L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Hans van LOON
Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé

1. L'une des conventions de La Haye à l'élaboration de laquelle Mariel Revillard, en tant qu'expert et déléguée de la France, a prêté son concours hautement apprécié, est la *Convention du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. La dédicataire de ces lignes a également consacré d'importantes contributions à cette convention surtout dans le but de familiariser les notaires français avec cet instrument [1]. Elle en a toujours valorisé le grand intérêt, ne serait-ce que comme outil de formation des praticiens, même si la convention n'est pas encore entrée en vigueur pour l'Hexagone. En effet, si la convention porte la signature de la France (en date du 26 novembre 1991), la ratification n'a pas encore suivi, pour des raisons non liées à la convention elle-même, mais semble-t-il, en raison des réserves provoquées, auprès des autorités financières françaises, par un projet accompagnant la proposition de ratification, qui envisageait l'introduction dans le droit interne français de la fiducie.

2. Il ne semble pas qu'après ce refus du Quai Bercy, il ait été considéré de supprimer la partie relative à l'introduction de la fiducie de la loi d'approbation de la convention. Au contraire, fin 2004, le ministre français de la Justice a annoncé vouloir mettre en chantier la rédaction d'un projet de loi introduisant en France un mécanisme « analogue au trust ou à la fiducie » assorti, cette fois, de garde-fous préalablement coordonnés avec les autorités fiscales, pour

garantir la neutralité fiscale et la sécurité contre les risques de fraude [2]. De son côté, le sénateur Philippe Marini a déposé, le 8 février 2005, une « proposition de loi instituant la fiducie » détaillée [3]. L'idée principale des deux projets est surtout, à l'ère de la mondialisation, de créer en droit français et dans le respect des traditions juridiques françaises, un moyen permettant de développer la compétitivité du droit économique français, notamment le développement et la relocalisation d'activités en France et l'amélioration du financement des entreprises.

3. Ni le discours du ministre ni le projet sénatorial ne font référence à la convention de La Haye. Il est vrai que les projets n'adressent pas le problème de la reconnaissance, dans la République, des effets des trusts étrangers, mais visent en revanche à créer un équivalent concurrent du trust en droit français. En même temps, le silence peut surprendre et ceci pour plusieurs raisons. D'abord parce que pour atteindre le but économique ultime de la réforme envisagée – développement et relocalisation d'activités en France – la convention, de par sa contribution à la sécurité juridique de l'utilisation des trusts en (ou avec effets pour la) France, pourrait rendre d'utiles services : c'est pour des raisons semblables que le Gouvernement suisse vient de soumettre au Parlement helvétique un projet d'approbation de la convention [4]. Ensuite, même si l'on se contente d'augmenter la compétitivité au plan juridique par la création d'une alternative de droit continental au trust anglo-saxon, cet objectif sera soutenu par un dispositif permettant de mieux mesurer et contrôler les effets d'un trust étranger en France. Or, la convention de La Haye – tout en précisant dans son article 11 certains effets minimaux qu'il faudra reconnaître pour tout trust créé conformément à la loi déterminée par la convention (paragraphe 2), auxquels s'ajoutent certains effets dans la mesure où la loi applicable le requiert ou le prévoit (paragraphe 3) – offre également un grand arsenal de freins permettant de ne pas reconnaître un tel trust ou certains de ses effets dans certaines circonstances (notamment les articles 11, par. 3, d) *in fine* ; 13, 15, 16, 18 et 19). Finalement, l'éventuelle future fiducie française ne va pas opérer uniquement sur le territoire français : son utilité viendra en partie de sa mobilité et de son rayonnement hors des frontières et donc des effets qu'elle peut avoir aux yeux d'autres systèmes juridiques. Il serait au moins intéressant de songer à la possibilité que la reconnaissance à l'étranger de la fiducie française puisse profiter du véhicule de la convention. Cette possibilité n'est pas exclue, mais il faudrait alors que l'institution équivalente de droit français, à l'instar de la récente réforme du droit luxembourgeois en partie inspirée par le souci de

2. Voir le Discours du garde des Sceaux, ministre de la Justice, 15 décembre 2004, sous « III – La modernisation du droit applicable aux entreprises », *www.justice.gouv.fr/discours/*

pouvoir bénéficier de la convention [5], suive de très près la structure du trust anglo-saxon, sans nécessairement suivre pour autant toute la gamme de ses fonctions. C'est pour gérer le trust anglo-saxon au niveau du droit international privé que la convention a été conçue et, si elle comporte une certaine souplesse qui lui permet de couvrir également certaines « institutions analogues », il faut quand même que celles-ci soient structurellement – et non seulement fonctionnellement – équivalentes au trust anglo-saxon.

4. La convention de La Haye est entrée en vigueur sur le plan international le 1er janvier 1992, d'abord entre le Royaume-Uni, l'Italie et l'Australie, puis, à partir du 1er janvier 1993 pour plusieurs provinces du Canada et le 1er février 1996 pour les Pays-Bas, le 1er mars 1996 pour Malte et le 1er juillet 1997 pour la Chine (Hong-Kong uniquement). Récemment, elle a attiré de nouveaux États : elle est entrée en vigueur pour le Luxembourg le 1er janvier 2004 et pour deux petites juridictions, le Liechtenstein (1er avril 2006) et Saint-Marin (1er août 2006) [6]. En outre, la Belgique, sans avoir ratifié la convention, a introduit dans un chapitre spécial (XII) consacré au trust de son nouveau Code de droit international privé, entré en vigueur le 1er octobre 2004, quelques dispositions clés de la convention afin de permettre de mieux gérer les trusts anglo-saxons lorsqu'ils présentent des attaches avec l'ordre juridique belge. Finalement, le Gouvernement suisse vient par message du 2 décembre 2005, de soumettre au Parlement le projet de ratification de la convention [7].

