

## Incompatibilité du trust avec le droit suisse ? Un mythe s'effrite

par

FLORENCE GUILLAUME\*

### Sommaire

- I. Le mécanisme du trust
- II. Le traitement du trust en droit international privé
  - A. La question de la qualification
  - B. La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1<sup>er</sup> juillet 1985
- III. Le mouvement d'infiltration du trust dans les droits civils
  - A. L'exemple italien
  - B. L'exemple français
  - C. L'exemple néerlandais
- IV. Les Principes de droit européen du trust
- V. La perception du trust en droit suisse
  - A. Le droit applicable au trust et sa reconnaissance en droit international privé suisse
    - 1. La dualité de qualification du trust
    - 2. La conséquence de la qualification « société »
    - 3. La conséquence de la qualification « contrat »
  - B. Instauration d'un trust de droit suisse ?
    - 1. L'apport international
    - 2. La création d'une fiducie améliorée
- VI. Conclusion

Le trust est inconnu du droit suisse. Pourtant il vient volontiers se promener en Suisse et il n'est pas rare que le juriste helvétique le rencontre au coin du bois. Son aspect insaisissable au premier abord rend son traitement juridique aléatoire.

Nous allons tenter de dissiper quelque peu la brume flottant autour du trust en remontant brièvement à ses sources, ce qui nous permettra de décrire brièvement le mécanisme créé par le droit anglais

---

\* Doctorante en droit, assistante de droit international privé à l'Université de Lausanne

(I). Institution typiquement anglo-saxonne, le trust a très vite développé un esprit voyageur, ce qui l'a amené à déployer des effets outre-Manche dans des États de droit continental ignorant toute institution juridique analogue. Sa confrontation avec des ordres juridiques dans lesquels il est inconnu – voire avec lesquels il paraît incompatible – a créé des difficultés d'intégration importantes, que l'on peut comparer à un véritable choc des cultures. Ces difficultés se ressentent en droit international privé, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de qualifier le trust (II.A). Nous verrons que la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1<sup>er</sup> juillet 1985, a joué un rôle très important pour jeter des ponts entre les pays de *common law* et les pays de *civil law*, afin de faciliter le passage des frontières au trust (II.B). Nous étudierons la réaction des pays de droit civil parties à la Convention de La Haye face à l'infiltration de ce corps étranger dans leur ordre juridique (III). Nous verrons qu'un effort vient d'être fourni par les pays européens pour donner un nouvel élan au trust et favoriser son assimilation dans les droits continentaux (IV). Fort de cet enseignement international, nous verrons quelles sont les solutions offertes par le droit international privé suisse pour accueillir le trust (V.A). Nous constaterons finalement que contre toute attente, la Suisse offre un biotope approprié au développement d'une espèce de trust (V.B).

## I. Le mécanisme du trust

Le trust est une institution juridique dont les racines s'enfoncent dans la culture anglaise.<sup>1</sup> Un juriste de *civil law* ne peut qu'être frappé par la diversité des formes de trust que l'on rencontre dans le droit anglais et dans les droits de *common law* qui ont hérité de cette institution traditionnelle inhérente au droit anglo-saxon. Le trust remplit une multitude de fonctions que les droits de tradition romaniste ont confié à des institutions juridiques distinctes. Un tour d'horizon rapide de quelques formes de trust permet de se faire une idée approxi-

<sup>1</sup> Dans cet exposé, le terme « trust » se réfère au trust anglo-américain. Ce terme générique désigne l'institution du trust telle qu'elle existe dans le monde de *common law*. Le droit de référence est le droit anglais, car c'est sur le modèle du trust anglais que les autres ordres juridiques ont développé leur propre notion de trust. Le mécanisme du trust est exposé ici de façon très schématique.

mative de la flexibilité considérable de cet instrument juridique. S'il est courant de rencontrer des trusts de famille réglant la succession d'une personne, les trusts charitables constitués en faveur d'une catégorie déterminée de déshérités sont également fréquents, de même que les trusts de retraite assurant la fonction d'une caisse de pension, les trusts d'investissement qui sont comparables à des fonds de placement, les trusts de vote jouant le rôle d'une convention entre les actionnaires d'une société, les trusts de sûreté garantissant une opération de prêt, etc.<sup>2</sup> Le trust peut ainsi être perçu comme la « bonne à tout faire » du droit anglais. Cette constatation a pour conséquence qu'il est impossible de trouver une définition globale du trust.<sup>3</sup>

Le polymorphisme du trust a de tout temps dérouté les juristes continentaux qui ont tenté de le qualifier en fonction de leurs standards juridiques. Or, tout effort de qualification uniforme du trust est voué à l'échec, car il est impossible de poser une définition univoque du trust, de délimiter ses éléments caractéristiques de façon unique. Toute tentative d'assimilation du trust à une institution juridique de *civil law* ne peut déboucher que sur un bricolage juridique peu satisfaisant. Force est par conséquent d'admettre que le trust – ou les trusts – est une institution *sui generis* aux particularités mouvantes, qui ne peut être appréhendée que de cas en cas en fonction des spécificités du trust considéré. En l'absence de définition du trust, il est néanmoins possible de dégager schématiquement ses principaux éléments caractéristiques.

La figure classique du trust met en scène trois personnes : le constituant (*settlor*) confère des droits sur un patrimoine à un trustee, qui doit exercer ces droits en faveur d'un bénéficiaire (*beneficiary*). Sur cette structure de base triangulaire, il est possible de construire d'in-

<sup>2</sup> DONOVAN W. M. WATERS, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1995 (252), p. 113–453 (279–340), offre un panorama très complet des utilisations modernes du trust.

<sup>3</sup> Le meilleur effort de synthèse qui puisse être fourni est de répertorier des catégories de trust en fonction de leurs objectifs. La jurisprudence anglaise a délimité trois grandes catégories de trust : les *statutory trusts*, qui sont des trusts prévus dans des textes législatifs ; les *express trusts*, qui sont créés volontairement par le constituant (par oral ou par écrit) ; les *implied trusts*, qui résultent d'une décision judiciaire. Les trusts exprès sont les plus courants et peuvent être classés en plusieurs sous-catégories : les trusts entre vifs ou testamentaires, les trusts privés ou charitables, etc. Pour plus de détails, se référer à David J. HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15<sup>ème</sup> éd., Londres 1995, p. 41–44 ; David B. PARKER/Anthony R. MELLOWS, *The Modern Law of Trusts*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres 1983, p. 17–21.

nombrables combinaisons, car le trust est une figure juridique très flexible.<sup>4</sup> La caractéristique fondamentale de cette institution réside dans le fait que la toile de fond d'un trust est toujours constituée d'un acte unilatéral d'un constituant souhaitant extraire une partie de ses biens de son patrimoine dans un but précis. Ce transfert de patrimoine du constituant au trustee génère une perte du droit de propriété de la part du constituant sur la fraction de ses biens qu'il confie au trustee, et corrélativement l'acquisition par ce dernier d'un droit de propriété sur ces biens. Ce transfert d'un droit de propriété sur un bien serait aisé à appréhender pour un juriste non issu du système de *common law* s'il n'était complété par l'acquisition simultanée d'un autre droit de propriété sur les biens mis en trust par le bénéficiaire lui-même.<sup>5</sup> Le trust génère par conséquent un « dédoublement » du droit de propriété entre d'une part le trustee, qui détient la propriété civile (*civil ownership*) du trust, et d'autre part le bénéficiaire, qui détient la propriété équitable du trust (*equitable ownership*). La portée de ces deux droits de propriété simultanés sur le patrimoine du trust n'est nullement comparable à une propriété commune ou une copropriété :<sup>6</sup> il faut plutôt rapprocher le droit de propriété du trustee d'un droit d'administration et de disposition des biens en trust, alors que le droit du bénéficiaire correspond davantage à un droit de jouissance desdits biens. La relation juridique entre le trustee et le bénéficiaire est au cœur de l'institution du trust : le trustee détient la propriété des biens du trust pour le compte du bénéficiaire. Cette particularité de la relation entre le trustee et le bénéficiaire a pour conséquence que le premier a des obligations à l'égard du second, qui a lui-même des droits qu'il peut exercer contre le premier.

Le droit de propriété du bénéficiaire a pour effet que ce dernier possède des droits de nature réelle sur les biens en trust, ce qui lui assure une protection juridique efficace contre les risques liés au trust.

<sup>4</sup> Il est même possible que le trust ne mette en scène que deux personnes, le trustee – ou même le constituant – étant lui-même bénéficiaire, ou le constituant remplissant la fonction de trustee ; mais ces formes déviantes de trust restent exceptionnelles, HAYTON (cité à la note 3), p. 5.

<sup>5</sup> Cette caractéristique est particulière au droit anglais et aux droits qui s'en sont directement inspirés, HAYTON (cité à la note 3), p. 39–40.

<sup>6</sup> En effet, il n'y a pas deux droits de propriété entiers sur un bien, mais un droit de propriété réparti entre deux personnes. La conséquence est que ni le trustee ni le bénéficiaire n'a l'intégralité des droits découlant du droit de propriété. WATERS (cité à la note 2), p. 273–278, expose clairement la controverse sur la nature du droit du bénéficiaire issue de cette différence existant entre le droit de propriété « dédoublé » que l'on ne trouve que dans la *common law* et le droit de propriété de tradition romaniste que l'on connaît dans la *civil law*.

Les deux principales garanties à disposition du bénéficiaire résident en premier lieu dans l'existence d'un droit de contrôle de la gestion du trustee permettant au bénéficiaire d'ouvrir action devant le juge de l'*Equity* pour contraindre le trustee à agir conformément à l'acte constitutif du trust. En second lieu, les biens constituant le trust font partie d'un patrimoine indépendant du patrimoine personnel du trustee. Cette séparation absolue des patrimoines du trustee a pour effet principal d'assurer au bénéficiaire un droit de suite (*tracing*) qu'il peut exercer sur les biens du trust lorsque le trustee a violé ses obligations en confondant les biens du trust avec ses propres biens ou en disposant des biens du trust contrairement à son devoir. Dans ces hypothèses de *breach of trust*, le trustee est personnellement responsable ; si son patrimoine ne suffit pas, le bénéficiaire peut revendiquer les biens aliénés auprès de l'acquéreur.<sup>7</sup>

## II. Le traitement du trust en droit international privé

### A. La question de la qualification

Le trust a rapidement eu un rayonnement international, ce qui l'a amené à déployer des effets dans des ordres juridiques dans lesquels il était absolument inconnu. Sa confrontation avec les droits continentaux ignorant cette institution juridique a suscité des difficultés considérables.<sup>8</sup> En l'absence d'institution analogue au trust dans leur droit interne, les tribunaux de droit civil ont été systématiquement

<sup>7</sup> Le *breach of trust* concerne tout acte ou omission du trustee n'étant pas autorisé ni excusé par l'acte constitutif du trust ou par la loi. HAYTON (cité à la note 3), p. 3–4. La revendication des biens du trust est soumise à des conditions précises. A titre d'exemple, la bonne foi de l'acquéreur du bien fait obstacle à l'exercice du droit de suite. On peut consulter PARKER/MELLOWS (cité à la note 3), p. 470–476, pour un exposé des conditions exactes du droit de suite.

