

**PRISE DE POSITION DE LA FEDERATION SUISSE DES AVOCATS, RELATIVE
AU RAPPORT DE L'OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE,
du 16 septembre 2004, intitulé :**

**«ARRETE FEDERAL PORTANT APPROBATION DE LA CONVENTION
DE LA HAYE RELATIVE A LA LOI APPLICABLE AUX TRUSTS ET A
SA RECONNAISSANCE»**

I. GENERALITES

La présente prise de position a été préparée par une commission ad hoc de la FSA, constituée de Mes Jörg B. Bühlmann, Jean-Luc Chenux, Aldo Crivelli, Jean-Pierre Gross et Fabio Soldati.

Elle fait suite à celle du 31 mars 2004 sur le rapport de l'Office fédéral de la justice du 18 décembre 2003 intitulé «*Le traitement juridique du trust en Suisse (Convention de La Haye sur les trusts)*», laquelle était clairement en faveur de la proposition de ratification de la Convention de La Haye sur les trusts et d'instauration de règles de conflit de for complémentaires.

La FSA se limitera dès lors à commenter ci-après les modifications législatives proposées à la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé et à la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

II. LOI FEDERALE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Article 5, alinéa 4 nouveau

Compte tenu de la systématique de la LDIP, la réserve de l'alinéa 3 apparaît opportune s'agissant de la désignation unilatérale prévue par l'article 149 a LDIP. On ne perçoit guère, en revanche, la pertinence de l'alinéa 2 qui vise à éviter qu'une partie, peut-être économiquement plus faible, soit privée abusivement du for de son juge naturel¹ ou encore qu'il y ait lieu de réserver l'article 2, alinéa 2 CCS².

Rappelons que la Convention de Lugano vise également à la protection de la partie «faible» en posant que la prorogation de for doit respecter certaines conditions énumérées aux articles 12 ou 15 concernant les assurances et les contrats conclus par les consommateurs³.

Dans ces conditions, il serait opportun de prévoir de manière expresse, à l'instar du système prévu à l'article 17, alinéa 3 de la Convention de Lugano,

¹ B. Dutoit, Droit international privé suisse, 2001, n. 11, p. 15; Zürcher Kommentar zum OPRG-Volken, 2004, n° 102 ad article 5 LDIP;

² Andreas Bucher, Droit international privé suisse, 2^{ème} édition, 2004, n+ 118, p. 32.

³ Andreas Bucher, op. cit. n° 100, p. 27

les matières précises pour lesquelles l'élection de for serait rendue inopérante par des règles de for impératives prévues par la LDIP.

Comme on le verra à propos de l'article 149 a, alinéa 1 LDIP, il apparaît à tout le moins souhaitable de rendre inopérante l'élection de for qui dérogerait aux fors impératifs prévus par la LDIP dans les matières visées à l'article 15 de la Convention de La Haye.

Article 21 a nouveau

Cet article prévoit que l'article 21 - qui traite de la notion du siège et de l'établissement des sociétés - s'applique «par analogie» aux trusts au sens du chapitre 9 a. Cette disposition s'appliquera en particulier pour la définition du siège du trust visée par l'article 149 a, alinéa 2, lettre b (examiné ci-après). On peut se demander s'il ne serait pas plus clair, à l'article 149 a, alinéa 2, lettre b de remplacer la notion de siège du trust par la formulation suivante :

«b) au lieu désigné par les dispositions du trust ou, à défaut de désignation, du lieu où le trust est administré en fait».

Cette formulation ferait l'économie du nouvel article 21 a LDIP. Bien plus, un simple renvoi analogique à l'article 21 LDIP prête à confusion dans la mesure où cette disposition fait référence à des termes étrangers à l'institution du trust, à savoir les termes de «statuts» et de «contrat de société».

De l'avis de la FSA, il serait opportun de compléter cette disposition pour régler l'hypothèse où les biens du trust sont sis dans des lieux différents, sans nécessairement être l'objet d'une gestion unique. On pourrait alors prendre en considération le lieu avec lequel le trust présente les liens les plus étroits et se référer, pour le déterminer, aux critères qui sont mentionnés à l'article 7 de la Convention de La Haye concernant le droit applicable.

Chapitre 9 a : Droit applicable aux trusts

D'une manière générale, il apparaît opportun d'étendre la réglementation du chapitre 9 a à tous les trusts, y compris aux trusts constitués par une déclaration orale. Cela devrait être précisé dans le texte légal. La référence à l'article 2 de la Convention de La Haye contenue à l'article 149 a LDIP prête toutefois à confusion à cet égard dans la mesure où ladite convention - certes à son article 3 - ne vise que les trusts dont la preuve est rapportée par écrit.

