



EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT
DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE
DIPARTIMENTO FEDERALE DI GIUSTIZIA E POLIZIA
DEPARTAMENT FEDERAL DA GIUSTIA E POLIZIA

Arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Résultats de la procédure de consultation

Sommaire

Abréviations.....	3
1. Contexte	5
2. Participation à la consultation	5
2.1 Organisations, collectivités et institutions invitées à se prononcer.....	5
2.2 Avis reçus	6
3. Résultats de la consultation.....	6
3.1 Ratification	6
3.2. Modifications du droit interne	7
3.2.1 Appréciation globale	7
3.2.2 Modifications législatives non prévues dans l'avant-projet.....	7
a) Révision partielle du CC.....	7
b) Instauration d'un droit suisse régissant les trusts.....	8
c) Surveillance/régime de l'autorisation	8
d) Traitement du trust en droit fiscal	9
3.2.3 Modifications législatives préconisées dans l'avant-projet.....	9
a) Art. 5, al. 4, LDIP (application par analogie de l'art. 5, al. 2 et 3 à la désignation d'un tribunal par les dispositions du trust)	9
b) Art. 21a LDIP (siège d'un trust)	9
c) Art. 149a, al. 1, LDIP (compétence en cas d'élection de for).....	10
d) Art. 149a, al. 2, LDIP (compétence à défaut d'une élection de for valable)..	11
e) Art. 149b, al. 1 LDIP (droit applicable).....	11
f) Art. 149b, al. 2, LDIP (non-application de l'art. 13 de la Convention).....	12
g) Art. 149b, al. 3, LDIP (exclusion des «trusts intérieurs»).....	12
h) Art. 149c, al. 1 et 2 LDIP (inscription de relations de trust)	13
i) Art. 149c, al. 3, LDIP (conséquence de la non-inscription d'une relation de trust)	13
j) Art. 149d, al. 1, LDIP (reconnaissance de décisions étrangères).....	13
k) Art. 284a, al. 1, LP (poursuite du patrimoine d'un trust)	14
l) Art. 284a, al. 2, LP (continuation de la poursuite par voie de faillite).....	15
m) Art. 284b LP (faillite du trustee: distraction du patrimoine du trust de la masse en faillite).....	15

Abréviations

ABES	Association des banques étrangères en Suisse
ABPS	Association des Banquiers Privés Suisses
ACSI	Associazione consumatrici della Svizzera italiana
AdG	Solidarités Alliance de Gauche
AG	Canton d'Argovie
AI	Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
AL	Alternative Liste
AmCham	Swiss-American Chamber of Commerce
AR	Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
ASB	Association suisse des banquiers
ASEB	Association Suisse des Employés de Banque
ASG	Association suisse des gérants de fortune
ASIP	Association Suisse des Institutions de prévoyance
ASM	Association Suisse des Magistrats de l'Ordre judiciaire
Association LP B & K/ W	Association pour le droit des poursuites et de la faillite Bär & Karrer, avocats, Zurich, et Withers ^{LLP} , avocats, Londres, (prise de position commune)
B & M	Baker & McKenzie, Zurich
Bachmann	Bachmann Trust Company SA, Genève
BCG	Association de Banques Suisses Commerciales et de gestion
BE	Canton de Berne
BL	Canton de Bâle-Campagne
BS	Canton de Bâle-Ville
CASC	Communauté d'action des salariés et des consommatrices/-teurs
CASRC	Conférence des Autorités Suisses du Registre du Commerce
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCDJP	Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
CDF	Conférence des directeurs cantonaux des finances
CFS	Chambre fiduciaire suisse
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
CP	Centre Patronal
CPPFS	Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse
Dietzi	Hanspeter Dietzi, professeur titulaire de la chaire de droit privé à l'Université de Bâle
DS	Démocrates Suisses
EKK	Commission fédérale de la consommation
ES	economiesuisse (Fédération des entreprises suisses)
FER	Fédération des Entreprises Romandes
FPC	Fondation pour la protection des consommateurs
FRC	Fédération romande des consommateurs
FRI	Fédération romande immobilière
FSA	Fédération Suisse des Avocats
FSN	Fédération Suisse des notaires
GB	Alliance verte
GE	Canton de Genève
GL	Canton de Glaris
GR	Canton des Grisons
Gutzwiller	Peter Max Gutzwiller, avocat, Zurich
Investec	Investec Trust (Jersey) Limited, St. Helier, Jersey
ISDC	Institut Suisse de droit comparé
JB	Julius Bär Holding AG, Zurich
JDS	Juristes démocrates de Suisse
JU	Canton du Jura
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
Lega	Lega dei Ticinesi
Les Verts	Parti écologiste suisse
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1