<sup>8</sup> Un exemple classique d'« exportation » du trust est le cas d'un trust successoral dont le patrimoine est composé d'un immeuble situé dans un Etat de *civil law*. L'inscription du propriétaire de l'immeuble dans le registre public peut poser des difficultés insurmontables : qui choisir entre le constituant, le trustee et le bénéficiaire ? Un autre cas intéressant est fourni par le droit des poursuites : dans le cadre d'un séquestre portant sur des biens faisant partie du patrimoine d'un trust, la détermination du « vrai » propriétaire de ces biens peut s'avérer épineuse.

confrontés à l'énigme « qualificatoire » du trust : convient-il de le considérer comme un contrat (s'apparentant au mandat) ou plutôt comme une personne juridique (telle qu'une fondation par exemple) ?<sup>9</sup> De la réponse à cette question fondamentale dépend la détermination du droit applicable au trust. Le dilemme a toujours paru insoluble, car ni le tiroir « contrat », ni le tiroir « personne juridique » ne peut contenir parfaitement le trust : un bout de l'étoffe du trust sort toujours du tiroir pour signifier que la qualification retenue n'est pas adéquate.<sup>10</sup>

On trouve une excellente illustration des difficultés rencontrées par les tribunaux pour appréhender le trust dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le fameux arrêt Harrison<sup>11</sup>, montre bien les limites de l'opération de la qualification en droit international privé lorsque le juge est confronté à une institution étrangère ne présentant aucune équivalence dans son propre ordre juridique. La recherche du droit applicable au trust Harrison, dont dépendait sa validité, a conduit les juges de Mon-Repos à retenir une qualification de contrat mixte. Cette qualification contractuelle présentait l'avantage (apparent) de désigner la loi de l'Etat avec lequel le trust présentait les liens les plus étroits. Comme cette loi correspondait au domicile du débiteur de la prestation caractéristique, que celle-ci était fournie par le trustee, et que le trustee était en l'occurrence une banque suisse, le droit suisse était applicable au trust. Cette première conclusion n'aurait dû fournir qu'un soulagement passager aux juges de la Haute Cour, car le droit suisse ignorant totalement le trust, l'application du droit suisse

<sup>9</sup> Adair DYER/Hans VAN LOON, *Rapport sur les trusts et institutions analogues*, in: Actes et documents de la Quinzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé (8 au 20 octobre 1984), Tome II : Trust - Loi applicable et reconnaissance, La Haye 1985, p. 10-107 (77-92), montrent que ce sont les deux principales qualifications du trust pouvant être retenues.

<sup>10</sup> En tant qu'acte unilatéral, le trust ne peut être un contrat ; de même qu'en l'absence de toute personnalité juridique, il ne peut être réellement assimilé à une entité juridique. Pendant longtemps, la tendance majoritaire des pays européens a été de retenir la qualification contractuelle, mais cette tendance s'est inversée au profit de la qualification institutionnelle ces trente dernières années. Un indice intéressant allant à l'encontre d'une qualification contractuelle du trust se trouve dans la Convention européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 : son art. 1 al. 2 lit. g exclut le trust de son champ d'application.

<sup>11</sup> ATF 96 II 79 = JdT 1971 I 329. Cette affaire ayant été abondamment commentée, nous n'en fournissons ici qu'un résumé succinct. On peut consulter par exemple les commentaires de Pierre LALIVE, *Note concernant l'arrêt Harrison*, Journal du Droit International 1976, p. 695-700 ; Claude REYMOND, *Note concernant l'arrêt Harrison*, Journal des Tribunaux 1971 I 322-329 ; Frank VISCHER, *Note concernant l'ATF 96 II 79*, Annuaire Suisse de Droit International 1971. n. 237-246.

aurait dû conduire à la nullité du trust Harrison. Mais cette solution ne tient pas compte des ressources juridiques de nos juges, qui ont procédé à une transposition acrobatique du trust dans les catégories du droit matériel suisse afin de juger de sa validité. Le trust Harrison a ainsi été converti en une combinaison d'institutions du droit suisse<sup>12</sup>, qui remplissait tant bien que mal la fonction du trust, mais qui ne correspondait en réalité pas vraiment au trust. Néanmoins, la conclusion finale du Tribunal fédéral est que le trust Harrison est valable, quand bien même il est régi par un droit dans lequel il est absolument inconnu. Depuis ce fameux arrêt, le trust est considéré en droit suisse comme un contrat mixte *sui generis* ; nous verrons qu'il est permis de penser que cette qualification funambulesque ne tient plus sur son fil aujourd'hui.

L'arrêt Harrison a engendré des remous dans la doctrine internationale et est à l'origine d'une prise de conscience de l'inadéquation de la qualification du trust. Cette démarche ne peut déboucher que sur une solution bancale, car il n'existe aucune institution dans les droits de tradition romaniste présentant suffisamment d'analogies avec le trust. En outre, l'extrême diversité de formes de trusts empêche toute qualification *a priori* du trust, ce qui génère une incertitude juridique importante dès qu'un trust s'exporte de son pays d'origine.<sup>13</sup>

## B. La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1<sup>er</sup> juillet 1985

Le traitement du trust en droit international privé a donné les signes d'un dénouement heureux en 1992, avec l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1<sup>er</sup> juillet 1985.<sup>14</sup> Cette Convention a pour objec-

<sup>12</sup> Quatre institutions juridiques suisses ont été retenues par le Tribunal fédéral : le mandat, le transfert de propriété à titre fiduciaire, la promesse de donner et la stipulation pour autrui.

<sup>13</sup> DYER/VAN LOON (cité à la note 9), p. 66-68.

<sup>14</sup> Sauf indication contraire, toute référence ci-dessous à une convention ou une convention de La Haye vise la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1<sup>er</sup> juillet 1985 ; pour la citation des articles de la Convention, l'abréviation CLHT est utilisée. Le rapport explicatif de la Convention fournit des renseignements essentiels : Alfred E. VON OVERBECK, *Rapport explicatif de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in: Actes et documents de la Quinzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé (8 au 20 octobre 1984), Tome II : Trust - Loi applicable et reconnaissance,

tif de remédier à la totale imprévisibilité relative à la qualification du trust dans les pays dont l'ordre juridique ignore toute institution analogue, en offrant des règles de droit international privé valables tant pour les pays de *common law* que pour les pays de *civil law*. La Convention permet à ces derniers de s'émanciper de l'étape délicate de la qualification du trust : celui-ci ne sera plus balancé entre les contrats et les personnes juridiques, mais considéré simplement comme un trust au sens de la Convention. Le trust devient ainsi une catégorie de rattachement autonome.<sup>15</sup>

Or, qu'est-ce qu'un trust ? L'art. 2 al. 1 CLHT tente une définition du trust, ou plutôt une description de son mécanisme : « Aux fins de la présente convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. » Les deux alinéas suivants<sup>16</sup> décrivent les signes distinctifs que doit présenter une institution pour tomber sous le coup de la Convention.<sup>17</sup> La forme du trust est sans importance, mais la Convention ne peut s'appliquer que si le trust a été créé volontairement et qu'une preuve écrite de sa constitution peut être fournie (art. 3 CLHT).<sup>18</sup> La

La Haye 1985, p. 370–417. Le même recueil contient le texte de la Convention (en français et en anglais), aux p. 361–368. On retrouve les mêmes informations sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'adresse : <<http://www.hcch.net/f/conventions>>.

<sup>15</sup> La Convention n'introduit pas pour autant le trust dans le droit interne des Etats : elle ne fait que fournir une nouvelle catégorie de rattachement dans leur droit international privé.

<sup>16</sup> Art. 2 al. 2 CLHT : « Le trust présente les caractéristiques suivantes : a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ; b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ; c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. » Art. 2 al. 3 CLHT : « Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust. »

<sup>17</sup> La Convention vise non seulement les trusts désignés comme tels, mais également les institutions analogues. Il suffit que l'institution juridique considérée présente les caractéristiques du trust telles que définies dans la Convention pour que celle-ci puisse s'appliquer. VON OVERBECK (cité à la note 14), n° 26, p. 375 ; DONOVAN W. M. WATERS, *Unification or Harmonization? Experience with the Trust Concept*, in : Walter A. Stoffel/Paul Volken (édit.), *Conflits et harmonisation – Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, p. 591–609.

<sup>18</sup> Le mécanisme retenu par la Convention met en exergue le fait que le trust – au sens de la Convention – n'est pas un contrat, car sa création résulte d'un engagement

caractéristique essentielle du trust retenue par la Convention est la relation fiduciaire liant les différentes parties et imposant des obligations principalement au trustee à l'égard du constituant et du bénéficiaire. Le trustee est au centre du trust : il est considéré comme le propriétaire des biens du trust (art. 2 al. 2 lit. b CLHT) et il assume la fonction primordiale au sein du trust en devant l'administrer et le gérer (art. 2 al. 2 lit. c CLHT). La Convention précise également que le trustee doit mettre les biens du trust dans un patrimoine parfaitement séparé du sien (art. 2 al. 2 lit. a CLHT), ce qui est une des caractéristiques essentielles du trust anglo-américain. De plus, le bénéficiaire dispose d'un droit de suite inspiré du *tracing* anglais, mais qui n'est pas nécessairement un droit de nature réelle (art. 11 al. 3 lit. d CLHT)<sup>19</sup>. Ce droit de suite permet au bénéficiaire de revendiquer les biens du trust lorsque le trustee les a confondus avec ses biens personnels ou en a disposé contrairement à ses obligations, ce qui peut poser des difficultés d'application dans les Etats de *civil law*. Pour cette raison, dans le cas où les biens du trust ont été confiés à un tiers – par exemple à une banque –, une réserve a été introduite précisant que les droits et obligations de ce tiers sont régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for (art. 11 al. 3 lit. d 2<sup>ème</sup> phrase CLHT). La portée du droit de revendication du bénéficiaire dépend donc du droit applicable au contrat liant le tiers au trustee, et non pas du droit applicable au trust.<sup>20</sup>

La Convention de La Haye pose des règles de rattachement en cascade : le trust est régi par la loi choisie par le constituant (art. 6 al. 1 CLHT), et à défaut par la loi avec laquelle il présente les liens les plus

unilatéral du constituant de transférer volontairement des biens à un tiers, lequel a vocation à devenir un trustee. Le trust ne présuppose donc pas un accord de volonté entre le constituant et le trustee ou entre le constituant et le bénéficiaire. Cette optique rejoint la tendance doctrinale récente refusant de qualifier le trust de contrat (voir la note 10).

<sup>19</sup> Art. 11 al. 3 CLHT : « Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment : (...) d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for. »

<sup>20</sup> Si nous prenons comme exemple le cas où un trustee a confié des biens faisant partie du patrimoine du trust à une banque suisse, la responsabilité de l'établissement bancaire est régie par la loi désignée par les règles de droit international privé du for (autrement dit principalement la LDIP si un tribunal suisse est saisi) pour régir le contrat liant la banque et le trustee. Le droit applicable au trust n'entre pas en considération dans le cadre de ce rapport de droit. Par contre, si la banque assume elle-même la fonction de trustee, c'est le droit applicable au trust qui régit sa responsabilité.

étroits (art. 7 al. 1 CLHT). Plusieurs indices permettent d'identifier l'Etat des liens les plus étroits (art. 7 al. 2 CLHT) : le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, la situation des biens du trust, la résidence ou le lieu d'établissement du trustee, les objectifs du trust ou les lieux où ils doivent être accomplis. Cette liste n'est pas exhaustive et ne semble pas contenir de hiérarchie entre les indices.<sup>21</sup> Cette multiplicité des critères de rattachement a pour conséquence qu'en l'absence de désignation expresse de la loi applicable au trust par le constituant, il subsiste une certaine insécurité quant à son rattachement. Le juge dispose en effet d'une marge de manœuvre importante lui permettant d'appliquer la loi qui lui paraît la plus adéquate pour régler la situation, en fonction de considérations qui lui sont propres et qui peuvent être fort changeantes. Si la loi désignée par les art. 6 et 7 CLHT ne connaît pas l'institution du trust – ou une institution qui peut être considérée comme analogue –, la Convention cesse de s'appliquer (art. 5 CLHT). Dans cette hypothèse, il faut se référer exclusivement aux règles de droit international privé du for, et le processus de qualification est réactivé si le droit du for ignore l'institution du trust.

