts anglo-américain, en cas d'acquisition à titre gracieux.

Certaines des réponses à la consultation estimaient que l'inscription au registre foncier devait se faire sous forme d'une annotation, et non d'une simple mention. Sur cette question quelque peu technique, force est de reconnaître que, dans le droit actuel, tant la mention que l'annotation produisent des effets différents de cas en cas. Il arrive même qu'un même effet juridique soit obtenu dans un cas, par une annotation et dans l'autre, par une mention. L'annotation a, en principe, un effet constitutif en ce qu'elle fonde des effets réels qui n'existaient pas auparavant. La mention a plutôt un effet déclaratoire et rend public des effets réels qui existent déjà. Selon la conception défendue ici, une inscription au registre foncier qui signale des relations déjà existantes et dont le seul effet juridique est d'exclure la bonne foi d'un tiers qui bénéficierait autrement d'une protection à ce titre, devrait prendre la forme d'une mention.

L'art. 149d, al. 3, LDIP tel qu'il est prévu dans le projet correspond, dans son esprit, à l'art. 973 CC. En vertu de cette disposition, selon le Tribunal fédéral, celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une

inscription du registre foncier est maintenu dans son acquisition. L'inscription est réputée complète et un tiers de bonne foi acquiert un droit réel sans les charges qui auraient dû figurer au registre foncier, mais qui n'en résultent pas (comme le statue le Tribunal fédéral dans son arrêt 109 II 104 E. 2a). On trouve des réglementations similaires dans les différents textes de loi consacrés aux droits de la propriété intellectuelle.

L'art. 149d, al. 3, LDIP, tel qu'il est prévu dans le projet, va plus loin que l'art. 973 CC en ce qu'il protège également les créanciers dans la procédure d'exécution forcée et couvre ainsi non seulement l'acquisition de bonne foi, mais aussi l'octroi de crédit de bonne foi. Au premier abord, il existe aussi une différence avec l'art. 973 CC dans les cas où l'art. 149d, al. 3, LDIP protège l'acquéreur de biens du trust: selon la conception défendue dans le présent message, la relation de trust existant pour un immeuble aliéné ne constitue pas une charge, qui s'imposerait également à l'acquéreur. Le droit d'intenter une action en restitution des biens à l'encontre de l'acquéreur repose bien plutôt sur le motif de l'enrichissement illégitime pour cause de libéralité consentie sur un patrimoine économiquement étranger. De ce point de vue, l'art. 149d, al. 3, LDIP ne vise pas tant à établir qu'une acquisition a été faite de bonne foi mais à offrir une protection contre une action exercée pour cause d'enrichissement illégitime. Toutefois, selon la doctrine dominante, ce dernier effet peut aussi être inféré de l'art. 973 CC. Aucun droit réel ne peut être revendiqué, ni aucune action pour enrichissement illégitime ne peut être exercée contre un tiers qui acquiert un bien non grevé selon cette disposition.

L'art. 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'art. 16 de la convention.

On peut se demander si les dispositions de l'art. 149d sont véritablement des normes de droit international privé et si elles n'auraient pas plutôt leur place dans le droit matériel pertinent, comme d'aucuns l'ont relevé lors de la procédure de consultation. Il paraît cependant logique de les placer à la suite de l'art. 149c LDIP, dans la mesure où l'al. 3 de l'art. 149d a pour effet de restreindre la portée du statut du trust. A cela s'ajoute que l'al. 1 n'aurait pas de place naturelle dans le CC, dont la partie consacrée au registre foncier ne comprend pas, à proprement parler, de réglementation des mentions. Les bases juridiques de ces dernières découlent, en règle générale, des normes qui régissent les relations juridiques à inscrire au registre. C'est, en particulier, le cas des fonds de placement, que le présent message a souvent mentionné à titre de comparaison (art. 16 LFP).

Art. 149e LDIP

Les compétences indirectes visées aux let. b, c et e correspondent à celles prévues à l'art. 165 LDIP. La let. a, quant à elle, est nécessaire dans la mesure où l'art. 26, let. b, LDIP, selon lequel en matière patrimoniale, la compétence d'une autorité étrangère doit en principe être reconnue en présence d'une élection de for valable, ne couvre pas, selon son libellé, une désignation unilatérale du for applicable. L'art. 26, let. b, LDIP est toutefois applicable dans les cas où les parties au litige sont convenues du for après coup.

