

Titre	Convention HCCH Trust de 1985 : Actualisations et travaux futurs éventuels
Document	Doc. préél. No 14 de novembre 2021
Auteur	BP
Point de l'ordre du jour	Point à déterminer
Mandat(s)	C&D No 39 du CAGP de 2021
Objectif	Proposition de travaux futurs sur la Convention HCCH Trust de 1985
Mesures à prendre	Pour décision <input checked="" type="checkbox"/> Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour discussion <input type="checkbox"/> Pour action / achèvement <input type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/>
Annexe(s)	Annexe I – Liste des institutions potentiellement analogues aux trusts
Document(s) connexe(s)	s.o.

Table des matières

I.	Introduction	1
II.	Contexte et fonctionnement de la Convention.....	1
III.	Institutions analogues au trust.....	2
IV.	Développements relatifs aux institutions analogues au trust.....	2
	A. Nouveaux actes constitutifs d'un trust introduits par les systèmes de droit civil dans leur droit interne.....	3
	B. Rapport entre les trusts et le <i>waqf</i> dans les systèmes de tradition islamique.....	3
V.	Questions en lien avec le trust « anglo-américain »	5
VI.	Autonomie des constituants et des « trusts internes »	6
VII.	Sujets éventuels à inclure dans le programme de la Conférence de 2022 sur le droit commercial et financier.....	6
VIII.	Proposition soumise au CAGP	7
	Annexe I - Liste des institutions potentiellement analogues au trust.....	9

Convention HCCH Trust de 1985 : Actualisations et travaux futurs éventuels

I. Introduction

- 1 La *Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (ci-après « Convention HCCH Trust de 1985 » ou « la Convention ») est entrée en vigueur le premier janvier 1992 et est à ce jour en vigueur dans 14 États et territoires¹. En mars 2021, le Bureau Permanent (BP) a fourni des actualisations au Conseil sur les affaires générales et la politique (CAGP) sur la Convention HCCH Trust de 1985 et a proposé des travaux futurs sur cette dernière². Le CAGP a pris acte du rapport du BP et l'a encouragé à tirer parti du 30^e anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention HCCH Trust de 1985 lors de la planification des activités de recherche et des événements³. Il a également laissé au BP le soin de continuer à prendre les dispositions nécessaires pour la Conférence de 2022 sur le droit commercial et financier⁴. Faisant suite au Document préliminaire No 15, le présent Document préliminaire vise à donner une vue d'ensemble plus approfondie du concept d'institution analogue qui est au cœur de la Convention et propose également certains sujets pour des travaux futurs.

II. Contexte et fonctionnement de la Convention

- 2 De manière très générale, la Convention peut être comprise comme ayant un double objectif : 1) de déterminer la loi applicable au trust et 2) de régir la reconnaissance du trust en précisant les effets de cette reconnaissance⁵.
- 3 Le chapitre II de la Convention fixe les règles de la loi applicable au trust. Celui-ci consacre en matière de trust le principe d'« autonomie de la volonté »⁶ : le choix de la loi par le constituant constitue le rattachement subjectif (art. 6) ; subsidiairement, à défaut de choix de loi du constituant (ou si un tel choix est sans effet), un rattachement objectif à la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits (art. 7) est prévu aux alinéas (a) à (d), dans une hiérarchie implicite⁷. Le *dépeçage* est prévu (art. 9) en ce sens que le constituant peut choisir différentes lois pour régir différents aspects du trust.
- 4 Le chapitre III de la Convention définit en quoi consiste au minimum la reconnaissance d'un trust (art. 11) et sous quelle forme celui-ci peut figurer dans les registres publics. Avec le chapitre IV, les dispositions de la Convention permettent de ne pas reconnaître certains trusts, qui peuvent paraître abusifs (art. 13, 15, 16, 18), et réserve au contraire des règles plus favorables à la reconnaissance du trust que celles de la Convention (art. 14)⁸.

¹ La Convention est en vigueur en Australie, au Canada (à l'exclusion du Québec), en Chine (uniquement au sein de la Région administrative spéciale de Hong Kong), à Chypre, en Italie, au Liechtenstein, au Luxembourg, à Malte, à Monaco, au Panama, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni (y compris les extensions à 13 dépendances de la Couronne et territoires d'outre-mer du Royaume-Uni), à Saint-Marin et en Suisse. Les États-Unis d'Amérique et la France ont signé la Convention sans la ratifier.

² « Convention HCCH Trust de 1985 : Actualisations et travaux futurs éventuels », Doc. prélim. No 15 de décembre 2020, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net sous les rubriques « Gouvernance », « Conseil sur les affaires générales et la politique » puis « Archives (2000-2021) ».

³ Voir « Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (du premier au 5 mars 2018) », C&D No 39 (disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse www.hcch.net, (voir chemin d'accès indiqué à la note 2).

⁴ C&D No 38 du CAGP de 2021.

⁵ A.E. von Overbeck, « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1985 relative au trust » (Rapport explicatif), in *Actes et documents de la Quinzième session (1984)*, Tome II, *Trusts – loi applicable et reconnaissance*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1985, p. 370 à 415, paras 28 et 29.

⁶ Rapport explicatif, para. 63.

⁷ *Ibid.*, para. 20, 72 et 77.

⁸ *Ibid.*, para. 21 et 22.