Outre la désignation de la loi applicable au trust, la Convention de La Haye prescrit des règles applicables à la reconnaissance du trust. Le principe posé à l'art. 11 al. 1 CLHT est simple : tout trust étranger constitué conformément à la loi déterminée par les règles de rattachement fixées dans la Convention est reconnu en tant que trust. Il n'est pas nécessaire que la loi applicable au trust soit celle d'un Etat contractant : il suffit que l'institution juridique considérée présente les caractéristiques du trust décrites dans la Convention et soit constituée selon la loi désignée par la Convention (art. 21 CLHT). Ce principe de reconnaissance pure et simple du trust est assorti de deux principales clauses de sauvegarde. La première permet au juge de s'opposer à la reconnaissance d'un trust rattaché de façon abusive au droit d'un Etat (art. 13 CLHT)<sup>22</sup>. Tel sera le cas par exemple lorsque

<sup>21</sup> VON OVERBECK (cité à la note 14), n° 77, p. 387, précise dans son rapport que les indices figurant dans la liste de l'art. 7 al. 2 CLHT se trouvent en principe sur un pied d'égalité. Toutefois, « [l]es délégations des pays de *civil law* ont aussi admis que le second alinéa, par l'ordre dans lequel les critères étaient présentés, comportait une hiérarchie implicite satisfaisant aux besoins de la pratique. Mais le texte permet aussi aux juges des pays de *common law* de tenir compte, comme ils en ont l'habitude, de tous les facteurs à la fois. »

<sup>22</sup> Art. 13 CLHT : « Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause. »

l'acte constitutif du trust désigne le droit d'un Etat connaissant le trust, alors que tous ses éléments le rattachent étroitement au droit du for, qui ignore le trust. Cette disposition vise à éviter qu'un trust ne soit rattaché que *pro forma* au droit d'un Etat. Elle permet au juge de ne pas reconnaître un trust qu'il estime avoir été abusivement soustrait à l'application de la loi du for. La seconde clause de sauvegarde réserve l'application des règles impératives de la loi désignée par les règles de conflit du for dans certains domaines particuliers, comme par exemple en matière de réserve successorale (art. 15 al. 1 CLHT)<sup>23</sup>. L'objectif de cette disposition est de laisser au juge l'opportunité d'entraver les effets de l'art. 11 CLHT lorsqu'ils sont incompatibles avec les règles de son propre droit international privé. L'art. 15 al. 1 CLHT est une règle fondamentale dans le système de reconnaissance instauré par la Convention, car il permet de paralyser la reconnaissance d'un trust de façon quasiment arbitraire. Néanmoins, la rigueur de cette disposition est fortement atténuée par son alinéa 2 qui prescrit au juge de s'efforcer de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques lorsque l'alinéa 1 fait obstacle à la reconnaissance d'un trust.<sup>24</sup>

La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance poursuit un objectif audacieux, puisqu'elle prescrit des règles de droit international privé valables tant pour les pays connaissant le trust ou une institution analogue que pour les pays igno-

<sup>23</sup> Art. 15 al. 1 CLHT : « La convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes : a) la protection des mineurs et des incapables ; b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage ; c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve ; d) le transfert de propriété et les sûretés réelles ; e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité ; f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards. »

<sup>24</sup> Art. 15 al. 2 CLHT : « Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques. » La portée de cette « clause de bonne volonté » (expression empruntée à Frédéric-Edouard KLEIN, *A propos de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in : Fritz Sturm [édit.], *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990, p. 467-483 [476]) est difficile à déterminer et controversée dans la doctrine. La *ratio* de la Convention permet néanmoins de penser que le juge devra déterminer dans chaque cas particulier dans quelle mesure il entend reconnaître le trust, et en application de quels critères. Il faut en tout cas éviter que cet alinéa vide de tout sens le principe de la reconnaissance pure et simple posé à l'art. 11 CLHT. KLEIN (cité ci-dessus), p. 481 ; Emmanuel GAILLARD/Donald T. TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, *The American Journal of Comparative Law* 1987, n. 307-340 (332).



rant totalement ce type d'institution juridique. Malheureusement, elle n'a pas remporté le succès escompté et elle n'est actuellement en vigueur qu'entre quelques Etats : l'Australie, le Canada, l'Italie, Malte, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et Hongkong.<sup>25</sup> La Suisse n'a pas encore signé cette Convention à ce jour.<sup>26</sup> Le peu d'entrain des Etats à adhérer à cette Convention peut s'expliquer par les complications que son entrée en vigueur entraîne dans leur droit interne, lorsque celui-ci ne connaît pas d'institution analogue au trust.<sup>27</sup>

### III. Le mouvement d'infiltration du trust dans les droits civils

Le trust anglais ne s'est pas contenté de déployer des effets à l'extérieur du *Commonwealth* : il a ensemencé les droits internes d'une quarantaine de pays. Des institutions juridiques directement inspirées du trust anglais existent non seulement dans les Etats de *common law*<sup>28</sup>, mais également dans certains Etats de *civil law*<sup>29</sup>. En Europe, rares sont les pays de *civil law* ayant introduit une forme de trust dans leur ordre juridique.<sup>30</sup> Néanmoins, l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, le 1<sup>er</sup> janvier 1992, a suscité un regain d'intérêt pour cette figure juridique et plusieurs Etats européens étudient ou ont étudié la possibi-

<sup>25</sup> Dates d'entrée en vigueur de la Convention : pour l'Australie, le 1<sup>er</sup> janvier 1992 ; pour le Canada, le 1<sup>er</sup> janvier 1993 ; pour l'Italie, le 1<sup>er</sup> janvier 1992 ; pour Malte, le 1<sup>er</sup> mars 1996 ; pour les Pays-Bas, le 1<sup>er</sup> février 1996 ; pour le Royaume-Uni, le 1<sup>er</sup> janvier 1992 ; pour Hongkong, le 1<sup>er</sup> juin 1990. Les Etats suivants ont signé la Convention, mais ne l'ont pas encore ratifiée : les Etats-Unis d'Amérique, le 13 juin 1988 ; la France, le 26 novembre 1991 ; le Luxembourg, le 1<sup>er</sup> juillet 1985.

<sup>26</sup> Nous reviendrons sur la situation en Suisse (*infra*, V).

<sup>27</sup> L'entrée en vigueur de la Convention dans un Etat ne nécessite pas l'instauration d'un trust ou d'une institution analogue dans son droit interne. Néanmoins, un certain nombre d'adaptations sont nécessaires, comme nous le verrons ci-dessous avec les exemples italien, français et néerlandais (*infra*, III).

<sup>28</sup> Royaume-Uni, Etats-Unis d'Amérique, Australie, Canada, Irlande.

<sup>29</sup> Comme par exemple : Afrique du Sud, Ecosse, Israël, Japon, Liechtenstein, Québec, divers pays d'Amérique latine (Argentine, Colombie, Mexique, Panama, Venezuela, etc.). Pour un tour d'horizon du trust dans les diverses législations, voir Maurizio LUPOI, *Trust Laws of the World - A Collection of Original Texts*, Rome 1996.

<sup>30</sup> Seuls Chypre, l'Ecosse, Israël, le Liechtenstein et la Russie ont introduit une forme de trust dans leur législation interne.

lité d'introduire dans leur ordre juridique une institution analogue au trust.

Aujourd'hui, la Convention de La Haye n'est entrée en vigueur que pour deux Etats de *civil law* : l'Italie et les Pays-Bas. La réticence de ces deux Etats à l'introduction du trust dans leur législation interne illustre la méfiance des Etats de *civil law* à l'égard de cette institution juridique dont les contours sont difficiles à cerner et dont le contenu est impossible à appréhender dans sa globalité. Si les systèmes de conflit de lois italien et néerlandais sont actuellement armés pour traiter convenablement les trusts étrangers, nous verrons que leur intégration dans ces ordres juridiques internes n'est nullement garantie. Dans les deux autres Etats de *civil law* ayant signé la Convention – la France et le Luxembourg<sup>31</sup> –, la procédure de ratification est fortement retardée par les tentatives d'adaptation de leur droit interne. L'exemple de la France est révélateur des difficultés posées par la création d'une institution ayant les mêmes caractéristiques qu'un trust dans un droit de tradition romaniste.

#### A. L'exemple italien

L'Italie a ratifié la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance avec un bel enthousiasme, sans envisager ni loi d'application, ni modification de son droit interne.<sup>32</sup> Le droit matériel italien ne contenant aucune institution analogue au trust, la Convention introduit des innovations importantes tant dans le droit international privé que dans le droit interne italiens.

<sup>31</sup> Le droit luxembourgeois ne connaît pas d'institution analogue au trust. On trouve néanmoins en matière bancaire la possibilité d'établir des contrats fiduciaires. Selon l'art. 2 du Règlement grand-ducal relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit, du 19 juillet 1983 : « Un contrat fiduciaire au sens du présent règlement est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, que le fiduciaire sera rendu titulaire de droits patrimoniaux, l'actif fiduciaire, mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire, déterminées par le contrat fiduciaire. » Ce règlement a introduit une nouveauté importante dans le droit luxembourgeois, car l'actif fiduciaire constitue un patrimoine séparé, ce qui le met à l'abri des créanciers personnels du fiduciaire (art. 3).

<sup>32</sup> Luigi FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul «trust» e il diritto internazionale privato italiano*, *Diritto del commercio internazionale* 1992, p. 533-568 ; Andrew PATON/Rossanna GROSSO, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition : Implemation in Italy*, *International and Comparative Law Quarterly* 1994, p. 654-661.

Le droit des conflits italien est désormais pourvu d'une nouvelle catégorie de rattachement, la catégorie « trust », ce qui simplifie considérablement son traitement sur sol transalpin. Selon l'art. 6 al. 1 CLHT, le droit applicable au trust sera celui que le constituant aura choisi, avec la réserve que le droit italien ne peut être désigné comme loi régissant le trust, puisqu'il ne connaît pas cette institution (art. 6 al. 2 CLHT). Dans cette hypothèse, le juge doit faire abstraction du droit désigné dans l'acte constitutif, et le droit applicable au trust sera celui avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 7 CLHT). Si ce rattachement désigne également le droit italien, la Convention cesse de s'appliquer (art. 5 CLHT)<sup>33</sup>, et les règles de conflit italiennes prennent le relais.<sup>34</sup>

Grâce à la Convention de La Haye, tout trust étranger devrait être reconnu en Italie en application de règles de conflit claires. Si la reconnaissance du trust est le principe, nous avons vu que la Convention prévoit néanmoins une réserve importante dans le cas où les éléments significatifs du trust sont rattachés plus étroitement à un Etat ne connaissant pas l'institution du trust : dans cette hypothèse, l'Etat reconnaissant peut refuser de reconnaître le trust (art. 13 CLHT). Cette disposition peut être salutaire pour un juge italien qui est par exemple confronté à un trust successoral maltais constitué par un Italien domicilié en Italie, portant sur des biens situés sur sol italien, et ayant désigné un trustee domicilié à Malte. Dans cette hypothèse, seuls la loi maltaise désignée dans l'acte constitutif et le domicile à Malte du trustee rattachent le trust au droit maltais : tous ses autres éléments significatifs rattachent le trust au droit italien. Si le juge italien estime que le refus de reconnaissance du trust est une sanction trop lourde, il peut également recourir par exemple à l'art. 15 lit. c CLHT

<sup>33</sup> Concernant l'interprétation de l'art. 5 CLHT, voir Gerardo BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in : Ilaria Beneventi (édit.), *I trusts in Italia oggi*, Milan 1996, p. 11-27 (20-21).

<sup>34</sup> Si le droit international privé italien s'applique, et non pas la Convention de La Haye, le trust sera probablement qualifié de « société » au sens de l'art. 25 de la loi du 31 mai 1995 (n° 218). Selon cet art. 25 al. 1 : « Les sociétés, les associations, les fondations et toute autre entité, publique ou privée, même dépourvue de nature associative, sont régies par la loi de l'Etat dans le territoire duquel a été accompli le processus de constitution. Toutefois la loi italienne s'applique si le siège de l'administration est situé en Italie, ou si l'objet principal de telles entités se trouve en Italie. » Tito BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3<sup>ème</sup> éd., Padoue 1999, p. 591, relève que le trust entre en principe dans la catégorie des « autres entités dépourvues de nature associative » prévue par l'art. 25 al. 1. BROGGINI (cité à la note 33), p. 24-27, est plus dubitatif quant à la qualification du trust, qui pourrait entrer dans au moins cinq catégories de rattachement différentes.

pour réduire le trust à la quotité disponible prévue par la loi italienne, dans l'hypothèse où le trust ne respecterait pas les réserves successorales prévues par cette dernière.<sup>35</sup> Le système de reconnaissance instauré par la Convention de La Haye est donc assez souple et laisse une marge d'appréciation au juge.

