

**PRISE DE POSITION DE LA FEDERATION SUISSE DES AVOCATS,
RELATIVE AU RAPPORT DE L'OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE,
du 18 décembre 2003, intitulé :**

**« LE TRAITEMENT JURIDIQUE DU TRUST EN
SUISSE
(CONVENTION DE LA HAYE SUR LES TRUSTS) »**

I. GENERALITES

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

D'une manière générale, la FSA se réjouit de constater que la problématique du traitement juridique des trusts en Suisse soit examinée sur le plan législatif. En effet, un nombre croissant d'avocats, et naturellement d'autres mandataires professionnels, sont actifs dans la planification, la constitution, l'administration, voire les litiges, dans le domaine des trusts. Il importe dès lors que la Suisse offre une visibilité et une sécurité juridique plus grande dans ce domaine, ce notamment aux fins de ne pas pénaliser la place financière suisse en comparaison avec d'autres Etats européens qui ont déjà œuvré en la matière.

**II. RATIFICATION DE LA CONVENTION DE LA HAYE
RELATIVE A LA LOI APPLICABLE AUX TRUSTS ET A SA
RECONNAISSANCE, DU 1^{ER} JUILLET 1985 OU
REGLEMENTATION AUTONOME DANS LA LDIP ?**

Présentant cette alternative, le rapport de l'Office fédéral de la justice privilégie la voie d'une ratification de la Convention de La Haye. La FSA ne peut que se rallier à cette proposition.

En effet, force est de constater que la ratification de la Convention de La Haye présente des avantages certains, que nombre d'auteurs suisses ont mis en exergue¹.

¹ Cf. les auteurs cités à la note 87 par Florence Guillaume, Incompatibilité du trust avec le droit de Suisse ? Un mythe s'effrite, RSDIE 2000, pp. 1 ss.

En premier lieu, comme le relève l'Office fédéral de la justice, elle contribue à l'unification internationale du droit garanti par la Convention à l'égard des Etats partie. Cet apport est fondamental pour une institution qui présente le plus souvent des éléments d'extranéité². En outre, la ratification de la Convention permettrait à la Suisse de reprendre à son compte la définition même du trust, permettant ainsi de dépasser le problème de sa qualification³. Au contraire, adopter une réglementation autonome de la LDIP amènerait le législateur à revoir la définition de l'institution ainsi que les dispositions relatives à son traitement conflictuel. Une telle démarche n'aurait de sens que dans la mesure où la ratification de la Convention se heurterait à des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse.

Dans cette perspective, diverses études, à commencer par le rapport du Professeur Luc Thévenoz, ont démontré de manière convaincante que la ratification de la Convention de La Haye ne révélait pas des incompatibilités fondamentales avec des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse, tels que le principe de la publicité ou du *numerus clausus* des droits réels⁴.

Cette affirmation présuppose que la ratification s'accompagne de l'introduction de certains aménagements du droit interne. Le rapport a opportunément saisi cette occasion pour instaurer également des règles de conflit de for (compte tenu du champ d'application de la Convention de Lugano).

III. LES AMENAGEMENTS DU DROIT INTERNE

Deux approches peuvent accompagner la ratification d'une convention internationale telle que la Convention de La Haye sur la reconnaissance des trusts.

Une première approche, adoptée par l'Italie, consiste à procéder à la ratification sans introduire simultanément une quelconque réglementation du trust dans le droit matériel interne. Cette démarche a suscité des difficultés qui ont conduit l'Italie, six années après l'entrée en vigueur de la Convention, à engager l'adoption d'un projet de loi visant à introduire le trust dans le droit matériel italien, conjointement à une réforme du droit de la société fiduciaire⁵.

² Cf. Thomas M. Mayer, *Das Haager Trust-Übereinkommen, Auswirkungen und Vorteile einer Ratifikation aus rechtlicher Sicht*, AJP/PJA/2.2004, p. 156 ss, sp. 165, 6.3 et la note 63.

³ Florence Guillaume, *op. cit.*, p. 31.

⁴ Luc Thévenoz, *Trusts en Suisse : Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich 2001 ; Thomas M. Mayer, *op. cit.*

⁵ Florence Guillaume, *op. cit.*, p. 15 et les références citées à la n. 37.

Une autre approche, incarnée par la France, tend à adopter, parallèlement à la ratification de la convention, un projet de loi visant à instaurer sur le plan interne une institution juridique française analogue au trust⁶. Comme le relève Florence Guillaume dans son étude, cette démarche conduit à repousser la ratification de la Convention, mais elle permet d'anticiper les problèmes suscités par l'apparition d'un nouveau droit réel dans le paysage juridique interne.