La compétence indirecte de l'Etat dont le droit régit le trust, prévue à let. d, n'est prévue que *de facto* par l'art. 165 LDIP. Cette compétence découle de la compétence de l'Etat du siège de la société, puisque, pour les sociétés, l'Etat dans lequel se trouve le siège de la société selon ses statuts coïncide, en règle générale, avec l'Etat dont le droit est applicable. L'avant-projet ne contenait pas encore la compétence indirecte prévue à la let. d.

Certains des participants à la procédure de consultation auraient souhaité que la liste des compétences indirectes figurant à l'art. 149e soit encore allongée, ce qui aurait, cependant, entraîné une inégalité de traitement entre les trusts et les sociétés qui ne paraît pas justifiée. Pour les mêmes raisons, il a été décidé de ne pas supprimer, à la let. e, la subordonnée «que la partie défenderesse n'était pas domiciliée en Suisse», contrairement à ce que souhaitaient certains des participants à la consultation, bien que la nouvelle Constitution fédérale²⁸ admette que la loi prévoit un autre for que celui du domicile du défendeur (art. 30, al. 2).

Comme à l'art. 149b, la formule «concernant la validité, les effets juridiques, l'administration, la modification ou la cessation d'un trust constitué par acte juridique» a été remplacée par «relevant du droit des trusts». S'agissant des *construction summonses* mentionnés dans le commentaire de l'art. 149b, aucune modification n'était nécessaire, puisque ces derniers étaient déjà couverts par le texte de l'avant-projet.

2.3 **Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)**²⁹

Art. 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, soit parce que la dette est rattachée, de par sa nature, au patrimoine du trust (concernant les «dettes du trust», cf. ch. 1.3.3.2). S'agissant de 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, à ceci près, et c'est là une différence de taille, que le patrimoine du trust peut être distrait ou séparé (cf. le commentaire de l'art. 284b LP, ci-après). La poursuite pour des «dettes du trust» relevant de la deuxième catégorie exige, par contre, une réglementation spéciale.

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 pour-

²⁸ RS 101

²⁹ RS 281.1

suite 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 projet soumis à consultation prévoyait donc un autre système: 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 réquisition de poursuite en indiquant que la personne du *trustee* est poursuivie en tant que représentant d'un trust et que la cause de la poursuite est la dette du trust (art. 67, al. 1, ch. 2 et 4, LP).

Lorsque le trust est géré par plus d'un *trustee*, les biens du trust se trouvent en leur propriété commune. Il s'ensuit que pour accéder au patrimoine du trust, tous doivent, en principe, être poursuivis. L'art. 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. Il en va de même, pour ce qui est du résultat, des poursuites dirigées contre une succession en indivision pour laquelle aucun représentant n'a été désigné (art. 65, al. 3, LP).

C'est le statut du trust qui détermine si le patrimoine du trust, ou celui du *trustee*, répond d'une dette donnée. Si les deux patrimoines répondent de la dette, ils doivent être poursuivis séparément.

L'art. 284a, al. 1, de l'avant-projet, de teneur identique, a été bien accueilli lors de la procédure de consultation. Les seules critiques exprimées contre son contenu regrettaient l'absence de dispositions sur le for de la poursuite et sur la question du contenu et de la notification des actes de poursuite.

Lors de la rédaction de l'avant-projet, le texte de l'al. 1 a été considéré comme suffisant. Etant donné que la poursuite doit être dirigée contre le *trustee*, il est évident que toutes les notifications doivent être adressées à ce dernier et que la poursuite doit être engagée au for ordinaire du *trustee*. L'art. 67, al. 1, LP, que nous avons déjà cité, permet au créancier d'indiquer, dans la réquisition de poursuite, que la poursuite vise, en fait, le patrimoine d'un trust, ou qu'il s'agit de la dette d'un trust. S'agissant du for de la poursuite, la conclusion s'est toutefois imposée que la compétence des autorités du domicile du *trustee* ne constituait pas la solution idéale. Par conséquent, une nouvelle réglementation est désormais prévue pour la question du for de la poursuite.