LU	Canton de Lucerne
NE	Canton de Neuchâtel
OW	Canton d'Obwald
PCS	Parti chrétien-social
PDC	Parti démocrate-chrétien suisse
PEV	Parti évangélique de la Suisse
PLS	Parti libéral suisse
PRD	Parti radical-démocratique suisse
PS	Parti socialiste suisse
PST-POP	Parti Suisse du Travail - POP
Upatr	Union patronale suisse
SF	SwissFoundations Association des fondations donatrices en Suisse
SGA	Sozialistisch Grüne Alternative Zoug
SH	Canton de Schaffhouse
SO	Canton de Soleure
SSCRF	Société suisse des conservateurs du registre foncier
SSEC	Société suisse des employés de commerce
SSJ	Société suisse des juristes
SSPF	Société Suisse des propriétaires fonciers
STEP	Society of Trust and Estate Practitioners, Swiss-German and Liechtenstein Branch
SZ	Canton de Schwyz
TF	Tribunal fédéral suisse
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TG	Canton de Thurgovie
TI	Canton du Tessin
TS	Travail.Suisse
UBCS	Union des Banques Cantonales Suisses
UBS	UBS AG, Zurich
UDC	Union démocratique du centre
UniBe	Faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de Berne
UniBs	Faculté de droit de l'Université de Bâle
UniFr	Faculté de droit de l'Université de Fribourg
UniGe	Faculté de droit de l'Université de Genève
UNIL	Faculté de droit de l'Université de Lausanne
UniLu	Faculté de droit de l'Université de Lucerne
UniNe	Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
UniSG	Faculté de droit de l'Université de St-Gall
UniZh	Faculté de droit de l'Université de Zurich
UR	Canton d'Uri
USAM	Union suisse des arts et métiers
USF	Union suisse des fiduciaires
USP	Union suisse des paysans
USS	Union syndicale suisse
VD	Canton de Vaud
Vischer	Frank Vischer, Avocat à Bâle, Professeur ordinaire émérite de l'Université de Bâle et ancien président de la commission d'experts LDIP
Von Overbeck	Alfred E. von Overbeck, Professeur ordinaire émérite de l'Université de Fribourg, ancien directeur de l'Institut suisse de droit comparé, représentant de la Suisse lors des travaux d'élaboration de la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux trusts
VS	Canton du Valais
ZG	Canton de Zoug
ZH	Canton de Zurich

1. Contexte

Par décision du 20 octobre 2004, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation sur l'avant-projet d'*arrêté fédéral portant approbation de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, et chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) de sa réalisation.

L'ouverture de la procédure de consultation a fait l'objet d'une publication sur Internet (page d'accueil des autorités fédérales), fin octobre 2004, ainsi que dans la Feuille fédérale (FF 2004 5509), le 2 novembre 2004. Dans les deux cas, la publication spécifiait le terme de la consultation (31 janvier 2005) ainsi que l'unité administrative auprès de laquelle le dossier pouvait être obtenu.

Toutes les réponses reçues avant fin février 2005 ont été prises en considération dans le présent rapport. En outre, par souci de clarté nous avons établi une liste des abréviations qui figure au début de ce rapport.

2. Participation à la consultation

2.1 Organisations, collectivités et institutions invitées à se pronocer

Par lettre datée du 25 octobre 2004, le chef du DFJP a invité 89 organisations, collectivités et institutions à se pronocer. Il a sollicité l'avis:

- des 26 gouvernements cantonaux,
- des 16 partis politiques représentés au sein de l'Assemblée fédérale¹,
- de 47 autorités et organismes intéressés, soit:
 - 2 tribunaux fédéraux²
 - 4 conférences intercantionales³
 - 8 organisations faitières économiques ou professionnelles⁴
 - 33 autres organisations⁵.

¹ PRD, PDC, PS, UDC, PLS, PEV, PST-POP, DS, Les Verts, Lega, UDF, PCS, GB, AL, AdG, SGA.

² TF, TFA.

³ CASRC, CCDJP, CDF, CPPFS.

⁴ ASB, ES, SSEC, TS, Upatr, USAM, USP, USS.

⁵ ABES, ABPS, ACSI, ASEB, ASG, ASIP, ASM, Association LP, CASC, CFS, FPC, FRC, FRI, FSA, FSN, ISDC, JDS, SSCRf, SSJ, SSPF, STEP, UBCS UniBs, UniBe, UniFr, UniGe, UNIL, UniLu, UniNe, UniSG, UniZh, USF.