III. Institutions analogues au trust

- 5 Les délégués de la Quinzième session (du 8 au 20 octobre 1984) ont décidé de ne pas limiter le champ d'application de la Convention au trust⁹ dit « anglo-américains »¹⁰. Par conséquent, la Convention s'applique au trust et aux institutions analogues au trust pour autant que les critères de l'article 2 soient remplis.
- 6 Conformément à l'article 2, pour qu'une institution analogue soit incluse dans la Convention, celle-ci doit présenter 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.
- 7 L'article 2 prévoit également que « 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 »¹¹.
- 8 L'inclusion de la notion d'institutions analogues au trust à l'article 2 a eu pour effet d'élargir le champ d'application de la Convention. Un tel élargissement du champ d'application signifie également que les avantages des adhésions sont à double sens : les États et territoires de *common law* peuvent s'assurer que leurs trusts anglo-américains sont reconnus dans les États et territoires de droit civil, et les États et territoires de droit civil qui ont leurs propres institutions analogues peuvent s'assurer de leur reconnaissance dans un État de *common law* ou dans un autre État de droit civil qui ne reconnaît pas ce type d'institution.
- 9 Par ailleurs, l'adhésion à la Convention renforce la prévisibilité juridique et simplifie la tâche des juges dans les deux grandes traditions juridiques. Un tribunal de tradition de droit civil, lorsqu'il est saisi d'une affaire impliquant un trust, doit procéder à une analyse de la loi applicable qui aurait auparavant nécessité la qualification des rapports de trust comme contractuelles, patrimoniales, obligatoires ou testamentaires afin de déterminer et d'analyser les critères de rattachement pertinents. La Convention simplifie et standardise ce processus, permettant à ces tribunaux de reconnaître simplement un trust comme un trust. Même dans les États et territoires de *common law* qui n'auraient pas rencontré le problème de la qualification, l'unification de la portée de l'autonomie de la volonté du constituant pour choisir la loi applicable et l'harmonisation des critères de rattachement à utiliser en l'absence de choix de loi du constituant favorisent la certitude et la prévisibilité.

IV. Développements relatifs aux institutions analogues au trust

- 10 À la lumière de l'importance du concept d'« institutions analogues », le BP a rassemblé des informations concernant les institutions potentielles analogues au trust provenant d'États et

⁹ *Ibid.*, para. 26.

¹⁰ Le terme trust « anglo-américain » désigne le trust qui s'est développé dans les tribunaux d'*equity* des systèmes de tradition de *common law*, notamment l'Angleterre et les États-Unis. L'existence d'institutions analogues au trust dans des États et territoires qui n'ont pas connu de division historique entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux d'*equity* est l'une des difficultés théoriques du champ d'application de la Convention et de l'idée d'institutions analogues.

¹¹ Convention HCCH Trust de 1985, art. 2.

territoires représentant de traditions juridiques diverses. L'accent a été mis sur les États de droit civil qui ont adopté le trust et l'institution du *waqf* présent dans de nombreux États de tradition islamique. L'annexe I comprend une liste des États et territoires ainsi que des institutions analogues potentielles qui ont été examinés.

A. Nouveaux actes constitutifs d'un trust introduits par les systèmes de droit civil dans leur droit interne

- 11 Bien que le but de la Convention HCCH Trust de 1985 n'était pas d'introduire le concept de trust dans le droit interne des États qui ne l'avaient pas encore, celle-ci a néanmoins suscité un intérêt croissant pour le trust dans les États de droit civil. Ainsi, la Convention a eu différents impacts dans de nombreux États et territoires.
- 12 Dans le but de fournir des structures d'investissement ayant pour but de détenir des biens au profit de bénéficiaires, la France a adopté la fiducie en 2007¹². Bien qu'elle n'ait pas adhéré à la Convention, la Belgique a révisé ses règles de droit international privé en 2004 pour y inclure des dispositions substantiellement similaires à celles de la Convention¹³. En Italie, où les trusts internes (voir para. 21 ci-dessous) sont reconnus par la Convention depuis le milieu des années 1990, le Code civil a été modifié en 2006 pour y inclure une « obligation de finalité » analogue au trust¹⁴. La Suisse, avec son secteur sophistiqué de la gestion de patrimoine, a reconnu le trust avant même de ratifier la Convention ; la ratification en 2006 a apporté plus de certitude à la pratique sans introduire une institution analogue dans le droit interne¹⁵. Le Japon a initialement adopté une législation sur le trust en 1922 puis a modernisé cette institution en 2006¹⁶. Chacun de ces développements au Japon a influencé l'introduction par la République de Corée d'une législation sur le trust en 1961 et sa révision ultérieure en 2011¹⁷. De plus, comme expliqué dans la sous-section suivante, certains États de tradition islamique réforment l'institution religieuse du *waqf* pour la rapprocher de l'institution du trust, ou ont totalement adopté l'institution du trust.