Tel que proposé dans le projet, l'al. 2 de l'art. 284a, LP prévoit que le for de la poursuite est le siège du trust au sens du nouvel art. 21, al. 3, LDIP, ou le lieu où celui-ci est administré en fait. On se rapproche ainsi de la réglementation qui prévaut pour les personnes morales et les sociétés de personnes, ce qui est logique, si l'on considère qu'il s'agit *de facto* de poursuites contre le trust lui-même, qui constitue, à l'instar d'une personne morale ou d'une société, un patrimoine distinct et autonome. En outre, le trust n'est ainsi poursuivi que dans le lieu où ses activités sont concentrées et dans lequel, bien souvent, se trouve son patrimoine, ce qui facilite, d'une part, le déroulement de la procédure et permet, d'autre part, de tenir compte du principe de territorialité qui sous-tend le droit régissant l'exécution forcée. Ce dernier point est important dans la mesure où, selon l'al. 3, la poursuite se continue par

voie de faillite. Le simple fait que le *trustee* poursuivi habite en Suisse ne fonde pas un rapport suffisant du trust avec la Suisse pour que l'ensemble du patrimoine de celui-ci soit mis en faillite.

Le premier for de la poursuite est le siège du trust, et donc le lieu où, selon ses termes, il est administré. En vertu de l'art. 21, al. 3, LDIP, si aucun lieu d'administration n'a été désigné, c'est le lieu où le trust est administré en fait qui entre en ligne de compte. Il en va de même selon la deuxième phrase de l'art. 284a, al. 2, LP, lorsqu'un lieu d'administration a été désigné dans les termes du trust, mais que ce lieu n'est pas en Suisse. Cette solution est motivée par les considérations suivantes: pour les raisons mentionnées au paragraphe précédent, un trust doit être poursuivi à l'endroit où se trouve son siège. En conformité avec l'art. 21, al. 3, LDIP du projet, c'est en premier lieu le siège «statutaire» qui doit être pris en compte, d'abord parce qu'il est facile à déterminer et, ensuite, parce que le trust, avec la désignation de ce lieu, s'est soumis pour ainsi dire volontairement à l'autorité du for de poursuite. Ce n'est qu'à défaut de siège «statutaire» que le trust sera poursuivi dans le lieu de son siège effectif, c'est-à-dire le lieu où il est administré en fait. Il n'en va cependant pas de même lorsque le siège «statutaire», contrairement au siège effectif, ne se trouve pas en Suisse. Dans ce cas, c'est ce dernier qui devient le for de la poursuite. Cette règle permet d'empêcher un trust de se soustraire à une procédure d'exécution générale en Suisse en désignant un siège dans un autre pays. Un trust dont ni le siège statutaire, ni le siège effectif ne se trouverait en Suisse ne pourrait plus faire l'objet d'une poursuite ordinaire en Suisse.

Une poursuite opérée selon l'art. 284a LP doit toujours être continuée par voie de faillite, conformément à l'al. 3 de cet article. L'exécution spéciale dans des cas particuliers est réservée. C'est le cas, notamment, de la poursuite en réalisation du gage (art. 151 ss LP) et de la poursuite pour l'une des dettes mentionnées à l'art. 43 LP (impôts, contributions d'entretien, etc.). 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 que l'al. 3 précise expressément. 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* ne sont également pas touchées.

Le premier avant-projet, tout comme le projet soumis à la seconde procédure de consultation, prévoyait également la poursuite par voie de faillite. Cet élément a été parfois critiqué, parfois approuvé. Certaines 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 la 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 que le droit régissant la poursuite accorde au *trustee*.

D'autres avis se sont exprimés en faveur d'une poursuite par voie de saisie. Les tenants de cette option font valoir que le droit en vigueur impose la voie de l'exécution forcée individuelle pour les sociétés et les patrimoines étrangers en Suisse. En outre, dans le droit anglo-américain, le patrimoine d'un trust serait toujours soumis à l'exécution forcée individuelle, sans compter qu'une liquidation totale pourrait anéantir les droits des futurs bénéficiaires.