2.2 Avis reçus

Jusqu'à fin février 2005, l'Office fédéral de la justice a reçu au total 59 prises de position. Sur les 89 destinataires invités à se prononcer, 45 ont fait parvenir une réponse écrite. Les 44 autres ont expressément ou tacitement renoncé à se prononcer par écrit. En revanche, 14 organisations et particuliers se sont exprimés spontanément. Dans les détails, les avis recueillis ont émané de:

- 23 cantons⁶
- 5 partis politiques⁷
- 17 organisations et institutions invitées à se prononcer, dont
 - 1 conférence intercantonale⁸
 - 4 organisations faîtières économiques ou professionnelles⁹
 - 12 autres organismes¹⁰
- 4 autres organisations¹¹
- 10 entreprises et experts intéressés¹².

3. Résultats de la consultation

3.1 Ratification

Tous les participants se sont déclarés favorables à une ratification de la Convention de La Haye, un grand nombre d'entre eux estimant même qu'une telle démarche était urgente¹³.

Nombreux sont les participants qui, au surplus, se disent partisans de l'option proposée, à savoir ratifier la convention plutôt que de se limiter à une simple révision de la LDIP¹⁴.

⁶ ZH, BE, LU, UR, SZ, OW, GL, ZG, SO, BS, BL, SH, AR, AI, GR, AG, TG, TI, VD, VS, NE, GE, JU.

⁷ PDC, UDC, PLS, Les Verts, UDF.

⁸ CPPFS.

⁹ ASB, ES, SSEC, Upatr.

¹⁰ ABES, ABPS, ASG, Association LP, BCG, FSA, SSCRf, STEP, UniGe, UNIL, UniNe, UBCS.

¹¹ AmCham, CP, FER, SF.

¹² B & M, B & K/ W, Bachmann, Dietzi, Gutzwiller, Investec, JB, von Overbeck, UBS, Vischer.

¹³ AG; PDC, PLS; ASB, ES (appuyée par Upatr); ABPS, FER, STEP, UBCS; B & M, UBS.

¹⁴ GL, SO, BS, SH, GR; PDC, PLS; ASB (appuyée par UBCS), ES (appuyée par Upatr); ABPS, ASG, BCG, STEP, UniGe.

3.2. Modifications du droit interne

3.2.1 Appréciation globale

L'ensemble des participants est favorable à une adaptation du droit interne, les modifications législatives préconisées dans l'avant-projet trouvant généralement gré à leurs yeux. Les critiques émises à ce chapitre portent en général sur des points de détail, de nature plutôt technique. Sur le principe, les participants souscrivent aux propositions concernant les matières sur lesquelles il y a lieu de légiférer. Quelques uns, cependant, souhaiteraient des normes supplémentaires dans des matières relevant du CC (régimes matrimoniaux, droit des successions et fondations d'entretien), du CO (fiducie), du droit fiscal, ou des normes concernant la surveillance¹⁵.

Plusieurs participants estiment que les adaptations à apporter à la législation interne doivent être limitées au strict minimum; l'opinion qui semble prévaloir en l'occurrence est que l'avant-projet mis en consultation répond à cette exigence¹⁶.

3.2.2 Modifications législatives non prévues dans l'avant-projet

a) Révision partielle du CC

Deux participants préconisent que l'on maintienne les dispositions du CC prévues dans le premier avant-projet de l'Office fédéral de la justice tout en les complétant par d'autres dispositions du CC allant dans le sens du projet Thévenoz¹⁷. Deux autres participants souhaitent que l'on réglemente pour le moins la légitimation passive du trustee dans les litiges d'ordre matrimonial et successoral¹⁸.

Trois participants abordent le problème de l'interdiction des fondations d'entretien et des fidécummis de famille. L'un d'entre eux demande l'abrogation des dispositions pertinentes du CC¹⁹. Le second émet le souhait que la relation entre les dispositions de l'avant-projet et celles du CC soit, pour le moins, réglée d'une manière ou d'une autre²⁰. Quant au troisième, il se borne à suggérer que ce point soit examiné rapidement²¹.

Un participant demande que l'on spécifie clairement dans le CC que le contenu des dispositions qui peuvent être prises par testament soit soumis à un *numerus clausus*. Il estime qu'il faut interdire la constitution de trusts par testament selon le droit suisse des successions²².

¹⁵ Cf. infra ch. 3.2.2. Un participant (TG) déplore que nombre de points soient laissés en suspens et que l'on préfère s'en remettre aux tribunaux pour qu'ils les règlent.

¹⁶ GL, BS, AR; PDC; ASB (appuyée par UBCS), ES (appuyée par Upatr); BCG, STEP; B & M, Gutzwiller.

¹⁷ ASB (appuyée par UBCS); UBS.

¹⁸ Les Verts; UNIL. Les Verts mentionnent uniquement les litiges d'ordre successoral. Ils souhaitent de plus une disposition dans le sens de l'art. 533a CC du projet Thévenoz.