B. Rapport entre les trusts et le *waqf* dans les systèmes de tradition islamique

- 13 Le *waqf* a été défini comme « un acte financier charitable établi en retenant des biens immobiliers et mobiliers afin de dépenser perpétuellement ses revenus pour répondre aux besoins publics ou familiaux, sur la base des préférences et des conditions fixées par le fondateur »¹⁸. Pour créer un *waqf*, le propriétaire du bien (*waqif*) déclare son intention de dédier les revenus de son bien à un bénéficiaire (*mawquf alayh*) et désigne un administrateur (*mutawalli*) sur ces biens. Bien que cela puisse sembler être une institution analogue à première vue, un examen plus approfondi de leurs

¹² J. Douglas (2012), « Trusts and Their Equivalents in Civil Law Systems: Why Did the French Introduce the Fiducie into the Civil Code in 2007? What Might its Effects Be? », *QUT Law Review*, Vol. 13, Numéro 1, p. 24. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un développement nouveau, il peut être intéressant de noter que le Québec a introduit la fiducie dans son Code civil en 1879, voir René Dussault, « La fiducie dans le droit québécois », *Les Cahiers de droit*, Volume 5, numéro 2, avril 1963, Editeur(s) Faculté de droit de l'Université Laval, en ligne à l'adresse <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1963-v5-n2-cd5000913/1004177ar.pdf> (consulté le premier décembre 2021).

¹³ Code belge de droit international privé, art. 122 à 124.

¹⁴ M. Graziadei (2012), « Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience », in *Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law* (ed. Lionel Smith), CUP, p. 79 à 82.

¹⁵ P. Panico (2018), « New Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft : einschließlich der ethnologischen Rechts- und der Gesellschaftsforschung*, Volume 117, Numéro 3, p. 92 et 93.

¹⁶ M. Arai (2013), « Trust law in Japan: inspiring changes in Asia, 1922 and 2006 », dans L. Ho and R. Lee (Éditions.), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions a Comparative Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 27 à 31.

¹⁷ Y. C. Wu (2013), « Trust Law in South Korea: Developments and Challenges », dans L. Ho et R. Lee (Éditions) *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions a Comparative Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 46 à 51.

¹⁸ S. Baqutayan et autres (2018), « Waqf Between the Past and Present », *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Volume 9, Numéro 4, p. 149.

caractéristiques révèle plusieurs domaines clés de divergence entre le *waqf* et le trust, comme suit :

- a. *Propriété* : la structure du *waqf* est distincte de celle du trust en ce sens que les biens ne constituent pas un fonds distinct du patrimoine du *trustee* et que la propriété des biens n'est pas transférée au *trustee* en tant que telle. Certains États, comme l'Égypte, considèrent que la propriété est conservée par le *waqif* alors que seul le droit d'usufruit est cédé¹⁹. D'autres, comme la Jordanie, considèrent qu'une fois le *waqf* créé, le bien ne peut plus être possédé par personne²⁰. Les Émirats arabes unis²¹, le Qatar²² et Oman²³ considèrent le *waqf* comme une entité juridique distincte. Dans les trois cas, les biens ne se trouvent pas « au nom du *trustee* ou au nom d'une autre personne pour le compte du *trustee* » comme l'exige l'article 2(b) de la Convention. D'autre part, la Malaisie a adopté un modèle plus proche du modèle de *common law* du trust, dans lequel la loi « exige que chaque *waqf* est enregistré au nom du Conseil religieux islamique en tant que propriétaire »²⁴. Pourtant, cette structure en Malaisie met en évidence une autre divergence entre le *waqf* et le trust, à savoir le rôle des organes gouvernementaux dans la gestion des biens de la donation.
- b. *Administration* : dans un *wakf*, l'administrateur (*mutawalli*) est presque toujours une autorité gouvernementale sous le nom de « ministère des *Awqaf* » ou « Direction générale des *Awqaf* », entre autres titres²⁵. L'autorité compétente a le pouvoir d'un administrateur, ce qui implique le « droit de construire, de conserver ou de louer le bien, de planter, de percevoir et de distribuer les revenus du bien, et d'effectuer la représentation légale du bien »²⁶.
- c. *Objectif* : enfin, alors que le trust est connu sous diverses formes²⁷, le *waqf* ne peut être créé qu'à des fins charitables ou pieuses, soit au profit du grand public, soit pour des individus en particulier²⁸. Ainsi, il n'existe que deux formes de *waqf* : « le *waqf Khairi* – un *habous* pour un objet de nature religieuse ou publique – et le *waqf ahli* ou *dhurri* – un *habous* familiale »²⁹.

14 De nombreux États de tradition islamique ont assisté à un déclin du *waqf* pour plusieurs raisons³⁰ et ont modernisé leurs ordres juridiques de manière à accueillir le trust de *common law*. Certains États qui ont trouvé un intérêt dans l'institution du trust, comme le Pakistan³¹, Bahreïn³² et les Émirats arabes unis (EAU)³³ ont promulgué des lois pour les intégrer dans leur droit interne. Les États membres du Conseil de coopération du Golfe (CCG), à l'instar du Qatar et des Émirats arabes unis, ont vu naître des zones franches financières sur leur territoire. Ces zones franches sont des zones géographiques qui respectent leurs propres lois et règlements et ne sont pas liées par certaines législations nationales, telles que les lois commerciales, des États dans lesquels elles

19 M. Papa, M. Santostasi (2019), « Real Estate, Usufruct Right and the Issue of the Waqf Assets in Egypt », *European Journal of Islamic Finance*.

20 M. Al Manaseer et B. Matarneh (2014), « Waqf and Its Role in the Social and Economic Development of the Hashemite Kingdom of Jordan », *European Journal of Economics, Finance and Administrative Sciences*, Numéro 64, p. 59.