5. L'on peut donc constater que la convention continue à susciter un intérêt concret dans de nombreux systèmes juridiques voisins de la France. Le moment semble alors opportun de rappeler ce que sont les objectifs de la convention, et la manière dont elle a été reçue dans quelques systèmes intéressant la France. Car il s'agit d'une convention très originale qui, pourvu qu'elle soit bien comprise, pourra rendre de grands services tant au plan économique que social et familial, notamment à des systèmes tel que le système juridique français, qui ne connaissent pas le trust anglo-saxon mais qui, à l'époque de la mondialisation, s'y trouvent tout de même confrontés dans la pratique quotidienne. On examinera donc successivement l'origine et l'objet de la convention (I), puis sa mise en œuvre dans d'autres systèmes de droit continental (II), pour conclure sur quelques constats qui pourraient offrir un certain intérêt à un moment où les autorités françaises se dirigent de nouveau vers le trust et la fiducie.

5. Voir *infra*, nos 33-35.

6. Voir, pour un aperçu complet et mis à jour de l'état des signatures et ratifications de la convention, le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse *www.hcch.net*, sous la

I – ORIGINE, OBJET ET CONTEXTE DE FONCTIONNEMENT DE LA CONVENTION

6. L'idée d'une convention pour régler les questions de droit international privé soulevées par le trust – sa qualification, son rattachement, sa validité, la validité des pouvoirs du *trustee* – fut avancée dans une note du Bureau permanent de janvier 1980, établie par le regretté Georges Droz [8]. Son expérience dans deux champs d'intérêt du droit international privé, le droit patrimonial de la famille et les conflits de juridictions, suggérait que tant les pays qui ignorent le trust que ceux qui connaissent cette institution devraient profiter d'une meilleure coordination au niveau international de questions qui autrement risquaient de mener à une « atomisation des solutions ». Justement, pour un pays comme la France qui ne connaît ni le trust ni une institution transversale tel le *Treuhand* allemand, équivalent fonctionnel du trust à certains égards, une réglementation internationale du trust pourrait permettre d'éviter des erreurs nuisibles aux intérêts français comme étrangers, telles que celles commises dans la fameuse affaire Robert Peel [9], ou d'économiser sur les durées et frais de procédure provoqués par la difficulté de la qualification du trust, comme celle observée par exemple dans l'affaire Zieseniss [10]. L'enjeu dans de pareils cas n'est nullement de « donner un cadeau aux anglo-saxons » ; il s'agit, comme l'avait vu avec perspicacité Georges Droz, de trouver une solution à des difficultés, le plus souvent inattendues pour tous ceux concernés, que peut soulever pour l'ordre juridique français l'utilisation en complète régularité du trust. Sur le plan des conflits de juridictions, la réalité de la circulation internationale des trusts avait été consacrée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni à la *Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (maintenant règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, « Règlement *Bruxelles I* »). En donnant compétence aux tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel le trust a son « domicile » et en prévoyant que pour déterminer ce « domicile » le juge doit appliquer « les règles de son droit international privé », cette convention, comme le faisait remarquer la note du Bureau permanent, appelait bien une réglementation internationale complémentaire pour éliminer les conflits de systèmes et unifier les règles de conflits de lois.

8 « Suggestions pour les travaux futurs de la Conférence », Document préliminaire n° 11 de

7. C'est sur la base de cette note que la Quatorzième session de la Conférence de La Haye, après une très courte discussion [11], accorda à l'unanimité l'inscription à l'ordre du jour des travaux de la Quinzième session de « la matière de la validité et la reconnaissance des trusts ». Il importe de retenir d'abord la spécificité du sujet : il n'était nullement dans l'esprit de la Session diplomatique ou du Bureau permanent de compléter les travaux en matière des trusts (le pluriel est significatif), comme une sorte de *quid pro quo* par un examen des institutions analogues dites de droit civil en vue de leur traitement au plan international et notamment par des juridictions de *Common Law*. Car, à l'inverse de la problématique des trusts étrangers dans les pays de droit continental, il n'y avait aucune indication de tels problèmes. Il est également important de retenir que les travaux à entamer, loin d'opérer en vase clos, indépendamment de toute réglementation internationale, devaient être au profit d'autres instruments, notamment la convention de Bruxelles.

8. Le projet fut initialement motivé plus par l'aspect humain et familial que par la dimension économique. C'était bien là le reflet de la situation en Europe de l'Ouest au début des années 1980. Lors de l'avancement des travaux de préparation, l'objectif du projet s'élargissait pour englober l'ensemble des fonctions des trusts créés volontairement. À la suite d'un échange d'études savantes établies en vue de préparer la Première Commission spéciale (juin 1982) portant notamment sur les difficultés éprouvées par le Québec où la fiducie était à l'époque limitée aux accommodements successoraux et où les règles de droit international privé ne prévoyaient pas la reconnaissance de trusts d'affaires de *Common Law* (trusts d'investissements, trusts de placements, trusts de votes, trusts de sûretés et autres) [12], il fut décidé d'inclure de tels trusts dans la convention. Le résultat fut que, à l'issue de la Première Commission spéciale, un accord existait déjà pour inclure tous les trusts créés volontairement, tant entre vifs que par testament, tant pour des buts privés que d'affaires.

