Actes et documents de la Quinzième session
Proceedings of the Fifteenth Session

Conférence de La Haye de droit international privé
Hague Conference on private international law

Actes et documents

de la Quinzième session
8 au 20 octobre 1984

Proceedings of the Fifteenth Session

Tome II

Trust – loi applicable et reconnaissance

Trusts – applicable law and recognition

Edités par le Bureau Permanent de la Conférence
Imprimerie Nationale/La Haye/1985

ISBN 90 12 04930 X

Avis au lecteur

Le présent tome contient les procès-verbaux des discussions de la Quinzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé concernant la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Les autres travaux de cette Session figurent dans les *Actes et documents de la Quinzième session*, tome I, *Matières diverses*.

Dans ce tome on trouve tout d'abord un certain nombre de documents préliminaires parmi lesquels un Rapport sur les trusts et institutions analogues, établi par MM. Adair Dyer et Hans van Loon, plusieurs documents concernant des types spécifiques de trusts soumis par des experts gouvernementaux et organisations internationales, les Conclusions de la Commission spéciale de juin 1982, des avant-projets de textes et observations des Gouvernements et Organisations internationales sur ces textes, ainsi que le Rapport explicatif du Professeur Alfred E. von Overbeck sur l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale d'octobre 1983 et les observations des Gouvernements et Organisations internationales sur cet avant-projet.

Suivent les procès-verbaux et documents de travail de la Deuxième commission chargée de la matière à la Quinzième session. Enfin, le tome contient le procès-verbal de la séance plénière qui a approuvé le projet de Convention, le texte de la Convention adoptée et le Rapport explicatif du Professeur Alfred E. von Overbeck. Ce Rapport ne se borne pas à compléter le Rapport de la Commission spéciale, mais constitue un commentaire autonome de la Convention.

On trouvera à la fin du tome des tables permettant de retrouver rapidement les discussions sur un point particulier.

Le Rapport initial a été traduit en français par M. Raymond de Menasce du Centre français de droit comparé à Paris. Les Rapports explicatifs sur l'avant-projet et le projet de Convention ont été traduits en anglais par M. Adair Dyer, Premier secrétaire au Bureau Permanent.

Le présent tome peut être commandé, séparément ou avec l'autre tome à l'Imprimerie Nationale des Pays-Bas, Boîte postale 20014, 2500 EA La Haye, ou par l'intermédiaire des librairies.

Le Secrétaire général
de la Conférence,

G.A.L. DROZ.

Le Président
de la Quinzième session,

J.C. SCHULTSZ.

Notice to the reader

This volume contains the minutes of the discussions of the Fifteenth Session of the Hague Conference on private international law concerning the Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. The other matters dealt with at this Session appear in the *Actes et documents de la Quinzième session – Proceedings of the Fifteenth Session*, Book I, *Miscellaneous matters*.

In this volume you will find, first of all, a number of preliminary documents, including among others: a Report on trusts and analogous institutions, drawn up by Messrs Adair Dyer and Hans van Loon, several documents dealing with specific types of trusts submitted by governmental experts or international organizations, the Conclusions of the Special Commission meeting of June 1982, preliminary drafts of texts and Comments of the Governments and International Organizations on those texts, as well as the Explanatory Report of Professor Alfred E. von Overbeck on the preliminary draft Convention adopted by the Special Commission of October 1983 and Comments of the Governments and International Organizations on that draft.

Following are the minutes and working documents of the Second Commission, which dealt with this subject at the Fifteenth Session. Finally, the volume contains the minutes of the final session which approved the draft Convention, the text of the Convention which was adopted and the Explanatory Report of Professor Alfred E. von Overbeck. This Report is not limited to supplementing the Special Commission's Report, but rather constitutes an autonomous commentary on the Convention.

At the end of this volume you will find tables which will enable you to find rapidly the discussions on a particular point.

The initial Report was translated into French by Mr Raymond de Menasce of the Centre for Comparative Law at Paris. The Explanatory Reports on the preliminary draft and on the draft Convention were translated into English by Mr Adair Dyer, First Secretary at the Permanent Bureau.

This volume can be ordered, separately or with the other volume, from the Government Printing and Publishing Office, P.O. Box 20014, 2500 EA The Hague, or through a bookseller.

The Secretary General
of the Conference,

G.A.L. DROZ.

The President
of the Fifteenth Session,

J.C. SCHULTSZ.

Quinzième session

Travaux préliminaires

Liste des documents préliminaires[1]

Rapport sur les trusts et institutions analogues, établi par MM. Adair Dyer et Hans van Loon. – *(Document préliminaire No 1 de mai 1982), infra,* p. 10.

Study on business trusts and charitable trusts, rapport établi par M. Donald T. Trautman (version originale en anglais seulement). – *(Document préliminaire No 2 de mai 1982), infra,* p. 111.

Observations sur les trusts d'affaires et les trusts de charité au Canada, soumises par M. D. W. M. Waters. – *(Document préliminaire No 3 de juin 1982), infra,* p. 118.

A trustee in Continental Europe: The experience of the Bank for International Settlements, rapport établi par MM. G.K. Simons et L.G. Radicati (version originale en anglais seulement). – *(Document préliminaire No 4 de juin 1982), infra,* p. 124.

Unit trusts in the United Kingdom, document soumis par les experts du Royaume-Uni (version originale en anglais seulement). – *(Document préliminaire No 5 de juin 1982), infra,* p. 131.

Conclusions tirées des discussions de la Commission spéciale de juin 1982 sur les trusts et institutions analogues. – *(Document préliminaire No 6 de septembre 1982), infra,* p. 136

Projet d'articles sur la loi applicable et la reconnaissance du trust, établi par le Comité de rédaction *ad hoc.* – *(Document préliminaire No 7 de novembre 1982), infra,* p. 141.

Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur le Document préliminaire No 7. – *(Document préliminaire No 8 de février 1983), infra,* p. 144.

Texte revisé présenté par le Comité de rédaction comprenant les amendements adoptés par la Commission spéciale le 11 mars 1983. – *(Document préliminaire No 8bis de mars 1983), infra,* p. 149.

Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur le texte revisé. – *(Document préliminaire No 8ter de septembre 1983), infra,* p. 153.

Note sur les trusts et relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de trust. – *(Document préliminaire No 8quater de septembre 1983), infra,* p. 162.

[1] La table des matières se trouve à la fin du présent tome.

List of Preliminary Documents[1]

Report on trusts and analogous institutions, by Adair Dyer and Hans van Loon. – *(Preliminary Document No 1 of May 1982), infra,* p. 10.

Study on business trusts and charitable trusts, prepared by Donald T. Trautman. – *(Preliminary Document No 2 of May 1982), infra,* p. 111.

Comments on business and charitable trusts in Canada, prepared by D. W. M. Waters. – *(Preliminary Document No 3 of June 1982), infra,* p. 118.

A trustee in Continental Europe: The experience of the Bank for International Settlements, by G. K. Simons and L. G. Radicati. – *(Preliminary Document No 4 of June 1982), infra,* p. 124.

Unit trusts in the United Kingdom, document submitted by the Experts of the United Kingdom. – *(Preliminary Document No 5 of June 1982), infra,* p. 131.

Conclusions drawn from the discussions of the Special Commission of June 1982 on trusts and analogous institutions. – *(Preliminary Document No 6 of September 1982), infra,* p. 136.

Draft articles on the law applicable to trusts and their recognition, drawn up by the *ad hoc* Drafting Committee. – *(Preliminary Document No 7 of November 1982), infra,* p. 141.

Comments of the Governments and International Organizations on Preliminary Document No 7. – *(Preliminary Document No 8 of February 1983), infra.* p. 144.

Revised text proposed by the Drafting Committee as amended by the Special Commission on 11 March 1983. – *(Preliminary Document No 8bis of March 1983), infra,* p. 149.

Comments of the Governments and International Organizations on the revised text. – *(Preliminary Document No 8ter of September 1983), infra,* p. 153.

Note on trusts concerning the recognition and enforcement of decisions relating to trusts – *(Preliminary Document No 8quater of September 1983), infra,* p. 162.

[1] The table of contents appears at the end of this volume.

Avant-projet de Convention sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, adopté par la Commission spéciale le 28 octobre 1983 et Rapport établi par M. Alfred E. von Overbeck. – *(Document préliminaire No 9 de mars 1984), infra.* p. 167.

Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur le Document préliminaire No 9. – *(Document préliminaire No 10 de septembre 1984), infra,* p. 206.

Preliminary draft Convention on the law applicable to trusts and on their recognition, adopted by the Special Commission on 28 October 1983 and Report by Alfred E. von Overbeck. – *(Preliminary Document No 9 of March 1984), infra,* p. 167.

Comments of the Governments and International Organizations on Preliminary Document No 9 – *(Preliminary Document No 10 of September 1984), infra,* p. 206.

Report on trusts and analogous institutions

DRAWN UP BY ADAIR DYER AND HANS VAN LOON

Preliminary Document No 1 of May 1982

Part one: The trust – Development and functional uses with some analogies

CHAPTER 1 – INTRODUCTION

1 The Fourteenth Session of the Hague Conference on private international law in its Final Act signed October 25, 1980, Part E, decided that one of the topics to which the Conference would give priority would be the preparation of a convention on the international validity and recognition of trusts. This was the first time that the subject of trusts had appeared on the Conference's agenda for future work. The initiative for taking it up had come from the Permanent Bureau of the Conference which had suggested the topic in a Note dated December 1979 addressed to the Special Commission on future work and general policy of the Conference. That Special Commission, which met in February 1980, had adopted the suggestion and recommended the topic to the Fourteenth Session.

2 At the Fourteenth Session there was very little discussion on this topic. Most delegates, whether from countries with legal systems based on English common law and equity which included the concept of the trust or from civil law countries[1], which either had no trust concept or, in some cases, had adopted a form of trust by statute or court ruling, warmly supported the proposal. For, the opinions of civil law notaries, practising lawyers and bank officers showed that the existence of trusts created under the laws of countries which had that concept more and more frequently caused problems in countries where the trust was unknown to their legal systems.

For example, an Englishman who has lived and worked in France for five years may have executed a will in England leaving all of his property – both that located in England and that located in France – to a London bank as trustee for his wife and children. The handling of the succession in France, where he had his domicile, will give rise to difficulties, particularly in respect of immovable property. Or, as another example, a German who has lived and worked in New York for ten years makes an *inter vivos* transfer of a substantial part of his property to a New York bank as trustee for his wife

[1] The term 'civil law' will be employed throughout this Report to refer to all legal systems which are not based on English common law and equity (those which are so based being referred to as 'common law' systems).

Rapport sur les trusts et institutions analogues

ÉTABLI PAR MM. ADAIR DYER ET HANS VAN LOON

Document préliminaire No 1 de mai 1982

Première partie: Le trust – Description de son développement et de son emploi fonctionnel, en tenant compte de certaines de ses institutions analogues

CHAPITRE PREMIER – INTRODUCTION

1 La Quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé a décidé, dans son Acte final, Partie E, signé le 25 octobre 1980, que l'une des questions auxquelles la Conférence donnerait la priorité serait d'établir une convention sur la validité et la reconnaissance internationale des trusts. C'était la première fois que la question des trusts était portée à l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence. L'initiative en revenait au Bureau Permanent de la Conférence qui avait suggéré dans une Note datée de décembre 1979, adressée à la Commission spéciale sur les travaux futurs et la politique générale de la Conférence, que cette question fût mise à l'étude. La Commission spéciale se réunit au mois de février 1980, adopta la suggestion et recommanda le sujet à la Quatorzième session.

2 A la Quatorzième session, la question ne fit pas l'objet de discussions prolongées. La plupart des délégués appuyèrent chaudement la proposition, soit qu'ils représentaient des pays dont le système juridique repose sur la *common law* et *l'equity* anglaises, lequel reconnaît la notion du trust, soit des pays de *civil law*[1], dont les systèmes juridiques soit ignorent la notion de trust, soit ont adopté dans certains cas leur propre forme de trust. En effet, les points de vue exposés par des notaires, des avocats ou des banquiers ont clairement montré que, dans ces pays, l'existence de trusts créés sous l'empire des lois de pays où cette notion est admise posait de plus en plus souvent des problèmes dans les pays dont le système juridique ignore la notion du trust.
Prenons par exemple le cas d'un Anglais ayant vécu et travaillé en France pendant cinq ans et qui a fait un testament en Angleterre, par lequel il laisse tous ses biens – situés tant en Angleterre qu'en France – à une banque à Londres en tant que «*trustee*» au profit de son épouse et de ses enfants. Le traitement de la succession en France, où il avait son domicile, donnera lieu à des difficultés, plus spécialement en ce qui concerne les biens immobiliers. Ou, un autre exemple, imaginons un Allemand ayant vécu et travaillé à New York pendant dix ans qui aurait transféré entre vifs une partie impor-

[1] L'expression «droit civil» vise dans ce Rapport tout système juridique qui n'est pas basé sur la *common law* ou l'*equity* anglaises, par opposition à l'expression «*common law*», laquelle vise justement ce système juridique.

during her life, with the trust to continue for their children after her death. When he dies, the succession to his property in Germany may be entangled in legal difficulties because of the prior alienation of his American property. Even before his death, problems might arise if he had creditors in Germany, particularly if a part of the property transferred was located in Germany.