Le nouvel al. 2 tient compte de la première de ces objections, en précisant que le trust ne peut être poursuivi par voie de faillite que si son siège ou le lieu où il est administré en fait se trouve en Suisse. Pour les sociétés et les fondations, avec les-

quelles le trust doit être comparé dans ce contexte, c'est également du siège que dépend, in fine, la possibilité de les poursuivre par voie de faillite en Suisse. La question ne se pose pas de savoir à quelle loi elles sont soumises, puisque, si elles sont inscrites au registre du commerce suisse, leur siège et leur lieu d'incorporation se trouvent dans le même Etat, en l'occurrence en Suisse.

Pour ce qui est des autres objections, un poids plus grand a été accordé à l'argument selon lequel 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 indûment privilégié. La poursuite par voie de faillite garantit la satisfaction simultanée et équitable des créanciers, et donc l'égalité de traitement de ceux-ci, du moins pour ce qui est du patrimoine se trouvant en Suisse.

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 par la LP.

Art. 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'art. 242, al. 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'art. 284b remplace l'art. 242a du premier avant-projet. Ce dernier contenait, en sus du texte de l'art. 284b, le membre de phrase «dans la mesure où les prescriptions des art. 149c-f LDIP concernant la publicité ont été observées». Ce membre a été supprimé. L'art. 149c, al. 3, LDIP (comme déjà mentionné, les anciens art. 149d à 149f n'existent plus dans le projet actuel) 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'art. 11, par. 3, let. 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 est 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 connaissance, ou auraient dû avoir connaissance, du rapport de trust.

La possibilité d'une action en revendication pour le trust était expressément prévue à l'art. 242a du premier avant-projet (al. 2). Toutefois, le projet envoyé en procédure de consultation renonçait, tout comme l'actuel projet, à une telle disposition, en partant du principe que les règles existantes sont suffisantes (art. 242, al. 2, LP). Le premier avant-projet renonçait déjà à prévoir 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 selon l'art. 107 ou selon l'art. 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.

Certains des participants à la consultation étaient au contraire d'avis qu'il fallait régler expressément l'action en revendication dans les dispositions concernant la procédure de faillite et la distraction des biens du trust, dans celle qui concerne la procédure de saisie.

3 **Droit comparé**

Six Etats connaissant un système de droit civil de type continental (l'Italie, les Pays-Bas, Malte et, tout récemment, le Luxembourg, le Liechtenstein et Saint Marin) ont d'ores et déjà ratifié la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

Les Pays-Bas

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

L'art. 3 WCT reprend la teneur de l'art. 12 de la convention, en supprimant toutefois le membre de phrase «pour autant que (...) incompatible avec cette loi» ce qui, en français, donne le texte suivant: «Le trustee qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse.» Cette disposition correspond, au final, à l'art. 149*d*, al. 1 et 2, du projet qui vous est soumis, lequel va cependant plus loin puisqu'en vertu de l'al. 3 de ce même article, la non-inscription au registre peut avoir des conséquences juridiques négatives.

L'art. 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 ne font pas obstacle aux effets déployés par l'art. 11 de la convention. Cette disposition est motivée, en premier lieu, par l'art. 384, al. 3, du code civil néerlandais, selon lequel un bien est transféré sans titre juridique valable, lorsque le bien en question est censé servir de sûreté et n'est pas destiné à entrer dans le patrimoine du bénéficiaire. Certains auteurs craignaient que cette disposition n'entre en conflit avec l'art. 11 de la convention.

Du point de vue de la Suisse, l'adoption d'une disposition du type de celle de l'art. 4 WCT ne semble pas indiquée. Les effets prévus à l'art. 11 de la convention sont soumis à la loi applicable au trust. Ils ne peuvent être restreints par le droit suisse que sur la base des art. 15 (réserve du droit international privé des Etats contractants), 16 (lois d'application immédiate) ou 18 (ordre public) de la convention. Ces dispositions ne devraient pas véritablement restreindre les effets de l'art. 11. Les éventuels conflits qui pourraient survenir entre le droit suisse et l'art. 11 de la convention, en rapport avec des immeubles ou des droits de propriété intellectuelle, sont résolus par l'art. 149*d* du projet.