La Convention de La Haye a introduit non seulement des innovations importantes dans le droit international privé italien – en lui fournissant une nouvelle catégorie de rattachement et de nouvelles règles de conflit facilitant la reconnaissance et la détermination de la loi applicable aux trusts étrangers –, mais elle introduit également indirectement des nouveautés dans le droit matériel italien.<sup>36</sup> L'introduction d'un nouveau droit réel dans le *numerus clausus* des droits réels italiens est probablement la nouveauté la plus significative. Le droit de propriété « dédoublé » entre le trustee et le bénéficiaire fait d'autant plus figure d'intrus dans le paysage juridique transalpin qu'il est en opposition crasse avec le principe de l'indivisibilité du droit de propriété ancré dans le droit matériel italien. La séparation des patrimoines du trustee et le droit de suite du bénéficiaire, qui sont deux éléments caractéristiques du trust repris par la Convention de La Haye, peuvent déployer des effets surprenants pour les tiers confrontés à un trust étranger en Italie. Pour assurer l'information publique de l'existence d'un trust, la nécessité d'instaurer une inscription spéciale pour les trusts et les trustees dans les registres publics se fait jour. De même, une révision de la législation fiscale est nécessaire. Le droit matériel italien n'a pas encore reçu toutes les adaptations corrélatives à l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye.

Les difficultés liées à l'apparition de trusts étrangers sur sol transalpin est à l'origine d'un projet de loi visant à introduire le trust dans le droit matériel italien, conjointement à une réforme du droit de la société fiduciaire.<sup>37</sup> Ce projet de loi précise que la notion de service

<sup>35</sup> Un arrêt du Tribunal de Lucca, du 23 septembre 1997 (Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1998, p. 818-826), a prescrit la réduction d'un trust étranger (constitué aux Etats-Unis d'Amérique) à la quotité disponible prévue par la loi italienne, en vertu de l'art. 15 lit. c CLHT. Le Tribunal précise que les héritiers ne peuvent pas ouvrir une action en nullité du testament instituant le trust, mais doivent ouvrir une action en réduction (p. 825). Le texte de l'art. 15 lit. c CLHT est reproduit à la note 23.

<sup>36</sup> PATON/GROSSO (cité à la note 32), p. 654-661 ; Maurizio LUPOLI, *Trusts*, Milan 1997, p. 483-512.

<sup>37</sup> Projet de loi introduit devant le Parlement italien, le 30 juillet 1998, concernant la *Riforma delle società fiduciarie e disciplina del trust (Progetto di legge Camera 5194)*. Selon l'art. 1 al. 1 de ce projet : « Ai fini della legge si intendono per: a) società fiduciaria : l'impresa autorizzata a prestare al pubblico servizi fiduciari, avente sede legale e dire-



fiduciaire vise notamment les services rendus par un trustee, tels que décrits à l'art. 2 CLHT (art. 1 al. 2 lit. b). Dans ses grandes lignes, le projet prévoit notamment que toute société fiduciaire italienne doit avoir son siège légal et sa direction en Italie (art. 1 al. 1 lit. a). L'art. 6 introduit une nouveauté importante en prescrivant que le patrimoine fiduciaire est un patrimoine autonome qui ne répond que des dettes contractées dans le cadre du service fiduciaire. L'art. 9 du projet traite de la discipline du trust en Italie et introduit certaines précisions concernant la structure du trust créé en vertu du droit italien. Cette disposition s'éloigne de la Convention de La Haye sur deux points importants : d'une part, le trust doit impérativement être constitué par écrit (art. 9 al. 1 lit. a Progetto di legge Camera 5194 et art. 3 CLHT), et d'autre part le constituant ne peut pas conserver de prérogatives sur les biens mis en trust et le trustee ne peut pas posséder de droits en qualité de bénéficiaire (art. 1 al. 1 lit. b Progetto di legge Camera 5194 et art. 2 al. 3 CLHT). L'art. 7 du projet prévoit que tant l'attribution des biens à la société fiduciaire (ou au trustee) que leur restitution aux bénéficiaires n'est pas imposable. Ce projet est actuellement en cours d'examen devant la Commission des finances de la Chambre des députés.

Nous voyons ainsi que par le biais de la Convention de La Haye, une nouvelle institution juridique s'est infiltrée dans le droit international privé et le droit matériel italiens, qui doivent s'adapter à ses particularités intrinsèques. Six années après l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye, la nécessité d'introduire une réglementation du trust dans le droit matériel s'est également fait jour.

## B. L'exemple français

La France a signé la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance le 26 novembre 1991, mais elle ne l'a pas encore ratifiée à ce jour. La France a adopté une démarche fondamentalement différente de celle de l'Italie : parallèlement à la signature de la Convention, un projet de loi visant à instaurer une institution juridique française analogue au trust a été élaboré. La création d'un « trust

zione in Italia ; b) trust : il rapporto giuridico istituito da un soggetto, denominato « costituente », qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee, come definito ai sensi della lettera c), nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico ; c) trustee : il soggetto incaricato di amministrare, gestire o disporre dei beni ad esso intestati, secondo i termini del trust. »

à la française » avait été réclamée par les praticiens craignant que l'entrée en vigueur de la Convention en France n'incite les Français à constituer des trusts en vertu de droits étrangers, puisque le droit français n'offrait pas d'institution présentant les mêmes avantages. C'est ainsi que le projet de loi instituant la fiducie<sup>38</sup> a été présenté au printemps 1992. La ratification de la Convention de La Haye a été suspendue en attendant l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, car l'Assemblée nationale a estimé que la ratification de la Convention ne pourrait être demandée que conjointement à l'entrée en vigueur de la loi sur la fiducie. A ce jour, ces deux textes ne sont pas encore entrés en vigueur en France.

Le projet de loi instituant la fiducie contient deux volets : le premier est consacré au régime juridique d'un « trust à la française », le second fixe le régime fiscal de cette nouvelle institution. Ce projet de loi est tombé dans l'oubli pendant plusieurs années, pour des raisons tenant au régime fiscal de la fiducie, qui n'était pas prévu de façon satisfaisante.<sup>39</sup> Ces problèmes sont en passe d'être résolus actuellement et le projet de loi pourrait être bientôt réactivé, ce qui entraînerait probablement la ratification de la Convention de La Haye par la France.

Il est intéressant d'étudier de plus près les dispositions de ce projet de loi<sup>40</sup>, afin de voir comment le trust anglo-américain peut être accommodé à une sauce continentale. L'art. 2062 du projet définit la fiducie comme « un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire qui, tenant ces biens et droits séparés de son patrimoine personnel, agit dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat ». Dans ses grandes lignes, la fiducie présente les caractéristiques suivantes : le contrat de fiducie doit être passé par écrit (art. 2063), la séparation des patrimoines du fiduciaire doit être garantie (art. 2069), le constituant et les bénéficiaires disposent d'une action en responsabilité contre le fiduciaire qui « manque gravement à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés » (art. 2070-1), les héritiers réservataires disposent d'une action en réduction contre le bénéficiaire ou le fiduciaire (art. 2070-5).

Cet aperçu fait ressortir une première différence essentielle entre la fiducie française et le trust : la fiducie est fondée sur un contrat

<sup>38</sup> Projet de loi instituant la fiducie, n° 2583, du 20 février 1992.

<sup>39</sup> Jean-Claude GOLDSMITH, *Trusts in France*, *Trusts and Trustees* 1996, p. 6-14 (8).

<sup>40</sup> Claude WITZ, *Synthèse*, *Droit bancaire et de la bourse* 1990, p. 120-122, donne un commentaire critique intéressant de ce projet de loi (sur la base de l'avant-projet).

passé entre le constituant et le fiduciaire, alors que le trust est le résultat d'un acte unilatéral du constituant. De ce caractère contractuel<sup>41</sup> découle une autre particularité : le constituant conserve certains droits à l'égard du fiduciaire, alors qu'il n'en a aucun à l'égard du trustee. L'indivisibilité du droit de propriété en France engendre une seconde divergence fondamentale : l'impossibilité de concevoir un « dédoublement » du droit de propriété, ce qui implique que seul le fiduciaire est propriétaire des biens en fiducie. Le bénéficiaire ne dispose d'aucun droit de nature réelle à l'égard des biens fiduciaires, mais n'est pas pour autant dépourvu de tout droit, puisqu'il dispose d'une action en responsabilité contre le fiduciaire.<sup>42</sup> Malgré ces différences entre le régime du trust et celui de la fiducie française, cette dernière peut être considérée comme une institution analogue au trust au sens de la Convention de La Haye.<sup>43</sup> Cette constatation a notamment pour conséquence que si la Convention de La Haye devait entrer en vigueur en France à la suite de l'adoption de la loi instituant la fiducie, le droit français serait considéré comme connaissant l'institution du trust au sens des art. 5 et 6 al. 2 CLHT.

Même si la France a choisi un chemin nettement plus long que celui suivi par l'Italie, le résultat est encourageant. La création d'une institution interne analogue au trust permet de remédier à bien des difficultés qui surgissent dans les États n'ayant pas souhaité compléter leur ordre juridique. De plus, cette démarche permet d'avoir une approche globale des problèmes engendrés par l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye. Le navire français paraît ainsi *a priori* mieux apte à naviguer sur l'océan du trust que le vaisseau italien dont les marins sont fort occupés à colmater les brèches. Néanmoins, la témérité des seconds leur a permis d'appareiller sensiblement plus tôt ...

<sup>41</sup> Le projet de loi reproduit la pratique française qui a toujours qualifié le trust de contrat, depuis l'arrêt Singer, du 16 mai 1906 (Tribunal civil de la Seine : Revue critique de droit international privé 1907, p. 239-251). Jean-Denis BREDIN, *L'évolution du trust dans la jurisprudence française*, Travaux du Comité français de droit international privé 1973-1975, p. 137-160.

<sup>42</sup> Cette action en responsabilité remplace en quelque sorte le droit de suite (*tracing*). Pour un exposé comparatif des droits des bénéficiaires dans le trust et dans la fiducie, voir Vincent MEDAIL, *La protection des bénéficiaires dans le trust et dans la fiducie*, Collection des mémoires de l'institut de droit comparé - volume 2, Lyon 1994.

<sup>43</sup> WATERS (cité à la note 2), p. 447-450, salue le projet français de loi sur la fiducie en estimant qu'il présente une excellente adaptation du trust dans un pays de *civil law*. Selon cet auteur, le trust est parfaitement comparable à une propriété fiduciaire.

### C. L'exemple néerlandais

Les Pays-Bas ont choisi une voie médiane entre la démarche italienne et la démarche française. Conjointement à la ratification de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance - qui est entrée en vigueur aux Pays-Bas le 1<sup>er</sup> février 1996 -, les Pays-Bas ont édicté une loi d'application<sup>44</sup> précisant ses effets dans l'ordre juridique néerlandais. Précisons d'emblée que le droit matériel néerlandais ne connaît ni trust, ni institution analogue, au sens de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.<sup>45</sup>

La principale difficulté soulevée par la Convention de La Haye dans l'ordre juridique néerlandais était son incompatibilité avec l'art. 3:84 al. 3 du Code Civil néerlandais.<sup>46</sup> Cette disposition empêchant apparemment toute constitution de patrimoine séparé, elle mettait en péril la reconnaissance du trust aux Pays-Bas, par le jeu de l'art. 15 al. 1 lit. d et e CLHT<sup>47</sup>. L'art. 4 de la loi d'application précise que « les dispositions du droit néerlandais en matière de transfert de propriété, de sécurités ou de protection des créanciers en cas d'insolvabilité n'affectent pas les conséquences juridiques de la reconnaissance d'un trust décrites à l'art. 11 de la convention. »<sup>48</sup> L'art. 15 al. 1 CLHT ne peut donc pas être invoqué pour faire obstacle à la reconnaissance d'un trust aux Pays-Bas au motif que « les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee » (art. 2 al. 2 lit. a CLHT). Il n'y a ainsi aucun doute que le transfert des biens au trustee s'est fait dans un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, même si le trustee et les biens du trust sont situés sur sol néerlandais.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Wet Conflictenrecht Trusts, du 4 octobre 1995.