9. La gamme de fonctions du trust dans les pays de *Common Law* étant tellement vaste, il devenait encore plus important d'articuler de la manière la plus claire possible les incidences et effets éventuels des trusts dans un environnement international, notamment dans les pays de droit continental. C'était à la demande des experts de droit continental et dans le seul but de participer à une meilleure compréhension des caractéristiques structurelles du trust de *Common Law*, qu'une disposition portail fut introduite dans la convention (article 2), qu'il convient de lire en parallèle avec la disposition définissant les effets minimums à reconnaître au trust (article 11). L'inclusion du trust volontaire dans toutes ses fonctions, avec des effets possibles sur de

11 Voir Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et Documents de la*

multiples aspects des systèmes juridiques de pays de droit continental, rendait nécessaire l'inclusion d'un nombre de garde-fous pour préserver l'intégrité, notamment de ces systèmes (article 11, paragraphe 3 sous *d)*, dernière phrase ; articles 13, 15, 16, 18 et 19, pour n'en citer que les principaux).

10. En effet, la structure toute particulière de la convention reflète le même souci : d'une part, le chapitre II – Loi applicable – rappelle et s'inspire du système de la *Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*. D'autre part, le chapitre III – Reconnaissance – à lire avec les articles 15 et suivants, trouve sa justification dans la nécessité d'articuler, dans la mesure du possible, les effets du trust dans le domaine du droit des biens, tant en ce qui concerne les relations internes du trust que dans les relations avec des tiers, difficiles à saisir, notamment pour les pays de droit continental.

A. L'inclusion des institutions analogues aux trusts dans la convention

11. Le rapport préliminaire du Bureau permanent [13] avait non seulement décrit le développement historique et l'expansion géographique du trust dans les pays de *Common Law* et dans d'autres États ayant adopté la *Common Law* et l'*Equity* anglaise, mais avait également consacré quelques développements, d'une part au trust tel qu'adopté dans des systèmes ne reposant pas sur le droit anglais et l'*Equity* comme l'Écosse, le Québec, la Louisiane, plusieurs États d'Amérique latine, Israël, le Japon, le Liechtenstein et l'Afrique du Sud, et d'autre part à des institutions structurellement différentes mais fonctionnellement analogues au trust existant dans des pays de droit continental, par exemple, la fondation de la combinaison de contrats de dépôts et de mandats, l'usufruit, la *Treuhand*, le *fidéicommissum*, le *bewind* néerlandais, le *waqf* du droit islamique, etc. Le but n'était nullement de proposer l'inclusion des équivalents fonctionnels dans la convention mais justement de faciliter la compréhension des spécificités du trust anglo-saxon. En effet, tout le débat des trois réunions de la Commission spéciale pendant les années 1982 et 1983 se concentrait sur la compréhension du trust, la limitation éventuelle au trust volontaire, la délimitation entre le « lanceur » – le testament, la donation ou tout autre acte juridique – qui met en marche la « fusée » (le trust), ses effets dans le domaine des droits réels, etc. Ce qui est certain, c'est que « lors de l'élaboration de l'avant-projet, l'on n'a toujours pensé qu'au trust de *Common Law* » [14].

12. Lors de la Session diplomatique d'octobre 1984, une fois les grands problèmes que posait le trust anglo-saxon réglés à la satisfaction générale,

certains délégués et représentants des pays de droit continental ont commencé à réclamer que leurs « trusts » ou institutions analogues aux trusts puissent bénéficier de la convention. Ainsi, le délégué égyptien a mentionné le *waqf* charitable et le délégué japonais le *shintaku* ; les délégués luxembourgeois ont plaidé pour l'inclusion des institutions analogues telle que la fiducie, créée en 1983, etc. Le rapporteur, Monsieur A. E. von Overbeck, conclut que :

> « *la Quinzième Session a* [contrairement à la Commission spéciale] *décidé d'inclure des institutions autres que le trust Common Law proprement dit, à condition que ces institutions répondent aux critères de l'article 2* » [15].

Cependant, cette conclusion doit être lue dans la perspective de la convention qui se situe sur le terrain des conflits de loi, où elle cherche à régler les problèmes posés par « *une institution caractéristique créée par des juridictions d'Equity dans des pays de Common Law, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications* », comme l'énonce bien son préambule. Le but de l'article 2 n'est pas de définir le trust, et encore moins de donner une définition autonome du trust, mais de permettre, notamment aux pays qui ne connaissent pas le trust anglo-saxon, la qualification autonome de trust afin d'éviter une qualification de celui-ci en termes d'une autre institution de leur droit (contrat, usufruit etc). L'article 2 doit donc être appliqué en gardant à l'esprit que le trust de *Common Law* est l'objet principal de la convention [16].

Ce n'est qu'en interprétant ainsi la convention qu'il sera possible de conserver la cohérence recherchée dès le début des travaux de la convention avec d'autres instruments internationaux.

B. Les trusts et institutions analogues dans d'autres instruments internationaux

13. Une interprétation et application de la convention conformes à son but principal, qui est de maîtriser le trust lorsqu'il a des attaches avec les pays de droit continental, est une condition nécessaire pour qu'elle puisse servir à un autre rôle, à savoir celui de guider l'interprétation et l'application du nombre croissant d'autres instruments internationaux se référant aux trusts, soit pour les exclure, soit pour les inclure.

15. Rapport explicatif de A.E. VON OVERBECK, *ibid.*, p. 370, n° 26.

16. C'est ainsi qu'on évite la discussion stérile à propos du « trust sans forme » qui a conduit

1. *Instruments internationaux excluant le trust*

14. Il est significatif que la *convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation* [17] a opéré une exclusion par rapport aux trusts en stipulant dans son article 3 qu'« Aux fins de la présente convention : [...] le trustee n'est pas considéré comme un intermédiaire agissant pour le compte du trust, du constituant ou du bénéficiaire ». Comme l'explique le Rapport Karsten :

« Le trustee, tout comme l'intermédiaire, assume des obligations fiduciaires, l'intermédiaire envers son commettant, et le trustee envers les bénéficiaires. Mais un trustee diffère de la plupart des autres intermédiaires à plusieurs égards qui revêtent une grande importance ; premièrement, il n'existe en général aucun rapport contractuel entre le trustee et les bénéficiaires ; deuxièmement, le trustee se voit généralement confier des biens à titre de propriété ; troisièmement, il ne peut pas en règle générale engager la responsabilité de bénéficiaires. Il est le propriétaire en titre des avoirs du trust et, en ce qui concerne ces avoirs, il agit comme un commettant. En raison de la nature particulière du trust, les pays de *Common Law* n'auraient pas pu accepter que la règle de la convention s'applique aux trustees en le considérant [à tort] comme le représentant du trust ou de la personne qui a créé le trust, ou de ses bénéficiaires » [18].