L'Italie

L'Italie a renoncé à adopter une législation portant introduction de la convention. Toutefois, la pratique veut que les trustees inscrivent 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 de publicité au sens du droit civil. Toutefois, sous l'angle de la transparence (lutte contre le blanchiment d'argent, etc.), il pourrait être judicieux de rendre cette inscription obligatoire.

Malte

Le droit civil de Malte est d'essence continentale, mais contient une législation spécifique au trust (*Offshore Trusts Act*, de 1988). Simultanément à l'adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts, une loi d'introduction a été édictée (Act N° XX, de 1994), qui contient, outre quelques modifications de la loi de 1988, des dispositions complémentaires relative à la convention. Tant cette loi que les dispositions du droit international privé font aujourd'hui partie du «*Trust and Trustees Act*», que Malte a promulgué en 2004 dans le but de renforcer l'attractivité de sa place financière pour les trusts.

En vertu de l'art. 5A, al. 2, du *Trust and Trustees Act*, la loi applicable désignée selon les règles de la convention s'applique également aux trusts qui ne sont pas couverts par la convention, conformément à ses art. 2 et 3. Comme nous l'avons exposé dans le commentaire de l'art. 149c, la Suisse, s'agissant de l'art. 3 de la convention, se borne à étendre le champ d'application du statut du trust aux trusts dont la preuve n'a pas été apportée par écrit. C'est à dessein que les trusts qui ne sont pas constitués par acte juridique ne sont pas couverts. L'art. 2 étant déjà formulé de manière très ouverte, il n'est pas nécessaire, du point de vue de la Suisse, d'étendre son champ d'application.

L'art. 5A, al. 1 et 5, l'art. 6, al. 3 et l'art. 6A de la loi maltaise reviennent à déclarer qu'il est fait usage des autorisations et des réserves en faveur des Etats contractants aux art. 9 (possibilité de soumettre un élément du trust pouvant être isolé à une loi distincte), 12 (droit de faire inscrire le trust dans des registres existants), 14 (réserve des règles plus favorables à la reconnaissance d'un trust), 15 (réserve du droit international privé des Etats contractants), 16 (réserve des lois d'application immédiate), 18 (réserve de l'ordre public) et 19 (réserve du droit fiscal national) de la convention. La loi maltaise contient, par ailleurs, des déclarations interprétatives concernant les art. 17 et 22 de la convention (art. 5A, al. 3 et 4).

Du point de vue de la Suisse, les art. 15, 16, 18 et 19 ne nécessitent pas de déclaration particulière dans le droit national. Il semble aller de soi que le droit fiscal national n'est pas touché. La Suisse, par ailleurs, fait déjà usage des réserves des art. 15, 16 et 18 en plaçant la convention dans le cadre de la LDIP. Les dispositions du droit suisse relatives à l'ordre public (art. 17 LDIP) et aux lois d'application immédiate (art. 18 LDIP) sont ainsi directement applicables. Il en va de même des dispositions de la partie spéciale de la LDIP, qui priment, en tant que *lex specialis*, le nouveau chap. 9a (par ex. les dispositions de droit successoral de la LDIP, pour les trusts servant à régler une succession, ou les dispositions de la LDIP sur les droits réels, pour les trusts dont la fonction est de fournir des sûretés réelles), ou qui concernent des questions juridiques qui, sous l'angle de la LDIP, ne relèvent pas du droit des

trusts. Pour la Suisse, l'art. 9 de la convention est directement applicable et ne nécessite pas de disposition de mise en œuvre.

L'art. 12 de la convention est mis en œuvre par l'art. 149*d* du projet. L'art. 14 est sans signification pour la Suisse, puisque les adaptations proposées de la LDIP auront pour effet d'harmoniser cette loi et la convention. La Suisse ne disposera plus, dès lors, d'un autre régime pour la reconnaissance des trusts.