<sup>45</sup> La figure juridique la plus proche du trust est le *bewind*, qui est une forme d'administration dans laquelle la propriété reste au bénéficiaire bien que le pouvoir d'administration incombe à une autre personne (le *bewindvoerder*) et ne peut pas être révoqué ni exercé par le bénéficiaire. Son champ d'application est très limité.

<sup>46</sup> Alfred E. VON OVERBECK, *La ratification de la Convention de La Haye sur le trust par les Pays-Bas : un exemple pour la Suisse?*, in : Alfred E. von Overbeck/Fausto Pocar/Kurt Siehr (édit.), *Collisio Legum - Etudes de droit international privé pour Gerardo Broggin*, Milan 1997, p. 367-380 (372-375) ; Marielle E. KOPPENOL-LAFORCE/R. J. P. KOTTENHAGEN, *The Institution of the Trust and Dutch Law*, in : E. H. Hondius (édit.), *Rapports néerlandais pour le XV<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé*, Anvers-Groningue 1998, p. 137-153 (143-147).

<sup>47</sup> Le texte de l'art. 15 al. 1 CLHT est reproduit à la note 23.

<sup>48</sup> Traduction de l'art. 4 par VON OVERBECK (cité à la note 46), p. 374.

<sup>49</sup> KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (cité à la note 46), p. 145 ; David J. HAYTON, *Developing the use of trusts in the Netherlands*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1997, n. 542-545 (544).

La loi d'application néerlandaise a été introduite pour clarifier le traitement du trust sur sol hollandais. Elle y parvient aussi bien concernant la séparation des patrimoines du trustee (art. 4 de la loi d'application) que pour la question de l'inscription du trust dans les registres publics (art. 3 de la loi d'application).<sup>50</sup> Il subsiste néanmoins une incertitude concernant le droit du bénéficiaire de revendiquer les biens du trust en cas de violation du trust par le trustee (art. 11 al. 3 lit. d CLHT)<sup>51</sup>. La loi applicable au droit de suite – et par conséquent les conditions de son exercice – est une question controversée dans la doctrine néerlandaise.<sup>52</sup> L'application du droit néerlandais semble fortement probable dans le cas où les biens du trust concernés se trouvaient sur territoire néerlandais au moment du *breach of trust*. Dans cette hypothèse, le droit de suite du bénéficiaire sera très probablement un droit de nature personnelle, et non pas de nature réelle.<sup>53</sup> Quant au traitement fiscal, le trust doit obtenir un arrangement fiscal préalable des autorités néerlandaises.<sup>54</sup>

L'introduction du trust dans le droit néerlandais est une question en suspens depuis une cinquantaine d'années. Contrairement aux souhaits exprimés par la doctrine et les praticiens, le législateur a expressément renoncé en 1992 à créer un trust hollandais.<sup>55</sup> La ratification de la Convention de La Haye a relancé le débat, mais sans succès.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> Marielle KOPPENOL-LAFORCE, *The Trust, the Hague Trusts Convention and Civil Law Countries : A Mission Impossible ?*, Notarius International 1998, p. 27-40 (39-40).

<sup>51</sup> Le texte de l'art. 11 al. 3 lit. d CLHT est reproduit à la note 19.

<sup>52</sup> KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (cité à la note 46), p. 147-150.

<sup>53</sup> Si l'on applique la loi régissant le trust, le droit de suite sera un droit de nature réelle si le trust est gouverné par une législation anglo-saxonne. La Convention de La Haye se contente de prescrire l'existence du droit de suite, sans préciser la nature – réelle ou personnelle – de ce droit (voir la note 19). KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (cité à la note 46), p. 150.

<sup>54</sup> Décision du Sous-Secrétaire des finances, du 22 juin 1995. Voir KOPPENOL-LAFORCE (cité à la note 48), p. 38.

<sup>55</sup> L'art. 84 al. 3 du Livre 3 du Code civil néerlandais exclut très clairement la possibilité de créer un trust en droit hollandais. KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (cité à la note 46), p. 137-143, retracent l'histoire du trust à travers la longue révision du Code civil néerlandais. Le nouveau code est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1992.

<sup>56</sup> KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (cité à la note 46), p. 151-153.

#### IV. Les Principes de droit européen du trust

Un pas important a été franchi en 1999 dans la direction d'une implantation massive du trust dans les droits continentaux européens, grâce à l'adoption à La Haye des Principes de droit européen du trust (PDET)<sup>57</sup>. Ces principes sont issus d'un groupe de travail fondé en 1996 sur l'initiative des Pays-Bas réunissant des experts en matière de trust de divers pays européens. Ils visent à définir des règles pouvant servir de lignes directrices pour l'introduction d'institutions analogues au trust dans les pays de droit civil.<sup>58</sup>

L'art. 1 al. 1 PDET décrit les principales caractéristiques du trust : « Dans un trust, une personne appelée < trustee > est propriétaire de biens séparés de son patrimoine personnel ; le trustee doit affecter ces biens (le fonds du trust) à l'intérêt d'une autre personne appelée < bénéficiaire > (*beneficiary*) ou à l'accomplissement d'un but d'intérêt général. » Cette description du trust reprend le mécanisme de l'art. 2 al. 1 CLHT, tout en introduisant une précision essentielle n'y figurant pas expressément : le trustee doit être propriétaire des biens en trust.<sup>59</sup> Cet ajout est important, car le droit de propriété du trustee sur les biens en trust est une caractéristique essentielle du trust.

La séparation des patrimoines du trustee est mise en évidence dans cette description, et est rappelée à l'art. 1 al. 3 PDET pour préciser qu'elle « a pour effet de soustraire [le fonds du trust] aux prétentions du conjoint du trustee, de ses héritiers et de ses créanciers personnels ». L'existence de deux patrimoines distincts offre la garantie que le fonds du trust ne réponde que des dettes contractées par le trustee pour le trust, et non pas pour ses dettes personnelles (art. 3 al. 2 PDET).

L'art. 1 al. 4 PDET précise que le bénéficiaire dispose d'un droit personnel de nature personnelle ou réelle sur les biens constituant le trust : « Le bénéficiaire a, sur le fonds du trust, un droit personnel propre contre le trustee et contre des tiers auxquels une partie du

<sup>57</sup> D. J. HAYTON/S. C. J. J. KORTMANN/H. L. E. VERHAGEN (édit.), *Principles of European Trust Law*, La Haye 1999.

<sup>58</sup> Ces Principes de droit européen du trust n'ont aucune force obligatoire et ne poursuivent que l'objectif de fournir une sorte de « canevas » de l'institution du trust telle que perçue par des juristes de *common law* et de *civil law*.

<sup>59</sup> Dans la Convention de La Haye, l'art. 2 al. 1 précise que « des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee ».

<sup>60</sup> Les deux principales violations du trust résident dans l'appropriation des biens du trust par le trustee et la disposition non justifiée des biens du trust. Voir par exemple l'art. 11 al. 3 lit. d CLHT (texte reproduit à la note 19).

fonds aurait été transférée sans droit ; il se peut aussi qu'il ait un droit réel à l'encontre du trustee et à l'encontre de ces tiers ». Si le trustee fait un acte en violation des obligations résultant du trust (*breach of trust*)<sup>60</sup>, le bénéficiaire peut ouvrir action contre le trustee qui assume une responsabilité personnelle.<sup>61</sup> Dans l'hypothèse où le trustee a aliéné un bien du trust contrairement à son devoir et que son patrimoine personnel est insuffisant pour réparer le dommage, le bénéficiaire peut ouvrir action en responsabilité contre l'acquéreur de mauvaise foi du bien. Cet acquéreur devra réparer la perte subie par le fonds du trust (art. 7 PDET)<sup>62</sup>. Cette responsabilité peut même s'étendre aux tiers acquéreurs subséquents du bien. Les Principes de droit européen du trust consacrent donc des droits étendus à disposition du bénéficiaire du trust. Ils résolvent un dilemme important des Etats de *civil law* ayant ratifié la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance : il n'est nullement nécessaire d'instituer un droit de propriété pour le bénéficiaire. En effet, la protection de ses droits à l'égard des biens constituant le trust peut être assurée à l'aide d'autres moyens juridiques. Ainsi, le droit de suite (*tracing*) anglais peut être transposé dans les droits continentaux sous forme d'une action en responsabilité, telle que le prévoit par exemple le projet français de loi instituant la fiducie.<sup>63</sup>

60 L'art. 5 al. 5 PDET traite de la responsabilité du trustee : « Un trustee est comptable du fonds du trust, il doit personnellement réparer toute perte causée au fonds du trust par une violation du trust (*breach of trust*). Il doit personnellement ajouter à ce fonds tout profit que lui aurait procuré la violation de ses devoirs. » Les devoirs du trustee sont régis par l'art. 5 al. 2 PDET : « Le devoir fondamental d'un trustee est de se conformer aux termes du trust, de gérer raisonnablement les biens du trust et d'agir dans l'intérêt bien compris des bénéficiaires ou, en cas de trust ayant un but d'intérêt général, de promouvoir l'intérêt en question. » Toute violation de ses devoirs par le trustee engage sa responsabilité personnelle, même s'il n'a pas réalisé de profit personnel. La responsabilité du trustee est engagée chaque fois qu'il fait un acte qu'il n'aurait pas dû faire ou ne fait pas un acte qu'il aurait dû faire dans le cadre de son administration du trust.

62 Art. 7 PDET : « Lorsqu'un trustee transfère sans droit une partie du fonds du trust à un acquéreur, qui n'est pas protégé en qualité d'acheteur de bonne foi ou autrement, cet acquéreur doit réparer la perte subie par le fonds du trust ; il se peut qu'il soit enjoint de tenir les biens ainsi transférés (ou des biens les représentant) séparés de son patrimoine personnel en tant que partie du fonds du trust ou en tant que garantie de sa responsabilité. Il se peut que cette responsabilité s'étende à tout tiers acquéreur subséquent qui n'est pas protégé en tant qu'acheteur de bonne foi ou autrement. »

63 Art. 2070-1 : voir *supra*, III.B.

Les Principes de droit européen du trust sont le résultat d'un effort de synthèse important effectué par les pays ayant participé à sa rédaction. On y trouve les *essentialia* du trust pouvant guider les Etats européens souhaitant introduire une institution juridique analogue au trust dans leur législation interne. Ces principes pourraient bien par exemple aider l'Italie à concrétiser son projet de loi sur la société fiduciaire et le trust, stimuler la France à remettre le projet de loi sur la fiducie en route et inciter les Pays-Bas à revenir sur leur décision de ne pas créer de trust néerlandais. La Suisse ayant participé activement à la rédaction de ces principes, il est temps maintenant de voir ce qu'elle peut tirer de cet enseignement.

## V. La perception du trust en droit suisse

Le droit suisse ne connaît ni trust, ni institution analogue au sens de la Convention de La Haye.<sup>64</sup> Malgré l'impossibilité de constituer un trust selon le droit suisse, il est fréquent que des trusts étrangers entrent en contact avec l'ordre juridique suisse : un trust constitué selon un droit étranger peut non seulement déployer des effets en Suisse<sup>65</sup>, mais également être constitué sur territoire helvétique<sup>66</sup>. Dans

64 Claude REYMOND, *Le trust et le droit suisse*, Revue de droit suisse 1954 II, p. 119-214. Cet auteur fait un rapport complet sur la situation du trust dans l'ordre juridique suisse et parvient à la conclusion que si certaines institutions juridiques suisses remplissent des fonctions proches de celles d'un trust, aucune ne s'en rapproche suffisamment pour lui être comparable. Cet auteur estime que le trust est absolument incompatible avec l'ordre juridique suisse et que l'instauration d'une forme analogue au trust dans le droit suisse n'est nullement souhaitable. Le soin d'améliorer les institutions existant dans le droit suisse, comme notamment l'acte fiduciaire, doit être laissé aux praticiens. La fiducie s'est effectivement développée dans la pratique et la jurisprudence, et la question d'une codification de la fiducie devient actuelle une quarantaine d'années après le rapport de Claude Reymond. Luc THÉVENOZ, *La fiducie, Cendrillon du droit suisse - Propositions pour une réforme*, Revue de droit suisse 1995 II, p. 253-363, estime qu'il est temps de donner un cadre légal à la fiducie (voir V.B).