21 Loi fédérale des EAU No 5 de 2018, art. 10.

22 Loi qatarie No 8 de 1996 relative au *habous (Waqf)* 8/1996, art. 7.

23 Décret royal omanais 65/2000 sur l'*Awqaf*, art. 2.

24 M. Obaidullah et autres (2014), « Islamic Social Finance Report », Thompson Reuters, Ch. 4.

25 M. Kahf, M. (2003) « The role of Waqf in improving the ummah welfare », Waqf as a private legal body [international seminar] Islamic University of North Sumatra, Medan, Indonesia.

26 I. Sandor (2015), « Fiduciary Property Management and the Trust », *Historical and Comparative Law Analysis*, Hvg-orac Publishing Ltd.

27 I. Gvelesiani (2020), « The Trust and the Waqf (Comparative Analysis) », *Trusts & Trustees*, Volume 26, Numéros 8 et 9, p. 737.

28 *Ibid.* p. 742

29 M. Gaudiosi (1988), « The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College », *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 136, Numéro 4, p. 1233.

30 S. Mohamed, S. Baqutayan and others, (2018) « Waqf Between the Past and Present », 9 *Mediterranean Journal of Social Sciences*, p. 149.

31 Loi sur le trust du Pakistan de 1882.

32 Décret législatif bahreïni No 23 de 2016 en matière de trust.

33 Décret-loi fédéral des EAU No 19 concernant le trust.

sont créées³⁴. Le trust est devenu un élément important du cadre juridique et réglementaire de ces zones franches ; il constitue en effet un outil permettant d'attirer les entreprises et les investissements étrangers³⁵. La prévisibilité juridique qui découle de l'adhésion à la Convention pourrait renforcer l'attrait de ces zones franches pour les investissements directs étrangers.

V. Questions en lien avec le trust « anglo-américain »

- 15 L'article 2 de la Convention, qui inclut à la fois le trust et les institutions analogues au trust, a été critiqué au motif qu'il dilue le concept anglo-américain de trust. Selon un commentateur, la volonté d'étendre le champ d'application de la Convention aux « institutions analogues » a rendu l'article 2 trop vague et trop imprécis, au point de créer le « trust informel »³⁶.
- 16 Par ailleurs, il a été noté que les caractéristiques essentielles du concept anglo-américain de trust ne sont pas entièrement prises en compte par l'article 2. Par exemple, l'article 2(b) fait référence au contrôle des biens du trust par le *trustee* comme une caractéristique essentielle du trust. Cela ne signifie pas que le constituant n'est plus propriétaire des biens placés sous le contrôle du *trustee*. Par conséquent, cela ne permet pas de saisir l'idée de « dessaisissement »³⁷ essentielle au trust anglo-américain³⁸.
- 17 Une autre critique porte sur le fait que les dispositions relatives à la reconnaissance du trust (chapitres III et IV) ne garantissent pas une reconnaissance effective du trust. Compte tenu du nombre important de clauses de sauvegarde et de clauses obligatoires présentes dans la Convention, il est possible pour le tribunal saisi d'être libéré de son obligation de reconnaître un trust. Par exemple, l'article 15 accorde une concession particulière aux lois internes de l'État qui reconnaît le trust en matière de propriété, de sureté, de faillite, d'insolvabilité et d'achat de bonne foi. Lorsqu'il est invoqué, l'article 15 semble pouvoir annuler bon nombre des implications de la reconnaissance en ce qui concerne l'insolvabilité, le divorce ou le décès d'un *trustee* énuméré à l'article 11³⁹.
- 18 Une des critiques formulées à l'encontre de la Convention est qu'elle ne protège pas suffisamment les droits des bénéficiaires car elle ne prévoit pas toujours la possibilité de remonter jusqu'aux destinataires connus du trust, si un *trustee* cède les actifs du trust, en violation de ce dernier. L'article 11(3)(d) exclut le traçage aux mains de tiers lorsque le transfert à des tiers a lieu dans un État et territoire de droit civil⁴⁰. Cela contraste avec la position de la *common law* où les droits des bénéficiaires sont généralement de nature patrimoniale et persistent à l'encontre des tiers qui ne sont pas des acheteurs de bonne foi à titre onéreux et sans préavis⁴¹.
- 19 Malgré les critiques précédentes, certains commentateurs sont d'avis que l'article 2 réussit à capturer très clairement l'idée de séparation de la propriété et du contrôle⁴². La Convention a réussi à tenir compte de la distinction du trust anglo-américain entre la propriété légale et la propriété réelle par le biais de l'article 2(a) à (c). D'une part, l'article 2(a) rend essentielle la condition selon

³⁴ « Laws » <https://www.mof.gov.ae/en/lawsAndPolitics/govLaws/pages/financialfreezones.aspx> (consulté le 30 septembre 2021).

³⁵ Loi sur le trust DIFC Law No 4 de 2018 (pour le Centre financier international de Dubaï) ; Règlements Trust No 12 de 2007 (pour le Centre financier du Qatar).

³⁶ M. Lupoi (1995), « The Shapeless Trust », *Trusts & Trustees*, 1 (3), p. 15 à 18.

³⁷ Le dessaisissement dans le contexte du trust fait référence au fait que, traditionnellement, le constituant perd toute propriété dans les biens du trust.