Pour la Suisse, les art. 17 et 22 ne nécessitent pas d'interprétation. D'une manière générale, le projet renonce à toute déclaration interprétative, laissant aux tribunaux le soin d'élucider les questions qui restent ouvertes, ne serait-ce que parce qu'ils pourront ainsi tenir compte des interprétations que d'autres Etats contractants auront fait.

L'art. 6A de la loi maltaise contient des dispositions détaillées relatives à la mise en œuvre de l'art. 15, par. 2, de la convention. Selon cet article, le juge qui, sur la base de l'al. 1, est tenu d'appliquer des dispositions qui font obstacle à la reconnaissance du trust, doit s'efforcer de donner effets aux objectifs de ce trust par d'autres moyens juridiques. Du point de vue de la Suisse, la mise en œuvre de l'art. 15, par. 2, de la convention peut être laissée à l'appréciation du juge. On peut imaginer, par exemple, qu'un tribunal pourrait transformer en exécution testamentaire, conforme aux règles du droit civil, un trust dont telle serait la fonction et auquel, de ce fait, la reconnaissance serait refusée, sur la base de l'art. 15, par. 1, de la convention.

Tout comme le droit civil suisse, aux art. 335, al. 2, et 488, al. 2, CC, le droit civil maltais interdit la constitution de fidéicommiss de famille. Contrairement au projet qui vous est soumis (cf. ch. 1.8.2.1), cependant, le *Trust and Trustees Act* prévoit que les trusts ne sont pas touchés par cette interdiction (art. 6, al. 4).

En vertu de l'art. 6, al. 5, du *Trust and Trustees Act*, l'art. 586 du code civil maltais, selon lequel une succession ne peut être réglée que par voie testamentaire, ne s'applique pas non plus dans le cadre d'un trust. Dans le régime qu'instituera le projet qui vous est soumis, le droit successoral de la LDIP est réservé pour la constitution de trusts qui ne prennent effet qu'au décès du constituant (cf. ch. 1.4.1.5). Les trusts qui prennent effet du vivant du constituant et qui ne font dépendre de son décès que la désignation de certains bénéficiaires, doivent être assimilés à des libéralités entre vifs et ne sont pas soumis aux règles du droit des successions.

Le *Trust and Trustees Act* contient également une norme sur la compétence des tribunaux en matière de trusts. Selon l'art. 8, al. 1, de cette loi, les tribunaux maltais sont compétents si le trust est soumis au droit national, si le *trustee* a sa résidence habituelle à Malte, s'il dispose d'une autorisation délivrée par l'Etat, si – lorsqu'il s'agit d'une personne morale – il a été fondé selon le droit maltais, ou encore si des biens du trust sont déposés à Malte ou administrés depuis cet Etat.

Dans ses art. 42 et suivants, le *Trusts and Trustees Act* institue, indépendamment du droit applicable, un régime de surveillance et d'autorisation pour les *trustees* qui ont leur résidence habituelle ou un établissement commercial à Malte, ou qui sont une personne morale exerçant leur activité contre rémunération ou de manière régulière. Certains types de *trustees*, déjà soumis à un autre régime d'autorisation, en sont exclus. Pour ce qui est de la Suisse, nous renvoyons au ch. 1.8.2.3.

Au moment de l'entrée en vigueur du *Trusts and Trustees Act*, une ancienne clause a été abrogée, selon laquelle un trust ne pouvait pas avoir un constituant ou un bénéficiaire domicilié ou ayant son siège à Malte. Un régime d'enregistrement des trusts a

également été abrogé. Le projet qui vous est soumis renonce également à introduire des restrictions concernant les «trust intérieurs» ou une obligation d'enregistrement des trusts (cf. le commentaire de l'art. 149c au ch. 2.2, ainsi que le ch. 1.7.2.1).

Luxembourg

Le Luxembourg a adopté une loi comprenant 15 articles, dont quatre réglementent les relations entre la convention et le droit civil national. Il s'agit des art. 2, 10, 11 et 12.