The interest of the topic therefore was a human one: mobile people caught in the conflict of laws tended to rely on a familiar and flexible device, often without thinking whether the use of the device could be reconciled with the laws of their most recent domicile or habitual residence. Correspondingly, nationals of countries which do not have the concept of a trust may, after living in a common law country for many years, without thinking twice, create a trust pursuant to the system within which they live.

The laws governing *inter vivos* gifts and testamentary bequests are not necessarily written in stone; and conscientious judges, lawyers and notaries usually wish to put into effect the wishes of a donor or testator. But the lack of correlation between the institutions of the different legal systems causes a technical problem, starting with the fact that the laws of many countries simply do not have a category labelled 'trusts'.

3 In any event, even where there is a category called 'trusts', the composition of that category can prove to be deceptive. A trust in fact is a relationship, or a set of relationships, at least one of which is fiduciary in nature. Efforts to go further and to achieve a comprehensive definition of the trust have met with mixed results.[2] The most comprehensive definitions still fall short of describing the functions or purposes which the trust is to serve. The device, therefore, by which one person may create a fiduciary relationship by transferring property to another person or body as trustee is of potentially universal application. The flexibility of the device has caused it to be used for diverse purposes, ranging from the simple estate plan to provide for a surviving spouse and children in accordance with their respective needs, to the creation of vast business and financial empires – to say nothing of the creation of charitable foundations, the establishment of pension schemes, the provision of security for loans, and the pooling of voting interests in corporations in order to hold together the shares of a control group (voting trust). Likewise, giant investment funds (or unit trusts) have been created through the use of this device. All of these different functions or uses of the trust will be discussed in Chapter III of this Report. The essential point here is to stress the flexibility and universality of the trust device, which has proved to be so useful that courts in countries which know the trust concept sometimes will imply the trust in law (constructive trust)[2A], in order to fashion an appropriate remedy for a claimant who has been treated in an inequitable manner.

4 What should be the response of systems which do

[2] See *Scott on Trusts* (3rd ed. 1967), Vol. I, Secs 2.3–2.4, pp. 37–39; *cf.* Karsten, Explanatory Report on the Convention on the Law Applicable to Agency, No 147, in *Actes et documents de la Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé* (1976) tome IV, *Agency*, p. 414.

[2A] See No 107, *infra*.

tante de ses biens à une banque à New York comme *«trustee»* pour son épouse durant la vie de celle-ci, stipulant que le trust soit continué à la mort de sa femme au profit de ses enfants. Lorsqu'il meurt, la dévolution de sa succession en Allemagne peut faire surgir des difficultés juridiques à cause du transfert préalable de ses biens aux Etats-Unis. Même avant sa mort, des problèmes pourraient surgir s'il avait des créanciers en Allemagne, plus spécialement dans le cas où une partie des biens transférés étaient situés en Allemagne.

La question présentait, par conséquent, un intérêt humain: bien souvent, des personnes vivant à l'étranger, quand elles se heurtent à des conflits de lois, ont tendance à se fier à un procédé souple qui leur est familier, sans trop se demander si l'emploi de ce procédé est conciliable avec les lois des pays où ces personnes ont établi leur domicile ou leur résidence habituelle le plus récent. De même, des ressortissants de pays où la notion de trust est ignorée, après avoir vécu plusieurs années dans un pays de *common law*, et sans y réfléchir à deux fois, créent des trusts en se conformant au régime juridique du pays où ils vivent.

La législation sur les donations entre vifs et les legs n'est pas nécessairement gravée dans la pierre et les juges, les avocats et les notaires consciencieux cherchent, en général, à donner effet aux volontés d'un donateur ou d'un testateur. Mais l'absence de corrélation entre les institutions reconnues par les divers systèmes juridiques soulève un problème d'ordre technique, qui prend sa source dans le simple fait que le droit de nombreux pays ne connaît aucune institution portant le nom de «trust».

3 D'ailleurs, même quand il existe des institutions qu'on appelle des «trusts», leur domaine peut surprendre. En réalité, un trust est un rapport, ou un ensemble de rapports, dont l'un tout au moins a un caractère fiduciaire. Quand on a voulu aller plus loin et donner une définition plus complète du trust, les résultats n'ont pas été convaincants.[2] Les définitions les plus complètes sont encore loin de décrire les fonctions du trust ou les buts qu'il cherche à atteindre. C'est pourquoi le procédé par lequel une personne peut créer un rapport fiduciaire en transférant des biens à une autre personne, physique ou morale, cette personne agissant en tant que *trustee*, est d'un usage quasi universel. La souplesse du procédé permet de l'utiliser à diverses fins, allant du simple legs qui assure au conjoint ou aux enfants survivants les moyens de subvenir à leurs besoins, jusqu'à la création de vastes empires commerciaux ou financiers – pour ne rien dire de la fondation d'oeuvres charitables, de systèmes de pensions de retraite, de sûretés pour garantir un prêt, et de la mise en commun de droits de vote dans une société par actions, afin d'assurer la concordance des voix *(voting trust)*. De même, ce procédé a permis de créer de gigantesques fonds d'investissements *(unit trust)*. Nous étudierons dans le chapitre III de ce Rapport les diverses fonctions et les usages des trusts. Il importe ici de souligner la souplesse et la généralité du procédé du trust, qui s'est révélé tellement utile que des tribunaux de pays qui acceptent la notion du trust, ont parfois admis en droit son existence implicite (trust par interprétation)[2A], pour ouvrir à un plaideur, victime d'une injustice, un mode de réparation approprié.

4 Comment devraient réagir les systèmes qui ignorent

[2] Voir *Scott on Trusts* (3e éd. 1967), Vol. I, Sections 2.3–2.4, p. 37–39; *cf.* Karsten, Rapport explicatif sur la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, No 147, dans *Actes et documents de la Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé* (1976), tome IV, *Contrats d'intermédiaires*, p. 414.

[2A] Voir *infra*, No 107.

not themselves know this concept when faced with these multifarious uses of the trust? Here we gladly quote Professor Limpens, from the foreword to a dissertation on trusts:

'Rome has made a synthesis of the law of contract; France a synthesis of the law of torts; England a synthesis of the law of fiduciary relationships. It must be believed that a fundamental synthesis requires such an amount of cleverness and tenacity that one civilisation can hardly realise more than one at the same time.'[3]

If indeed England and the systems derived from English law have achieved a synthesis of the law of fiduciary relations, this should make us all aware that many legal relationships for which the trust framework is used will appear in other legal systems in the form of individual or fragmented legal specialities. Perhaps this will help us better to understand the fact that some countries or territorial units which have brought the trust into their systems and therefore have had to adapt their systems and the trust institution to each other have chosen to adopt the trust institution for some purposes, but have not accepted the full synthesis of the law of fiduciary relations which it implies in its country of origin.

5 Thus we shall see in the end that trusts, stripped of the broad theoretical framework which gives them their universal character and which created the conditions for synthesis, may be placed across the table from their opposite numbers in the form of individual institutions or practices employed in those countries which do not know the trust as a general concept. When they are so placed opposite each other across the table, the analogies will become more apparent and the means for resolving what are essentially theoretical differences may emerge into view. Already in the case law of different States, this process has been occurring, fuelled by the mobility of people and property in an age of rapid communication and transportation. The analyses which lead to identification of analogous institutions and practices will lead us back to consideration of the central problem of the law of fiduciary relations: how do you resolve the inevitable clashes between the rights of creditors and other third persons dealing with the fiduciary and the rights of those persons to whom the fiduciary bears a relation of confidence?

CHAPTER II – HISTORICAL DEVELOPMENT AND GEOGRAPHICAL EXPANSION OF THE TRUST, WITH SOME ANALOGIES

A *The trust in English equity practice*

Development of the trust device

6 The English word 'trust' is derived from the old Norse word *traust* and is cognate with the English words 'trow' and 'true'. It is related to the Dutch *troos-*

[3] J. Limpens in the Foreword to C. de Wulf, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law* (Brussels, 1965), p. 10.

eux-mêmes la notion de trust, quand ils se heurtent à ces emplois multiformes du procédé? Nous sommes heureux de citer le professeur Limpens, dans la préface d'un ouvrage sur les trusts:

«Rome a fait une synthèse du droit contractuel; la France une synthèse des règles de la responsabilité civile; l'Angleterre une synthèse des rapports fiduciaires. Il faut croire qu'une synthèse fondamentale demande tellement d'intelligence et de ténacité qu'une civilisation peut difficilement en créer plus d'une seule à la même époque.»[3]

S'il est vrai que l'Angleterre et les systèmes dérivés du droit anglais ont réalisé une synthèse du droit en matière de rapports fiduciaires, nous devons tous nous rendre compte que les nombreux rapports juridiques, pour lesquels le cadre du trust a été choisi, apparaîtront dans d'autres systèmes de droit sous la forme de spécialités juridiques particulières ou fragmentaires. Peut-être cela nous aidera-t-il à mieux comprendre le fait que certains pays, ou unités territoriales, qui ont admis le trust dans leur système juridique et qui, par conséquent, ont dû adapter l'institution à leur système, ont décidé d'adopter le trust dans certains buts, mais n'ont pas accepté la synthèse juridique intégrale du droit en matière de rapports fiduciaires, qui est implicite dans son pays d'origine.

5 Nous verrons donc, en définitive, que les trusts, si on les retire du large cadre théorique où ils puisent leur caractère universel et qui crée les conditions nécessaires à une synthèse, pourront fort bien être assimilés à des institutions auxquelles, sous des formes ou selon des procédés particuliers, on a recours dans les pays où la notion générale de trust n'est pas reconnue. Mis ainsi face à face, leurs ressemblances deviendront plus apparantes et nous pourrons enfin découvrir les moyens de faire disparaître les différences qui les séparent et qui n'ont au fond qu'un caractère théorique. Déjà, ce processus s'est développé dans la jurisprudence de quelques Etats, en raison de la mobilité des personnes et des biens, à notre époque où les moyens de communications et de transports sont de plus en plus rapides. Les analyses qui permettent d'identifier des institutions et des méthodes fiduciaires analogues nous conduiront à étudier le problème central que pose le droit en matière de rapports fiduciaires: comment résoudre l'inévitable conflit qui oppose les droits des créanciers et d'autres tiers traitant avec le *trustee* aux droits des personnes avec lesquelles le fiduciaire a établi des rapports de confiance?

CHAPITRE II – DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE ET EXPANSION GÉOGRAPHIQUE DU TRUST ET DE CERTAINES FORMES ANALOGUES

A *Le trust dans la pratique de l'*equity *anglaise*

Le développement du mécanisme du trust

6 Le mot anglais «trust» vient de l'ancien mot nordique *traust*; il est apparenté aux mots anglais *trow* et *true*. Il s'apparente aussi au mot hollandais *troosten* et

[3] J. Limpens dans la Préface à C. de Wulf, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law* (Bruxelles, 1965), p. 10.

ten and to the German *trösten*, both meaning to comfort or console. It is not known when the first transfer of property was made to someone 'in trust'. Before the passage of the Statute of Uses 1535, the word 'use' was employed to designate the right to beneficial enjoyment of real property appertaining to a person when that property had been conveyed to another person, called the *feoffee to use*, who was deemed to hold nominal or legal title. After the passage of the Statute of Uses the emphasis shifted to the *relationship* between the party invested with the legal estate and the party beneficially entitled – and therefore owning the equitable estate – such relationship being referred to as a 'trust'.

