

Titre	La Convention HCCH Trust de 1985 : Actualisation et éventuels travaux futurs
Document	Doc. préL. No 15 de décembre 2020
Auteur	PB
Point de l'ordre du jour	Point IV.3.a
Mandat	C&R No 39 du CAGP de 2020
Objectif	Proposition pour les 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"/>
Annexes	s.o.
Document(s) connexe(s)	s.o.

Table des matières

I.	Introduction	1
II.	Historique de la Convention	1
III.	Défis et opportunités actuels	3
IV.	Thèmes éventuels pour les travaux futurs	3
V.	Proposition soumise au CAGP	4

La Convention HCCH Trust de 1985 : Actualisation et éventuels travaux futurs

I. Introduction

- 1 La Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (Convention Trust) est entrée en vigueur le premier janvier 1992 et compte actuellement 14 Parties contractantes¹. Il est intéressant de noter que ces dernières possèdent des traditions juridiques différentes. En 2017, le Panama est devenu le dernier État à adhérer à la Convention, après la ratification de Chypre la même année.
- 2 En mars 2020, rappelant la Conclusion et Recommandation (C&R) No 44 adoptée lors de sa réunion de 2019, le Conseil sur les affaires générales et la politique (CAGP) a invité le Bureau Permanent (BP) « à entamer des recherches et des préparatifs en relation avec le questionnaire sur le droit commercial et financier et l'éventuelle conférence internationale qui se tiendra fin 2022, coïncidant avec le 30^e anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention Trust. »² Le mandat du CAGP a été donné en réponse à l'engagement du BP visant à susciter l'intérêt pour les instruments commerciaux et financiers de la HCCH.
- 3 Le présent Document préliminaire présente un bref historique de la Convention Trust, suivi d'un aperçu des défis actuels et des opportunités pour une adoption plus large de la Convention. L'étude des grands défis posés par la Convention Trust a révélé que, du point de vue du droit comparé, il existe des différences fondamentales dans la compréhension des types d'institutions qui relèvent du champ d'application de la Convention. Il convient de noter que les discussions relatives à ces différences de compréhension trouvent leurs racines dans les travaux préparatoires de la Convention. Bien que le texte final adopté de la Convention ait pris en considération l'inclusion d'institutions analogues que les États membres de tradition de droit civil ont apportées à la discussion, les discussions se poursuivent en ce qui concerne les difficultés de conceptualisation des trusts dans une perspective de droit comparé. Un autre facteur à prendre en considération est que, depuis l'adoption de la Convention, le nombre de Membres de la HCCH s'est considérablement accru, ce qui permet de discuter de la question dans une perspective plus globale. Le présent Document préliminaire résume les principaux axes de ces discussions et propose une liste ouverte de thèmes éventuels pour les travaux futurs relatifs à la Convention Trust.

II. Historique de la Convention

- 4 L'objectif principal de la Convention Trust est d'établir des dispositions communes sur la loi applicable aux trusts et leur reconnaissance. L'objectif unique de la Convention est de combler le fossé entre les traditions de droit civil et de *common law*, ces dernières étant beaucoup plus familières avec l'institution des trusts. La Convention s'applique aux trusts et aux institutions analogues aux trusts³, pour autant que le critère établi dans son article 2⁴ soit rempli. Par

¹ Australie, Canada, Chypre, États-Unis d'Amérique, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Monaco, Pays-Bas, Panama, République populaire de Chine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Saint-Marin, Suisse.

² C&D No 39 du CAGP de 2020.

³ Voir para. 36 du Rapport explicatif de Von Overbeck, sur l'art. 2 : « Cette disposition peut apparaître comme une définition d'un trust. En réalité, l'article 2 veut simplement indiquer les caractéristiques que doit présenter une institution – qu'il s'agisse d'un trust d'un pays de *common law* ou d'une institution analogue d'un autre pays – pour tomber sous le coup de la Convention. »

⁴ Art. 2 : « Aux fins de la présente Convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes : a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ; b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ; c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte,

conséquent, le champ d'application de la Convention n'est pas limité aux trusts de *common law* ou « anglo-américains »⁵, mais inclut d'autres institutions qui partagent leurs principales caractéristiques avec celles d'un trust et qui établissent le même type de relation juridique que celle décrite à l'article 2 de la Convention ⁶.