De la même façon, il serait faux d'interpréter la Convention Trust comme comprenant des institutions fonctionnellement équivalentes au trust mais basées sur des relations de représentation.

14. La *convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles* dans son article premier, paragraphe 2, sous g) prévoit que les dispositions de la convention ne s'appliquent pas « à la constitution des trusts, aux relations qu'ils créent entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires ».

Selon le Rapport Giuliano / Lagarde :

« Cette exclusion a pour objet les trusts, tels qu'ils sont conçus par les pays de *Common Law*. On a employé justement le mot anglais "trust" pour bien définir la portée de l'exclusion. Par contre, les institutions semblables de droit continental tombent sous le coup de la convention car elles sont normalement d'origine contractuelle. Le juge aura cependant la possibilité de les assimiler à celles de la *Common Law* lorsqu'elles présentent les mêmes caractéristiques » [19].

À vrai dire, ce n'est pas tellement l'*origine* contractuelle ou non de l'institution qui est décisive. Si le trust de *Common Law* est exclu de la convention de Rome, il est néanmoins possible que sa création trouve son origine dans une obligation contractuelle. Si une partie s'engage vis-à-vis de l'autre à créer un

17. En vigueur en France depuis le 1er mai 1992.

18. Rapport explicatif de J.G.F. KARSTEN, *in Conférence de La Haye, Actes et Documents de*

trust, mais ne respecte pas cette obligation, il s'agit d'une question préliminaire au sens de l'article 4 de la Convention Trust et donc non couverte par cette dernière, mais qui tombe bien sous le coup de la convention de Rome. Tout dépend de la nature de la « lancée » : si elle possède les caractéristiques d'un trust, la Convention Trust s'appliquera. En revanche, si la « lancée » établit des relations contractuelles entre le gérant des biens et ceux qui en profitent, la Convention Trust n'a pas vocation à s'appliquer et ce sera la convention de Rome qui déterminera le droit applicable [20].

2. *Instruments internationaux incluant le trust*

16. Comme il l'a été rappelé, la Convention Trust doit en partie son origine à l'inclusion dans la convention, puis dans le règlement *Bruxelles I* et la convention de Lugano, du trust.

Selon l'article 5, paragraphe 6 du règlement *Bruxelles I* :

« *Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre*

...

en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire d'un trust constitué soit en application de la loi, soit par écrit ou par une convention verbale, confirmée par écrit, devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le trust a son domicile » ;

et selon l'article 60, paragraphe 3 :

« Pour déterminer si un trust a son domicile sur le territoire d'un État membre dont les tribunaux sont saisis, le juge applique les règles de son droit international privé » ;

tandis que selon l'article 23(4) :

« Le tribunal ou les tribunaux d'un État membre auquel l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust ».

20. La *convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (article 4, sous f)) et celle *du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (article 4, paragraphe premier, sous d)), excluent « les trusts et successions » de leur champ d'application. Il s'ensuit que le régime des mesures de protection des personnes

17. Comme l'explique le Rapport Schlosser [21], la raison d'être de cette disposition est que pour citer en justice un *trustee* en sa qualité, son domicile n'est pas toujours le critère approprié. Suit l'exemple d'un *trustee* gérant ou co-gérant un trust portant sur des biens situés au Royaume-Uni, qui quitte le pays et s'installe en Corse : dans un tel cas, il ne serait pas raisonnable que les bénéficiaires ou les autres *trustees* fassent valoir leurs droits devant les tribunaux corses, mais il faut qu'ils puissent continuer à agir devant les tribunaux britanniques. Comme le constituant peut créer un trust par un acte unilatéral, et que d'ailleurs en général les *trustees* n'ont pas le pouvoir de conclure des conventions attributives de juridiction, il est logique de prévoir que le fondateur d'un trust peut déterminer le tribunal compétent dans l'acte constitutif.

II – MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION

18. Il est clair que la mise en œuvre de la convention va s'opérer différemment selon qu'il s'agit d'un pays de *Common Law* ou dit de droit continental. Dans les pays de *Common Law*, la convention ne demandera pas de mesures législatives accompagnantes. Ce sera surtout le chapitre II – loi applicable – qui rendra service parce qu'il comble une lacune de longue date du droit international privé de ces pays [22]. Il paraîtra dès lors avantageux, afin d'assurer une uniformité de régime pour tous les trusts, d'étendre les règles de conflit de ce chapitre à d'autres trusts que ceux définis par l'article 3. Le juge, dans ces pays, n'aura besoin ni de l'article 2 pour déterminer si une institution étrangère répond aux critères d'un trust, puisqu'il sait parfaitement ce qu'est celui-ci, ni de l'article 11 portant sur la reconnaissance. Quant à l'article 12 (possibilité d'enregistrement dans les registres), cette disposition, au lieu d'appeler une mesure de mise en œuvre, sera vue comme étant sans application dans un système qui n'exige pas d'un acheteur qu'il vérifie la nature des pouvoirs du *trustee* vendeur. De même, l'applicabilité de l'article 13 (possibilité de refus de reconnaissance) sera difficilement concevable.