¹⁹ Vischer.

²⁰ ZH.

²¹ FSA.

²² SF.

b) Instauration d'un droit suisse régissant les trusts

Quelques participants souhaitent que conjointement à la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts l'on codifie la fiducie sur le plan suisse²³. Certains d'entre eux demandent en plus une adaptation sur certains points du droit en vigueur aux règles concernant les trusts. D'autres participants considèrent qu'il s'agit là d'un objectif à long terme²⁴.

L'un des participants appelle de ses vœux un examen rapide de cette question²⁵. Un autre suggère, en termes un peu plus généraux, que l'on étudie des moyens d'accroître sur les plans civil et fiscal l'attractivité des fiducies et des fondations suisses²⁶.

D'autres participants se félicitent de ce que l'on renonce à l'introduction du trust dans la législation nationale²⁷.

c) Surveillance/régime de l'autorisation

Plusieurs participants souscrivent expressément à la proposition formulée dans le rapport de faire examiner les questions touchant la surveillance dans le cadre des travaux préparatoires de la loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)²⁸. Quelques uns émettent en termes très généraux le souhait que ces questions soient étudiées une fois que la convention aura été ratifiée²⁹. Un participant, en revanche, semble estimer que le droit en vigueur est suffisant³⁰.

Certains participants estiment qu'une surveillance allant au delà de celle que permet le droit en vigueur devrait à la rigueur être instaurée pour les trusts d'utilité publique³¹. Alors qu'un autre participant demande expressément un régime de surveillance (calqué sur celui qui est appliqué aux fondations) applicable aux trusts d'utilité publique³². Un autre participant se déclare opposé à l'instauration d'un régime similaire à celui applicable aux fondations³³.

La question de savoir s'il faut soumettre l'activité de trustee à autorisation est controversée. Certains participants y sont favorables³⁴. Deux autres participants souhaitent que le régime de l'autorisation soit limité aux seuls trustees qui ne sont pas considérés comme des intermédiaires financiers et, partant, ne sont pas assujettis à l'actuel régime de surveillance des marchés financiers³⁵. D'autres participants sont

²³ ZH, SH; Les Verts; UniGe, UNIL; Vischer.

²⁴ LU; UBSCS.

²⁵ FSA.

²⁶ GR.

²⁷ GE; Association LP; B & M, UBS.

²⁸ ZH, SO; B & M, UBS (avec certaines réserves).

²⁹ BCG, STEP.

³⁰ JB.

³¹ PLS; ABPS.

³² SF.

³³ ASB (appuyée par UBSCS).

³⁴ Sont pour: B & M, Dietzi, UBS. Sont contre: PLS; ABPS; JB.

³⁵ ASB; UBSCS

résolument opposés au régime de l'autorisation³⁶. Aucun participant ne demande expressément que cette question soit réglée dans le cadre du projet³⁷.

d) Traitement du trust en droit fiscal

Bon nombre de participants souhaitent que l'on revoie le régime fiscal applicable au trust, invoquant, les uns la sécurité du droit insuffisante qui règne en la matière³⁸, les autres le manque d'uniformité qui caractérise les pratiques suivies par les cantons³⁹. Quelques participants appellent de leurs vœux l'instauration d'un régime fiscal qui, en comparaison internationale, soit favorable aux trusts ou, à tout le moins, attractif pour eux⁴⁰. La question de savoir sous quelle forme la Confédération doit agir est laissée en suspens par la plupart des participants. En revanche, plusieurs se félicitent de l'instauration – mentionnée dans le rapport explicatif – d'un groupe de travail par la Conférence fiscale suisse⁴¹. Enfin, quatre ou cinq participants demandent que l'on inclue des dispositions fiscales dans le projet qui a été soumis à la consultation⁴².

3.2.3 Modifications législatives préconisées dans l'avant-projet

a) Art. 5, al. 4, LDIP (application par analogie de l'art. 5, al. 2 et 3 à la désignation d'un tribunal par les dispositions du trust)

Un participant souhaite qu'en lieu et place de cette disposition on prévoie un renvoi qui figurerait à l'art. 149a LDIP. Ce renvoi serait limité à l'al. 2 de l'art. 5, la référence à l'al. 3 étant supprimée⁴³. Inversement, un autre participant demande que l'on supprime la référence à l'al. 2 mais que l'on maintienne celle qui est faite à l'al. 3⁴⁴.

b) Art. 21a LDIP (siège d'un trust)

Quelques participants s'élèvent contre l'utilisation du terme «siège» en relation avec le trust⁴⁵. L'un d'entre eux propose que l'art. 21a soit libellé comme suit : «*Le domi-*

³⁶ PLS; ABPS; JB.