Article 149 a nouveau

La réglementation proposée par cette disposition procède de l'idée que le constituant doit être libre de choisir le for. Aux yeux de la FSA, il apparaît justifié de s'écarter en la matière des dispositions limitatives de la LDIP relatives aux sociétés, lesquelles ne permettent pas l'élection de for.

En outre, il est cohérent de ne prévoir une élection de for que si elle est faite par écrit. En effet, ce système est comparable à celui de la Convention de

Lugano dont il y a lieu de s'inspirer dans un souci d'uniformité⁴. La référence «aux dispositions du trust» doit être saluée dans la mesure où les clauses attributives de juridiction ne seront pas très fréquentes dans l'acte constitutif du trust⁵.

En revanche, on doit regretter que cette disposition diffère sur d'autres points du système aménagé par la Convention de Lugano.

Ainsi, l'article 17, alinéa 2 de la Convention de Lugano prévoit une élection de for exclusive pour les actions contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust. Il s'agit donc des relations internes au sein du trust⁶.

Or, l'article 149 a nouveau ne précise pas si l'élection de for est exclusive ou non. Afin de lever ce doute et d'harmoniser la LDIP avec la Convention de Lugano, il conviendrait de prévoir une élection de for exclusive uniquement pour les actions concernant les relations internes au sein du trust.

Au surplus, l'article 17, alinéa 3 de la Convention de Lugano réserve les fors impératifs prévus par l'article 16, soit notamment en matière de droits réels⁷. La Convention de Lugano ne s'applique pas en matière de régimes matrimoniaux, de testaments et de successions de sorte qu'il n'existe évidemment pas de fors réservés dans ces matières.

A la différence du système explicite adopté par la Convention de Lugano (réserve expresse de fors impératifs), le projet d'article 149 a LDIP pourrait susciter des incertitudes quant à la portée de l'élection de for résultant des dispositions d'un trust. Ainsi, compte tenu du champ d'application extrêmement large de la réglementation de la règle de conflit de fors de l'article 149 a LDIP (validité, effets juridiques, administration, modification ou cessation d'un trust dans les relations internes et externes) et des difficultés propres à la qualification de l'action en droit international privé⁸, certaines règles de conflit de fors impératives de la LDIP pourraient être éludées. A titre d'exemple, une élection de for concernant une question relative aux «effets juridiques» d'un trust pourrait conduire à désigner un tribunal étranger appliquant la *lex fori*. Celle-ci pourrait alors ignorer les dispositions impératives (dans les matières réservées par l'article 15 de la Convention de La Haye) qu'un juge suisse compétent en vertu d'une règle de for impérative aurait été appelé à appliquer (par exemple les règles sur la réserve en matière successorale).

Par conséquent, il apparaît opportun aux yeux de la FSA de prévoir de manière explicite que toute élection de for en matière de trust, qu'elle concerne

⁴ Hélène Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, 3^{ème} édition, 2002, p. 115.

⁵ Hélène Gaudemet-Tallon, op. cit., pp. 115-116

⁶ Hélène Gaudemet-Tallon, op. cit., p. 115

⁷ L'article 16 de la Convention de Lugano prévoit des fors impératifs en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles; en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un Etat contractant, ou des décisions de leurs organes; en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à enregistrement et en matière d'exécution des décisions.

⁸ Ces difficultés expliquent sans doute la réserve de certaines matières à l'article 15 de la Convention de la Haye sur le plan du droit applicable.

ou non les relations internes du trust, est sans effet si elle déroge aux fors impératifs prévus par le droit international privé suisse dans les matières visées à l'article 15 de la Convention de La Haye.

Enfin, l'article 149 a, alinéa 1 fait référence à un «trust constitué par acte juridique», sans autre précision. Ces termes pourraient faire penser que seuls les trusts constitués par écrit sont visés, en raison de la référence à l'article 2 de la Convention de La Haye (dont l'article 3 exclut les trusts constitués oralement). Pour éviter une telle interprétation, on pourrait mentionner de manière explicite dans cette disposition que les trusts visés sont ceux qui sont constitués par acte juridique écrit ou oral.

Sur le plan formel, on proposera la modification suivante à l'article 149 a, alinéa 1 :

«Le tribunal désigné selon les dispositions du trust est compétent pour connaître des actions visant la validité, les effets juridiques, l'administration, la modification ou la fin d'un trust au sens de l'article 2 de la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, qu'il soit constitué par acte juridique écrit ou oral. La clause attributive de juridiction ou la clause déléguant le droit de fixer une telle attribution ne doit être observée que si elle est prévue dans les dispositions du trust par écrit ou par toute autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte».

En ce qui concerne la réglementation par défaut de l'article 149, alinéa 2, l'argumentation de l'Office fédéral de la justice concernant l'emploi du terme de défendeur au lieu de trustee est convaincante et la FSA s'y rallie.