This seems to be so even though a distinction had appeared between a use and a trust, even before the passage of Statute of Uses, in 1535. It appears that a special trust arose when the *feoffee to use* was not only invested with possession, rents and profits, but was under an obligation to deal with them in a special manner indicated by the *feoffor*. 'The special trust might be lawful or it might be a special trust unlawful, *i.e.* one created for fraudulent purposes so as to defeat creditors, to defeat the statutes of *Mortmain* and the like.'[4] Passage of the Statute of Uses was intended to merge the legal estate and the equitable estate, vesting both in the *cestui que use* (the beneficiary). This effort was not successful because of the loopholes which existed in the statute, most particularly that which exempted active uses and that which exempted a second use, or a use upon a use. Thus, imaginative conveyancers were able to avoid the effects of the statute or even employ its provision to their benefit in conveyancing. In the process, however, the term 'use' became less frequently employed, since the technical term of 'trust' was given to the second use, when there was a use upon a use. Equity under this doctrine therefore 'revived the twofold system of one person holding the legal estate in the land, while the equitable estate or the usufructuary right therein was actually enjoyed by another, and thus the Court of Chancery reasserted its jurisdiction over uses under the name of trust'.[5]

Pollock and Maitland, after extensive examination of the documents, found that the word 'use' in this context was derived not from the Latin word *usus* but rather from the Latin word *opus*, which became in Norman-French *oes* or *os*.[6] They drew this distinction in the derivation in order to emphasize the difference between the English 'use' which at its origin was primarily created by an *inter vivos* transfer, and the continental usufruct arising from the *fidei commissum*, which was created only at death. The difference may be important in understanding the way in which the use, and later the trust device, were employed for a wide range of purposes, although a certain amount of confusion reigned amongst draftsmen and the two words were sometimes linked in documents drafted in Latin (the formulation being *ad opus et ad usum*).
Religious bodies and orders, particularly the Francis-

[4] *Jowitt's Dictionary of English Law*, Vol. II, p. 1838.
[5] *Jowitt's Dictionary of English Law, op. cit.*, p. 1840.

[6] Pollock and Maitland, *The History of English Law before the time of Edward I*, 2nd ed., 1898, Vol. II, p. 228 (1952 Cambridge reprint).

au mot allemand *trösten*, qui signifient tous deux «consoler». On ignore quand fut opéré le premier transfert de biens «en trust». Avant la promulgation du *Statute of Uses* en 1535 le mot *«use»* (jouissance, droit d'usage) servait à désigner le droit, le libre usage de biens immobiliers appartenant à autrui, quand ces biens avaient été dévolus à une tierce personne, appelée *feoffee to use*, laquelle était considérée comme en étant le propriétaire, soit en droit, soit en nom. Après la promulgation du *Statute of Uses*, l'accent fut déplacé pour porter sur le *rapport* créé entre la personne à laquelle le bien appartenait en droit et celle à laquelle était dévolu le droit d'en bénéficier – et, par conséquent, à laquelle le bien appartenait en *equity* – ce rapport étant désigné sous le nom de *«trust»*.
Telle semble avoir été la situation, bien qu'on ait fait une distinction entre un *use* (droit d'usage) et un trust, même avant le *Statute of Uses* de 1535. Il semble qu'un trust spécial ait été créé quand le *feoffee to use* a obtenu non seulement la possession du bien, ainsi que les revenus et les bénéfices y afférents, mais a été tenu d'en faire l'usage que lui indiquait le *feoffor* (celui qui avait concédé le droit).«Le trust spécial peut être juridiquement licite comme il peut ne pas l'être, par exemple, s'il est créé dans un but frauduleux pour léser les créanciers, pour tourner le droit en matière de *Mortmain* (mainmorte) et d'autres règles du même genre»[4]. Le *Statute of Uses* avait été promulgué dans l'intention de fondre en une seule la propriété en droit et la propriété en *equity*, toutes deux étant dévolues au *cestui que use* (le bénéficiaire). Cette tentative demeura vaine, en raison des lacunes que présentait le *Statute*, en particulier celle qui exemptait les usages avec obligation active, comme celle qui exemptait un «second usage» ou *use upon a use* (un usage portant sur un usage). Cela permit à des notaires imaginatifs de dresser des actes qui échappaient aux effets de la loi ou qui tiraient même avantage de ses dispositions. De ce fait, le mot *«use»* fut moins souvent utilisé quand le terme technique de «trust» fut donné au *second use*, dans le cas d'un *use upon a use*. Cette doctrine permit de «faire renaître en *equity* le système double par lequel une personne était en droit le propriétaire du bien, tandis que la propriété en *equity*, – ou un droit d'usufruit sur ce bien – était, en fait, dévolue à une autre personne, et le *Court of Chancery* put, de nouveau, se déclarer compétent pour se prononcer en matière de *uses* en les qualifiant de trusts»[5].
Pollock et Maitland, après avoir attentivement étudié la documentation tout entière, ont pu affirmer que dans ce contexte, le mot *«use»* ne dérivait pas du mot latin *usus*, mais plutôt du mot latin *opus*, qui était devenu, dans le français-normand de la conquête, *oes* ou *os*[6]. Ils firent cette distinction pour souligner la différence entre le mot anglais *«use»*, un droit qui, à l'origine, était surtout créé par des transferts entre vifs, et l'usufruit du droit continental qui découlait de la *fidei commissum* qui n'était valable qu'après décès. Cette différence peut aider à comprendre comment le *use*, et plus tard le procédé du trust put être utilisé pour atteindre un grand nombre d'objectifs très différents malgré la confusion qui régnait parmi les rédacteurs des actes, les deux mots étant parfois associés dans des documents rédigés en latin (la formule employée étant *ad opus* et *ad usum*).
On affirme que les institutions et les ordres religieux, en

[4] *Jowitt's Dictionary of English Law*, Vol. II, p. 1838.
[5] *Jowitt's Dictionary of English Law, op. cit.*, p. 1840 (traduction du Bureau Permanent).
[6] Pollock et Maitland, *The History of English Law before the time of Edward I*, 2e éd., 1898, Vol. II, p. 228, (1952, Cambridge *reprint*).

cans, are given credit for the wide expansion of the device, if not for its invention. The fact that Franciscans due to their vow of poverty could not hold title of property led persons making gifts or other transfers to the Order to draw them in the name of a transferee, for the use of the brotherhood.

7 The forum in which the trust device, as well as in earlier times the use, was developed was the Court of Chancery, which at an early stage in Anglo-Norman legal history began to provide a source of equitable remedies for litigants, paralleling – sometimes completing, sometimes defeating – the remedies provided at law by the common law courts. The common law courts were royal courts which provided a variety of legal remedies, based upon formal and rather rigid procedures. Litigants who sought a remedy which could not be obtained at law petitioned the office of the King's Chancellor who could grant personal and individually fashioned remedies to suit the particular case. The equitable remedies, such as an injunction, the order of mandamus, order for specific performance of a contract, order directed to the trustee to perform the trust, all were based on the pre-condition which must be alleged by the complainant that the remedy at law was not adequate. Thus equitable remedies filled in the interstices between the rigid common law forms of action.

An order requiring performance of or accounting for a trust is the equitable remedy *par excellence*. The legal title to the property has been transferred to a trustee or *feoffee to use* and no action exists at common law to require the legal owner to account for the benefits derived from the property, or at the termination of the trust or use to transfer the property to those who are its beneficial owners. Equitable remedies were created to fill in these gaps.

8 This peculiarity of the origin of trusts in the practice of the Court of Chancery should not obscure the ultimate simplicity of the device itself, for the existence of a set of remedies which were not enumerated, but which could be personally fashioned to assure faithful performance of the duties and responsibilities of a trustee, created the conditions under which the synthesis of the law of fiduciary relations referred to by Professor Limpens[6A] occurred. Ingenuity could be exercised in varying the form of the transaction, but the basic framework allowed an enforceable fiduciary responsibility to be created by a transfer of property of whatever kind to a person, in trust for another person or persons.

We shall see in Chapter III of this Report a catalogue of the purposes for which trusts have been used in

[6A] See No 4, *supra*.

particulier les Franciscains, auraient contribué à répandre largement l'emploi de ce procédé, même s'ils ne l'ont pas inventé eux-mêmes. Comme les Franciscains, en raison du voeu de pauvreté qu'ils doivent prononcer, ne pouvaient pas devenir propriétaires, ceux qui désiraient faire des donations ou d'autres transferts de propriété à l'Ordre devaient les établir au nom d'un cessionnaire, au profit de la fraternité.

7 La juridiction devant laquelle fut créé le procédé du trust, ainsi que plus tôt celui de l'*use*, fut le *Court of Chancery* qui, dès les premières étapes du développement du droit anglo-normand, avait déjà ouvert aux plaideurs en *equity* des voies de recours parallèles aux recours juridiques prévus par les tribunaux de *common law* – parfois dans le but de compléter ceux-ci, parfois de les tenir en échec. Les tribunaux de *common law* étaient des tribunaux royaux qui offraient une variété de voies de recours juridiques utilisant des procédures et des formes assez rigides. Les plaideurs, auxquels aucun recours en *common* law n'était ouvert, s'adressaient aux services du *King's Chancellor*, qui pouvaient leur offrir des modes de réparation personnels et spécialement prévus pour leur cas en particulier. Pour pouvoir exercer un recours en *equity*, tels que l'*injunction*, l'*order of mandamus*, l'*order* pour une exécution spécifique d'un contrat, ou l'*order* adressé au *trustee* pour lui enjoindre d'exécuter le trust, une condition préalable était nécessaire: le demandeur devait affirmer que le résultat qu'il obtiendrait d'un tribunal de *common law* n'était pas suffisant. Ainsi, les recours en *equity* comblaient les vides que la *common law* faisait apparaître entre ses diverses formes d'actions.

Une décision ordonnant l'exécution d'un trust ou un rendement de compte à son sujet représente le mode de réparation pas excellence en *equity*. La propriété juridique du bien a été transférée à un *trustee* ou à un *feoffee to use;* or, en *common law*, il n'existe aucune action pour enjoindre au propriétaire en titre de rendre compte de ce que le bien lui a rapporté, ni pour mettre fin à un trust, ni, lorsque le trust, ou le *use*, a pris fin, pour transférer le bien à ceux auxquels il a été dévolu. C'est pour combler ces lacunes que les voies de recours en *equity* ont été créées.

8 Le fait que l'on trouve l'origine du trust et de l'*use* dans la jurisprudence du *Court of Chancery* anglais ne doit pas rendre plus obscure la simplicité finale du mécanisme, car l'existence d'un ensemble de voies de recours qui ne sont pas énumérées mais qui peuvent être spécialement façonnées de telle sorte que le *trustee* est contraint d'exécuter ses obligations et de faire fidèlement face à ses responsabilités, a créé les conditions dans lesquelles a pu prendre place la synthèse que le professeur Limpens[6A] a évoquée. On pouvait faire preuve d'ingéniosité en donnant à l'opération les formes les plus diverses, mais son cadre fondamental permettait de créer une responsabilité fiduciaire dont l'exécution pouvait être imposée, par voie judiciaire, portant sur un transfert de biens à une personne pour l'usage ou le trust d'un tiers.

Nous trouverons, dans le chapitre III de ce Rapport, un catalogue des buts pour lesquels des trusts sont créés de

[6A] Voir *supra*, No 4.

modern times. They do not fall under a *numerus clausus* and the list of purposes is theoretically subject to infinite expansion.

The trust in the context of property law

9 The trust, then, has its origins in the ages of feudalism and the same holds true for the common law notion of property in general. Something may perhaps be added here about these feudal origins of the common law concept of property as, it is hoped, this will contribute to a better understanding of what is often referred to in connection with the trust as 'dual ownership'.

The English law of property developed from interests in land. In the English feudal society all land ultimately belonged to the king, the only absolute owner of land. The most complete right a person could have in respect of land was not any form of individual, exclusive ownership as known in civil law countries, but what is called 'tenure' in *fee* simple. This means that the land was granted to him and his heirs by the king or some other superior nobleman in return for services to be rendered to the grantor ('in *fee*'), to hold or occupy the land (tenure meaning a mode of holding or occupying) for an indefinite period (simple). None of those having an interest in the land (the king, the duke or other superior nobleman, the baron who owned the land in *fee* simple, a person holding the estate for his lifetime) could fairly be considered exclusive owners of the land. In other words, all of them (including their heirs who were considered present owners of a future interest) were owners but none to the exclusion of the others. As a matter of fact in England as elsewhere in common law systems 'there has never been any desire to use the notion of ownership'.[7] When it came to litigation, the question would not be whether either plaintiff or defendant had some exclusive right of ownership to the land, in other words which of them had the *best possible* right to the land, but which of them had the *better* title – actual control of the land giving rise to the presumption of such a title. The action of the plaintiff originally was not some sort of vindication, but was based on a tort, such as trespass, or on breach of contract or of trust against the plaintiff. The English feudal concept of property, then, was essentially not at all abstract, absolute and exclusive, and clearly distinguished from possession, but essentially non-exclusive with a strong factual element, and of a 'remedial' character. These characteristics are still easily recognizable in the modern common law notion of property.

In principle[7A], this common law notion of property differs radically from its civil law counterpart. The civil law of property is based on a broad concept of 'ownership' as 'the fullest right a person can have over a thing'. It is on this conception that the distinction between

[7] F.H. Lawson, in *Int. Encyclopedia of Comp. Law*, Vol. VI, ch. 2, pp. 2–36.
[7A] Some civil law systems have seen a development of the law of property which has brought it closer to its common law counterpart. *Cf. infra*, No 102.

nos jours. Ils ne sont pas soumis à une *numerus clausus* et la liste, en principe, est indéfiniment extensible.