³⁷ B & M et UBS ne le demandent pas expressément de peur de retarder la mise en oeuvre du projet. Les autres partisans du régime de l'autorisation ne s'expriment pas clairement sur ce point. ASB et UBCS demandent, en tout cas, que la convention soit ratifiée dès que possible.

³⁸ ZH, GL, BS; PDC; ES (appuyée par Upatr); AmCham, ASG, SF; Bachmann, B & M, B & K/ W, Investec, JB, UBS.

³⁹ BS, AG, TG; CP, SSEC, UBCS.

⁴⁰ PLS; ABPS, ASG, STEP, UBCS; B & K/ W, Dietzi, JB. C'est probablement également dans ce sens qu'il faut interpréter l'avis exprimé par ES (appuyée par Upatr).

⁴¹ ZH, SO, AG, TG; ASB (appuyée par UBCS), ES (appuyée par Upatr), SSEC; AmCham, STEP; B & M, JB, UBS.

⁴² PLS; ABPS, SF; B & K/ W. S'exprime de manière ambiguë: Dietzi. Se déclarent expressément contre: GL; ES (appuyée par Upatr); BCG; UBS.

⁴³ UniGe.

⁴⁴ FSA.

⁴⁵ Gutzwiller, von Overbeck, UBS.

*cile d'un trust se trouve au lieu principal de son administration»*⁴⁶. Un autre estime, en revanche, qu'il faut principalement s'orienter au domicile ou au siège du trustee et, subsidiairement seulement, au lieu de l'administration du trust⁴⁷.

Un autre participant encore demande que l'on biffe l'art. 21 en totalité et qu'on le remplace par un art. 149a, al. 2, let. b, ayant la nouvelle teneur suivante: «*au lieu désigné par les dispositions du trust ou, à défaut de désignation, au lieu où le trust est administré en fait*»⁴⁸.

c) Art. 149a, al. 1, LDIP (compétence en cas d'élection de for)

Un participant estimant que le passage «*au sens de l'art. 2 de la convention de La Haye*» est aussi fallacieux que superflu, demande qu'il soit biffé⁴⁹. Un autre participant souhaite que le passage en question soit remplacé par une partie de la définition figurant à l'art. 2 de la convention⁵⁰. Un troisième demande que l'on mentionne expressément que les art. 149a et suivants s'appliquent également aux «trusts oraux»⁵¹. D'autres participants, pour leur part, s'opposent à l'inclusion dans le champ d'application des art. 149a et suivants de trusts dont la preuve n'est pas apportée par écrit⁵².

Trois participants souhaitent que l'on ajoute à l'al. 1 un passage selon lequel l'élection du for est présumée exclusive⁵³.

L'un des trois demande, en outre, que par analogie avec l'art. 17, al. 2 de la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano), l'applicabilité de l'art. 149a, al. 1, LDIP soit limitée aux actions intentées contre le constituant d'un trust, le trustee ou le bénéficiaire⁵⁴.

Le même participant demande que l'on statue une réserve expresse en faveur des fors obligatoires prévus par les autres dispositions de la LDIP en se référant à l'art. 17, al. 3 de la Convention de Lugano. Le même souhait est formulé dans une autre prise de position. Toutefois, en l'occurrence, la réserve demandée ne porte que sur les litiges relatifs à des biens immobiliers⁵⁵.

De surcroît, l'auteur de la dernière prise de position citée s'oppose à ce que le trustee puisse élire un for a posteriori et demande, en conséquence, la suppression du passage «*ou l'autorisation de le faire*».

⁴⁶ Von Overbeck.

⁴⁷ UBS.

⁴⁸ FSA.

⁴⁹ Vischer.

⁵⁰ UniGe. Le nouveau passage à insérer est libellé comme suit: «*lorsque les biens sont placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé*».

⁵¹ FSA.

⁵² GE; UBS.

UNIL approuve en revanche sans réserve la solution préconisée dans l'avant-projet.

⁵³ FSA, UniGe; UBS.

⁵⁴ FSA. UniGe formule la même proposition s'agissant de l'al. 2 de l'art. 149a.

⁵⁵ UNIL.

d) Art. 149a, al. 2, LDIP (compétence à défaut d'une élection de for valable)

Un participant demande qu'à la lettre a «*du défendeur*» soit remplacé par «*du trustee*»⁵⁶. Un autre préconise la suppression pure et simple de la lettre a⁵⁷. Un troisième émet le souhait – dont il a déjà été question à la lettre c) – que l'applicabilité de l'al. 2 soit limitée aux actions intentées contre le constituant d'un trust, le trustee ou le bénéficiaire, cela par analogie avec l'art. 5, par. 6 de la Convention de Lugano⁵⁸.