³⁸ M. Lupoi (1998), « Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country », *Trusts & Trustees*, 4, Numéro 7, p. 15 à 22.

³⁹ D. Hayton (1987), « The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition », *The International and Comparative Law Quarterly*, Volume 36, Numéro 2, p. 260 à 282.

⁴⁰ Rapport explicatif, para. 113.

⁴¹ A. Chong (2020), « Bridging the common law-civil law divide? The 1985 Trusts Convention », *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, p. 331.

⁴² K. Lipstein (1999), « Trusts », *International Encyclopedia of Comparative Law*, (JCB Mohr, Eds), Volume III, Numéro 23, p. 3 à 41.

laquelle les biens du trust sont distincts des biens propres du *trustee*. Cela signifie que les biens du trust ne peuvent être exécutés par les propres créanciers du trust en cas de faillite, qu'ils ne font pas partie de la succession du *trustee* à son décès et qu'ils ne sont pas soumis au régime matrimonial du *trustee*. En d'autres termes, le *trustee* se voit refuser les avantages économiques des biens du trust. D'autre part, l'idée de propriété légale est véhiculée par l'article 2(b) et 2(c), qui donne au *trustee* le *locus standi* pour ester en justice, pour enregistrer des biens en son propre nom en tant que *trustee* et pour disposer de ces biens. Pour certains commentateurs, cette définition est suffisante et réussit à capturer l'essence du trust anglo-américain.

VI. Autonomie des constituants et des « trusts internes »

20 Lors de la négociation de la Convention, plusieurs délégations ont exprimé leur opposition à l'octroi au constituant d'une liberté illimitée quant au choix de la loi applicable⁴³. Il a été finalement convenu qu'il n'était pas nécessaire d'établir d'autres liens avec l'État dont la loi a été choisie pour valider le choix exprimé par le constituant. L'article 6 permet au constituant de choisir une loi étrangère pour régir le trust sans exiger le moindre lien objectif entre le trust et le ressort juridique étranger. Le compromis a été atteint par l'insertion de l'article 13, qui permet à un État de refuser de reconnaître un trust dont les éléments significatifs ont des liens plus étroits avec des États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause. L'article 13 sert à garantir que toute utilisation abusive du trust dans l'intention d'échapper au ressort du droit local puisse être bloquée, puisque les tribunaux peuvent invoquer l'article 13 pour refuser de reconnaître un trust.

21 L'expérience de l'Italie, qui est Partie contractante à la Convention HCCH Trust de 1985 depuis 1992, montre que, pour ce qui est des « trusts internes », l'article 13 a toujours été interprété comme un droit, et non une obligation, de refuser la reconnaissance. Les tribunaux italiens ont accepté l'utilisation de l'article 6 pour désigner une loi étrangère même pour les « trusts internes » et ont interprété l'article 13 comme une clause de sauvegarde à utiliser exceptionnellement en cas d'abus⁴⁴. Dans la grande majorité des cas, l'intention du constituant est confirmée⁴⁵.

VII. Sujets éventuels à inclure dans le programme de la Conférence de 2022 sur le droit commercial et financier

22 Le BP a dressé la liste suivante de sujets à inclure dans le programme de la Conférence de 2022 sur le droit commercial et financier. Cette liste n'est en aucun cas exhaustive, mais donne un aperçu des questions qui ont été récemment soulevées ou fait l'objet de discussions :

- Les institutions analogues dans les États et territoires de droit civil : comment les institutions analogues au trust dans les États et territoires de droit civil pourraient-elle bénéficier des dispositions de reconnaissance et d'exécution prévues par la Convention HCCH Trust de 1985 ? Quels travaux de droit comparé faudrait-il encore mener afin d'étudier les institutions de droit civil analogues au trust ?
- Les déclarations : lorsque le constituant affirme qu'il détient certains de ses propres biens en tant que *trustee* pour certains bénéficiaires, s'agit-il d'un « transfert » au sens de l'article 4 et, par conséquent, susceptible d'être exclu du champ d'application de la Convention ?

⁴³ M. Lupoi (1998), « Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country », *supra* note 38, p. 15 à 22 ; (citant les Actes et documents de la Quinzième session, p. 145 (Pays-Bas) ; p. 146 (Suède) ; p. 147 (Secrétariat du Commonwealth) ; p. 159 (Union internationale du notariat latin), p. 211 (Italie) ; p. 231 (Grèce)).

⁴⁴ Voir, par ex., Trib. Chieti, 10 mars 2000, T&AT, 2000, 372 ; Trib. Bologne, 18 avril 2000, T&AT, 2000, 372 ; M. Lupoi, *La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2009*, (2009), Wolters Kluwer, Milan.

⁴⁵ M. Graziadei (2012), « Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience », in *Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law* (Éditions Lionel Smith), CUP, p. 71 à 78.

- La compétitivité pour les affaires internationales de trust : comment la Convention HCCH Trust de 1985 aide-t-elle les ressorts juridiques traditionnellement « onshore » à devenir des ressorts favorables au trust pour les riches constituants ?
- Les ressorts juridiques de trusts « extra territoriaux » : compte tenu des récentes adhésions du Panama et de Chypre, d'autres ressorts juridiques de trusts extra territoriaux, qui sont déjà des centres d'affaires internationaux attrayants en matière de trust, auraient-ils intérêt à adhérer à la Convention HCCH Trust de 1985 ?