19. Les choses se présentent très différemment pour les pays de droit continental. La mise en œuvre de la convention peut demander une réflexion sur les mesures éventuellement à prendre, en vue d'établir un cadre de référence permettant aux juges ou autres autorités ainsi qu'aux justiciables de surmonter les difficultés conceptuelles et pratiques que le traitement de l'institution inconnue peut soulever. L'extension de la convention aux trusts créés par une décision de justice, rendue possible par l'article 20, ne va pas de soi. La réserve de l'article 22 (effet rétroactif) mérite aussi réflexion. Des mesures d'accompagnement peuvent s'imposer pour la mise en œuvre de l'article 12. Et l'article 13 pose question dans la perspective d'une évolution de l'application de la convention (A). Finalement, le législateur peut saisir l'occasion de la ratification de la convention pour l'introduction d'une institution analogue : c'est ce que la France a tenté au début des années 1990 et ce que le Luxembourg vient d'accomplir (B).

A. La ratification « simple » de la convention

1. Italie

20. C'était une belle surprise quand, début 1990, l'*Italie* a déposé son instrument de ratification de la convention et fut alors le premier État de droit continental lié par le traité. Le législateur italien est effectivement allé *presto*, n'a fait aucune déclaration ni réserve, ni pris de mesures d'accompagnement. Cela n'a pas été sans soulever quelques problèmes, notamment en ce qui concerne l'enregistrement des trusts dans les registres fonciers, condition normale dans les pays de droit continental pour l'opposabilité du trust mais restée sans réglementation en droit italien. La pratique a donc dû trouver des solutions, et les tribunaux italiens semblent maintenant, en général, prêts à sanctionner les officiers des registres qui refusent d'enregistrer des *trustees* en leur qualité [23]. La parcimonie du législateur a été largement compensée par une abondance de littérature interagissant avec un enthousiasme parfois débridé des praticiens. Fréquents sont les exemples d'un trust établi en Italie par un acte en langue italienne par des Italiens à propos de biens situés en Italie gérés par un *trustee* italien au profit de bénéficiaires italiens, bref, un trust dont le seul élément d'extranéité est la loi applicable. Cette pratique n'a, en général, pas été sanctionnée par les tribunaux et la raison en est, paraît-il, justement l'absence d'un équivalent du trust en droit italien. Si cette jurisprudence en tant que telle n'est pas nécessairement contraire à la convention qui permet, mais n'oblige pas, dans son article 13, les États contractants ou leurs autorités de refuser la reconnaissance d'un tel trust, il est clair que la convention n'offre pas un cadre juridique suffisant pour faire fonctionner un « trust interno » au sein du droit civil italien. Tôt ou tard, l'intervention du législateur italien semble indispensable.

21. En revanche, il est préoccupant qu'un courant de la doctrine italienne, sous prétexte d'une faiblesse de l'article 2 de la convention, défende la position allant beaucoup plus loin selon laquelle l'Italie n'est pas un État qui ignore le trust, parce que les termes de ladite disposition couvriraient pratiquement toute institution juridique même très lointainement semblable au trust (« *the*

shapeless trust ») [24]. Ce serait évidemment dénaturer la convention que de vouloir l'utiliser ainsi comme levier pour donner effet à des « trusts » soumis au droit italien, français, etc. On comprendrait d'ailleurs mal ce qu'on gagnerait avec une telle approche (à moins qu'on ne souhaite réformer le droit civil italien par une pratique notariale révolutionnaire d'actes de trust *modo italiano*) puisque, on l'a vu, la convention offre, non par l'intermédiaire de son article 2 mais notamment par le biais de l'article 13, une flexibilité mesurée aux États pour reconnaître des *trusts* même s'ils présentent de forts rattachements avec un for de droit civil.

2. *Pays-Bas*

22. À la différence de la démarche du législateur italien, les *Pays-Bas* ont accompagné la ratification de la convention de mesures législatives. L'une des dispositions de la loi d'introduction (article 4) vise un aspect spécifique du Nouveau Code civil néerlandais, à savoir la prohibition expresse des transferts de propriété à titre de garantie et plus généralement de ceux ayant pour but d'opérer une scission entre la propriété juridique et la propriété économique. L'article 4 de la loi d'introduction de la convention prévient notamment que cette prohibition fera obstacle à l'efficacité de la convention lorsque le droit néerlandais intervient en tant que *lex rei sitae*. Il est significatif pour le statut plutôt doctrinal de cette prohibition de droit interne néerlandais – qui bloque toutefois l'introduction de la fiducie dans ce droit – que sa levée ponctuelle aux fins de la convention n'a soulevé aucune objection. Il est également éloquent que cette prohibition n'ait pas été invoquée pour que les Pays-Bas déclarent une fois pour toutes leur refus de reconnaître les trusts qui font l'objet de l'article 13 de la convention. En effet, cette question a été laissée entièrement à l'appréciation du juge ; il ne semble d'ailleurs pas que les tribunaux néerlandais aient été appelés à intervenir sur cette base.

23. Une deuxième disposition (article 3 de la loi d'introduction) reprend la teneur de l'article 12 de la convention et prévoit que « le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse ». Le droit néerlandais offre ainsi une solution nette pour la difficulté que pose le trust sur le plan du droit des biens dans les pays continentaux, dans la mesure où la possibilité d'une publicité est garantie par la loi, sans qu'elle précise toutefois les effets juridiques d'une omission d'enregistrement.

3. *Suisse*

24. L'essentiel de l'article 3 de la loi d'introduction néerlandaise est repris par le projet *suisse* [25] qui, dans une proposition de nouveau chapitre 9a :Trusts, de la LDIP (Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé), va cependant plus loin en précisant que « *Une relation de trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrite n'est pas opposable aux tiers de bonne fois* » (article 149d, par. 3 LDIP).