L'art. 2, al. 1, statue que le *trustee* doit être traité en qualité de propriétaire des biens du trust. L'al. 2 du même article dispose expressément que la séparation des biens du trust du patrimoine personnel du *trustee*, prévue à l'art. 11 de la convention, est valable nonobstant l'al. 1. Du point de vue de la Suisse, il y a lieu de renoncer à une disposition telle que celle de l'art. 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 biens se trouvent en Suisse), le *trustee*, sur la base des normes actuelles, doit déjà être considéré comme titulaire du droit à part entière.

L'art. 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'art. 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'art. 149d LDIP du projet. Ce régime est même plus détaillé que les normes luxembourgeoises puisqu'il détermine également les conséquences d'une omission.

L'art. 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 de la Suisse, il n'est pas nécessaire de régler spécialement cette question. En effet, selon l'art. 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 art. 4 à 9 modifient partiellement le droit luxembourgeois régissant la fiducie. Le projet que nous vous soumettons ne contient aucune disposition de cette nature, comme nous l'avons déjà exposé (cf. ch. 1.8.2.2).

Liechtenstein

La Principauté du Liechtenstein a renoncé à une législation d'introduction. Cet Etat fait partie des pays disposant de leur propre droit régissant les trusts.

Saint Marin

A l'occasion de son adhésion à la convention, Saint Marin a créé sa propre législation sur les trusts. La loi du 17 mars 2005 contient des dispositions sur la constitution, la validité, la modification, la cessation et l'administration d'un trust, ainsi que sur les droits des bénéficiaires. Elle exige, en outre, que les trusts soient enregistrés dans un registre spécial prévu à cet effet (art. 9) et les soumet à la surveillance de la Banque centrale de l'Etat (art. 19, en liaison avec l'art. 1, let. b). L'exercice de

l'activité de *trustee* est également soumise à l'autorisation de la Banque centrale. Ces autorisations ne sont délivrées qu'à des sociétés bancaires, financières ou fiduciaires ayant leur siège à Saint Marin, ou, à certaines conditions, à des banques, des sociétés fiduciaires ou d'autres sociétés d'investissement dont le siège se trouve à l'étranger.

La loi contient aussi une disposition (art. 5) sur la compétence des tribunaux dans les affaires relevant du droit des trusts. En vertu de cette disposition, une action peut être intentée à Saint Marin lorsque le domicile, la résidence habituelle ou le siège de la partie défenderesse se trouve à Saint Marin, lorsque le trust y est administré, lorsque le *trustee* dispose d'une autorisation de l'Etat ou lorsque le droit national est applicable au trust. S'agissant du droit applicable, la loi se borne à renvoyer à la convention de La Haye (art. 4). Par ailleurs, la loi dispose qu'un constituant ayant son domicile, sa résidence habituelle ou son siège à Saint Marin doit respecter certaines prescriptions de forme, même si le trust qu'il constitue repose sur un droit étranger, et que les trusts étrangers ayant leur siège administratif à Saint Marin doivent être inscrits dans le registre des trusts, à l'instar des trusts nationaux (art. 58).

4 Conséquences du projet

4.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel de la Confédération, des cantons et des communes

La ratification de la convention ne devrait en principe pas avoir de conséquences sur le plan financier ou sur l'état du personnel. Le projet ne vise pas à créer une nouvelle base légale pour l'action de l'Etat. Il s'agit, bien plus, d'une législation de droit civil au sens large. La question reste ouverte, toutefois, de savoir si l'activité de *trustee* en Suisse sera un jour soumise à un régime de surveillance et d'autorisation et, dans l'affirmative, sous quelle forme (cf. ch. 1.8.2.3). Ce régime de surveillance n'aurait cependant pas de répercussions financières, puisque l'autorité qui serait mise en place se verrait attribuer la compétence de prélever des émoluments couvrant ses frais.

Il est difficile d'estimer l'impact qu'aura le projet sur la charge de travail des tribunaux. Il faut s'attendre, d'une part, à une augmentation des affaires liées aux trusts. D'autre part, cependant, la ratification de la convention améliorera la sécurité du droit, ce qui devrait plutôt contribuer à diminuer le nombre de cas dont les tribunaux auront à connaître et leur simplifiera la tâche. Il convient encore d'ajouter que sous l'empire du droit actuel, il est très rare que les tribunaux soient saisis d'affaires concernant des trusts

On peut escompter que le bénéfice que l'on retire du projet sous l'angle de l'économie (cf. ch. 4.2) aura des retombées financières positives pour l'ensemble de la collectivité.