VIII. Proposition soumise au CAGP

- 23 Conformément au mandat qui lui a été confié, le BP invite le CAGP à examiner les questions décrites dans le présent document en lien avec la Convention Trust, qui feront l'objet de discussions détaillées dans le programme de la Conférence de 2022 sur le droit commercial et financier. Le BP continuera à préparer la Conférence de 2022 sur le droit commercial et financier, en vue d'inclure les questions soulevées dans le présent document dans le programme de la Conférence.
- 24 Le BP propose également que le CAGP envisage de confier au BP le soin d'élaborer un document promotionnel sur la Convention Trust, en vue d'accroître sa visibilité ainsi que le nombre de ses Parties contractantes.

ANNEXE

Annexe I - Liste des institutions potentiellement analogues au trust

Pays	Institution locale	S'agit-il d'une « institution analogue » au sens de l'article 2 ?	Source d'argumentation ¹	Votre État est-il Partie à la Convention ?
Afrique du Sud	Trust ²	Oui	(2), (4) ³	Non
Allemagne	<i>Treuhand</i> ⁴	Oui	(2) ⁵	Non
Bahreïn	Trust ⁶	Oui	(3)	Non
Bangladesh	<i>Waqf</i>	Non	(4) ⁷	Non
Canada (Québec)	Fiducie du Québec ⁸	Oui	(1), (2), ⁹ (2)	Oui (mais pas au Québec)
Chine, République populaire de	Trust ¹⁰	Oui	(4) ¹¹	Non (cf. Hong Kong)
Colombie	<i>Fiducia</i> ¹²	Oui	(4) ¹³	Non
Corée, République de	Trust ¹⁴	Oui	(4) ¹⁵	Non
EAU	<i>Waqf</i> ¹⁶	Non	(2)	Non

¹ Sources d'argumentation : (1) Lors de la Quinzième session, la délégation représentant cet État a demandé l'inclusion de cette institution locale dans le champ d'application de la notion d'« institution analogue » de la Convention, (2) « Report on trusts and analogous institutions », A. Dyer and H. van Loon, Doc. pré-l. No 1 de mai 1982, *Actes et documents de la Quinzième Session* (1984), Tome II, *Trusts – loi applicable et reconnaissance* (Rapport Dyer / Van Loon), (3) droit interne, (4) source académique.

² Loi de 1988 sur le contrôle des biens du trust (Afrique du Sud) No 57 de 1988.

³ D. Clarry (2014), « Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective », *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, p. 911.

⁴ La *Treuhand* trouve ses racines dans le droit canonique, le droit coutumier et la pratique juridique. « L'utilisation fréquente de trusts pour transmettre des biens familiaux d'une génération à l'autre à des conditions différentes de celles établies par le droit coutumier de la succession a [...] été constatée » [traduction du Bureau Permanent] (Helmholz et Zimmermann (Éditions), *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective* (Duncker & Humblot, Berlin, 1998), p. 31 à 39).

⁵ Le Rapport Dyer / Van Loon, p. 38 (affirmant que « la *Treuhand* est peut-être ce qui se rapproche le plus d'un véritable trust ») [traduction du Bureau Permanent].

⁶ Décret législatif bahreïnien No 23 de 2016 en matière de trust, art. 2. « Un trust est une relation juridique créée par un Constituant, par laquelle le bien d'un trust est détenu au nom du *Trustee*, ou d'une autre Personne pour le compte du *Trustee*, afin d'exercer en relation avec celui-ci les devoirs et pouvoirs conformément aux dispositions de la loi régissant le Trust et des Conditions du Trust pour l'un des éléments suivants (...). » [traduction du Bureau Permanent].

⁷ M. Obaidullah et autres (2014), « Islamic Social Finance Report », Thompson Reuters, Ch. 4. « La situation est tout à fait différente en Inde, au Pakistan et au Bangladesh, où l'État joue un rôle de supervision dépourvu de propriété réelle ou de gestion directe des biens du *waqf*. » [traduction du Bureau Permanent].

⁸ Code civil du Québec, art. 1260 à 1298.

⁹ D. Hayton (2016), « Reflections on The Hague Trusts Convention after 30 years », *Journal of Private International Law*, Volume 12, Numéro 1, p. 7 et 8.

¹⁰ Loi sur le trust de la République populaire de Chine (promulguée par le Congrès national des représentants du peuple, 28 avril 2001, en vigueur le premier octobre 2001).

¹¹ D. Clarry (2014), « Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective », *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, p. 915 et 916.

¹² Code commercial de Colombie, art. 1226 à 1235.

¹³ D. Clarry (2014), *supra* note 11, p. 912.

¹⁴ Loi No 10924 de 2011, qui révisé la loi sud-coréenne sur le trust, loi No 900, 30 décembre 1961.

¹⁵ Y.-C. Wu (2013), « Trust Law in South Korea: Developments and Challenges », dans L. Ho et R. Lee (Éditions.), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions - a Comparative Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 46 à 62.