Le trust dans le contexte du droit de propriété

9 L'origine du trust remonte donc à l'époque féodale, ce qui est également vrai de la notion générale du droit de propriété de la *common law*. Peut-être faut-il ajouter ici quelques mots sur ces origines féodales de la notion de droit de propriété en *common law*. Ils contribueront, nous l'espérons, à faire mieux comprendre ce que l'on appelle souvent, à propos du trust, le «dédoublement du droit de propriété».

C'est dans les droits relatifs aux terres que le droit anglais de propriété a pris naissance. Dans la société féodale anglaise, toutes les terres appartenaient en définitive au roi, le seul propriétaire absolu des terres. Le droit le plus complet qu'une personne pouvait avoir sur une terre ne prenait pas la forme du droit de propriété personnel et exclusif que l'on connaît dans les pays de droit civil, mais celle de ce qu'on appellait une *«tenure* in fee *simple»*. Cela signifiait que le roi, ou quelque autre seigneur de haute lignée, concédait *in fee* (en jouissance) à une personne et à ses héritiers, en retour des services qu'ils devraient rendre au *grantor* (le concédant), des terres qu'ils détiendraient et occuperaient (le mot *tenure* signifiant un mode de détention ou d'occupation) pendant une durée indéterminée *(simple)*. Aucun de ceux qui avaient un droit sur des terres (le roi, le duc ou tout autre noble de haut rang, le baron auquel la terre appartenait *in fee simple,* une personne possédant les terres sa vie durant) ne pouvait légitimement se considérer comme le propriétaire exclusif de ces terres. Autrement dit, ils étaient tous propriétaires (y compris leurs héritiers, qui étaient considérés comme les propriétaires actuels de droits futurs), mais aucun ne l'était à l'exclusion des autres. A vrai dire, en Angleterre, ou ailleurs dans les pays de *common law,* «il n'a jamais existé le moindre désir de faire appel à la notion de propriété»[7]. Si l'on en venait à un procès, la question n'était pas de savoir si le demandeur ou le défendeur avait un certain droit de propriété exclusif sur la terre, en d'autres termes de déterminer lequel des deux avait le *meilleur* droit *possible* sur la terre, mais lequel des deux avait le *droit préférentiel* – et la détention réelle de la terre faisait présumer un tel droit. L'action qu'introduisait le demandeur n'était pas, à l'origine, une sorte de revendication, mais elle prenait sa source dans un acte illicite du défendeur, par exemple un empiètement *(trespass),* ou la violation d'un contrat ou d'un trust au détriment du demandeur. La notion anglaise de propriété en droit féodal n'était pas essentiellement une notion abstraite, absolue et exclusive, clairement distinguée de la possession, mais essentiellement non exclusive, reposant sur un solide élément de fait et ayant le caractère d'un «mode de réparation». Ces caractéristiques sont toujours facilement reconnaissables dans la notion moderne de propriété en *common law*.

En principe[7A], cette notion de *property* de la *common law* diffère radicalement de son équivalent en droit civil. Les droits réels en droit civil sont basés sur un concept large de «propriété», comme étant «le droit le plus complet qu'une personne peut avoir sur une chose». C'est

[7] F. H. Lawson, dans *Int. Encyclopedia of Comp. Law*, Vol. VI, ch. 2, p. 2–36.
[7A] Dans certains systèmes de droit civil, les droits réels ont subi un développement qui les a rendus plus proches de leur équivalent en *common law*, à savoir la *property law*. *Cf. infra*, No 102.

ownership and limited real rights *(jura in re aliena)* rests. These rights afford the person entitled a greater or smaller portion of the powers comprised in ownership. They form as it were an encumbrance on the ownership and are derived from it. Ownership is therefore often called the mother of limited real rights. However, the daughter-rights can in their turn serve as mothers of other real rights. [7B] For example, a mortgage can be constituted on a usufruct on a house. Moreover, real rights may be vested in personal obligations, *e.g.* a usufruct may be created on a debt.

10 The feudal character of the English property concept is also at the basis of the various ways property is fragmented in Anglo-American law. The primary distinction is that between real property and personal property. Real property originally consisted of those objects which were subject to feudal law: land, in the first place, but also goods which were physically movable, like paintings, etc. Personal property consisted of goods belonging to merchants, who fell outside the feudal system. This is why the distinction between real property and personal property (which corresponds to the distinction between movables and immovables that is more frequently used in connection with private international law) does not coincide with the corresponding civil law distinction.

Civil law in principle distinguishes movable and immovable property according to the physical characteristics of movability and immovability of goods. The distinction is of a special practical importance in civil law systems: in respect of immovable property all civil law countries have established mandatory registers in which the legal status of the property is established (who is owner of a house, but also who has a mortgage or a usufruct on it). These registers permit third parties to find out easily who has a right of full ownership or a limited real right on an immovable property; in some civil law countries like Germany and Switzerland the accuracy of the register is more or less guaranteed by the State. In some countries (*e.g.* Germany, Switzerland and the Netherlands) registration of an act between the parties is a condition for the validity of the transfer of the title in the immovable. (It should be noted that land title registration systems do exist in some common law countries – notably in Australia ('Torrens system')).

Another important basis of fragmentation in common law systems is functional, and here we are back with the trust again. As we have seen, the trust developed out of the need to separate the management of land from its enjoyment. The land was actually given to the manager, so that for purposes of the common law he had an estate in it, which is called the legal estate. At the same time, the courts of equity came to treat the beneficiary as having a sort of property in his right to enjoy the land. *'The trustee has the rights and powers of an owner in so far as they are necessary for purposes of*

[7B] Beekhuis, in *Int. Encyclopedia of Comp. Law*, Vol. VI, ch. 1, pp. 2–6.

sur cette conception que repose la distinction entre propriété et droits réels restreints *(jura in re aliena)*. Ces derniers droits confèrent à la personne qui en est titulaire une portion plus ou moins grande de la somme des pouvoirs qu'implique la propriété. Ils se présentent comme une espèce de charge pesant sur la propriété, mais dérivée d'elle. La propriété est ainsi souvent appelée la mère des droits réels restreints. Néanmoins, ces droits réels restreints peuvent à leur tour servir de mère pour d'autres droits réels[7B]. Par exemple, une hypothèque peut être constituée sur l'*usufruit* d'un immeuble. De plus, des droits réels peuvent s'attacher à des obligations personnelles, comme par exemple un *usufruit* peut être créé sur une dette.

10 Ce caractère féodal du concept anglais du droit de propriété se trouve aussi à la base des diverses manières dont la propriété est divisée dans le droit anglo-américain. Une distinction fondamentale y est faite entre les biens réels et les biens personnels. A l'origine, les biens réels étaient les choses soumises au droit féodal: les terres en premier lieu, mais aussi les biens susceptibles d'être matériellement déplacés, tels que les tableaux, etc. Les biens personnels étaient les objets mobiliers appartenant aux marchands, auxquels le système feodal ne s'appliquait pas. C'est pourquoi la distinction entre biens réels et biens personnels (qui correspond à la distinction entre les immeubles et les meubles plus souvent utilisée en droit international privé) ne coïncide pas avec la distinction correspondante que l'on trouve dans le droit civil.

Le droit civil distingue en principe entre les meubles et les immeubles, d'après la caractéristique matérielle des biens, selon qu'ils peuvent ou non être déplacés. Cette distinction a une importance pratique spéciale dans les systèmes de droit civil. En ce qui concerne la propriété immobilière, tous les pays de droit civil ont créé un registre de nature impérative, registre qui établit le statut légal des biens immobiliers (*qui* est propriétaire d'un immeuble, mais aussi *qui* a une hypothèque ou un *usufruit* sur cet immeuble). Ces registres permettent aux tiers de découvrir facilement qui a un droit de pleine propriété sur un immeuble ou qui a un droit réel restreint; dans certains pays de droit civil, tels que l'Allemagne ou la Suisse, l'exactitude du registre est plus ou moins garantie par l'Etat. Dans certains pays (par exemple l'Allemagne, les Pays-Bas ou la Suisse), l'enregistrement d'un acte passé entre deux parties est une condition de validité du transfert du droit sur l'immeuble. (Il convient de relever que des systèmes d'enregistrement du droit de la propriété immobilière existent dans certains pays de *common law* – notamment en Australie *(«Torrens system»)*).

Une autre base importante de morcellement dans les systèmes de *common law* est fonctionnelle, et nous en revenons ainsi au trust. Nous l'avons vu, le trust a été créé en raison du besoin de séparer la gestion des terres de leur jouissance. Les terres étaient transférées à celui qui était chargé de les gérer, de sorte qu'aux yeux de la *common law*, il avait sur ces terres un *legal estate*. En même temps, les tribunaux d'*equity* en étaient venus à décider que le bénéficiaire trouvait une «sorte de droit de propriété» dans son droit d'avoir la jouissance des terres: *«The trustee has the rights and powers of an owner*

[7B] Beekhuis, dans *Int. Encyclopedia of Comp. Law*, Vol. VI, chap. 1, p. 2–6.

management, the rest being vested in the beneficiary. What might be called ownership is divided between them on a functional basis. Of course, it is not necessary to place all the powers of management exclusively in the trustee; some may be left to be exercised by the beneficiary for the time being in possession of the property. Since the beneficiary has a property interest in his right to enjoy the land, his interest became known as the equitable estate, equitable *because it was recognized and protected only by courts in the exercise of an equitable jurisdiction,* estate *because it could be subjected to the same process of fragmentation along the plane of time as the legal estate in the land. Indeed it was precisely in order to facilitate such fragmentation that it was treated as an estate'.*[8]

Civil law does not know of such a flexible fragmentation of ownership according to management of a property and its enjoyment. The civil law owner is *'unable to split his right arbitrarily into powers of various kinds, of like value among themselves. Only the totality of the powers contained in ownership is capable of being transferred, as a whole (or in co-ownership (...) of a proportionate share). If the owner wishes to split off certain powers included in ownership from his right and transfer them to a third party, that can happen only through the creation of a limited real right. That is all the more significant because there is in principle a* numerus clausus *of these limited real rights'.*[9]

Civil lawyers, when they write about the trust, tend to highlight 'dual ownership' as one of the essential characteristics of the trust. It will be clear from the foregoing that 'dual ownership' is an image for a way of fragmentation unknown in civil law of a concept of ownership which is itself essentially different from that of civil law. Because of this underlying difference in the concept of property itself, the image should be used with care, as it may be sometimes more elusive than illuminating.

Modern changes in the courts of equity

11 In the latter part of the 19th Century, following criticisms vividly expressed and illustrated by Charles Dickens[10] and others, the Court of Chancery was merged into the Supreme Court of Judicature in England and its practice was altered, but the Chancery Division of the High Court retains much of the litigation which was previously within the exclusive jurisdiction of the Court of Chancery, notably matters to do with the execution of trusts, charitable or private. The Trustee Act 1925 gives the Chancery Division such jurisdiction.

Trusts in modern-day England therefore are free from some of the peculiarities which a completely separate system of courts and completely different procedural rules gave them in the Court of Chancery. We may then look more closely for the essential elements of the trust institution, momentarily freed from the weight of its history.

in so far as they are necessary for purposes of management, the rest being vested in the beneficiary. What might be called ownership is divided between them on a functional basis. Of course, it is not necessary to place all the powers of management exclusively in the trustee; some may be left to be exercised by the beneficiary for the time being in possession of the property. Since the beneficiary has a property interest in his right to enjoy the land, his interest became known as the equitable estate, equitable *because it was recognized and protected only by courts in the exercise of an equitable jurisdiction,* estate *because it could be subjected to the same process of fragmentation along the plane of time as the legal estate in the land. Indeed it was precisely in order to facilitate such fragmentation that it was treated as an estate».*[8]

Le droit civil ne connaît pas une telle division flexible de la propriété entre l'administration d'une part, la jouissance de l'autre. Le propriétaire de droit civil *«n'a pas la possibilité de diviser arbitrairement son droit entre des pouvoirs de natures diverses et de même valeur. Seule la totalité des pouvoirs qu'implique la propriété peut être transférée, en tant qu'un tout (ou en copropriété (...) à parts égales). Si le propriétaire désire séparer certains pouvoirs inclus dans son droit de propriété et les transférer à des tiers, il ne peut le faire qu'en créant des droits réels restreints. Cela est encore plus important en raison du fait qu'il existe en principe un* numerus clausus *de ces droits réels restreints».*[9]

Les juristes de droit civil, lorsqu'ils écrivent sur le trust, sont portés à mettre surtout l'accent sur le «dédoublement du droit de propriété», qu'ils considèrent comme l'une des caractéristiques essentielles du trust. Ce qui précède aura clairement montré que le «dédoublement du droit de propriété» est une fiction d'un morcellement possible du concept de propriété, inconnu du droit civil, lequel concept est lui-même essentiellement différent de celui du droit civil. En raison de cette différence fondamentale dans le concept même de propriété, il convient d'user avec prudence de cette fiction, car elle est peut-être plus floue que claire.