De manière générale, le projet est inspiré par un souci de maximaliser la sécurité juridique. Ainsi, l'article 149c du futur Chapitre 9a de la LDIP, après avoir énoncé que :

> « *Le droit applicable aux trusts est régi par la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* »,

prévoit dans son paragraphe suivant :

> « *Le droit désigné par ladite convention est également déterminant dans les cas où cette dernière ne s'applique pas, conformément à son art. 5, ou dans les cas où l'État n'est pas tenu de reconnaître un trust, conformément à l'art. 13 de la convention* ».

25. Il en résulte d'abord que la Suisse entend renoncer de manière catégorique à son droit de refuser la reconnaissance d'un trust dans les circonstances indiquées à l'article 13 lorsqu'un trust a été placé sous une loi connaissant cette institution, alors que les autres éléments de la situation le rattachent plus étroitement à la Suisse (ou à un autre État qui ne connaît pas le trust). Le juge suisse ne pourra donc plus sanctionner un tel trust en appliquant l'article 13. Ensuite, la disposition envisagée (à l'instar d'autres dispositions de la LDIP [26]) étend le régime de la convention à des situations non couvertes par cet instrument. Par conséquent, le juge ou toute autre autorité helvétique, confronté à la situation où la loi désignée par les règles de conflit de la convention ne connaît pas cette institution, ne pourra pas en se fondant sur l'article 5 de la convention, retomber sur son droit international privé non conventionnel, y compris la technique de l'adaptation. Il devra s'en tenir à la qualification « trust » et, en application des règles de conflit de la convention, trouver une solution à l'intérieur du droit matériel ainsi déterminé. Il faudra accepter la conséquence que ce « trust » ne peut exister sous l'empire de ce droit matériel et que des recherches additionnelles dans ce droit peuvent s'avérer nécessaires pour en tirer les conséquences (nullité, possibilité de conversion, transformation etc.). Le système de l'article 5 de la convention est certes moins ambitieux, mais est-il aussi moins sage ?

25. Voir projet fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention de La Haye

26. Le projet suisse n'entend pas se prévaloir de la faculté de l'article 20, fruit d'une proposition conjointe des délégations française et britannique, pour étendre les dispositions de la convention aux trusts créés par décision de justice. Tout comme l'ont fait les Pays-Bas et l'Italie, il cantonne l'application de la convention aux seuls trusts créés volontairement et s'écarte ainsi du Luxembourg qui, on le verra, a opéré cette extension. La difficulté à laquelle veut répondre l'article 20 ne tient pas tant au fait de tracer la frontière entre les deux types de trusts, volontaire et judiciaire, mais plutôt, comme l'observe à juste titre le Message suisse, à la nature des trusts judiciaires : certains d'entre eux sont, en fait, des moyens d'opérer réparation qui devraient rester dans le cadre des régimes de la reconnaissance et de l'exécution de décisions, alors que d'autres, durables et créés, par exemple, pour qu'un exécuteur testamentaire soit *trustee* de biens laissés à des enfants, pourrait utilement bénéficier du régime de la convention. L'article 20 appellerait donc une déclaration nuancée, difficile à rédiger, et l'on comprend les hésitations de la Suisse à cet égard.

4. Bémol : la Belgique

27. Comme on l'a vu (*supra*, n° 4), la Belgique, sans ratifier la Convention, s'est néanmoins largement inspirée de celle-ci en incluant un chapitre XII (articles 122-125) spécial intitulé « Trust » dans son nouveau Code de droit international privé [27]. Il s'ensuit clairement de l'exposé des motifs que le Code a voulu se limiter à traiter des trusts de *Common Law*, dont il résume les caractéristiques dans son article 122 emprunté presque littéralement à l'article 2 de la convention. L'article 124, paragraphe premier, deuxième alinéa, en paraphrasant en partie l'article 13 de la convention, sanctionne comme restant sans effet un trust dont tous les éléments significatifs à l'exception du choix de la loi applicable sont rattachés plus étroitement à un État dont le droit ne connaît pas cette institution : cette solution est contraire à celle adoptée par le projet suisse (voir n°s 24-25). Cependant, le chapitre Trust refuse la distinction opérée par la convention entre loi applicable et reconnaissance et, à part une disposition sur la compétence judiciaire inspirée par le règlement *Bruxelles I* (article 123), n'énonce que des règles de loi applicable. Celles-ci (articles 124 et 125) se fondent essentiellement sur le chapitre II (ainsi que l'article 4) de la convention, tout en simplifiant notamment (et peut-être trop) les règles concernant le droit applicable en l'absence d'une désignation par le constituant.

28. Si, sur le plan de la théorie du droit international privé, la distinction entre loi applicable et reconnaissance établie par la convention peut se discuter, cette distinction se défend quand même sur le plan de la méthode pragmatique, notamment dans la mesure où la convention permet aux systèmes ignorant le trust de maîtriser celui-ci en procédant par une série de vérifications. En effet, les dispositions détaillées sur la reconnaissance (chapitre III, articles 11-14)

inconnue selon les termes du trust et de la loi applicable [28]. La technique choisie par le législateur belge rend plus difficiles les vérifications successives nécessaires en vue de cette détermination. L'on regrette également l'absence de toute disposition concernant l'inscription du *trustee* dans les registres et de ses effets. On espère donc que la Belgique complètera le travail déjà accompli en matière de trust par la ratification de la convention ; en attendant et comme l'exposé des motifs le suggère d'ailleurs, le lecteur du chapitre XII du Code de droit international privé est bien avisé de consulter également la convention en tant que source principale de ses dispositions.

