

*Avocat à Genève et ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats, Benoît Chappuis nous parle des incidences de la ratification par la Suisse de la convention de La Haye relative à la loi applicable au «trust» et à sa reconnaissance.*

### *Quelles sont les incidences de cette ratification sur le droit existant ?*

Le législateur suisse a modifié la législation dans la seule mesure nécessaire à la ratification de la convention et a décidé de ne pas saisir l'occasion pour opérer d'autres changements; il a notamment renoncé à codifier la fiducie du droit suisse. La loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) réclamait quelques changements pour être compatible avec les exigences de la convention. L'article 21 LDIP (siège des établissements et sociétés) prend maintenant en compte les trusts. Il dispose ainsi, en son alinéa 3, que «le siège d'un «trust» est réputé se trouver au lieu de son administration désigné dans les termes du «trust» par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. A défaut de désignation, le siège se trouve au lieu où le «trust» est administré en fait».

La loi a été modifiée de façon à donner une définition du trust (art. 149 a) en reprenant celle de la convention (art. 2). Cette définition interne s'appliquera toutefois à tout trust, même non soumis à la convention (ex. trust oral). La loi détermine également la compétence judiciaire (art. 149 b), le droit applicable (art. 149 c) et règle la publicité afférente aux biens d'un trust lorsqu'ils doivent être inscrits dans un registre (immeubles, avions, bateaux). L'article 149 e traite enfin de la reconnaissance des décisions étrangères.

L'autre modification importante est celle qui avait trait à la ségrégation des biens propres du trustee de ceux du trust. C'est la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) qui règle la façon dont les biens d'un débiteur peuvent être saisis pour désintéresser ses créanciers. A défaut de disposition spécifique, il n'était pas possible de distinguer, lors de poursuites civiles dirigées contre une personne, les biens dont cette dernière était personnellement propriétaire de ceux qu'elle détenait éventuellement en qualité de trustee. Dans les deux cas, elle était en effet réputée en être propriétaire de sorte que les créanciers privés du trustee, pourtant sans quelque relation que ce soit avec le trust, pouvaient se voir désintéressés par le biais de biens qui lui appartenaient en réalité. Désormais, l'article 284 a LP règle spécifiquement le cas de la poursuite intentée lorsque le patrimoine d'un trust répond d'une dette. La loi précise que la poursuite doit être dirigée contre un trustee, en sa qualité de représentant du trust. L'article 284 b LP, quant à lui, traite du cas de la faillite d'un trustee, poursuivi pour ses propres dettes. Dans ce dernier cas, le patrimoine du trust est distrait de la masse en faillite après déduction des créances du trustee contre ce patrimoine.

### *La ratification de la convention a-t-elle eu des incidences sur la fiducie en droit suisse ?*

Lorsque le gouvernement fédéral helvétique avait chargé, en 1999, le professeur genevois Luc Thévenoz d'établir un rapport en vue de la ratification de la convention, il lui avait donné un mandat étendu, en ce sens qu'il devait non seulement élaborer des solutions concrètes de modification de la loi suisse en vue de la ratification de la convention mais également une codification de la fiducie. Cependant, si la procédure de consultation des milieux concernés, au moment de l'élaboration de la loi, a montré que la ratification de la convention rencontrait une très large approbation, il n'en alla pas de même de la codification de la fiducie qui s'est heurtée à plus de scepticisme. La fiducie est une invention de la pratique qui a reçu la consécration de la juridiction suprême du pays depuis des décennies. Par un contrat générateur d'obligations, le fiduciaire s'engage à remettre la pleine titularité juridique de certaines choses ou de certains droits, tandis que le fiduciaire s'engage de son côté à les conserver, à les administrer, éventuellement même à les aliéner, conformément aux termes de la convention, ainsi qu'à restituer les biens fiduciaires à l'expiration de cette dernière. Ce contrat est révoquant en tout temps, en vertu d'une disposition impérative de la loi (art. 404 c. oblig.).

La fiducie suisse, sous sa forme actuelle, sort du champ d'application de la convention (art. 2) et ne répond pas aux conditions permettant sa reconnaissance internationale dans le cadre de ladite convention. Cette dernière part en effet du principe que les biens confiés à titre fiduciaire constituent un patrimoine distinct de celui du fiduciaire. Tel n'est pas le cas dans la conception suisse de la fiducie puisque les biens confiés à titre fiduciaire tombent dans la masse en faillite du fiduciaire. La révocation du contrat possible en tout temps fait également obstacle à la reconnaissance de la fiducie contre une relation juridique assimilable à un trust. Les praticiens semblent avoir préféré en rester au système très souple actuel, malgré ses faiblesses, plutôt que d'entrer dans un système plus réglementé, ce qu'aurait entraîné l'adoption du projet Thévenoz.

### *Cette ratification répondait-elle à des nécessités pratiques ?*

Il s'imposait de renforcer la sécurité juridique autour du trust. Grâce à la ratification, le Conseil fédéral entrevoit une place financière suisse renforcée - mieux à même de répondre à la demande de solutions dans le domaine des trusts - s'assurant une position de concurrent sérieux face aux nouveaux centres, tel Singapour par exemple. Il existait déjà une forte présence de trustees professionnels en Suisse. La ratification de la convention semble cependant avoir renforcé l'attrait de la place helvétique pour l'activité de trustee, de par le fait que cette activité bénéficie maintenant d'une situation claire dans la loi nationale. ■