*Les changements récents dans les tribunaux d'*equity

11 A la fin du 19ème siècle, à la suite des violentes attaques contre la *Court of Chancery* et des sombres tableaux que Charles Dickens[10] et d'autres auteurs en ont tracés, ce tribunal fit l'objet, en Angleterre, d'une fusion avec la *Supreme Court of Judicature* et ses méthodes furent modifiées, mais la *Chancery Division* du *High Court* est restée compétente pour connaître d'une grande partie des procès qui étaient autrefois exclusivement portés devant la *Court of Chancery,* notamment en matière d'exécution des trusts, qu'ils soient charitables ou privés. En 1925, cette compétence a été attribuée à la *Chancery Division* par le *Trustee Act.*

De nos jours, en Angleterre, les trusts ont donc été libérés des particularités que leur avaient valu, devant la *Court of Chancery* une compétence juridictionnelle entièrement séparée des règles de procédure totalement différentes devant la *Court of Chancery.* Nous pourrons ainsi étudier de plus près les éléments essentiels de l'institution du trust, maintenant qu'elle s'est soustraite aux contraintes que son passé faisait peser sur elle.

[8] Lawson, *op. cit.*, pp. 2–40.
[9] See Beekhuis, *op. cit.*, pp. 2–10. As Beekhuis observes, however (note 53), there is no *numerus clausus* of property rights in Danish and Norwegian law; and in Swedish and Finnish law the scope of real rights is wider than in most civil law systems, *e.g.* they have always included leases.

[10] *Bleak House*, Chapter 1: 'In Chancery' (first published 1852–1853).

[8] Lawson, *op. cit.*, p. 2–40.
[9] Voir Beekhuis, *op. cit.*, p. 2–10. Néanmoins, comme le relève Beekhuis (note 53), il n'existe pas de *numerus clausus* des droits réels dans les lois danoise et norvégienne; quant aux lois finlandaise et suédoise, le domaine des droits réels y est plus large que dans la plupart des droits civils (elles incluent par exemple toujours le contrat de bail).
[10] *Bleak House*, chapitre premier: «In Chancery» (publié en 1852–1853).

Essential elements of a trust

12 Nathan and Marshall[11] say that the essentials of a trust, aside from compliance with the requisite formalities and with the rules against perpetuities, consist of 'three certainties'; certainty of intention to create a trust, certainty of subject-matter of the trust and certainty of objects, thereby making the trust administratively workable and capable of being 'policed' by the courts. There must be a person or persons with standing to apply to the court for enforcement of the trust; in the case of a charitable trust, this requirement is met by the fact that the Attorney General has standing to seek enforcement of the charitable purposes. Charitable trusts, being favoured by the law, do not have to meet a high standard of certainty of objects and in fact the courts may approximate the objects sought by the settlor of the trust, under a doctrine known as *cy pres*. Charitable trusts are also exempt from the rules against perpetuities which limit the duration of private trusts.

An express private trust may be constituted by (1) a transfer of property to one or more persons upon certain trusts declared by the transferor (known as the 'settlor'), or (2) through a declaration by the owner of property stating that he will hold certain property as trustee upon certain trusts.[12] It is not necessary however that the technical expressions 'trust' or 'trustee' be employed in constituting the trust, if the intent of the settlor to create a trust is made clear in the instrument. The principal dividing line here has been in determining whether the person executing the instrument in question (will, trust, deed or declaration of trust) has gone beyond mere 'precatory' words, such as, 'I leave my farm to my son Peter and I hope that he will let Mr and Mrs Robbins continue to live on the back forty (acres) until their deaths' or 'I leave 5,000 pounds to my son Paul and hope that he will use part of it to support my aged Aunt Nina through a dignified old age' and has created a real trust even without the technical words, as for example: 'I leave the sum of 5,000 pounds to my son Paul and direct that he shall pay the income from it annually over to or for the benefit of my aged Aunt Nina, placing the principal at interest or in interest-bearing securities of good quality'. The language of the latter disposition creates a trust, even without the technical use of that word.

Selection of the trustee(s)

13 One of the practical problems in creating trusts is the selection of a suitable fiduciary. Within a family this may be a responsible member who has both investment wisdom and trustworthiness. However, personal jealousies and relationships may disqualify the trustee for practical purposes: *e.g.* one brother to be trustee for another brother, stepfather to be trustee for children of mother's first marriage.

[11] Nathan and Marshall, *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, 7th ed. by D.J. Hayton (1980) at p. 77.
[12] *Id.*, p. 153.

Les éléments essentiels d'un trust

12 Nathan et Marshall[11] affirment que l'essentiel d'un trust, en dehors des formes qui doivent être respectées et de l'obligation de ne pas enfreindre les règles interdisant la «perpétuité», repose sur «trois certitudes»: la certitude sur l'intention de créer un trust; la certitude sur les biens du trust; et la certitude sur ses buts, permettant ainsi la gestion du trust et le rendant susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Il faut qu'une personne (ou plusieurs) ait la capacité de demander au tribunal d'ordonner l'exécution du trust; s'il s'agit d'un «trust charitable», cette condition est remplie du fait que *l'Attorney General* est qualifié pour demander que la condition charitable du trust soit observée. Pour les trusts charitables, que la loi entend favoriser, il n'est pas nécessaire que leur but soit désigné avec une très grande exactitude et, en fait, les tribunaux peuvent simplement se rapprocher des objectifs recherchés par les fondateurs du trust, en vertu d'une doctrine appelée *cy pres*. Les règles interdisant la perpétuité, qui limitent la durée des trusts privés, ne sont pas applicables aux trusts charitables.

Un trust privé peut être explicitement constitué par 1) un transfert en trust de biens à une ou plusieurs personnes, à certaines conditions qui sont énoncées par le constituant (appelé le *«settlor»*), 2) une déclaration par laquelle le propriétaire de biens affirme qu'il détiendra certains biens en qualité de *trustee*, à certaines conditions de trusts[12]. Il n'est cependant pas nécessaire d'utiliser les termes techniques de «trust» ou de *«trustee»* lors de la constitution du trust, pourvu que l'intention du *settlor* de créer un trust résulte clairement de l'acte. Ici, il a surtout été nécessaire de décider si la personne qui a signé l'acte en question (testament, trust, acte déclaratif de trust) a voulu aller au-delà de simples formules «votives», telles que «Je laisse mon domaine à mon fils Peter et j'espère qu'il laissera M. et Mme Robbins vivre, jusqu'à leur mort, sur le terrain de quarante acres situé 'à l'arrière du domaine'» ou «Je laisse 5.000 livres à mon fils Paul et j'espère qu'il s'en servira en partie pour subvenir aux besoins de ma tante Nina jusqu'au terme d'une vieillesse digne» ou, si cette personne a créé un véritable trust même sans se servir de termes techniques, comme par exemple «Je laisse la somme de 5.000 livres à mon fils Paul, et lui demande de verser ce qu'elle rapporte chaque année à, ou au profit de, ma vieille tante Nina, en plaçant le capital pour qu'il produise des intérêts ou en achetant des valeurs sûres et rentables». Les termes de cette dernière disposition créent un trust, bien que ce mot n'ait pas été utilisé.

Choix du trustee(s)

13 Quand on constitue un trust, un problème d'ordre pratique est de trouver un «fiduciaire» satisfaisant. Dans le cadre familial, il peut s'agir d'un membre responsable jugé capable d'investir les fonds avec sagesse et qui inspire confiance. Cependant, un *trustee* peut être écarté parce qu'il entretient de mauvais rapports personnels ou a des sentiments de jalousie, par exemple, ceux d'un frère pour un autre frère, ou du beau-père envers les enfants du premier lit de son épouse.

[11] Nathan et Marshall, *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, 7e éd. par D.J. Hayton (1980), p. 77.
[12] *Id.*, p. 153.

Sometimes deficiencies or practical disqualifications may be overcome by selecting several trustees, either to act jointly or to act as a board by majority vote. Sometimes lack of experience in administering investments on the part of a family member may be overcome by linking the family member, for example a surviving widow who has always been a retiring housewife, with a financial institution which serves as a professional trustee, such as a bank or trust company. When no suitable family member or friend is available, then a financial institution or a lawyer may be appointed as professional trustee. However, financial institutions sometimes refuse to accept trusts when the amount of property to be administered is so small that it will not justify an adequate fee for the trustee's services. Devices to alleviate this problem have ranged from the common trust funds, established by some banks or trust companies to pool the investments of a number of their trusts in order to reduce administrative costs, to the establishment in England and in some Commonwealth jurisdictions of the Public Trustee[12A], an official who may be named as trustee to administer small trusts.

Duration of the trust

14 As mentioned above, the purpose for which trusts are created are multifarious and there is not even necessarily a central theme. However, one purpose which was historically strong among the landed aristocracy of Britain was to retain land within the family and prevent its alienation. In order to place limits on this sort of dynastic endeavour, the courts developed rules, one of which is a rule of property law to the effect that: *'No interest is good unless it* must *vest, if at all, not later than 21 years after some life in being at the creation of the interest.'*[13] The mere possibility that the interest might vest outside the period could invalidate the interest. The Perpetuities and Accumulation Act 1964 changes the rule in several ways: no longer is the mere *possibility* of an interest vesting outside the period invalidating. Also the lives in being are limited to a statutory list or alternatively a fixed 80-year period could be chosen as the perpetuity period. According to Nathan and Marshall, it is now customary to choose the 80-year period or to use a Royal Lives Clause, *i.e. 'within 21 years of the death of the last survivor of all the descendants of King George V now living'.*[14]

15 Parallel to the rule against remoteness of vesting is the rule against inalienability which prohibits perpetual non-charitable trusts. Such a trust is void if the trust income must be used for specific purposes, and this will be inalienable for a period exceeding the perpetuity period referred to in No 14, above. This rule does not

On peut parfois surmonter les difficultés que font naître des inconvénients ou des déficiences de ce genre en désignant plusieurs *trustees* qui devront, soit agir de commun accord, soit prendre leurs décisions à la majorité. Parfois, si un membre de la famille manque de l'expérience nécessaire pour gérer des investissements, on peut surmonter cet obstacle en adjoignant à cette personne (qui peut être une épouse survivante qui ne jouait qu'un rôle effacé dans le ménage) un établissement financier pour exercer les fonctions de *trustee* professionnel, par exemple une banque ou une société de trust. Quand aucun membre de la famille, ou aucun ami, ne semble apte à être *trustee,* le choix peut alors porter sur un établissement financier ou un avocat. Mais les établissements refusent parfois d'accepter des trusts quand les biens à gérer sont d'une valeur si minime qu'ils ne justifieraient pas les honoraires à verser au *trustee.* Pour résoudre ce problème, on a eu recours à divers procédés, notamment celui d'un «fonds commun de trusts» constitué par quelques banques ou sociétés de trust afin de mettre en commun les avoirs de leurs trusts, réduisant ainsi les frais de gestion ou encore, comme en Angleterre ou dans d'autres pays du Commonwealth, l'institution du *Public Trustee*[12A], un fonctionnaire qui peut être nommé *trustee* pour gérer de petits trusts.

Durée du trust

14 Nous l'avons vu, les trusts sont crées dans de très nombreux buts, parmi lesquels on ne découvre pas nécessairement un thème central. Cependant, un des buts auxquels l'aristocratie terrienne de Grande-Bretagne avait historiquement donné le plus d'importance était d'empêcher leurs domaines de sortir de la famille, en faisant obstacle à leur aliénation. Pour faire échouer ces opérations de caractère dynastique, les tribunaux ont établi des règles dont l'une concerne le droit réel, et selon laquelle *«Aucun droit sur un bien n'est valable, à moins qu'il ne* doive *être dévolu, s'il doit jamais l'être, au plus tard dans un délai de 21 ans après la mort de tout être* [identifiable par les termes du trust] *conçu au moment de la création du droit»*[13]. Le droit peut être déclaré non valable, s'il existe une simple possibilité qu'il soit dévolu après ce délai. Le *Perpetuities and Accumulation Act* de 1964 a modifié cette règle sur divers points: la simple *possibilité* qu'un droit soit dévolu après la période fixée ne l'invalide pas. D'autre part, la possibilité de référence aux êtres conçus est limitée par la loi, ou, alternativement, on peut fixer une durée de 80 ans pour la «perpétuité». Selon Nathan et Marshall, on choisit actuellement très souvent cette période de 80 années, ou on a recours à la *Royal Lives Clause: «au cours des 21 années qui suivront le décès du dernier survivant de tous les descendants du roi Georges V actuellement en vie»*[14].