B. La ratification accompagnée de l'introduction de la fiducie : le cas du Luxembourg

29. L'originalité de la démarche du législateur grand-ducal en vue de la ratification de la convention, entrée en vigueur le 1er janvier 2004, consiste en ce que cette approbation n'a pas seulement été accompagnée d'une réserve, d'une déclaration et de mesures d'accompagnement, mais également de l'introduction d'une nouvelle législation portant sur la fiducie [29].

1. La mise en œuvre de la convention

30. Contrairement à l'Italie, aux Pays-Bas et au projet suisse, le Luxembourg s'est réservé le droit de ne pas donner effet, à titre exceptionnel, aux règles d'application immédiate d'un autre État que celui du for ou de la loi sous l'empire de laquelle le trust a été placé et qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit (article 16 (3) de la convention). Cette réserve suit celle faite par le Luxembourg par rapport à l'article 7 (2) de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Mais ce parallélisme ne va pas de soi si l'on pense aux incidences éventuelles pour les États tiers que peuvent avoir d'une part des arrangements de nature contractuelle et d'autre part le trust avec ses multiples applications, sa mobilité internationale et sa vocation de longue durée. La refonte, par règlement, de la convention de Rome qui propose de supprimer la réserve portant sur l'application à titre d'exception des règles d'application immédiate des États tiers, offrira l'occasion de repenser la réserve portant sur l'article 16 de la convention de 1985.

31. Pour ce qui est des mesures d'accompagnement, il est intéressant de noter que selon l'article 2 de la loi de 2003 :

---

28. Voir L. THÉVENOZ, « Les enjeux de la ratification de la Convention de La Haye pour les pays de droit civil », in *A. Prüm et C Witz, Trust et Fiducie, La Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Paris, 2005, p. 35 (pp. 48-50).

29. Le livre cité dans la note précédente contient non seulement, dans ses annexes, le texte de

« *(1) Pour la mise en œuvre de la convention..., quant aux biens faisant l'objet d'un trust et situés au Luxembourg, la situation du* trustee *est déterminée par référence à celle d'un propriétaire.*

(2) La référence à la situation d'un propriétaire ne préjudicie pas au principe de séparation entre le patrimoine formé par les biens du trust et le patrimoine constitué par les biens personnels du trustee, *conformément à l'article 11 de la convention...* »

Cette disposition est surtout de nature pédagogique et doit toujours être lue, comme il ressort d'ailleurs du texte, en parallèle avec la convention, notamment ses articles 2 et 11, ainsi qu'avec le droit étranger qui régit le trust. Le *trustee* étant généralement, selon ce droit, titulaire et gérant des biens du trust, le premier alinéa lui octroie, afin de lui donner une place entière dans le droit grand-ducal, la position la moins restrictive que connaît ce droit, à savoir celle d'un propriétaire. Il reste cependant soumis aux obligations fiduciaires du droit étranger applicable, notamment au principe, rappelé par le deuxième alinéa, selon lequel les biens du trust ne font pas partie de son patrimoine personnel et vice versa. Cela constitue un rappel utile, notamment contre des revendications *ultra vires* des créanciers respectifs des deux masses de biens.

32. À la différence de la loi italienne, mais en conformité avec la loi néerlandaise et le projet suisse, la loi de 2003 contient des dispositions sur l'enregistrement du trust. En effet, la loi *oblige* le *trustee* à demander, « *dans tout registre public sur lequel est inscrite la qualité de propriétaire...* », que soit mentionnée sa qualité de *trustee* après l'indication de celle de propriétaire, sans toutefois préciser la sanction en cas d'omission (article 12). La loi contient en outre des dispositions détaillées portant sur l'enregistrement des immeubles, aéronefs et navires ainsi que sur les droits de succession (article 13).

2. *La fiducie*

33. La loi de 2003 a également institué un nouveau régime de fiducie qui, sans vouloir introduire le trust anglo-saxon en droit luxembourgeois, s'en rapproche quand même sous l'influence de la convention. Il est vrai que le droit luxembourgeois connaissait déjà depuis 1983 un règlement grand-ducal relatif aux « contrats fiduciaires des établissements de crédit ». Ce règlement et la pratique qu'il avait inspirée avaient pourtant démontré leurs limites : non seulement seules des banques pouvaient agir comme fiduciaire et ceci uniquement lorsqu'elles étaient établies au sein de l'Espace économique européen, mais surtout, ce règlement se révélait peu précis, voire équivoque, en ce qui concerne les effets du contrat fiduciaire. La définition de l'autonomie du patrimoine de la fiducie laissait à désirer ; la fiducie risquait d'être déstabilisée par l'application à la fiducie luxembourgeoise consacrée par le règlement de 1983 de la notion de trust telle qu'employée dans la convention de Bruxelles [30].

34. Selon la nouvelle loi, « *Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire* ». Il est bien précisé que « *les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire* » et donc pas par les créanciers personnels du fiduciaire et qu'« *ils ne font pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels* ». En outre, « *le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires* » (article 6). La loi définit également la nature du droit du fiduciaire sur les biens qui lui ont été confiés (article 5). L'on parvient donc à une définition de la fiducie qui correspond dans le détail à celle de l'article 2 de la Convention. L'on pourrait opposer que la fiducie luxembourgeoise, contrairement au trust, repose sur une relation contractuelle. Cela est juste, mais les dispositions de la loi écartent très nettement l'idée que le fiduciaire représente le fiduciant et assurent à plusieurs égards la stabilité des relations entre fiduciaire et fiduciant (article 7). Il est bien précisé que la fiducie est opposable aux tiers, sous réserve du respect des règles de forme et d'opposabilité (article 9). Un contrôle judicaire est également prévu (article 7, par. 6). Somme toute, ce système bien conçu s'approche structurellement du trust anglo-saxon dans une mesure qui justifie que la Convention Trust s'y applique.