Ce même participant souhaite que, par analogie avec l'art. 112, al. 2, LDIP, l'action puisse, en outre, être intentée au lieu où le trustee a son établissement⁵⁹.

Un autre participant demande que l'on biffe l'art. 21 et qu'en lieu et place l'art. 149a, al. 2, let. b soit libellé comme suit: «*au lieu désigné par les dispositions du trust ou, à défaut de désignation, au lieu où le trust est administré en fait*»⁶⁰. Le même participant souhaite que l'on prévoie un for subsidiaire pour le cas où le patrimoine du trust serait administré à différents lieux. Il propose que ce for soit au lieu avec lequel le trust présente le lien le plus étroit au sens de l'art. 7 de la Convention de La Haye.

e) Art. 149b, al. 1 LDIP (droit applicable)

Un participant entend que la question de la distraction des biens du trust de la masse du trustee en cas de faillite de celui-ci soit régie par le droit suisse. Il demande également que l'on intègre dans la législation suisse une disposition qui assure la protection des tiers de bonne foi⁶¹. Un autre participant souhaite, en revanche, que l'on établisse une disposition qui statue expressément que la question susmentionnée est régie par le droit applicable au trust⁶². Une autre prise de position va dans le même sens. Son auteur, en effet, préconise que l'on intègre à l'art. 149b le passage suivant: «*Bestimmungen des ausländischen Rechts, wonach das Trustvermögen nicht für persönliche Schulden des Trustees und das persönliche Vermögen des Trustees nicht auch für Schulden des Trustvermögens haften, sind auch von schweizerischen Behörden zu beachten.*»⁶³.

Un participant déplore l'absence d'une disposition qui délimite le champ d'application de l'art. 149b de celui des autres chapitres de la LDIP, en particulier des chapitres 6 («Successions») et 7 («Droits réels») ⁶⁴. Le même participant souhaite aussi que l'on spécifie clairement que le chapitre 7 de la LDIP est applicable au *tracing*.

⁵⁶ CP.

⁵⁷ ASB (appuyée par UBCS).

⁵⁸ UniGe.

⁵⁹ UniGe.

⁶⁰ FSA.

⁶¹ ZH.

⁶² UBS.

⁶³ Association LP. Traduction: *Les autorités suisses sont tenues de respecter les dispositions du droit étranger prévoyant que le patrimoine du trust ne peut pas répondre des dettes personnelles du trustee ni, à l'inverse, les biens personnels du trustee répondre des dettes grevant le patrimoine du trust.*

⁶⁴ UNIL.

Quelques participants appellent de leurs vœux une disposition qui exclue expressément le *constructive trust* du champ d'application de l'art. 149b⁶⁵.

f) Art. 149b, al. 2, LDIP (non-application de l'art. 13 de la Convention)

Quelques participants se félicitent de cette disposition⁶⁶. Deux d'entre eux n'en considèrent pas moins que sa teneur n'est pas appropriée et proposent chacun une autre formulation: «*Le juge suisse n'appliquera pas l'article 13 de la Convention.*»⁶⁷ et «*Le tribunal ne refusera pas de reconnaître un trust dans l'hypothèse visée à l'article 13 de la Convention.*»⁶⁸

g) Art. 149b, al. 3, LDIP (exclusion des «trusts intérieurs»)

Trois participants saluent cette disposition proposée à titre de variante⁶⁹. Il importe à leurs yeux d'exclure toute possibilité d'éluder le droit suisse dans les cas de trusts purement «intérieurs». A l'inverse, toute une série de participants demande que cette disposition soit purement et simplement biffée⁷⁰, en faisant valoir notamment que la norme en question est plus restrictive que le droit en vigueur, qu'elle est source d'insécurité du droit, enfin qu'elle est superflue étant donné les différents instruments que prévoit déjà la LDIP aux fins de prévenir les abus, et les diverses exceptions prévues par la Convention⁷¹.

Un participant demande que l'on spécifie dans le message que, par exemple, le fait que le constituant ait une nationalité étrangère ou que le patrimoine du trust soit sis à l'étranger, ou encore que le bénéficiaire ou le trustee ait son domicile à l'étranger suffit à fonder l'existence d'un lien avec l'étranger au sens de l'al. 3. A défaut, l'on propose que l'on biffe l'al. 3 mais qu'en revanche l'on définisse clairement dans le message les cas de figure dans lesquels on peut refuser la reconnaissance d'un trust en droit suisse au motif de l'abus de droit⁷².

⁶⁵ ASB (appuyée par UBCS); ASG; UBS.

⁶⁶ FSA, UniGenf, UNIL; Gutzwiller, von Overbeck.