15 Parallèlement à la règle qui interdit une dévolution trop lointaine, il existe la règle d'inaliénabilité qui interdit les trusts perpétuels non charitables. Le trust est nul si la destination des revenus du trust est prévue d'avance et si ces revenus demeurent inaliénables pendant une période supérieure à celle de «perpétuité»

[12A] See No 70, *infra.*
[13] Gray, *Rule Against Perpetuities,* 4th ed. Sec 201, cited in Nathan and Marshall, *op. cit.,* at p. 119.
[14] *Id.,* p. 119.

[12A] Voir *infra,* No 70.
[13] Gray, *Rule Against Perpetuities,* 4e éd., Section 201, cité par Nathan et Marshall, *op. cit.,* p. 119.
[14] *Id.,* p. 119.

prevent the creation of trusts which will remain in existence and hold trust property beyond the perpetuity period; it only provides that the interest in such trusts must become alienable before the end of such period.[15]

Rights of third persons against beneficiaries: 'discretionary', 'protective' and 'spendthrift' trusts

16 This discussion of inalienability leads naturally to another important aspect of trusts. The trust device, through its theory that equitable 'title' belongs to the beneficiary, prevents the trust assets from falling in with the personal assets of the trustee in case of the latter's bankruptcy or death. It also gives protection against transfer of the property to third persons in breach of trust, where those third persons are aware of the breach of trust. But what about the bankruptcy of or a transfer by the beneficiary? Here English law differs from the laws of many American states, in that a 'spendthrift-clause' in the trust instrument, providing expressly against alienability of the undistributed income or principal of the trust by the beneficiary, will not be honoured. Thus the interest of the beneficiary under an income trust (a trust of property, the income from which must be paid by the trustee to the beneficiary) in Britain will be alienable and will fall among the assets of the beneficiary if he enters into bankruptcy.

17 The same is not true of a 'discretionary' trust, where the trustee has no duty to pay any income or principal to the beneficiary.[16] The interest remains alienable, but since there is no right to receive payment, no levy can be made by a third person on the interest in the hands of the trustee. However, if the trustees nonetheless pay money to the beneficiary, the beneficiary's trustee in bankruptcy[17] or a judgment creditor of the beneficiary who has attempted to levy on the interest may recover damages against the trustee. It appears however that a 'protective' type of provision whereby the trustees may in their discretion pay money to third parties for the benefit of the beneficiary will not give rise to a right of recovery by the trustee in bankruptcy or a lien creditor against the trustees.

The discretionary trust of course also has its inconveniences since the beneficiary cannot depend on the income. Practice therefore in England has tended towards the creation of a protective trust which will pay the income to the beneficiary until his interest has been alienated, at which time the trust becomes a discretionary trust, thereby protecting the assets and the income from the beneficiary's creditors. This system has been expressly recognized in Section 33 of the Trustee Act 1925 and in the legislation of some Commonwealth jurisdictions.[18] As will be seen in the next sub-chapter[19], many American jurisdictions reach a rather similar result in holding spendthrift-clauses to be valid.

[15] Id., pp. 119–123.
[16] See generally *id.*, pp. 198–200.
[17] The 'trustee in bankruptcy' will be described in more detail in No 104 of this Report.
[18] *E.g.* all Australian states except South Australia. See *Jacobs' Law of Trusts in Australia* (4th ed. by R.P. Meagher and W.M.C. Gummow, 1977), pp. 109–112 and pp. 803–804 (Tasmanian Trustee Act, 1898, Sec 30).
[19] See No 20, *infra*.

(dont nous avons parlé au No 14 *supra*). Cette règle n'interdit pas la création de trusts qui resteront en vigueur et porteront sur des biens, au-delà de la période de perpétuité: elle prévoit seulement que ces trusts devront être rendus aliénables avant l'expiration de cette période [15].

Droits des tiers contre les bénéficiaires: trusts «discrétionnaires», de «protection» et avec clause de «prodigalité»

16 Le problème de l'inaliénabilité conduit tout naturellement à étudier un autre aspect important du trust. Le procédé du trust, grâce à la théorie selon laquelle le trust appartient en *equity* au bénéficiaire, empêche les avoirs du trust de se confondre avec les avoirs personnels du *trustee*, si celui-ci tombe en faillite ou décède. Cette protection s'étend aux cas où les biens ont été transférés à un tiers en violation du trust, lorsque ce tiers n'ignorait pas cette violation. Mais quelle est la situation si c'est le bénéficiaire qui promet le transfert ou qui tombe en faillite? Sur cette question, le droit anglais s'écarte de celui de nombreux Etats américains, en ceci qu'il refuse une clause de «prodigalité» dans l'acte constitutif du trust prévoyant expressément que pour le bénéficiaire les biens ou les revenus non distribués de ces biens sont inaliénables. Par conséquent en Angleterre, les revenus d'un bien que le *trustee* est obligé, selon le trust, de verser au bénéficiaire *(income trust)* sont aliénables et entrent dans la masse des avoirs du bénéficiaire s'il tombe en faillite.

17 Il n'en va pas de même quand il s'agit d'un «trust discrétionnaire», aux termes duquel le *trustee* n'est tenu de remettre au bénéficiaire ni les revenus, ni le capital[16]. Les fonds demeurent inaliénables, mais comme aucun paiement n'est imposé au *trustee*, les fonds ne peuvent pas être saisis entre ses mains. Cependant, si le *trustee* verse une somme d'argent au bénéficiaire, le syndic de la faillite (*«trustee in bankruptcy»*[17]) ou un créancier du bénéficiaire qui a cherché à saisir les fonds peut obtenir des dommages-intérêts à l'encontre du *trustee*. Il semble néanmoins qu'une clause de «protection», qui permet aux *trustees* de faire, à leur entière discrétion, des versements d'argent à des tiers au profit du bénéficiaire n'ouvrira pas aux syndics de la faillite le droit de recouvrer ces fonds ni ne lui accorde une créance privilégiée contre le *trustee*.
Cette clause «discrétionnaire» du trust présente, bien entendu, des inconvénients, puisque le bénéficiaire ne peut pas compter sur des revenus. C'est pourquoi l'habitude s'est répandue, en Angleterre, de créer des «trusts de protection», dont les revenus sont versés au bénéficiaire tant que son droit n'a pas été aliéné, le trust devenant alors un trust «discrétionnaire», ce qui protège le capital et les revenus du trust contre l'action des créanciers du bénéficiaire. L'article 33 du *Trustee Act* de 1925 a expressément admis ce procédé, de même que la loi de certains pays du Commonwealth[18]. Nous verrons dans le prochain chapitre que les Etats américains parviennent à un résultat assez semblable en déclarant valables les clauses de «prodigalité»[19].

[15] *Id.*, p. 119–123.
[16] Voir, sur la question de ces trusts, *id.*, p. 198–200.
[17] Le «*trustee in bankruptcy*» sera décrit plus en détails au No 104 de ce Rapport.
[18] Par exemple, tous les Etats de l'Australie, sauf *South Australia*. Voir Jacobs' *Law of Trusts in Australia* (4e éd. par R. P. Meagher et W. M. C. Gummow, 1977), p. 109–112 et p. 803–804 (*Tasmanian Trustee Act*, 1898, Section 30).
[19] Voir *infra*, No 20.

Other purposes for creation of trusts

18 Subsequent chapters will give more details on other aspects of the uses of trusts, such as charitable trusts, pension trusts and business trusts (including unit trusts). Also trusts used as security devices and implied trusts, including constructive and resulting trusts, will be discussed.

After roughly 800 years of existence as an institution, under the names 'use' or 'trust', the trust is a lively and expanding institution. We shall see that its flexibility moves both the Briton abroad to continue its use and the foreigner, who sees possibilities not readily available in his own country's legal system, to adopt it. A description of the trust in other jurisdictions which have adopted English common law and equity as well as in those systems which have adopted a form of 'trust' by statute or by court ruling, will follow. Then the modern functional uses of the trust device will be described and analogous institutions in other legal systems identified. In Part Two of this Report, the law applicable to trusts or analogous institutions will be taken under study and a synthesis of the trust institution and analogous practices will be attempted. Along the way fiscal considerations and tax treatment will be mentioned, and their abstraction will be attempted near the end of Part One of this Report.

B *The trust in other jurisdictions which have adopted English common law and equity*

19 The English system of law which provides remedies for the breach of duties arising from the relationship known as trust has been adopted by a number of countries around the world, most notably those which were colonized by British settlers, such as Australia, Canada and the United States of America. Also a substantial number of countries which were at one time or another under British administration have adopted the trust device. Some of these will be discussed below.

1 *Development of trusts in the U.S.A. (except the State of Louisiana)*

a Family trusts

20 In the United States of America, until the middle of the 19th Century, the creation of trusts followed a pattern which was similar to that in Britain. Most trusts were 'caretaker' or protective trusts created within the family context to protect someone whose legal, financial or intellectual situation was felt to be weak.[20] These would normally be minor children, married women, bankrupts and mental incompetents. Sometimes the protected groups converged, as for example when a woman was married to a bankrupt or insolvent husband. A transfer in trust might protect a gift of inheri-

[20] See L. Friedman, *A History of American Law*, 1973, p. 221.

Autres raisons de créer des trusts

18 On trouvera dans les chapitres suivants de plus amples détails sur d'autres aspects de l'emploi du trust, notamment les trusts charitables, les trusts assurant des pensions et les trusts d'affaires (y compris les *unit trusts*). Nous étudierons aussi les trusts de sûreté (*security trusts)* et les trusts «implicites» *(implied trusts),* qui comprennent les *«constructive»* trusts et les *«resulting»* trusts.
Le trust, bien qu'il existe depuis environ 800 ans en tant qu'institution, sous le nom de *«use»* ou de *«trust»*, est encore vivace et en pleine expansion. Nous verrons que sa souplesse incite, tant les Britanniques à l'étranger que les étrangers qui y trouvent des possibilités qui leur sont refusées dans le système juridique de leur propre pays, à l'adopter. Nous donnerons plus loin une description du trust dans d'autres Etats qui ont adopté la *common law* et l'*equity* anglaises, ainsi que dans des systèmes qui ont adopté une forme de «trust», soit par voie législative, soit par voie jurisprudentielle. Nous décrirons ensuite les fonctions que le trust doit remplir et chercherons à découvrir, dans d'autres systèmes juridiques, des institutions qui lui sont analogues. Dans la deuxième partie de ce Rapport, nous étudierons les règles juridiques applicables aux trusts ou à des institutions similaires, et nous chercherons à faire une synthèse de l'institution du trust et des autres procédés fiduciaires analogues. A l'occasion, nous aborderons les questions fiscales qui se posent et, vers la fin de la première partie de ce Rapport, nous chercherons à en faire un résumé.

B *Le trust dans les autres Etats qui ont adopté la* common law *et l'*equity *anglaises*

19 Le système juridique anglais qui prévoit des modes de réparation pour la violation des obligations découlant du rapport appelé trust, a été adopté par de nombreux pays à travers le monde, plus spécialement par ceux où des colons britanniques s'étaient établis, par exemple l'Australie, le Canada et les Etats-Unis d'Amérique. De même, un grand nombre de pays qui, à une époque ou une autre, avaient été assujettis à l'administration britannique, ont adopté le trust. Nous étudierons ci-dessous certains de ces systèmes.

1 *Le développement des trusts aux Etats-Unis (sauf dans l'Etat de Louisiane)*

a Les trusts de famille

20 Aux Etats-Unis, jusqu'au milieu du 19ème siècle, les trusts étaient créés sur le modèle fourni par la Grande-Bretagne. La plupart des trusts étaient des *«caretaker»* trusts ou des trusts de «protection», destinés à protéger, dans le sein de la famille, un de ses membres dont la situation paraissait faible, d'un point de vue juridique, financier ou mental[20]. Il s'agissait, le plus souvent, d'enfants mineurs, de femmes mariées, d'insolvables ou de faibles d'esprit. La personne à protéger méritait parfois de l'être à plusieurs titres, comme par exemple dans le cas d'une femme mariée à un failli ou

[20] Voir L. Friedman, *A History of American Law*, 1973, p. 221.

tance from the bankrupt's creditors or from the imprudence of the minor or married woman. Not only persons suffering from mental disease, but also spendthrifts could be protected in this way, the courts of the United States unlike those of Britain normally upholding a 'spendthrift' clause in a will or other trust instrument.

21 A numer of American states were unfavourable at the beginning to the so-called 'dynastic' trusts, by which traditionally families in England had tied up landed estates in order to keep them in the family. As mentioned above, efforts to tie up such estates in trust were restricted in English law by the rules against perpetuities and the rules on vesting of interests.