35. La circonstance que la nouvelle loi prévoit une limitation des catégories de fiduciants autorisés à agir en tant que tels selon la loi (article 4), tout en élargissant considérablement leur cercle par rapport au règlement de 1983 de sorte qu'elle couvre désormais tant les fiducies de gestion que les fiducies-sûreté, n'affecte pas cette conclusion. Il semblerait plutôt que dans un contexte juridique ignorant le trust et ses multiples applications, une telle restriction soit sage et permette une expérimentation juridique qui pourra donner lieu à d'autres extensions à l'avenir.

3. *Interaction entre convention et fiducie*

36. Si la nouvelle fiducie luxembourgeoise s'approche du trust anglo-saxon, elle s'en différencie toutefois. Pour ce qui est de l'application de la convention par le Luxembourg, il s'ensuit qu'en vertu de l'article 11 de la convention un trust anglo-saxon doit être reconnu au Luxembourg en tant que tel et non pas comme fiducie. Cette reconnaissance n'est donc pas limitée aux trusts gérés par une des catégories définies par l'article 4 de la loi de 2003. D'un autre côté, plusieurs dispositions de la nouvelle loi (articles 2, 10, 11) permet-

tent de déterminer avec précision les effets au Luxembourg d'un trust soumis à un droit étranger. Si l'article 13 de la convention reste à la disposition du juge luxembourgeois pour écarter certains trusts trop liés à des juridictions qui ne les connaissent pas, il lui sera par contre difficile d'appliquer cet article à un trust géré par un *trustee* correspondant à l'une des catégories de l'article 4 de la loi et, dans cette mesure, la nouvelle loi aura un effet sur la latitude conférée par la convention aux autorités luxembourgeoises pour refuser la reconnaissance du trust.

37. En ce qui concerne la reconnaissance de la fiducie luxembourgeoise par d'autres États liés par la convention, cette reconnaissance ne présentera aucune difficulté pour les pays de *Common Law*. Ce seront surtout les autres États de droit continental qui seront appelés à la reconnaître : l'Italie, les Pays-Bas, la Belgique – pourvu que sa loi soit lue à la lumière de la convention – bientôt la Suisse. L'encadrement strict de la fiducie luxembourgeoise ne devrait cependant pas poser de difficultés pour ces juridictions. Dans la mesure où la fiducie en question serait trop liée à des systèmes qui ne connaissent pas celle-ci (par exemple une fiducie luxembourgeoise plus étroitement liée aux Pays-Bas ou à la France qu'au Luxembourg) l'article 13 de la convention permettra, en cas de besoin, de ne pas la reconnaître. La cohérence recherchée par la Convention Trust avec d'autres instruments internationaux voudra, d'une part, que la fiducie luxembourgeoise soit régie par celle-ci et ne tombe en principe pas sous le coup de la convention de Rome [31] et, d'autre part, suive les règles de l'article 5(6) du règlement *Bruxelles I* [32].

CONCLUSION

38. Le tableau précédent permet de dégager un certain nombre de conclusions. On a vu que la *convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* continue à susciter un très vif intérêt dans un nombre de systèmes juridiques voisins de la France. En effet, la ratification ou la ratification envisagée (par la Suisse) de la convention par ces pays est inspirée notamment par le souci de développer et relocaliser des activités économiques dans ces pays en attirant des fortunes gérées et des investissements opérés par le biais d'un trust soumis à un droit étranger. En même temps, la convention, grâce à sa structure pédagogique, permet une vérification des effets éventuels d'un tel trust. En outre, elle offre des outils permettant le refus de certains de ces effets qui pourraient présenter un risque pour l'ordre juridique d'un État qui ne connaît pas le trust. Finalement, la convention facilitera éventuellement la reconnaissance par les autres États –

contractants d'une institution analogue créée dans un système dit de droit civil, structurellement proche du trust, telle que la nouvelle fiducie luxembourgeoise.

39. On a vu également que la ratification de la convention sera plus efficace si elle est accompagnée par certaines mesures législatives, notamment en vue de la mise en œuvre de son article 12 (mesures de publicité par l'inscription dans les registres – comparer les expériences italienne d'une part, et luxembourgeoise, néerlandaise et le projet suisse d'autre part). L'extension éventuelle du régime de la convention aux trusts créés par une décision judiciaire (article 20) est une possibilité, mais comme on l'a vu (comparer les démarches suisse (non) et luxembourgeoise (oui)) demanderait une réflexion poussée. Il ne semblerait pas que pour un pays comme la France, où les tribunaux ont une longue expérience avec les trusts étrangers et ont généralement montré une attitude réaliste par rapport à ses effets, il faille maximaliser la sécurité juridique en suivant soit l'exemple de la règle proposée par le projet suisse [33], soit l'exemple contraire de la Belgique [34].

40. L'exemple de la réforme récente de la fiducie luxembourgeoise démontre que l'introduction de la fiducie dans un système qui ne connaît pas le trust est certes possible, mais également que cette démarche législative exige beaucoup de réflexion et réussira probablement plus facilement si elle débute à une échelle limitée pour être étendue successivement après. Cet exemple démontre aussi à quel point l'introduction de la (ou d'une...) fiducie peut bénéficier des dispositions portant sur les caractéristiques et des effets des trusts qu'on retrouve dans la Convention de 1985. La ratification de celle-ci par la France, préalablement ou simultanément à l'introduction de la fiducie, ne pourrait que renforcer les chances de vie de cette nouvelle institution et de son respect par d'autres systèmes juridiques.

En attendant la ratification de la Convention, on continuera sans doute, suivant les enseignements de Mariel Revillard, basés sur son expérience extraordinairement riche au Cridon de Lyon, à s'inspirer de cet instrument pour trouver des réponses aux multiples questions de droit international privé concernant le trust qui se posent dans la pratique, notariale, bancaire et autres, de tous les jours.