⁶⁷ Von Overbeck.

⁶⁸ UniGe.

⁶⁹ GE, JU, VS.

⁷⁰ BCG, FSA, STEP, UniGe; Bachmann, B & M, Dietzi, Gutzwiller, von Overbeck, Vischer. UniNe est également assez favorable à une suppression de la disposition en question. Quant au point de vue de UNIL sur ce point, il n'est pas clair.

⁷¹ La FSA estime que l'al. 3 serait superflu pour la simple bonne raison que la LDIP ne serait pas applicable dans le cas de «trusts intérieurs».

⁷² UBS. Dietzi donne sa préférence à une suppression de l'al. 3. Cependant, au cas où cette solution serait retenue, il souhaite néanmoins que l'on mentionne dans le message que l'existence de l'un des liens mentionnés oblige à reconnaître une élection de droit et interdit de la considérer comme abusive.

h) Art. 149c, al. 1 et 2 LDIP (inscription de relations de trust)

Deux participants considèrent que les dispositions en question n'ont rien à faire dans la LDIP mais doivent figurer dans les lois pertinentes qui font partie du droit privé suisse⁷³.

Plusieurs participants se félicitent de ce que l'on ait renoncé à prévoir un registre des biens mobiliers⁷⁴.

Deux participants estiment que la mention, resp. l'inscription des relations de trust au registre, ne doit pas constituer une obligation à proprement parler et que l'art. 149c, al. 3 ne présuppose d'ailleurs pas une telle obligation⁷⁵.

Un participant demande que l'on précise que l'al. 1 ne vise que des immeubles inscrits dans le registre foncier suisse⁷⁶.

Deux participants souhaitent que les immeubles fassent l'objet d'une annotation au registre foncier et non d'une simple mention⁷⁷.

i) Art. 149c, al. 3, LDIP (conséquence de la non-inscription d'une relation de trust)

Un participant souhaite que, s'agissant du *tracing*, la question qui est réglée par cette disposition soit régie par le chapitre 7 (droits réels) de la LDIP⁷⁸.

Un autre participant pense que l'art. 149c n'assure pas à l'acquéreur de biens provenant d'un trust une protection aussi étendue que le droit anglais⁷⁹.

j) Art. 149d, al. 1, LDIP (reconnaissance de décisions étrangères)

Un participant demande que le champ d'application de cette disposition soit explicitement limité aux litiges relevant du droit des trusts⁸⁰.

Deux participants demandent que l'on biffe la dernière subordonnée de la lettre d («et que... en Suisse»), puisque le droit en vigueur permet de renoncer à la garantie du domicile⁸¹.

⁷³ UniGe; Vischer.

⁷⁴ PLS; ES (appuyée par UPATR); FSA, ABPS; B & M, Dietzi, UBS.

⁷⁵ UniGe, FSA.

⁷⁶ Gutzwiller

⁷⁷ SSCRf, UNIL.

⁷⁸ UNIL.

⁷⁹ Dietzi.

⁸⁰ UniNe.

⁸¹ UNIL; Vischer.

L'un des deux se demande pourquoi la let. d ne porte pas également sur les décisions qui sont reconnues dans un autre des Etats indirectement compétents selon les lettres a à c⁸². Un autre participant suggère que l'on examine l'opportunité d'élargir la liste des compétences indirectes figurant à l'art 149d, al. 1; il se demande, en outre, s'il n'y aurait pas lieu de reconnaître également les jugements rendus dans l'Etat dont le droit est applicable, voire les jugements rendus dans tout autre Etat ayant un lien suffisant avec le trust concerné⁸³.

L'auteur d'une autre prise de position appelle de ses voeux des dispositions réglant l'exécution de décisions au titre de ce qu'il est convenu d'appeler les «*construction summonses*»⁸⁴. Il s'agit de décisions qui sont rendues par les tribunaux, dans le cadre d'une procédure non contentieuse, sur requête du trustee, afin de trancher les questions que soulève l'interprétation des dispositions du trust.

k) Art. 284a, al. 1, LP (poursuite du patrimoine d'un trust)

Trois participants déplorent que la disposition proposée ne mentionne pas le for déterminant pour les poursuites au sens de l'art. 284a LP⁸⁵. L'un d'entre eux préconise que ce for soit au lieu du domicile ou du siège du trustee et, subsidiairement, au lieu où le trust est administré⁸⁶. L'un des deux autres demande que les poursuites ne puissent avoir lieu qu'au siège principal de l'administration du trust⁸⁷.