New York, for example, modified the rule against perpetuities[20A] to make the permitted period shorter, and a number of other states followed suit. Efforts in New York and other states however to stamp out the dynastic trust were ultimately unsuccessful, in part because the focus of investment and wealth shifted during the 19th Century.

Merchant families developed, whose wealth consisted of industrial and shipping assets, and finally in equity shares or bonded indebtedness of industrial and commercial enterprises. Massachusetts law opened the way to flexible management of such assets within a trust framework. The *Harvard College* case (1830) set up a standard of investment for trustees now known as the 'prudent investor' rule, which removed rigid limits on the types of property in which a trustee might invest and opened up the possibility for professional trustees to develop and carry out an investment policy. Boston, Massachusetts, was the original centre of this phenomenon of the individual professional trustee, who later for the most part has been replaced by the trust company or bank acting as professional trustee.[21]

b Business and financial trusts, including voting trusts

22 If the dynastic trust for family or charitable purposes, no longer based primarily on landed interests, dominated the development of trust law through the middle of the 19th Century, it also paved the way for an indigenous development which became known as the 'Massachusetts Trust'. This Trust, instead of being designed for family or charitable purposes, was an association of financial interests for investment in business enterprises. The creation of corporations in the early part of the 19th Century in the United States was generally done by legislative charter from the legislative assembly of each particular state. The Massachusetts Trust was an embryonic corporation, not yet having actual limited liability from a legal point of view, but de-

[20A] See No 14, *supra*.
[21] See Friedman, *op. cit.*, pp. 368–371; Friedman, 'The dynastic trust', 73 *Yale Law Journal* 547 (1964).

à un insolvable. Un transfert des biens en trust pouvait protéger un legs contre l'action des créanciers d'un failli ou contre l'imprudence d'un mineur ou d'une femme mariée. On pouvait ainsi protéger non seulement les handicapés mentaux, mais aussi les prodigues, car aux Etats-Unis, les tribunaux, contrairement à ceux de Grande-Bretagne, déclaraient généralement valables les clauses de «prodigalité» contenues dans un testament ou dans tout autre acte constitutif d'un trust.

21 Au début, certains Etats américains étaient opposés à ce qu'on appelait les «trusts dynastiques», par lesquels en Angleterre les familles cherchaient par tradition à immobiliser leurs patrimoines immobiliers par des trusts, afin qu'ils restassent dans la famille. Nous l'avons vu plus haut, les efforts déployés pour immobiliser les domaines au moyen de trusts se heurtaient aux règles du droit anglais qui interdisaient la «perpétuité» et à celles relatives à la dévolution des droits. C'est ainsi que New York a modifié la règle interdisant la «perpétuité»[20A], en réduisant la durée légale du trust, et d'autres Etats ont suivi son exemple. Mais, en définitive, malgré tous leurs efforts, New York et les autres Etats ne parvinrent pas à faire disparaître le «trust dynastique», en partie parce que le centre de gravité des placements et des richesses s'était déplacé au cours du 19ème siècle.
On vit des familles de commerçants prendre leur essor dans le domaine industriel et les transports maritimes, pour finalement assumer le contrôle de vastes entreprises industrielles et commerciales en détenant les actions et obligations de ces entreprises. Dans l'Etat du Massachusetts, une loi ouvrit la voie d'une gestion plus souple de ces avoirs dans le cadre d'un trust. L'affaire *Harvard College* (1830) définit des critères de placement pour les *trustees*, ce qu'on appela la règle de «l'investisseur prudent» (bon père de famille) et fit disparaître les restrictions sévères imposées aux *trustees* dans le choix de leurs placements offrant ainsi aux *trustees* professionnels de nouvelles possibilités pour établir et étendre une politique d'investissements. La ville de Boston, dans le Massachusetts, se trouva à l'origine au centre de ce phénomène que constituait les *trustees* individuels professionnels, plus tard remplacés, le plus souvent, par des sociétés de trust ou des banques, qui jouent le rôle de *trustee* professionnel[21].

b Les trusts d'affaires et financiers, y compris le «voting trust»

22 Si le trust dynastique, créé dans un but familial ou charitable, mais ne portant plus principalement sur des droits immobiliers, a dominé le développement du droit sur les trusts depuis le milieu du 19ème siècle, il a aussi tracé la voie à un développement propre aux Etats-Unis, auquel fut donné le nom de *«Massachusetts Trust»*. Ce trust, au lieu d'être créé à des fins familiales ou charitables, mettait en commun des intérêts financiers dans le but de faire des placements dans des entreprises commerciales. Aux Etats-Unis, au début du 19ème siècle, les sociétés étaient en général créées par une «charte» émanant de l'Assemblée législative de l'Etat intéressé. Le *Massachusetts Trust* constituait un embryon de société dont la responsabilité, au point de

[20A] Voir *supra*, No 14.
[21] Voir Friedman, *op. cit.*, p. 368–371; Friedman, «The dynastic trust», *Yale Law Journal*, Vol. 73 (1964), p. 547.

riving the benefits of the corporate form, from the point of view of pooling of assets and concentration of management in a board of trustees. For most of the 19th Century, state laws in the United States prohibited the ownership by one corporation of stock in another corporation; the trust could be used as a device to avoid this restraint on consolidation of economic power; control of several corporations could be consolidated by the use of a board of trustees as a 'holding company'.

It was this use of the trust device in the creation and manipulation of financial empires during the latter part of the 19th Century that gave rise to the passage of the Sherman Antitrust Act, the genesis of which has now extended into 90 years of 'antitrust' activity and controversy. In fact, the 'trusts' which were the targets of the early 20th Century 'trustbusters' were for the most part not trusts in form at all, since the passage of laws allowing one corporation to hold stock in other corporations, beginning with the State of New Jersey in 1889, quickly attracted the business of financiers and investors who rushed to New Jersey to form corporate holding companies.[22] The Standard Oil 'Trust', the U.S. Steel 'Trust' and others therefore were, after the turn of the Century, images conjured up by the use of an emotive – even pejorative – word which was familiar to the audience, while the reality of the corporate form was developing and proceeding on towards its ultimate 20th Century features: accumulation of large amounts of pooled capital in enterprises where the liability of the suppliers of capital was limited to their investment and where the management of the capital resources was characteristically separated from their ownership.[23]

General corporation acts had developed in the United States, beginning with that passed by the State of Connecticut in 1837 and followed by many others. By the end of the 19th Century the general incorporation law had become the normal instrument under which corporate charters were created. At the same time corporation law had evolved, starting with the appearance of proxy voting, then with the disappearance of the principle that shareholders had the right to remove directors at will (so that directors were supreme during their time in office) and ending in the latter part of the 19th Century with the issue of the legality of voting trusts – which involved complete delegation of the voting power for a period of years; voting trusts in corporations for periods of five years or ten years were authorized by statutes of a number of American states beginning with the State of Indiana in 1889.[24] Thus the 'trusts' which remained after passage of the Sherman Act were not so much Massachusetts business trusts as they were corporations (or pyramids of corporations) in which the separation of control from ownership was frequently accentuated and extended by the use of voting trusts.

vue juridique, n'était pas encore limitée, mais dont la forme lui assurait les avantages d'une véritable société quant à la mise en commun des avoirs et de la concentration de la gestion entre les mains d'un conseil de *trustees*. Pendant la plus grande partie du 19ème siècle, aux Etats-Unis, les lois des Etats interdisaient à une société d'être propriétaire des actions d'une autre société; ce trust fut un procédé qui permit d'échapper à cette limitation imposée à la concentration du pouvoir économique: le contrôle de plusieurs sociétés pouvait être concentré en faisant du conseil des *trustees* une «société de *holding*».

Cet emploi du trust pour fonder et manipuler de véritables empires financiers au cours de la seconde moitié du 19ème siècle, a eu pour résultat la promulgation du *Sherman Antitrust Act*, qui a donné naissance à ce qui est devenu 90 années d'activités et de débats *«antitrusts»*. A vrai dire, la plupart des «trusts» qui étaient la cible des «briseurs de trusts» du début de notre siècle, n'avaient aucunement la forme de trusts, puisque la promulgation de lois donnant à une société le droit de détenir des actions d'autres sociétés – la première étant la loi de l'Etat de New Jersey en 1889 – avait rapidement retenu l'attention des financiers et des investisseurs qui accoururent au New Jersey pour y créer des sociétés de *holding*[22]. Dès le début du 20ème siècle, le Standard Oil «Trust», le U.S. Steel «Trust» et d'autres encore, n'étaient en réalité que de simples images évoquées par un mot chargé d'émotion – péjoratif même – qui était familier aux auditoires, alors qu'en réalité la forme des sociétés avait évolué et se rapprochait de la forme définitive qui les caractériserait au 20ème siècle: accumulation de vastes capitaux mis en commun dans des entreprises où la responsabilité de ceux qui avaient fourni le capital était limitée au montant de leur apport et où la gestion des capitaux était très nettement séparée de la propriété de ceux-ci[23].

Des lois générales en matière de société avaient vu le jour aux Etats-Unis, la première étant celle promulguée en 1837 dans l'Etat du Connecticut, bientôt suivie de plusieurs autres. A la fin du 19ème siècle, les lois générales sur la formation des sociétés étaient le régime normal en vertu duquel celles-ci étaient normalement créées. A la même époque, le droit des sociétés avait évolué, tout d'abord avec l'apparition du vote par procuration, puis avec la disparition du principe selon lequel les actionnaires avaient le droit de révoquer à volonté les administrateurs (de sorte que les administrateurs étaient tout puissants pendant la durée de leurs fonctions), et finalement – à la fin du 19ème siècle – avec le problème de la validité reconnue des *«voting trusts»*, qui impliquait une délégation totale du droit de vote durant plusieurs années: les *voting trusts* furent autorisés dans les sociétés, pour des périodes de cinq à dix années, par les lois de nombreux Etats américains, la première étant celle de l'Indiana de 1889[24]. Par conséquent, les «trusts» qui existaient encore après la promulgation du *Sherman Act* étaient moins des *Massachusetts business trusts* que des sociétés (ou une pyramide de sociétés) dans lesquelles la séparation du contrôle et de la propriété était souvent accentuée et étendue par l'utilisation des *voting trusts*.

[22] See Stocking and Watkins, *Monopoly and Free Enterprise* (1951), at pp. 30–33.
[23] See the classic work by A.A. Berle and G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1933, pp. 119–125.
[24] *Id.*, pp. 136–141.

[22] Voir Stocking et Watkins, *Monopoly and Free Enterprise* (1951), p. 30–33.
[23] Voir l'ouvrage classique de A. A. Berle et G. C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1933, p. 119–125.
[24] *Id.*, p. 136–141.

c Multifarious uses of the words 'trust' and 'trustee'

23 All of this tends to point up the fact that the word 'trust' is used to designate many things besides technical trusts and that the word therefore in the context of an international convention must be carefully defined. The analogy of the trust has been used even to illustrate the duties of the directors of a corporation dealing with corporate assets or public officials dealing with governmental assets. It is for this reason that the authors of this Report tend to favour those definitions of a trust which point to the relation between two persons by virtue of which one of them holds property for the benefit of the other, as opposed to those which concentrate on the trustee's obligation or duty resulting from the holding of property for the benefit of another person.[25]

d Trusts for the administration or enforcement of security interests

24 The 20th Century has seen the development of other major uses of the trust, such as the trust indenture. From a much earlier time some American states had developed the use of a 'deed of trust' in connection with sales of land or execution of mortgages on land, by which the person who owed a debt for the purchase money of the land executed a deed of trust conveying the land to a third party as trustee who, in case the debt was not paid in timely fashion, might sell the land to satisfy the debt. This system was parallel to the system by which the seller retained a 'vendor's lien' in the deed to secure the balance of the purchase price. The deed of trust, however, which normally names the officer of a bank or mortgage company as trustee, provides a much simpler means of foreclosure than the form of legal process for foreclosing a vendor's lien and sale of the property at execution by the sheriff. The trustee could easily be replaced if he died or for some other reason was unavailable to execute the trust. In practice the seller would frequently buy the property back from the trustee at the foreclosure sale, for a price equal to the amount of the balance remaining on the purchaser's obligation.