Aux yeux de la FSA, le rapport de l'Office fédéral de la justice n'adopte pas une position de principe suffisamment claire et motivée sur le choix de sa démarche. Ainsi, le rapport propose de manière générale l'introduction dans la LDIP d'un certain nombre de dispositions réglant la publicité des relations de trust existantes dans le but de protéger les tiers de bonne foi (articles 149 c à 149 f). En revanche, le projet renonce à proposer des règles internes d'adaptation spécifiques au trust dans certains domaines où la nature même du trust soulève des questions délicates. Or, le champ d'application de la loi du trust dans la Convention de La Haye n'est pas absolu. En particulier, la loi applicable aux matières réservées par l'article 15 de la Convention - en particulier la *lex rei sitae* ou la *lex successioannis*⁷ - pourront faire obstacle à la reconnaissance du trust, mais obligeront « le juge à faire donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques ».

Certes, le rapport de l'Office fédéral de la justice expose que les questions non traitées seront régies tantôt par le statut du trust, tantôt par les dispositions générales. On peut admettre, il est vrai, que la ratification de la Convention permettra souvent une interprétation du droit suisse suffisamment évidente pour qu'elle dispense de compléter le texte de la loi (ainsi la qualité des bénéficiaires pour former opposition à l'ordonnance de séquestre au sens de l'article 278 al. 1 LP⁸). On ne saurait toutefois méconnaître qu'en pratique, les cas les plus fréquents de litiges concernant les trusts naissent des circonstances entourant leur constitution ou de la volonté du constituant de porter préjudice à ses créanciers ou à ses héritiers réservataires⁹. L'adhésion pourrait d'ailleurs contribuer, indirectement, à augmenter ce type de litiges, dès lors qu'elle tend en soi à faciliter la reconnaissance de l'institution dans un pays qui ne la connaît pas, voire à favoriser l'apparition en Suisse de trusts qui n'auront que des liens ténus avec le droit auquel ils seront formellement soumis¹⁰. L'adhésion ne règlera donc pas en soi les difficultés liées à la démarcation malaisée entre la loi du trust et la loi suisse lorsque celle-ci réclame son application.

⁶ Florence Guillaume, op. cit., p. 16 ss.

⁷ Cf. Thévenoz, passim, not. p. 110.

⁸ Thévenoz, op.cit., p. 79.

⁹ Cf. Disputes involving Trust, edited by Nedim Peter Vogt, Bâle 1999.

¹⁰ Aucune disposition de la Convention n'interdit à un résident suisse de constituer un trust et de confier à un trustee suisse des biens sis en Suisse, pour autant que la relation de trust soit soumise à un droit étranger connaissant cette institution.

Fondé sur ce qui précède, on doit se demander si les dispositions éparses de droit matériel proposées dans le rapport permettront d'intégrer à satisfaction le trust et la réalisation de ses objectifs dans l'application d'un droit interne qui ne connaît pas d'institution voisine¹¹. Sans être en mesure de se prononcer, la FSA se bornera ici à soulever la question. Elle admet toutefois que les arguments qui existent en faveur de l'adoption d'une loi d'application interne ne devrait pas conduire à différer le processus de ratification de la Convention.

En ce qui concerne les dispositions proposées, le projet de l'Office fédéral de la justice contient des modifications de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), concernant notamment les articles 39 al. 4, 46 al. 2bis et 65 al. 1bis, qui assimilent le trust à une personne morale, ce qu'il n'est en aucun cas puisque le trust ne peut ni acquérir des droits, ni s'engager, faute d'exister en tant que tel. A cet égard, l'analogie faite avec la fondation et avec la société en nom collectif dans le rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice ne paraît pas justifiée.

La FSA est notamment d'avis qu'il est erroné de considérer que le trust lui-même pourrait être l'objet de poursuites. C'est bien au contraire le trustee qui doit répondre des engagements qu'il a pris ès qualité et la poursuite se continuera par voie de saisie ou de faillite selon que le trustee est soumis à l'une ou à l'autre de celles-ci. Si aucun trustee n'est domicilié ou n'a son siège en Suisse et à supposer que des biens remis en trust se trouvent en Suisse, il y a lieu de prévoir que le créancier procédera par la voie du séquestre, sans qu'il ne soit au demeurant nécessaire de modifier les dispositions de la LP réglant cette matière.