Article 149 b nouveau

Comme à l'article 149 a, alinéa 1, le terme «acte juridique» utilisé à l'article 149 b, alinéa 1 pourrait prêter à confusion et sembler se limiter au trust constitué par écrit. L'article 149 b, alinéa 1 devrait plutôt être formulé de la manière suivante :

«Les trusts constitués par acte juridique écrit ou oral sont régis par la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance».

On saluera le fait que la Suisse renonce à se prévaloir de la clause d'exception prévue à l'article 13 de la Convention.

Enfin, la FSA est favorable à la suppression pure et simple de l'article 149 b, alinéa 3. En effet, tel qu'il est rédigé, cet article ne vise qu'une situation dans laquelle il n'existe aucun lien avec l'étranger. Or et par définition, un rapport de droit sans élément d'extranéité ne relève pas du champ d'application de la LDIP. Ainsi, seules les règles de droit interne devraient s'y appliquer sans qu'il soit possible de «recevoir» en droit interne une institution qu'il ne régit pas lui-même.

Article 149 c - DISPOSITIONS SPECIALES CONCERNANT LA PUBLICITE

La FSA se félicite en particulier de la suppression - dont elle avait manifesté le souhait - des dispositions de l'avant-projet qui avaient trait à la publicité du patrimoine mobilier et des valeurs à ordre.

Pour le surplus et comme elle l'a déjà relevé dans son premier rapport, la FSA considère que la mention de la relation de trust doit pouvoir (simple faculté) être l'objet d'une mention, sans qu'il s'agisse d'une obligation. A défaut de mention, la relation n'est pas opposable aux tiers de bonne foi, sauf si le rapport de trust appert d'une autre manière. En effet, il doit être loisible au constituant ou au trustee de privilégier dans cette mesure une certaine confidentialité à la relation de trust plutôt qu'une garantie de reconnaissance de cette relation à l'égard de tiers. D'ailleurs, dans la mesure où le tiers aurait eu connaissance de la relation de trust autrement que par sa mention sur un registre public, il ne serait plus de bonne foi et, partant, ne mériterait pas de protection.

La proposition de la FSA serait donc la suivante :

«Les biens d'un trust inscrits au nom d'un trustee sur le registre foncier, sur le registre des bateaux ou sur le registre des aéronefs peuvent faire l'objet d'une mention de relation de trust.

Les relations de trust liées à des brevets, designs, marques et obtentions végétales enregistrées en Suisse peuvent être inscrits sur le registre pertinent.

Une relation de trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrite n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.»

Article 149 d nouveau - DECISIONS ETRANGERES

La teneur de l'article 149 d nouveau appelle les commentaires suivants :

- On devrait parler de «fin», et non de «cessation» d'un trust ;
- la notion de siège devrait être définie pour le trust (cf. article 149 a supra).

III. LOI FEDERALE DU 11 AVRIL 1889 SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

Article 284 a nouveau

Il convient de saluer cette solution qui avait été proposée par la FSA dans son rapport du 24 mars 1994. En effet, c'est le trustee qui doit formellement être poursuivi en sa qualité de représentant du trust. On peut admettre, au vu des arguments développés dans le rapport, en particulier du respect de l'égalité de traitement entre les créanciers, que la poursuite se continue par la voie de la faillite, indépendamment du statut du trustee.

Article 284 b nouveau

La teneur de cette disposition – qui emporte la suppression des autres dispositions de l'avant-projet - n'appelle pas de commentaires et doit être approuvée.

IV. DECLARATIONS ET RESERVES PORTANT SUR LA CONVENTION

Les articles 16 alinéa 3, 20 alinéa 1, 21 et 22 de la Convention prévoient la possibilité pour les Etats contractants de formuler des réserves.

Le rapport explicatif énonce de manière convaincante l'absence de nécessité, pour la Suisse, de formuler de telles réserves.

V. D'AUTRES MODIFICATIONS SONT-ELLES SOUHAITABLES ?

La FSA maintient que l'aménagement de la fiducie en droit interne suisse devrait être examiné à bref délai, de même que l'aménagement des dispositions sur la fondation de famille et la substitution fidéicommissaire. Compte tenu de l'ampleur de la tâche, du moins quant à la fiducie, il apparaît toutefois préférable de se concentrer dans un premier temps sur la question de la ratification de la Convention.

Quant à la surveillance éventuelle des trustees, évoquée dans le rapport explicatif, il s'agit d'une question à examiner de manière globale, dans le cadre de la surveillance des marchés financiers.

VI. CONCLUSIONS

Sous réserve des commentaires développés plus haut, lesquels concernent pour l'essentiel la teneur des modifications de la LDIP, la FSA approuve le projet d'arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux trusts et à sa reconnaissance.

Berne, le 8 février 2005

Pour la Fédération Suisse des Avocats

Eva Saluz
Présidente

René Rall
Secrétaire général