- 5 Au cours des travaux préparatoires qui ont conduit à l'adoption de la Convention Trust, une discussion s'est tenue sur la question de savoir si des institutions analogues aux trusts devaient être incluses dans le champ d'application de la Convention. Le principal document de référence a été le « Rapport sur les trusts et institutions analogues », rédigé par Adair Dyer et Hans van Loon⁷, et les « Conclusions tirées des discussions de la Commission spéciale de juin 1982 sur les trusts et institutions analogues » correspondantes⁸. Le Rapport fait état de difficultés conceptuelles importantes concernant les institutions analogues aux trusts qui avaient été adoptées dans des États et territoires dont le droit ne repose pas sur la *common law* et l'*equity* anglaise. À l'époque, il a été conclu que certaines de ces difficultés conceptuelles étaient « académiques » et ont été dépassées par les développements pratiques dans l'application des trusts⁹.
- 6 La Commission spéciale a initialement limité l'avant-projet de la Convention aux trusts « anglo-américains »¹⁰. Cette limitation a ensuite été supprimée lors de la Quinzième session (du 8 au 20 octobre 1984) en raison de l'intervention des États membres de tradition civiliste qui souhaitaient que leurs institutions analogues tombent sous le coup dans la Convention¹¹. Il convient de noter que les délégués ont également indiqué qu'il aurait été impossible de tenter de définir le « trust » dans la Convention, même uniquement dans une perspective de *common law*¹².
- 7 La Commission spéciale établie en vue de l'élaboration de la Convention a tenu trois réunions, en 1982, 1983 et 1984, et a inclus la participation d'experts des États membres représentant les traditions de droit civil et de *common law*¹³. Le texte final de la Convention a été adopté à l'unanimité par la Quinzième session le 19 octobre 1984. Les études propices à la discussion, en particulier le Rapport Dyer-Van Loon, ont porté sur les institutions existant dans les États membres¹⁴. Il convient toutefois de noter qu'en 1984, la HCCH ne comptait que 30 États, dont la majorité étaient des États européens.

d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. 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. »

⁵ Voir para. 25 du Rapport explicatif de Von Overbeck.

⁶ Voir para. 26 du Rapport explicatif de Von Overbeck.

⁷ Doc. pré. No 1 de mai 1982, *Actes et documents de la Quinzième session (1984)*, tome II, *Trusts - loi applicable et reconnaissance*.

⁸ Doc. pré. No 6 de septembre 1982, *op. cit.* note 7.

⁹ Voir Doc. pré. No 1 de mai 1982, *op. cit.* note 7, para. 33.

¹⁰ Voir note 5ci-dessus.

¹¹ Voir Rapport explicatif de Von Overbeck, para. 26 : « [...] le Délégué égyptien et Délégué polonais ont indiqué que leur pays connaissait l'équivalent du *charitable trust* ; les Délégués du Japon et du Luxembourg ont désiré que les institutions de leur pays fussent englobées. Le Délégué du Venezuela exposa que son pays avait introduit le trust en 1956, mais que l'institution était rarement utilisée. Nombre de délégués d'autres pays ont également été favorables à l'inclusion des institutions analogues, inclusion qui a finalement été admise sans vote formel. »

¹² Voir Rapport explicatif de Von Overbeck, para. 37.

¹³ Argentine, Australie, Autriche, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, République fédérale d'Allemagne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suède, Suisse et Venezuela.

¹⁴ Voir para. 33 du Doc. pré. No 1 de mai 1982 : « Nous allons maintenant examiner rapidement les formes dans lesquelles le trust a été adopté dans des systèmes qui ne reposent pas sur le droit anglais et l'*equity*. Notre examen ne sera pas seulement bref, mais nécessairement incomplet, en raison du fait que des recherches comparatives systématiques font toujours grandement défaut. Notre attention sera principalement dirigée sur les systèmes existant dans les États membres de la Conférence de La Haye, même si certains aspects de l'introduction du trust dans quelques autres juridictions seront examinés. »