En effet, d'une manière générale, toutes les prétentions concernant la relation de trust doivent en principe être dirigées contre le trustee qui joue un rôle prépondérant dans cette relation dès lors qu'aucun trust ne saurait exister sans trustee. Toute tentative de déroger à ce principe comporte le risque de contredire les règles du droit étranger applicable au trust, voire de les rendre inapplicables ou de les dénaturer, et, en définitive, de mettre en péril les droits des bénéficiaires ou des tiers, ce qui n'est certainement pas souhaitable lorsque l'on veut précisément ratifier une convention pour étendre la protection qu'elle leur accorde.

Souhaitables en soi, les règles de for posées par l'article 149 a al. 1 LDIP apparaissent également discutables. En particulier, la désignation du tribunal désigné par le constituant n'offre pas nécessairement une publicité suffisante pour le tiers.

¹¹ Que l'on songe par exemple aux incertitudes liées au droit à l'information des héritiers d'un défunt ayant constitué un trust.

En outre, il faut s'interroger sur la signification de l'expression "siège du trust" figurant dans le projet d'article 149a al. 2 lit. b LDIP. A proprement parler, un trust n'a pas de siège et on peut tout au plus songer soit au siège (ou au domicile ou au lieu de résidence habituelle) du trustee (ce dernier étant toutefois visé à l'article 149a al. 2 lit. a, s'il est défendeur à l'action), soit "au lieu où les biens détenus en trust sont administrés en fait" (par le trustee ou par un tiers, par exemple un gérant de fortune). Cette éventuelle référence au lieu de l'administration effective des biens peut toutefois poser problème dès lors qu'ils peuvent se trouver dans des lieux différents, à la fois en Suisse et à l'étranger, sans faire l'objet d'une gestion unique. Faudrait-il alors considérer qu'il existe un for en Suisse si des biens détenus en trust, quels qu'ils soient, y sont effectivement administrés, ceci indépendamment de leur quotité ou de leur valeur au regard de l'ensemble du trust ? Le renvoi à l'article 21 al. 2 LDIP n'apparaît pas suffisant.

IV. LES DISPOSITIONS RELATIVES A LA PUBLICITE

A la différence du projet Thévenoz, le rapport de l'Office fédéral de la justice prévoit que les relations de trust doivent faire l'objet d'une inscription dans divers registres publics, à défaut de quoi elles ne déploieront aucun effet juridique à l'égard des tiers de bonne foi.

A certains égards, l'obligation de publicité du trust contraste avec le souci fréquent de confidentialité - d'autant plus légitime que le trust a souvent pour objet des questions strictement privées - qui entoure sa constitution. Dès lors, on peut s'étonner que le rapport de l'Office fédéral de la justice prévoie une obligation pour le trustee de requérir une inscription s'il veut que la relation de trust déploie pleinement ses effets en Suisse. En effet, ainsi que le relève Thévenoz¹² « *l'acte de trust (trust deed), subsidiairement, la loi applicable au trust, ne font pas nécessairement une obligation au trustee de rendre l'exigence d'un trust manifeste pour les tiers. Sous réserve de la loi qui régit le trust, l'acte de trust peut faire de cette forme de publicité une obligation, une simple faculté, voire l'interdire. Un tel choix du settlor est de nature à réduire sensiblement le droit de suite des bénéficiaires à l'encontre des acquéreurs. Il n'appartient cependant pas au droit suisse de transformer la faculté prévue par la convention d'une véritable obligation* ».

Cette opinion paraît convaincante, dès lors que la protection des créanciers personnels du trustee n'est pas en question. Ainsi, la protection du créancier est assurée dès l'instant où il demande la constitution d'un gage sur les actifs

¹² Thévenoz, op. cit., p. 121.

détenus par le trustee¹³. En l'état actuel du droit suisse, il n'y a pas lieu, aux yeux de la FSA, d'aller plus loin dans la protection du créancier, en tout cas s'agissant des biens mobiliers, des valeurs à ordre et des droits immatériels (articles 149d à 149f LDIP). En effet, le créancier ne se trouve pas davantage protégé lorsqu'il se fie à l'apparence donnée par la surface financière d'un débiteur disposant en fait de biens détenus, par exemple, en location ou en leasing ou encore à titre fiduciaire.