¹⁶ Loi fédérale des EAU No 5 de 2018, art. 10. « Effets de l'inscription du *Habous* - L'inscription du *Habous* au registre entraîne les effets suivants : 1- Acquisition de la personnalité juridique, de l'indépendance financière et administrative, et du droit d'ester en justice en cette qualité. 2- Transfert de la propriété et de la possession du *Waqef* [donateur] au *Nadher* [bénéficiaire] mais ce dernier ne peut en disposer pendant toute la durée du *Habous*, que ce soit une cession de transfert de propriété ou une restriction du bénéfice de ses revenus, tel que la vente, l'hypothèque ou la donation. » [traduction du Bureau Permanent].

	Trust ¹⁷	Oui ¹⁸		
Égypte	<i>Charitable trust</i>	Oui	(1) ¹⁹	Non
Égypte	<i>Waqf</i>	Non	(4) ²⁰	Non
Éthiopie	<i>Fideicommiss</i> ²¹	Oui	(4) ²²	Non
France	<i>Fiducie</i> ²³	Oui	(4) ²⁴	Non
Indonésie	<i>Wakaf</i>	Non	(4) ²⁵	Non
Israël	<i>Trust</i> ²⁶	Oui	(2) ²⁷	Non
Italie	<i>Charitable trust</i> ²⁸	Oui	(4) ²⁹	Oui
Japon	<i>Trust / « Shintaku »</i> ³⁰	Oui	(1), (2), (4) ³¹	Non
Jordanie	<i>Waqf</i> ³²	Non	(4) ³³	Non
Koweït	<i>Waqf</i>	Non	(4) ³⁴	Non
Liechtenstein	<i>Treuhanderschaft</i> ³⁵	Oui	(1), (2)	Oui
Luxembourg	<i>Fiducie</i> ³⁶	Oui	(4) ³⁷	Oui
Malaisie	<i>Wakaf / Charitable trust</i> ³⁸	Oui Non	(4) ⁴⁰	Non

¹⁷ Décret-loi fédéral des EAU No 19 concernant le trust, art. 13. « Le constituant s'engage à ce qui suit : a- Transférer les biens au trust et transférer les pouvoirs et autorités relatifs aux biens du trust au trustee dans un délai ne dépassant pas (6) six mois à compter de la date d'inscription du trust au registre, sauf disposition contraire de l'instrument du trust. » [traduction du Bureau Permanent].

¹⁸ D. Russell QC, (2021) « Trusts and Foundations Move Onshore in the Gulf », *Oxford University Press*, Volume 27, Numéro 4.

¹⁹ Le délégué égyptien a indiqué lors de la Quinzième session que l'Égypte connaît l'équivalent du *charitable trust* (Rapport explicatif, p. 375).

²⁰ M. Papa, M. Santostasi (2019), « Real Estate, Usufruct Right and the Issue of the Waqf Assets in Egypt », *European Journal of Islamic Finance*.

²¹ Code civil d'Éthiopie (1960), *The Federal Negarit Gazeta*, Année No 2, Proclamation No 165 / 1960, art. 516 à 544.

²² M. Lupoi (1995), « The Shapeless Trust », *Trusts & Trustees*, Volume 1, Numéro 3, p. 15 à 18.

²³ Code civil français, art. 2011 à 2030.

²⁴ J. Douglas (2012), « Trusts and Their Equivalents in Civil Law Systems: Why Did the French Introduce the Fiducie into the Civil Code in 2007? What Might its Effects Be? », *QUT Law Review*, Volume 13, Numéro 1, p. 28.

²⁵ M. Obaidullah et autres (2014), *supra* note 7. « L'autorité centrale responsable de tous les aspects des *awqaf* en Indonésie est appelée *Badan Wakaf Indonesia*, qui ne possède ni ne gère directement les biens du *waqf*, mais joue un rôle de supervision » [traduction du Bureau Permanent].

²⁶ La loi israélienne 5739-1979 sur le trust fournit un cadre juridique pour les trusts privés et publics en général. L'article premier prévoit qu'« un trust est un rapport à un bien en vertu duquel un trustee est tenu de le détenir ou d'agir à son égard dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un autre but » [traduction du Bureau Permanent]. Les articles 5 et 14 protègent le bénéficiaire contre les transactions *ultra vires* du trustee avec des tiers.

²⁷ Rapport Dyer / Van Loon, p. 33.

²⁸ Code civil italien, art. 2645-ter.

²⁹ L. Franciosi (2013), « Italy: Trust and the Italian Legal System: Why Menu Matters », *Journal of Civil Law Studies*, Volume 6, Numéro 2.

³⁰ Loi sur le trust du Japon, loi No 108 de 2006.

³¹ M. Arai (2013), « Trust law in Japan: inspiring changes in Asia, 1922 and 2006 », dans L. Ho and R. Lee (Éditions), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions a Comparative Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 27 à 31.

³² Loi jordanienne sur le *waqf* No 32/2001, art. 2. Définition du *Waqf* : « le fait de retenir le bien du propriétaire pour Allah le Tout-Puissant afin d'en affecter les bénéfices à la charité et aux bonnes actions » [traduction du Bureau Permanent].

³³ M. Al Manaseh, M. and Matarneh, B. (2014) « Waqf and Its Role in the Social and Economic Development of the Hashemite Kingdom of Jordan », *European Journal of Economics, Finance and Administrative Sciences*, Numéro 64, p. 59. « Il s'agit de retirer la propriété de ce bien particulier de telle sorte qu'il ne puisse être possédé par personne » [traduction du Bureau Permanent].