Ce dernier participant souhaite, en outre, que l'on règle la question de la notification des actes de poursuite et propose que l'on crée à cet effet un art. 68f LP. Un autre participant formule des propositions allant dans le même sens. Il préconise que l'art. 284a, al. 1, LP soit complété par une disposition libellée comme suit: «*Auch wenn der Trust über mehrere Trustees verfügt, erhält nur der betriebene Trustee einen Zahlungsbefehl.*»⁸⁸. Ce participant, également, demande l'instauration d'un art. 68f qui reprendrait l'intégralité de l'art. 284a, al. 1 du projet.

L'un des trois participants dont il est question au premier paragraphe demande, par ailleurs, que l'on complète l'art. 67, al. 1, ch. 4, LP par le passage suivant: «*Will ein Gläubiger eine Forderung gegen den Trust in Betreuung setzen, so ist im Betreibungsbegehren auf diesen Umstand hinzuweisen.*»⁸⁹.

⁸² UNIL.

⁸³ Von Overbeck.

⁸⁴ B & K/ W.

⁸⁵ GE; UniGe; UBS.

⁸⁶ UBS.

⁸⁷ UniGe.

⁸⁸ Association LP. Traduction: *Même si le trust compte plusieurs trustees, seul le trustee qui fait l'objet de poursuites reçoit un commandement de payer.*

⁸⁹ UBS. Traduction: *lorsqu'un créancier entend recouvrer par voie de poursuite la créance qu'il a à l'égard d'un trust, il doit le mentionner dans la réquisition de poursuite.*

l) Art. 284a, al. 2, LP (continuation de la poursuite par voie de faillite)

Deux participants se félicitent que le projet entende soumettre le trust à la poursuite par voie de faillite⁹⁰. D'autres souhaitent, en revanche, que le trust fasse l'objet d'une procédure spéciale d'exécution⁹¹ ou que l'on biffe purement et simplement l'al. 2⁹². Un autre participant semble vouloir faire dépendre le mode de poursuite du statut du trustee au regard de la LP⁹³.

L'un des partisans de la poursuite par voie de faillite demande qu'en lieu et place de l'al. 2, l'on ajoute le trustee à la liste de l'art. 39, al. 1, LP⁹⁴.

Deux participants semblent critiquer la deuxième phrase de l'al. 2. Apparemment, ils estiment que le passage en question exonère le trustee de sa responsabilité personnelle là où elle serait engagée en vertu du droit applicable au trust⁹⁵.

m) Art. 284b LP (faillite du trustee: distraction du patrimoine du trust de la masse en faillite)

Un participant souhaite que soit maintenue une disposition allant dans le même sens que l'art. 242a, al. 2 du premier avant-projet de l'Office fédéral de la justice⁹⁶. Le même participant déplore, en outre, l'absence d'une disposition analogue à l'art. 284b pour les poursuites qui ne débouchent pas sur une procédure de faillite. On trouve la même critique dans d'autres prises de position⁹⁷.

Un participant estime que l'adjonction à l'art. 149a LDIP de la phrase suivante permettrait de se passer d'un art. 284b LP: «*Bestimmungen des ausländischen Rechts, wonach das Trustvermögen nicht für persönliche Schulden des Trustees und das persönliche Vermögen des Trustees nicht auch für Schulden des Trustvermögens haften, sind auch von schweizerischen Behörden zu beachten.*»⁹⁸.

⁹⁰ Association LP, STEP.

⁹¹ Les Verts; FSA, UniGe

⁹² B & M, Dietzi, UBS

⁹³ GE. Cette remarque pourrait également s'appliquer aux prises de position dont les auteurs proposent la suppression pure et simple de l'al. 2.

⁹⁴ Association LP

⁹⁵ Dietzi, UBS.

⁹⁶ UBS. L'art. 242a LP figurant dans l'avant-projet en question avait la teneur suivante : «¹ *En cas de faillite d'un trustee, les biens du trust sont distraits de la masse en faillite, après déduction des droits du trustee sur ces biens, dans la mesure où les prescriptions des art. 149c à f LDIP concernant la publicité ont été observées.*

² *Si le débiteur ou un tiers fait valoir qu'un élément du patrimoine fait partie des biens d'un trust et si l'administration conteste le bien-fondé de cette prétention, elle impartit au trust un délai de 20 jours pour intenter action au for de la faillite. L'art. 65, al. 1bis est applicable par analogie. Passé ce délai, la revendication du débiteur ou du tiers est périmée.*

⁹⁷ ASB (appuyée par UBCS); ASG, FSA, UniGe.

⁹⁸ Association LP. Traduction: *Les autorités suisses sont tenues de respecter les dispositions du droit étranger prévoyant que le patrimoine du trust ne peut pas répondre des dettes personnelles du trustee ni, à l'inverse, les biens personnels du trustee répondre des dettes grevant le patrimoine du trust.*