65 Pensons par exemple à un trust constitué selon le droit anglais dont le fonds contient un immeuble situé sur territoire helvétique ou des biens déposés auprès d'une banque en Suisse.

66 La présence de fonds étrangers dans les banques en Suisse favorise la création en Suisse de trusts par des ressortissants étrangers. Les banques offrent très volontiers ce service à leurs clients et se font fort d'assumer la fonction de trustee, par le biais d'une société affiliée à l'étranger.

pareille situation, le juriste suisse se trouve confronté à une question de droit international privé.

## A. Le droit applicable au trust et sa reconnaissance en droit international privé suisse

### 1. La dualité de qualification du trust

Lorsqu'un trust étranger déploie des effets en Suisse, la question de sa reconnaissance et de la détermination de la loi qui le régit peut se poser.<sup>67</sup> La Suisse n'ayant pas signé la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, il est nécessaire de recourir à la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Or, la LDIP ne contient pas de catégorie de rattachement « trust », ce qui rend le détour par l'opération « qualificatoire » nécessaire pour résoudre toute question liée à un trust étranger.

Nous avons vu que, depuis l'affaire Harrison<sup>68</sup>, le trust est qualifié en Suisse de contrat mixte *sui generis*. Le Tribunal fédéral n'a pas eu de nouvelle occasion de se prononcer sur la qualification d'un trust depuis cette arrêt fort controversé. Il est permis de penser que la qualification contractuelle du trust n'est pas unique et devrait être reconsidérée en présence d'un trust n'offrant pas les mêmes caractéristiques que le trust Harrison. La diversité des formes de trust paraît empêcher toute qualification uniforme du trust : les spécificités de chaque trust doivent être prises en considération pour rechercher la

<sup>67</sup> Concernant la compétence judiciaire des autorités, la Convention de Lugano prévoit des règles de rattachement particulières en matière de trust : art. 5 ch. 6 (for au domicile du trust) ; art. 17 al. 2 et 3 (clause attributive de juridiction contenue dans l'acte constitutif) ; art. 53 al. 2 (détermination du domicile du trust). Ces règles ne s'appliquent que pour les relations internes du trust, autrement dit les rapports entre le constituant, le trustee et le bénéficiaire. Pour les relations externes (rapports entre le trustee et des tiers), les règles ordinaires de la Convention de Lugano s'appliquent (for de principe au domicile du défendeur : art. 2 al. 1). Stephen V. BERTI, *Der trust, das Lugano-Übereinkommen und das schweizerische IPR*, in : Hans U. Walder/Tobias Jaag/Dieter Zobl (édit.), *Aspekte des Wirtschaftsrechts – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, Zurich 1994, p. 223–238 ; Jan KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht – Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 6<sup>ème</sup> éd., Heidelberg 1998, ad art. 5 n° 94–103, p. 141–143. Si la Convention de Lugano ne s'applique pas, la compétence des autorités déterminée par la LDIP dépend de la qualification du trust.

<sup>68</sup> Voir la note 11.

catégorie du droit suisse présentant le plus d'analogies avec le trust considéré.<sup>69</sup> A notre sens, deux qualifications du trust coexistent en droit international privé suisse : la qualification « société » et la qualification « contrat ».

Dans son Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé, le Conseil fédéral prend la même option lorsqu'il relève que « certaines formes de trust » peuvent être gérées par les règles de rattachement prévues pour les sociétés.<sup>70</sup> Le législateur entend englober dans la notion de société « toutes les combinaisons sociales qui ont une organisation solide ou qui sont au moins organisées comme un tout »<sup>71</sup>. La catégorie « société » de la LDIP se subdivise en deux concepts : les sociétés de personnes organisées et les patrimoines organisés (art. 150 al. 1 LDIP). Pour qu'une entité ne soit pas considérée comme un contrat mais comme une société, elle doit donc présenter une organisation suffisante (art. 150 al. 2 LDIP). Si le trust ne peut assurément pas entrer dans le concept de société de personnes organisée, par contre le concept de patrimoine organisé paraît *a priori* « taillé sur mesure » pour convenir à ses caractéristiques.

Le concept de patrimoine organisé est difficile à appréhender concrètement.<sup>72</sup> On peut tout au plus dire de façon générale que d'une part un patrimoine est un ensemble de biens, de droits matériels ou immatériels, ou de créances, et que d'autre part son organisation ne peut être appréciée qu'au regard de ses caractéristiques propres. L'existence d'un contrat à la base du patrimoine n'est nullement nécessaire, car il ne s'agit pas de lier des personnes entre elles, mais des biens. La qualification d'une entité de « patrimoine organisé » ne dépend pas de sa forme juridique, mais de sa structure juridique. Elle repose sur la réunion d'indices permettant de conclure que son organisation interne est suffisante. A notre sens, trois conditions au moins doivent être remplies pour qu'un patrimoine puisse être considéré comme organisé au sens de l'art. 150 LDIP. Premièrement, le patri-

<sup>69</sup> Prenons l'exemple d'un trust charitable dont le but est d'offrir chaque hiver des vacances de ski en Suisse aux pensionnaires d'une école anglaise : l'institution juridique suisse la plus proche paraît davantage être la fondation (art. 80 ss CC) que le contrat. La qualification contractuelle de ce trust ne peut en tout cas pas être faite sans considération de ses particularités.

<sup>70</sup> Message du Conseil fédéral, du 10 novembre 1982, concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP), FF 1983 I 255, n° 292, p. 425.

<sup>71</sup> Frank VISCHER/Paul VOLKEN (édit.), *Loi fédérale sur le droit international privé – Projet de loi de la commission d'experts et Rapport explicatif*, Zurich 1978, p. 346.

<sup>72</sup> La notion de patrimoine organisé utilisée à l'art. 150 al. 1 LDIP n'est pas définie dans la LDIP. L'étude des travaux préparatoires ne permet pas d'éclaircir ce concept.

moine doit être constitué en vue d'atteindre un but précis.<sup>73</sup> Deuxièmement, un propriétaire du patrimoine est nécessaire pour le gérer.<sup>74</sup> Troisièmement, les biens composant le patrimoine doivent constituer une unité patrimoniale autonome.<sup>75</sup> Si une entité ne remplit pas ces trois conditions, elle doit être à notre avis qualifiée de contrat.

Le trust tel que défini dans la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance et dans les Principes de droit européen du trust remplit en principe ces trois conditions. En effet, l'existence d'un but précis est un des fondements du trust (art. 2 al. 1 CLHT et art. 1 al. 1 PDET). Tant la Convention de La Haye (art. 2 al. 2 lit. a) que les PDET (art. 1 al. 1) exigent que les biens du trust constituent une masse autonome dans le patrimoine du trustee, qui remplit la fonction de propriétaire des biens en trust. Ainsi, tout trust a en principe une structure interne minimale définie dans son acte constitutif. Remarquons que celui-ci ne doit pas nécessairement être rédigé par écrit : ni la Convention de La Haye<sup>76</sup>, ni les PDET ne l'exigent.<sup>77</sup> A notre avis, cette condition n'est pas non plus nécessaire dans le cadre de l'art. 150 LDIP.<sup>78</sup>

Nous pouvons ainsi conclure qu'en principe le trust sera qualifié de patrimoine organisé au sens de l'art. 150 al. 1 LDIP et sera régi par les règles de la LDIP applicables aux sociétés. Si la qualification de principe du trust le fait entrer dans la catégorie « société », il ne faut

<sup>73</sup> Cette condition découle d'une application analogique de l'art. 530 al. 1 CO, qui pose les fondements de la notion de société en droit matériel. Le propriétaire du patrimoine peut choisir n'importe quel but, sous réserve de l'interdiction générale de l'art. 20 CO, qui s'applique également en droit international privé sous couvert de l'ordre public.

<sup>74</sup> Il peut s'agir indifféremment d'une personne physique ou d'une personne morale.

<sup>75</sup> Le texte allemand de l'art. 150 LDIP parle de « *organisierte Vermögenseinheit* ». Le patrimoine est donc par définition une masse de biens indépendante des biens constituant le patrimoine de la personne qui le gère.

<sup>76</sup> L'art. 3 CLHT prévoit qu'elle « ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit. » Cela ne signifie pas pour autant que l'acte constitutif du trust doive être écrit : si un trust est constitué par oral ou par la simple remise des biens au trustee, le fait qu'il puisse être confirmé par écrit – par exemple par le trustee lui-même – suffit. VON OVERBECK (cité à la note 14), n° 52, p. 381.

<sup>77</sup> La Convention de Lugano ne l'exige pas non plus : son art. 5 ch. 6 se rapporte à tout trust « constitué soit en application de la loi, soit par écrit ou par une convention verbale confirmée par écrit ».

<sup>78</sup> En droit matériel, l'art. 530 CO ne requiert aucune forme particulière pour le contrat de société, ce qui implique qu'il peut être passé par actes concludants (art. 11 CO). Cette règle est transposable en droit international privé et permet d'admettre l'existence d'une société au sens de l'art. 150 LDIP, même sans fondement écrit.

pas perdre de vue que chaque trust doit être considéré en fonction de ses propres caractéristiques, afin de lui appliquer les règles de rattachement les plus appropriées.<sup>79</sup>

## 2. La conséquence de la qualification « société »

La qualification « société » du trust a pour conséquence que tout trust étranger sera automatiquement reconnu en Suisse, en vertu du principe de la reconnaissance automatique prévu implicitement à l'art. 154 LDIP.

Le droit applicable au trust sera celui en vertu duquel il s'est organisé (art. 154 al. 1 LDIP). En principe, l'acte constitutif du trust devrait se référer à un droit particulier. Si tel n'est pas le cas, le droit d'organisation du trust peut être identifié en fonction de ses caractéristiques. Si l'identification du droit ayant servi à la constitution du trust est impossible ou dans l'hypothèse – peu probable – où le trust ne remplit pas les conditions d'organisation posées par ce droit, le droit de l'Etat dans lequel il est administré en fait devrait être applicable (art. 154 al. 2 LDIP). Ce lieu correspond en principe à la résidence habituelle ou à l'établissement du trustee. Le rattachement au domicile (au sens large) du trustee présente des inconvénients pratiques. En effet, si le trustee est domicilié en Suisse, le droit suisse est applicable au trust, ce qui peut conduire à des complications importantes, comme l'a démontré l'affaire Harrison. De plus, le rattachement au domicile du trustee manque de stabilité, car tout déménagement du trustee – de même que tout changement de trustee – peut engendrer un changement du droit applicable au trust. Si le trust est géré par plusieurs trustees, il faut admettre que le lieu de la direction générale, ou à défaut le lieu où les trustees se rencontrent en général, sera déterminant. Si tous les trustees sont représentés par une personne particulière – l'un d'eux ou un tiers – pour les relations ex-

<sup>79</sup> A notre avis, il n'est pas possible de qualifier abstraitement les trusts en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent (voir la note 3). Certains auteurs distinguent entre les trusts exprès (*express trusts*) et les trusts implicites et légaux (*implied* et *statutory trusts*) pour ne qualifier que les premiers de sociétés : Frédéric Edouard KLEIN, *Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG*, Basler Juristische Mitteilungen 1989, p. 359–377 (362) ; Frank VISCHER, in : Anton Heini/Max Keller/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (édit.), *IPRG Kommentar*, Zurich 1993, ad art. 150, n° 15, p. 1325. Ce régime différencié s'inspire de la Convention de La Haye qui ne s'applique qu'aux trusts exprès (art. 3 CLHT). Cette distinction théorique nous paraît trop arbitraire et nous préférons adopter une démarche centrée sur les caractéristiques de chaque trust. Du même avis : Pietro SUPINO, *Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht*, Zurich 1994, p. 162 ; Jasmin GHANDCHI, *Der Geltungsbereich des Art. 159 IPRG*, Thèse Zurich 1991, p. 53.



ternes, le rattachement s'effectuera au lieu d'activité de ce représentant.<sup>80</sup> Dans le cadre de la Convention de La Haye, le lieu d'administration du trust est l'un des indices permettant d'identifier la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits (art. 7 CLHT), mais il n'est pas appliqué comme facteur de rattachement autonome précisément en raison de ces inconvénients pratiques.