III. Défis et opportunités actuels

- 8 Près de 40 ans se sont écoulés depuis les discussions qui ont conduit à l'adoption de la Convention Trust. Au cours de cette période, des évolutions ont indiqué que la Convention pourrait jouer un rôle important dans l'établissement d'un lien entre la loi applicable aux trusts et la reconnaissance des trusts dans différents systèmes et traditions juridiques¹⁵. Les discussions et les questions concernant les similitudes et les différences entre les trusts et d'autres institutions analogues se poursuivent, tant dans les demandes de renseignements reçues récemment des Membres par le BP que dans les publications récentes en la matière¹⁶. Cela est la preuve que les difficultés conceptuelles n'étaient pas aussi « académiques » que ce qui semblait être le cas au moment des travaux préparatoires de la Convention et que celles-ci ont en fait eu un impact sur les développements pratiques relatifs à la Convention Trust. Ces discussions mettent également en évidence la possibilité d'une incompréhension ou d'une incompatibilité persistante entre les concepts de droit civil et de *common law* relatifs aux trusts et autres institutions analogues.
- 9 Une enquête pourrait être nécessaire pour analyser dans quelle mesure ces questions interfèrent avec le champ d'application et la mise en œuvre de la Convention. Des travaux sur les développements en matière de droit financier et commercial sont également nécessaires afin de garantir que l'application de la Convention Trust demeure envisageable et pertinente. Par ailleurs, le nombre de Membres de la HCCH est aujourd'hui presque trois fois plus élevé qu'au moment où la Convention Trust a été négociée et englobe des États et territoires dont l'apport serait inestimable pour augmenter le taux d'adhésion à la Convention Trust. Pour ces raisons, il semble opportun et nécessaire de poursuivre les travaux sur la situation actuelle en ce qui concerne les trusts et les autres institutions analogues.

IV. Thèmes éventuels pour les travaux futurs

- 10 Dans le cadre de la préparation du questionnaire sur le droit commercial et financier et de l'éventuelle conférence internationale qui se tiendra à la fin de l'année 2022¹⁷, le BP a établi la liste suivante de thèmes éventuels pour les travaux futurs. 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 :
- Une enquête sur les « institutions analogues » : quelles sont les institutions disponibles au sein des différents ressorts juridiques qui sont équivalentes ou analogues aux trusts ?
 - Champ d'application de la Convention Trust : quelles institutions répondent aux critères de la Convention et entrent donc dans son champ d'application, et lesquelles n'y répondent pas ? Ces institutions sont-elles spécifiques aux traditions de droit civil ou de *common law* ? Dans quelle mesure varient-elles entre les différents États et territoires reposant sur la même tradition juridique ?
 - Interprétation : quels sont les principaux défis liés à l'interprétation des caractéristiques d'un trust prévu à l'article 2 de la Convention ? Comment ces défis peuvent-ils être relevés ?

¹⁵ Voir par ex. les différentes initiatives en Amérique latine visant à réglementer la *fideicomiso inter vivo* (fiducie entre vifs), citées dans J.P.O. Biazzi (2019), *As dificuldades acerca da figura do negócio jurídico fiduciário e do trust*, Academia Brasileira de Direito Civil, V. 3, N. 1, Edição Ordinária. Voir également les évolutions de la jurisprudence au Brésil, citée dans J. Martins-Costa (2017), *O trust e o Direito Brasileiro*, Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12, ano 4, p. 165 à 209.

¹⁶ Voir, par ex., A. Braun, *The state of the art of comparative research in the area of trusts*, p. 29, In: M. Graziadei, & L. Smith, (ed.) (2017), *Comparative Property Law : Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing Ltd ; M.J. Rufas Vallés, (2017), *Análisis de figuras similares al trust anglosajón : las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein. Los fideicomisos latinoamericanos*, Cuadernos de Formación, Volumen 21/2017 ; J.P.O. Biazzi, (2019), *op. cit.* note 15.

¹⁷ Voir C&D No 39 du CAGP de 2020.

- Reconnaissance : quels sont les défis liés à la reconnaissance des différents types de trusts dans les États et territoires de droit civil ? Ces défis peuvent-ils être relevés en établissant une distinction entre les trusts *inter vivos* et les trusts *causa mortis* ?
- Reconnaissance : la reconnaissance des trusts commerciaux dans les États et territoires de droit civil a-t-elle été contestée ?
- Loi applicable, reconnaissance et exécution : comment la jurisprudence a-t-elle évolué en ce qui concerne la reconnaissance des trusts étrangers ? Y a-t-il des tendances qui se dessinent ?
- Reconnaissance : les trusts étrangers peuvent-ils être reconnus par des États et territoires qui ne reconnaissent pas ou n'utilisent pas l'institution dans leur État d'origine ? Le cas échéant, la reconnaissance du trust concerné a-t-elle été obtenue par analogie ? Quelle législation a été invoquée, le cas échéant, pour permettre une telle reconnaissance pratique ?

V. Proposition soumise au CAGP

- 11 Le BP a récemment constaté un regain d'intérêt pour l'utilisation des trusts et autres institutions analogues. Suite au mandat donné au BP par le CAGP en 2020, le BP invite le CAGP à envisager des travaux futurs sur les questions décrites dans le présent document, en vue d'alimenter le questionnaire et le rapport sur le droit commercial et financier lors de la conférence internationale prévue fin 2022.