4.2 Conséquences économiques

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 trouveront améliorées. L'instrument du trust est grandement apprécié par une partie importante de la clientèle étrangère. L'amélioration de la sécurité du droit visée par la ratification de la convention donnera à la branche concernée la possibilité de mieux répondre à la demande de solutions dans le domaine des trusts, ce qui devrait renforcer l'attractivité de la place financière suisse. L'espoir est d'éviter que les affaires actuelles ne s'exilent à l'étranger, où de nouveaux centres d'administration de trusts sont en train de voir le jour (par ex. Singapour) et d'attirer une nouvelle clientèle en offrant une solution de rechange crédible aux paradis fiscaux, qui se retrouvent de plus en plus sous le feu de la critique internationale. Sous cet angle, le projet s'inscrit tout à fait dans la ligne des efforts entrepris actuellement pour renforcer la place économique suisse et dynamiser la croissance.

5 Programme de la législature

Le projet est annoncé dans le rapport sur le Programme de la législature 2003–2007, au titre d'objet des grandes lignes³⁰.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Le présent arrêté fédéral est basé sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst.)³¹, qui habilite la Confédération à conclure des traités internationaux. La compétence de l'Assemblée fédérale d'approuver ces traités est fondée sur l'art. 166, al. 2, Cst. S'agissant des modifications législatives prévues dans l'arrêté fédéral, elles s'appuient sur l'art. 122, al. 1, Cst., qui prévoit que la législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération.

En vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., les traités internationaux sont sujet au référendum lorsqu'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), lorsqu'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2), ou lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3). La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust peut être dénoncée (art. 31, par. 1) et n'entraîne pas d'adhésion à une organisation internationale. La seule question qui reste ouverte est donc celle posée par le ch. 3.

La convention contient des dispositions fixant des règles de droit dans le domaine du droit international privé. De plus, le projet d'arrêté joint au présent message prévoit d'apporter des modifications à deux lois fédérales. Les conditions de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. sont donc remplies et l'arrêté d'approbation de la convention est sujet au référendum.

³⁰ FF 2004 1049 1080

³¹ RS 101

L'Assemblée fédérale édicte les dispositions fixant des règles de droit sous la forme d'une loi fédérale ou d'une ordonnance. Les autres actes sont édictés sous la forme d'un arrêté fédéral (art. 163 Cst.). Lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est sujet au référendum, l'Assemblée fédérale peut y intégrer les modifications de lois liées à la mise en oeuvre du traité (art. 141a, al. 2, Cst.).

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet d'arrêté fédéral joint au présent message est compatible avec les obligations internationales existantes de la Suisse, en particulier avec la convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³² (Convention de Lugano), conclue entre les Etats de la Communauté européenne et ceux de l'Association européenne de libre échange, qui n'est pas touchée par la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts ou par les modifications du droit interne prévue dans le projet. La Convention de Lugano prime l'art. 149b LDIP du projet (art. 1, al. 2, LDIP). L'art. 149b a de toute façon été élaboré de manière à ce que les règles qu'il instaure soient en harmonie avec les réglementations de la Convention de Lugano (cf. ch. 2.2, en particulier le commentaire de l'art. 149b).

7 Relation avec le droit européen

La Convention de Lugano citée plus haut est un accord parallèle à la Convention européenne du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Bruxelles) qui a depuis lors été remplacée par le règlement (CE) N° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.³³ La Convention de Lugano est en train d'être adaptée à ce règlement. S'agissant des trusts, toutefois, aucun changement notable n'est à signaler par rapport à la Convention de Bruxelles ou à l'actuelle Convention de Lugano.

Autrement, le trust n'est pas réglementé par le droit européen. Les trusts sont ainsi explicitement exclus du champ d'application de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Convention de Rome) et de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil (Rome II) sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (art. 1, al. 2, let. g et art. 1, al. 2, let. e).

³² RS 0.275.11

³³ La Convention de Bruxelles s'applique encore à l'égard du Danemark.