A notre avis, si le droit en vertu duquel le trust s'est organisé n'est pas identifiable, l'art. 154 LDIP ne permet pas de rattacher le trust de façon satisfaisante. Plutôt que de rattacher le trust à l'Etat de son administration de fait, il nous paraît plus judicieux de rechercher l'Etat avec lequel il entretient les liens les plus étroits.<sup>81</sup> On peut s'inspirer dans cette recherche de l'art. 7 al. 2 CLHT qui offre une liste d'indices permettant d'identifier cet Etat. Par hypothèse, le droit déterminé de la sorte connaît l'institution du trust, ce qui évite bien des complications.

### 3. La conséquence de la qualification « contrat »

Dans l'hypothèse où un trust ne présente pas une organisation suffisante pour être considéré comme un patrimoine organisé au sens de l'art. 150 LDIP, il sera qualifié de contrat et le chapitre 9 de la LDIP délimitera son régime juridique.<sup>82</sup> En tant que contrat, le trust est également reconnu sans difficulté en Suisse.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Thomas M. MAYER, *Die organisierte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht – Unter besonderer Berücksichtigung des Trust*, Bâle 1998, p. 139.

<sup>81</sup> Dans le cadre du rattachement d'une société de personnes, l'art. 154 al. 2 LDIP permet précisément d'appliquer le droit de l'Etat avec lequel la société entretient les liens les plus étroits. L'application de cette disposition à un trust nécessite à notre avis de la réinterpréter sans égard à sa formulation qui n'est adaptée que pour les sociétés de personnes. Une interprétation téléologique de l'art. 154 al. 2 LDIP conduit à la même conclusion, puisque cette disposition vise à éviter autant que possible qu'une entité ne soit déclarée nulle. Message du Conseil fédéral, du 10 novembre 1982, concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP), FF 1983 I 255, n° 294.2, p. 429.

<sup>82</sup> Et non pas uniquement les art. 116 ss LDIP, comme le suggère l'art. 150 al. 2 LDIP. Cette mention est vraisemblablement erronée, car l'art. 150 LDIP a pour fonction de définir la notion de société, et non pas de déterminer le droit applicable aux sociétés. De plus, il paraît incongru de soumettre le trust (ou toute autre entité) à des règles de conflit distinctes en matière de compétence et de droit applicable. Si un trust est qualifié de société, le chapitre 10 de la LDIP s'applique, sinon c'est son chapitre 9 dans son intégralité qui prend le relais.

<sup>83</sup> La pratique du Tribunal fédéral est constante : voir par exemple l'arrêt Harrison (voir la note 11).

Le droit applicable au trust est déterminé dans cette hypothèse par un système de rattachement en cascade, selon lequel le trust est régi principalement par le droit choisi par le constituant (art. 116 al. 1 LDIP) et subsidiairement par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 117 al. 1 LDIP). L'élection de droit peut être « expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances » (art. 116 al. 2 LDIP). On peut admettre à notre avis qu'à défaut de désignation expresse du droit applicable dans l'acte constitutif du trust, le constituant fait une *electio juris* implicite en choisissant de l'organiser selon un droit déterminé. Si le droit applicable au trust n'est pas identifiable au moyen d'une élection de droit, le principe de proximité s'applique. La loi pose la présomption que les liens les plus étroits sont entretenus avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou son établissement (art. 117 al. 2 LDIP). Dans un trust, le trustee est considéré comme le débiteur de la prestation caractéristique<sup>84</sup>, ce qui conduit à appliquer le droit de sa résidence habituelle ou de son établissement. Nous avons déjà souligné les inconvénients que ce rattachement implique, puisque tout changement de trustee ou tout déménagement de ce dernier entraîne une modification potentielle du régime juridique du trust. De plus, si le trustee a sa résidence habituelle ou son établissement en Suisse (comme dans l'affaire Harrison), le droit applicable au trust est le droit suisse, ce qui est préjudiciable à son régime juridique puisque aucune institution juridique suisse ne peut être considérée comme analogue au trust.<sup>85</sup>

A notre avis, le système de présomptions de l'art. 117 al. 2 et 3 LDIP n'est pas adapté au trust. Premièrement, ces présomptions sont utiles dans le cadre d'un rapport contractuel. Or, le trust n'est pas un contrat.<sup>86</sup> Deuxièmement, toute présomption n'a qu'une valeur indicative : si le résultat auquel conduit l'application de la présomption n'est pas adéquat, il convient de passer outre. Tel est le cas à notre avis dans

<sup>84</sup> Cette solution a déjà été retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Harrison. Elle est encore valable actuellement, que le trust soit qualifié de mandat, de fiducie ou de simple contrat de service. L'art. 117 al. 3 lit. c LDIP s'applique, ce qui implique que la prestation du trustee, en tant que prestataire de service, est déterminante pour le rattachement.

<sup>85</sup> L'institution juridique la plus proche est la fiducie, mais ce n'est qu'une création de la jurisprudence. Outre sa codification, plusieurs aménagements de son régime seraient nécessaires pour qu'elle puisse offrir une réglementation utile pour le trust (*infra*, V.B).

<sup>86</sup> L'art. 2 CLHT précise bien que le trust n'est pas un contrat, mais un acte unilatéral.

l'hypothèse où la présomption conduit à appliquer à un trust le droit d'un Etat dont il est inconnu. Il nous paraît que le système de rattachement prévu par l'art. 117 al. 2 et 3 LDIP doit être adapté aux particularités du trust. La chute d'un trust dans le « tiroir » contrat est trop aléatoire pour conduire finalement à un rattachement non approprié. A notre avis, la recherche du droit de l'Etat avec lequel un trust présente les liens les plus étroits (en vertu de l'art. 117 al. 1 LDIP) doit être faite en appliquant l'art. 7 CLHT par analogie.

Le système de rattachement que nous proposons permettrait ainsi de désigner le même droit applicable à un trust, quelle que soit sa qualification. Ce système s'inspire directement de la Convention de La Haye, qui soumet en premier lieu le trust à la loi choisie par le constituant de façon expresse ou implicite (art. 6 al. 1 CLHT), et en second lieu à la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits (art. 7 CLHT). En effet, notre système rattache d'abord le trust au droit choisi par le constituant et désigné de façon expresse dans l'acte constitutif du trust ou ressortant des circonstances ; dans ce cadre, le droit en vertu duquel le trust est organisé est une circonstance pertinente. Si ce droit n'est pas identifiable, il faut rechercher l'Etat avec lequel le trust présente les liens les plus étroits ; pour déterminer cet Etat, plusieurs indices doivent être pris en compte de façon complémentaire. Parmi ces indices, on peut mentionner le lieu d'administration du trust, le lieu de situation des biens, le lieu de résidence ou d'établissement du trustee et le lieu où les objectifs du trust doivent être accomplis (art. 7 al. 2 CLHT, par analogie). Ce système est également compatible avec la LDIP, dans la mesure où l'on tient compte des particularités du trust dans l'application de ses dispositions.

## B. Instauration d'un trust de droit suisse ?

### 1. L'apport international

La dualité de qualification du trust en droit international privé suisse instaure un régime d'insécurité insatisfaisant. La qualification d'un trust dépend en effet du degré de son organisation, qui est affaire d'interprétation. Il est à notre avis impossible de savoir à l'avance comment un trust sera qualifié en Suisse, et par voie de conséquence quel droit régira son statut. Cette imprévisibilité est fortement préjudiciable à l'économie suisse, car tant le constituant que le trustee ne prendront pas le risque de laisser leur trust déployer des effets sur le territoire helvétique en l'absence de traitement juridique clairement déterminé.

L'adhésion de la Suisse à la Convention de La Haye permettrait de dépasser la question de la qualification du trust et d'assurer à ce dernier un traitement conflictuel clair et prévisible. Si la question de la reconnaissance du trust ne présente pas de difficulté particulière en droit international privé suisse, la question du droit applicable pose des problèmes importants. L'introduction de règles désignant de façon précise la loi applicable au trust lui assurerait un rattachement uniforme sans transiter par les aléas de la qualification. Pour cette raison, nous sommes d'avis qu'une adhésion de la Suisse à la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance serait extrêmement profitable pour notre pays et renforcerait sa crédibilité internationale.<sup>87</sup>

La comparaison des démarches italienne, française et néerlandaise à l'égard de la Convention de La Haye nous amène à penser qu'il serait plus conforme à l'esprit helvétique de concevoir l'entrée en vigueur de la Convention pour la Suisse conjointement à une modification de son droit matériel. L'expérience italienne montre que le traitement juridique des trusts est insatisfaisant en Italie et que des adaptations ponctuelles du droit interne se révèlent nécessaires, voire l'introduction du trust dans le droit matériel. Aux Pays-Bas, la doctrine milite pour l'introduction d'une institution analogue au trust, afin de clarifier son régime juridique sur territoire néerlandais. A notre avis, la Suisse aurait tout intérêt à envisager une démarche globale de modification de son droit interne en s'inspirant de l'exemple français. Une adaptation ponctuelle du droit matériel ne permet pas de remédier entièrement à l'insécurité juridique résultant de la présence d'un corps étranger dans l'ordre juridique suisse. L'introduction d'une institution analogue au trust présenterait deux avantages : d'une part, elle offrirait un instrument juridique suisse qui pourrait bénéficier

<sup>87</sup> La doctrine suisse la plus récente prône une adhésion de la Suisse. LUC THÉVENOZ/Jean-Philippe DUNAND, *La fiducie : droit des biens ou droit des obligations ?*, in : Rapports suisses présentés au XV<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé, Zurich 1998, p. 479-510 ; Alfred E. VON OVERBECK, *La ratification de la Convention de La Haye sur le trust par les Pays-Bas : un exemple pour la Suisse ?*, in : *Collisio Legum* (cité à la note 46), p. 367-380 ; Pietro SUPINO, *Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht*, Zurich 1994, p. 223-226 ; Mario GIOVANOLI, *Les opérations fiduciaires au regard du droit suisse : bilan, stratégies et perspectives*, in : Michel Jaccard (édit.), *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, CEDIDAC 29, Lausanne 1994, p. 189-229 ; Frédéric Edouard KLEIN, *A propos de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in : Fritz Sturm (édit.), *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990, p. 467-483 ; Peter Max GUTZWILLER, *Der Trust in der schweizerischen Rechtspraxis*, Annuaire suisse de droit international 1985 n. 58-56.

des effets de la Convention dans les autres États membres<sup>88</sup>, et d'autre part elle permettrait d'assurer un traitement juridique sûr et prévisible au trust – ou à toute institution analogue au sens de la Convention – en Suisse. En effet, la Convention ne peut éviter les contorsions juridiques dont l'arrêt Harrison s'est fait le reflet lors de la transposition du trust dans une des catégories du droit matériel suisse.

## 2. La création d'une fiducie améliorée

Les Principes de droit européen du trust ont été élaborés dans l'objectif de faciliter l'introduction du trust – ou d'une institution analogue – dans les droits internes européens. La participation de la Suisse à la rédaction de ces principes est révélatrice de son intérêt marqué pour l'introduction d'une institution analogue au trust dans son droit matériel. Dans le cadre de cette étude, la Suisse a désigné la fiducie comme étant l'institution la plus proche du trust dans son ordre juridique.