³⁴ Loi koweïtienne sur le *Waqf al-Istirshadi*, 2014, art. 23. Une fois créé, le *waqf* devient une entité légale.

³⁵ Statut de 1926, art. 897 du *Personen und Gesellschaftsrecht*.

³⁶ La loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires.

³⁷ D. Waters (2005), « The Hague Trusts Convention twenty years on » dans *Commercial Trusts in European Private Law*, p. 91 et 92.

³⁸ Loi malaisienne 505 Administration de la loi islamique (territoires fédéraux) de 1993, art. 62. « (1) Tous les biens soumis aux dispositions de l'article 61 et situés sur les territoires fédéraux seront, sans aucun transfert ou cession quelconque, et, dans le cas des biens immobiliers, dès leur enregistrement en vertu des lois écrites pertinentes relatives aux terres, dévolus au Majlis, aux fins du trust, du *wakaf* ou du *nazr 'am* les concernant. » [traduction du Bureau Permanent].

⁴⁰ M. Obaidullah et autres (2014), *supra* note 7. « La loi malaisienne exige que chaque *waqf* soit enregistré au nom du Conseil religieux islamique en tant que propriétaire » [traduction du Bureau Permanent].

	Trust ³⁹			
Oman	Waqf ⁴¹	Non	(3)	Non
Pakistan	Trust ⁴² Waqf	Oui Non	(4) ⁴³	Non
Pays-Bas	Bewind	Non	(2) ⁴⁴	Oui
Pérou	Fideicomiso ⁴⁵	Oui	(4) ⁴⁶	Non
Pologne	Charitable trust ⁴⁷	Oui	(1)	Non
Qatar	Waqf ⁴⁸	Non	(3)	Non
République tchèque	Trust ⁴⁹	Oui	(4) ⁵⁰	Non
Sri Lanka	Fideicommissum ⁵¹	Oui	(2), (4)	Non
Venezuela	Fideicomiso ⁵²	Oui	(1), (2), (4)	Non
Territoires offshore	Trust à but non lucratif <ul style="list-style-type: none"> ▪ Les « trust STAR » des îles Caïmans ▪ Îles Vierges britanniques : « trust VISTA » ▪ « Trust Jersey » (conformément aux lois de Jersey du 31 mai 1983 et du 14 mars 1984 sur le trust) 	Oui – mais les États qui ont recours aux trusts traditionnels peuvent toujours refuser de reconnaître le trust à but non lucratif sur la base de l'article 13 ou pour des raisons d'ordre public ⁵³ .	(4) ⁵⁴	Pas aux Bahamas ni aux îles Caïmans En vigueur dans les îles Vierges britanniques, à Gibraltar, à Chypre et au Panama.

³⁹ Loi 100 de Malaisie, loi sur les sociétés de trust de 1949.

⁴¹ Décret royal omanais 65 / 2000 sur l'Awqaf, art. 2. Une fois créé, le waqf possède sa propre personnalité juridique. La propriété des biens est transférée du waqif (constituant) au waqf.

⁴² Loi sur le trust du Pakistan de 1882.

⁴³ M. Obaidullah, and others (2014), « Islamic Social Finance Report », *Thompson Reuters*, ch. 4. *supra* note 7.

⁴⁴ Selon le Rapport Dyer / Van Loon, le bewind est différent du trust car la propriété est dévolue aux bénéficiaires.

⁴⁵ Art. 314 de la *Ley general de Bancos*.

⁴⁶ M. Lupoi (1995), « The Shapeless Trust », *supra* note 22, p. 15 à 18.

⁴⁷ Le délégué polonais a indiqué lors de la Quinzième session que la Pologne connaissait l'équivalent du *charitable trust*.

⁴⁸ Loi qatarie No 8 de 1996 relative au *habous (Waqf)* 8 / 1996, art. 7. « Le *habous* est doté de la personnalité juridique dès sa création et jouit des droits et devoirs d'une personne morale conformément à la loi. » [traduction du Bureau Permanent].

⁴⁹ Le code civil de la République tchèque (loi No 89 / 2012), p. 1448 à 1474.

⁵⁰ L. Tichy (2016), « Recognition of a Trust as a Specific Problem in Private International Law », *Revue européenne de droit privé*, Volume 24, Numéro 6, p. 1165 et 1166.

⁵¹ Ordonnance sur le trust No 9 de 1917, L.E. Cap 89, modifié par les lois No 7 de 1968 et No 30 de 1971.

⁵² En 1956, le Venezuela a introduit une notion de trust sans restriction quant à son champ d'application. Cette notion a également permis aux banques, aux sociétés d'assurance et aux sociétés financières de jouer le rôle de confidés pour certaines opérations dans leurs secteurs respectifs (D. Figueroa (2007), « Civil Trusts in Latin America: Is the Lack of Trusts an Impediment for Expanding Business Opportunities in Latin America », *J. Ariz, Int'l & Comp. L.* 24, 701 (citant Lupoi, « Trusts, A Comparative Study », *Simon Dix trans.*, Cambridge University Press 2000, p. 290 et 291).

⁵³ A Chong (2020), « Bridging the common law-civil law divide? The 1985 Trusts Convention », *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, p. 323 à 335.

⁵⁴ D. Hayton (2016), « Reflections on The Hague Trusts Convention after 30 years », *supra* note 9, p. 20.