On ne peut ignorer de surcroît le fait que, dans un grand nombre de cas, les seuls biens détenus en Suisse par des trustees sont des avoirs bancaires et la publicité voulue par l'Office fédéral de la justice dans son projet paraît bien peu compatible avec les exigences du secret bancaire. En fait, même si elle n'est que relative - donc forcément ambiguë -, cette obligation de publicité ferait sans doute naître des incertitudes quant à la reconnaissance effective des trusts en Suisse, ce qui porterait préjudice à la place financière de notre pays. Cette obligation ne présenterait en outre aucun avantage en ce qui concerne la lutte contre le blanchiment d'argent et la LBA, tout comme la Convention de diligence des banques, prévoient des règles suffisantes à cet égard.

En réalité, l'obligation de mentionner l'existence de la relation de trust dans un registre public, telle qu'elle est prévue dans le projet de l'Office fédéral de la justice, doit être clairement convertie en simple faculté, ceci afin de permettre aux trustees qui le désireraient d'obtenir l'inscription prévue à l'article 12 de la Convention de La Haye.

A la rigueur, il peut se justifier de maintenir l'annotation obligatoire de la relation de trust en ce qui concerne les immeubles, les bateaux ou les aéronefs, dans la mesure où des registres publics existent d'ores et déjà. En ce sens, le projet d'article 149c LDIP mériterait être maintenu (avec la précision qu'il convient de parler de "biens remis ou détenus en trust" plutôt que de "biens du trust").

V. LA PLACE DE LA FIDUCIE

Le rapport de l'Office fédéral de la justice ne souffle mot du statut de la fiducie en droit suisse. Or, le rapport du Professeur Thévenoz a mis en évidence les faiblesses relatives du régime commun actuel de la fiducie, notamment l'application des règles sur le mandat et l'absence d'une reconnaissance adéquate d'un patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine personnel du fiduciaire¹⁴.

¹³ Thévenoz, op. cit., p. 122.

¹⁴ Thévenoz, op. cit., sp. 143 ss.

L'aménagement du statut de la fiducie en droit interne apparaît d'autant plus important que la Suisse devrait être en mesure d'offrir une institution proche du trust dans son droit interne¹⁵. On doit relever à cet égard que l'article 2 de la Convention de La Haye englobe des institutions analogues au trust et, partant, la fiducie, dans la mesure où le régime légal interne garantit dans une certaine mesure un patrimoine séparé pour les biens fiduciaires et un droit de suite à disposition du fiduciaire¹⁶. L'aménagement de la fiducie suisse permettrait ainsi, via la Convention, de garantir sa reconnaissance internationale et offrirait en droit interne un instrument juridique intéressant pour les investisseurs recherchant une institution présentant certaines caractéristiques propres au trust anglo-saxon.

Dans ce contexte, il conviendrait notamment de s'interroger sur les motifs qui justifient encore l'interdiction pure et simple de la fondation de famille (article 335 CC) ou de la limitation de la substitution fidéicommissaire au premier degré (art. 488 al. 2 CC). Le rapport de l'Office fédéral de la justice admet d'ailleurs que les considérations qui président à ces interdictions ne sont plus remplies aujourd'hui. L'adaptation de ces dispositions ne semble pas devoir entraîner des modifications législatives si importantes qu'il faille y renoncer dans le cadre d'un projet de loi sur la ratification de la Convention de La Haye.

VI. CONCLUSIONS

En conclusion, la FSA appuie la proposition de ratification de la Convention de La Haye sur les trusts et d'instauration de règles de conflit de for complémentaires.

Elle suggère toutefois que la question soit clairement posée et débattue de la nécessité d'une loi d'application globale pour les modifications législatives qui apparaissent nécessaires ou souhaitables en droit interne.

Qu'elle soit adoptée concurremment ou postérieurement (ce qui apparaît souhaitable pour des raisons de *timing*) à la ratification de la Convention, une loi d'application globale devrait pallier aux défauts du régime actuel de la fiducie et revisiter des institutions à terme proches du trust, telle que la fondation de famille ou la substitution fidéicommissaire.

En toute hypothèse, les propositions de dispositions internes ne doivent pas conduire à dénaturer une institution anglo-saxonne régie par des siècles de *case*

¹⁵ Florence Guillaume, op. cit., p. 32.

¹⁶ Florence Guillaume, op. cit., p. 35.

law. Dans cette perspective, les dispositions relatives à la publicité du trust devraient en particulier être nuancées, dès lors qu'elles concernent uniquement la question du *tracing* des bénéficiaires, et non la protection des créanciers.

Berne, le 31 mars 2004

Pour la Fédération Suisse des Avocats:

Eva Saluz
Présidente

René Rall
Secrétaire général