Bien que non codifiée, la fiducie existe en droit suisse en tant que construction jurisprudentielle et doctrinale.<sup>89</sup> Le mécanisme de la fiducie peut être décrit comme suit : « [p]ar un contrat générateur d'obligations (la *convention de fiducie*), le fiduciaire s'engage à remettre la pleine titularité juridique de certaines choses ou certains droits (les biens fiduciaires) tandis que le fiduciaire s'engage à les conserver, à les administrer, éventuellement même à les aliéner, conformément aux objectifs et aux clauses de la convention, ainsi qu'à restituer les biens fiduciaires (originaux ou acquis en remploi des biens originaux) à l'expiration de la convention de fiducie. »<sup>90</sup>

Le fiduciaire a une propriété juridique pleine et entière sur les biens confiés par le fiduciaire qu'il doit gérer dans l'intérêt et pour le compte du fiduciaire ou d'un éventuel bénéficiaire. Le fiduciaire n'a plus aucun titre de propriété sur les biens fiduciaires, et occupe uniquement une position de créancier à l'égard du fiduciaire. A la différence du trust anglo-américain, le bénéficiaire ne dispose pas non plus d'un droit de propriété sur les biens confiés. Nous avons déjà relevé que

cette caractéristique n'est pas essentielle pour qu'une institution puisse être considérée comme analogue au trust, car ni la Convention de La Haye ni les Principes de droit européen du trust n'exigent que le bénéficiaire soit propriétaire des biens en trust.

En tant que propriétaire des biens fiduciaires, le fiduciaire peut en disposer librement. Il est néanmoins tenu par une obligation de diligence et de fidélité (art. 398 CO, par analogie). Le fiduciaire dispose d'une action en responsabilité contre le fiduciaire lorsqu'il n'a pas respecté ses obligations. Dans l'hypothèse où le fiduciaire n'est pas solvable ou a disposé d'un bien fiduciaire en contravention de ses obligations, il n'y a pas de droit de suite à disposition du fiduciaire. Or, nous avons vu que le droit de suite est un des piliers du trust, car il est nécessaire pour protéger le bénéficiaire du trust.<sup>91</sup> Dans la perspective de l'élaboration d'une fiducie suisse analogue au trust, il conviendrait à notre avis de créer un droit de suite contre le tiers ayant acquis des biens fiduciaires aliénés en violation de ses obligations par le fiduciaire. Ce droit de suite doit pouvoir être exercé aussi bien par le fiduciaire que par le bénéficiaire, mais il ne peut viser qu'un tiers acquéreur de mauvaise foi, qui savait ou devait savoir que le fiduciaire agissait contrairement à ses devoirs.<sup>92</sup>

La grande incompatibilité de la fiducie suisse avec le trust anglo-américain réside dans le fait que le fiduciaire ne peut pas constituer de patrimoine séparé pour les biens qu'il détient en fiducie.<sup>93</sup> L'existence d'un patrimoine unique du fiduciaire a pour conséquence que ses créanciers personnels peuvent saisir l'ensemble de ses biens y compris ceux qu'il détient à titre fiduciaire. De même, les biens fiduciaires seront pris en compte dans la liquidation du régime matrimonial et de la succession du fiduciaire. Si la Suisse souhaite créer une institution analogue au trust, la possibilité d'instaurer un patrimoine séparé

<sup>91</sup> Tant la Convention de La Haye (art. 11 al. 3 lit. d CLHT) que les Principes de droit européen du trust (art. 1 al. 4 PDET) le prévoient.

<sup>92</sup> THÉVENOZ (cité à la note 64), p. 334–339, met en exergue les limites du droit de suite *de lege lata* et propose de fonder le droit de suite sur l'absence du droit du fiduciaire de disposer aux termes de la convention de fiducie (338–339). Rappelons qu'en droit anglais, des conditions particulières doivent être réunies pour que le droit de suite puisse être invoqué. Il ne peut plus particulièrement s'exercer qu'à l'égard de tiers acquéreurs de mauvaise foi (voir la note 7). Cette condition est reprise à l'art. 7 PDET.

<sup>93</sup> Voir l'art. 2 al. 2 lit. a CLHT et l'art. 1 al. 1 PDET. Les biens fiduciaires sont des biens affectés constituant une masse distincte au sein du patrimoine du fiduciaire du point de vue de la gestion, mais ils entrent dans son patrimoine général pour répondre de toutes ses dettes.

<sup>88</sup> Rappelons qu'en vertu de l'art. 21 CLHT les États membres reconnaissent toutes les institutions de droit étranger correspondant à la définition du trust posée à l'art. 2 CLHT.

<sup>89</sup> THÉVENOZ (cité à la note 64) ; MARIO GIOVANOLI (cité à la note 87). La jurisprudence a consacré la fiducie en 1905 à l'ATF 31 II 105 (d). Depuis 1973, le Tribunal fédéral applique les règles du mandat à la fiducie : ATF 99 II 393 = JdT 1974 I 588 (arrêt Vallugano).

<sup>90</sup> THÉVENOZ/DUNAND (cité à la note 87), p. 487.

pour les biens fiduciaires nous paraît être une nécessité.<sup>94</sup> Le Tribunal fédéral s'est toujours refusé à admettre le « dédoublement » de la propriété en droit suisse, mais il a accordé un droit de distraction pour les choses mobilières et les créances acquises par le fiduciaire auprès de tiers.<sup>95</sup> Par contre, ce droit de distraction ne s'applique pas aux biens ou créances fiduciaires qui ont été remis directement par le fiduciaire au fiduciaire.<sup>96</sup> Ces deux faces de la question ont pour conséquence paradoxale que le fiduciaire possède un droit de distraction sur les biens que le fiduciaire a acquis pour lui chez un tiers, mais pas à l'égard de ceux qu'il lui a confiés. La Loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne (LFB), du 8 novembre 1984, consacre depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1997 une exception légale à ce système concernant les opérations fiduciaires dans lesquelles les banques agissent en qualité de fiduciaire. Le fiduciaire bénéficie d'un droit de distraction sur les biens qu'il a remis à la banque fiduciaire et ceux qu'elle a acquis auprès de tiers, en cas de faillite de cette dernière.<sup>97</sup> Une seconde exception légale existe dans la Loi fédérale sur les fonds de placement (LFP), du 18 mars 1994, qui assure un droit de distraction aux investisseurs sur les avoirs du fonds de placement.<sup>98</sup> Dans ces deux régimes légaux particuliers, les biens fiduciaires constituent un patrimoine séparé de celui du fiduciaire.<sup>99</sup> Les opérations fiduciaires faisant l'objet de ces deux législations devraient à notre avis être reconnues comme des

<sup>94</sup> Selon THÉVENOZ (cité à la note 64), p. 316-317, la possibilité de créer des patrimoines séparés existe déjà *de facto* en droit suisse, mais il conviendrait de la reconnaître *de jure*. Rappelons que le projet italien de loi sur la *Riforma delle società fiduciarie e disciplina del trust* (art. 6) et le projet français de loi instituant la fiducie (art. 2069) prévoient tous deux la séparation des patrimoines du fiduciaire ou du trustee. L'art. 3 du Règlement luxembourgeois relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit le prévoit également. Si ces trois Etats, qui ont une tradition romaniste du droit de propriété, ont pu établir des législations prévoyant la séparation des patrimoines, il nous paraît que la Suisse devrait également y parvenir.

<sup>95</sup> ATF 99 II 393 = JdT 1974 I 588 (arrêt Vallugano). Ce droit de distraction est fondé sur l'art. 401 CO.

<sup>96</sup> ATF 102 II 103 (f), confirmé par l'ATF 117 II 429 (d).

<sup>97</sup> Art. 37 b al. 1 LFB, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997 : « En cas de faillite de la banque, les valeurs déposées, au sens de l'art. 16, seront distraites de la masse en faillite au bénéfice du déposant, sous réserve des droits de la banque à l'encontre du déposant ».

<sup>98</sup> Art. 16 al. 1 LFP : « En cas de faillite de la direction, les avoirs du fonds de placement sont distraits de la masse au bénéfice des investisseurs. Les créances de la direction sont réservées (...) ».

<sup>99</sup> THÉVENOZ (cité à la note 64), p. 315.

institutions analogues au trust par les Etats parties à la Convention de La Haye.<sup>100</sup>

L'amélioration du régime actuel de la fiducie en la dotant d'un patrimoine séparé pour les biens fiduciaires et d'un droit de suite à disposition du fiduciaire et du bénéficiaire permettrait de fonder une institution juridique suisse performante. La création d'un régime légal pour la fiducie tenant compte de ces deux points confirmerait une évolution déjà en cours : le régime spécial accordé aux opérations fiduciaires en matière bancaire et dans le domaine des fonds de placement est symptomatique de cette mutation.<sup>101</sup> Il est à notre avis temps d'étendre ces deux exceptions au régime commun de la fiducie. L'adoption d'un régime juridique clair pour la fiducie permettrait de garantir une sécurité des transactions fiduciaires suisses au niveau international. Nous avons vu que le régime jurisprudentiel actuel ne nécessite que peu d'améliorations pour que la fiducie suisse puisse être considérée au niveau international comme une institution analogue au trust au sens de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Cette qualification garantirait son régime juridique à l'étranger ainsi que sa reconnaissance internationale.<sup>102</sup>

## VI. Conclusion

Dans une perspective de droit international privé, la rédaction de l'art. 150 LDIP et les travaux préparatoires relatifs à la LDIP montrent le souci du législateur suisse de résoudre l'énigme « qualificatoire » soulevée par l'arrêt Harrison. Or, force est de constater que le

<sup>100</sup> THÉVENOZ/DUNAND (cité à la note 87), p. 509 ; Mario GIOVANOLI, *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse*, in : Claude Witz (édit.), *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens* - Colloque organisé le 29 novembre 1990, Bulletin Joly 1991 n° 4bis, p. 31-60 (p. 48-51).

<sup>101</sup> L'introduction d'un régime légal paraît nécessaire, car les fluctuations de la jurisprudence ont montré ses limites. HAYTON (cité à la note 49), p. 545, estime qu'il est trop long et trop incertain de laisser aux juges des Etats de *civil law* le soin de développer un concept de trust dans les limites du code civil : le recours à une législation spéciale sur le trust est nécessaire.

<sup>102</sup> Le régime juridique actuel de la fiducie est trop incertain pour qu'elle puisse être reconnue internationalement. De plus, sa qualification à l'étranger est très hasardeuse : elle se trouve dans la même situation qu'un trust devant être qualifié dans un Etat ne connaissant pas d'institution analogue.

résultat final n'est pas satisfaisant et n'apporte pas de solution définitive à la question de la qualification du trust. A notre sens, la seule solution réside dans l'introduction d'une catégorie de rattachement spéciale pour le trust. L'adhésion de la Suisse à la Convention de La Haye permettrait de remédier à l'insécurité découlant de la dualité de qualification du trust en droit international privé suisse.

L'adhésion de notre pays à la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance nous paraît devoir s'inscrire dans une perspective plus globale d'adaptation du droit interne suisse aux impératifs de concurrence économique internationale entre les Etats. Si la Suisse souhaite conserver un certain attrait pour les investisseurs – non seulement étrangers, mais également suisses –, elle doit pouvoir offrir un instrument juridique sûr en matière de propriété fiduciaire. L'élaboration législative d'une fiducie améliorée nous paraît être aujourd'hui le seul moyen efficace d'assurer un régime juridique clair à cet instrument en Suisse. La précarité juridique découlant de son régime jurisprudentiel actuel est fortement préjudiciable aux intérêts des intervenants. Nous avons montré que l'amélioration de la fiducie en tenant compte des caractéristiques du trust établies dans la Convention de La Haye ne conduit pas à une institution juridique incompatible avec l'ordre juridique suisse. La rédaction récente des Principes de droit européen du trust sont révélateurs de l'intérêt actuel suscité par cette institution juridique. Ces principes devraient pouvoir servir de tremplin pour le réexamen de la question du trust – ou de la fiducie – en Suisse. Il nous paraît qu'une codification en la matière s'impose, même si la Suisse devait renoncer à adhérer à la Convention de La Haye, car ses Etats membres reconnaîtront la fiducie suisse automatiquement si elle correspond à la définition du trust posée dans la Convention. Cette codification permettrait à la Suisse d'appareiller avec un navire parfaitement gréé.