This rather simple system for deeds of trust in land has developed into an extremely complicated system for trust indentures, which might cover all of the assets of a major corporation with industrial properties, railroad tracks, rolling stock and other equipment – even oil or gas pipelines in the ground. The characteristic modern trust indenture covers more than one hundred pages of text, every page having been developed over years and years of practice in the secured financing of large corporate enterprises. The subject of trust indentures will be reviewed again under Chapter III of this Report.

e Pension trusts

25 Another use of the trust device which has become

[25] See 89 *Corpus Juris Secundum, Trusts,* Section 2.

c Les multiples emplois des mots «trust» et «trustee»

23 Tout ce qui précède montre clairement que le mot «trust» sert à désigner bien d'autres choses que de véritables trusts, et que, par conséquent, le mot demande à être soigneusement défini dans le contexte d'une convention internationale. On a même invoqué certaines analogies avec le trust pour qualifier les obligations des administrateurs de sociétés qui gèrent les avoirs sociaux, ou celles de fonctionnaires à l'égard des fonds publics. C'est la raison pour laquelle les auteurs de ce Rapport ont tendance à préférer les définitions du trust qui soulignent les rapports entre deux personnes en vertu desquelles l'une détient un bien au profit de l'autre, plutôt que les définitions qui se concentrent sur les obligations ou devoirs qui incombent au *trustee* en raison du fait qu'il détient un bien au profit d'un tiers[25].

d Trusts de sûretés

24 Au 20ème siècle, on a trouvé d'autres moyens intéressants d'utiliser le trust, notamment le *trust indenture.* Beaucoup plus tôt, quelques Etats américains avaient eu recours à un *«deed of trust»* (actes de trust) à l'occasion de la vente d'un terrain ou pour purger une hypothèque grevant celui-ci; le débiteur du prix d'achat signait un *deed of trust* aux termes duquel le terrain était remis à un tiers en qualité de *trustee;* si la dette n'était pas payée à l'échéance prévue, le *trustee* pouvait vendre le terrain pour éteindre la dette. Ce système était parallèle au système par lequel le vendeur se réservait dans l'acte un privilège du vendeur *(«vendor's lien»)* pour assurer le paiement du solde du prix de vente. Cependant, le *deed of trust,* qui désigne généralement comme *trustee* le directeur d'une banque ou d'une société hypothécaire, constitue un moyen d'exécution beaucoup plus simple que la procédure d'expropriation par voie d'exécution, qui permet d'éteindre la dette vendant le bien. Le *trustee* peut facilement être remplacé s'il vient à mourir ou si, pour un autre motif, il est incapable de mettre le trust à exécution. Dans la pratique, le plus souvent, le vendeur rachetait le bien du *trustee,* quand celui-ci le mettait en vente, à un prix égal au montant impayé de la dette de l'acheteur.
Le système, assez simple, du *deed of trust* en matière immobilière s'est transformé en un système extrêmement compliqué de *trust indenture,* qui peut porter sur la totalité des avoirs d'une grande société possédant des installations industrielles, des réseaux de chemin de fer, du matériel ferroviaire et d'autres biens d'équipement – parfois même des *pipelines* de pétrole ou de gaz enfouis dans le sol. De nos jours, un acte de *trust indenture* prend généralement la forme d'un texte d'une centaine de pages, dont chaque page est le résultat d'années d'expérience dans le financement de sociétés qui constituent de vastes entreprises commerciales. Nous reviendrons sur la question des *trusts indentures* dans le chapitre III de ce Rapport.

e Trusts de retraites

25 Un autre emploi du trust, qui s'est largement répan-

[25] Voir *Corpus Juris Secundum,* Vol. 89, *Trusts,* Section 2.

widespread in the United States in the second half of the 20th Centrury is the pension trust. Typically a fund is set up to which employees and employers make periodic contributions which are paid over to a trustee or trustees for the purpose of administration and investment. The rights of the 'beneficiaries' of the pension plan are established in an elaborate trust instrument. Such trusts now hold broad portfolios of common stocks in private companies and bonds of private companies or governmental entities. They are now regulated by a federal statute, the Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA).[26]

f Investment trusts

26 Another important use of the trust device is for institutions which are variously known as investment trusts, unit trusts or investment funds. These are essentially pooled funds for investment purposes, the management of which is done by a professional body usually a brokerage house or a financial institution. In the United States the investment funds are normally subject to the disclosure rules of the Securities Act of 1933 and are regulated by the Securities and Exchange Commission. A special form of the investment trust in the United States, used for pooling investments in real estate, is the Real Estate Investment Trust (REIT) which was given a special tax status in the early 1960's and has been broadly used as a vehicle for broad-scale investment in real estate, partly for the reason that the laws in many American states severely restrict the ownership of land by corporations for investment purposes.[27]

g Common trust funds

27 Finally, we should mention here the 'common trust funds' which have been developed by many banks and financial institutions in the United States. These are primarily vehicles for reducing the costs of management of small private trusts by commingling them and managing the investment policy – as well as stock and bond transactions – on a larger scale.[28]
A typical bank in the United States may have several common trust funds, in which a small private trust may be inserted – depending on the particular investment objectives desired. Thus, one common trust fund may place lesser emphasis on current income; such would be the appropriate policy, for example, to use in administering a trust designed to accumulate funds to provide for the university educations of children who at the time of the establishment of the trust are still in a preschool stage. To the contrary, a trust for the life-time support of a surviving spouse, with the remainder to go to the children after that spouse's death, would normally concentrate on investment securities which would provide maximum current income and maximum safety of the investment, even at the expense of long-term prospects in the growth in the value of the securities.

du aux Etats-Unis dans la seconde moitié du 20ème siècle, est le *pension trust* (trust de retraite). En général, un fonds est constitué auquel des employés et des patrons font des contributions périodiques, qui sont remises à un *trustee* (ou plusieurs) pour qu'il en assure la gestion et l'investissement. Un acte constitutif détaillé de trust réglemente les droits des «bénéficiaires» d'une retraite. De tels trusts possèdent de nos jours de vastes portefeuilles composés d'actions de sociétés privées et de valeurs d'Etat. Ils sont régis par une loi fédérale, le *Employee Retirement Income Security Act* de 1974 (ERISA)[26].

f Trusts d'investissements

26 Le trust trouve une autre utilisation importante dans ces institutions que l'on appelle tantôt des *investment trusts, unit trusts* ou *investment funds*. Il s'agit essentiellement pour elles de mettre des fonds en commun, dans le but de les placer, la gestion étant assurée par un organisme professionnel, généralement une agence de courtage ou un établissement financier. Aux Etats-Unis, les «fonds de placements» sont en principe soumis aux règles sur la divulgation *(disclosure rules)* du *Security Act* de 1933 (loi sur les valeurs mobilières), et sont réglementés par la *Security and Exchange Commission* (Commission boursière). On trouve aux Etats-Unis une forme particulière *d'investment trust*, qui permet de mettre en commun des placements immobiliers: c'est le *Real Estate Investment Trust* (REIT) auquel il fut accordé au début des années 1960 un statut fiscal spécial et qui sert souvent à faire de vastes placements immobiliers, en partie parce que dans de nombreux Etats américains, des lois limitent étroitement le droit pour les sociétés de faire des placements par l'acquisition de terres[27].

g Common trust funds (trusts de fonds communs)

27 Nous devons enfin faire mention ici des *«common trust funds»* que de nombreuses banques et établissements financiers ont créés aux Etats-Unis; ils servent surtout à réduire les frais de gestion des petits trusts privés en mettant leurs fonds en commun pour faire des opérations de placements et d'achats de valeurs mobilières sur une plus vaste échelle[28].
La plupart des banques aux Etats-Unis possèdent plusieurs *common trust funds*, et un petit trust privé peut se joindre à l'un d'eux selon le but recherché en faisant des placements. Ainsi, un *commun trust funds* peut attacher peu d'importance aux revenus: ce serait la politique à suivre, par exemple, pour gérer un trust destiné à amasser des fonds pour assurer une éducation universitaire à des enfants qui, au moment de la création du trust, sont encore à l'école enfantine. Par contre, un trust destiné à subvenir aux besoins d'un conjoint survivant sa vie durant et dont le capital revient aux enfants à la mort du conjoint, devrait normalement faire des placements en valeurs sûres qui assureraient le maximum de revenus avec un minimum de risques, même s'il fallait pour cela renoncer à voir la valeur des titres s'accroître.

[26] See, generally, *The Business Lawyer*, Vol. 31, Special Issue of October 1975 on 'Fiduciary Responsibilities under the Pension Reform Act'. See also Bogert, *Trusts and Trustees*, Section 255 at pp. 137–138 (2nd ed. 1964); *cf.* L. Oppenheim 'The drafting of a trust code in a civil jurisdiction' in *Trusts and Trust-Like Devices* (1981), pp. 155–156.
[27] See, generally, J. Taylor III, 'The financial collapse of the REIT industry: an analysis and proposed regulatory framework', *Texas Tech Law Review*, Vol. 9 (1978), p. 451.
[28] See, generally, W. Wade, 'Bank-sponsored Collective Investment Funds: An Analysis of Applicable Federal Banking and Securities Laws', *The Business Lawyer*, Vol. 35 (1980), p. 361, especially pp. 380–394.

[26] Voir, en général, *The Business Lawyer*, Vol. 31, *Special Issue* d'octobre 1975 sur «Fiduciary Responsibilities under the Pension Reform Act». Voir aussi Bogert, *Trusts and Trustees*, Section 255, p. 137–138 (2e éd. 1964). *Cf.* Oppenheim, «The drafting of a trust code in a civil jurisdiction» dans *Trust and Trust-Like Devices* (1981), p. 155–156.
[27] Voir, en général, J. Taylor III, «The financial collapse of the REIT industry: an analysis and proposed regulatory framework», *Texas Tech Law Review*, Vol. 9 (1978), p. 451.
[28] Voir, en général, W. Wade, «Bank-sponsored Collective Investment Funds: An Analysis of Applicable Federal Banking and Securities Laws», *The Business Lawyer*, Vol. 35 (1980), p. 361, surtout p. 380–394.

2 *Trusts in Canada (except Quebec)*

28 Trusts in Canada have followed very much the English pattern. The common law courts and the Chancery Court were fused in the Province of Ontario, for example, by the Ontario Judicature Act, 1881, six years after the equivalent courts were fused in England. The Supreme Court of Ontario, which is the court which resulted from the fusion, has concurrent jurisdiction in both equity and common law with the proviso that *'generally in all matters in which there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of common law with reference to the same matter, the rules of equity prevail'*.[28A]

29 The modern uses of the trust institution in Canada resemble in their broad outlines those which have been described above in the discussions of the trust in England and the United States.[28B] In addition to the categories which have been mentioned, however, we should note the existence of various types of 'statutory trusts', *i.e.* trusts created by specific statutory provisions. In addition to the Public Trustee, some of these, are, in Ontario: (1) the executor or administrator of the estate of a deceased person, under Section 2 of the Devolution of Estates Act; (2) the contractor or sub-contractor and/or owner under Section 2 of the Mechanics Lien Act; (3) solicitors in respect of their trusts accounts for clients; (4) employers in respect of vacation pay accruing due to employees; (5) employers in respect of income tax deducted.[28C] The trust relationships under these statutory trusts are declared to exist by statute, regardless of the intentions of the parties to the transactions covered.[28D]

3 *Trusts in Australia*

30 The development of the trust institution in the states of Australia seems to have followed very closely the pattern in England. For example, all states but South Australia have adopted the English institution of the 'protective trust', instead of the American institution of the 'spendthrift trust'.[28E]
On the other hand, the case law and some of the provisions of the Trustee Acts of the various states are not uniform, differing substantially among the various states.[28F] Local geographical, and even biological, conditions may produce specific variants. To give a concrete example, in New South Wales, by the Pastures Protection Act of 1934, Section 141, a trustee is empowered to mortgage the trust property for the purpose of erecting a rabbit-proof fence.[28G]

31 In one area of trust law the State of New South Wales and the State of Victoria, as well as New Zealand, have carried out a reform which goes well beyond the situation in English law. In the English courts of chancery trusts of property devised or bequeathed for the accomplishment of generally stated purposes, some charitable and some not, where there is no definite beneficiary to benefit therefrom, have frequently been held

[28A] *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, s.25, cited in A. H. Oosterhoff, *Cases and Materials on the Law of Trusts* (Toronto, 1980).
[28B] See Oosterhoff, *op. cit.*, pp. 9–11.
[28C] *Id.*, p. 11.
[28D] *Id.*, p 14.
[28E] See *Jacobs' Law of Trusts in Australia*, *op cit.*, p. 109.
[28F] *Id.*, Preface, pp. vii–viii.
[28G] *Id.*, p. 443.

2 *Le trust au Canada (à l'exception du Québec)*

28 Au Canada, le trust a suivi de très près le modèle anglais. Les tribunaux de *common law* et ceux d'*equity* ont par exemple fusionné dans la Province d'Ontario en vertu de l'*Ontario Judicature Act* de 1881 six ans après que les mêmes tribunaux aient fusionné en Angleterre. Le *Supreme Court* d'Ontario, qui est le tribunal résultant de cette fusion, a la compétence normale à la fois en *equity* et en *common law*, avec la réserve que *«en général, toutes les fois où, dans une même matière, il y a un conflit ou une différence entre les règles de l'*equity *et celles de la* common law, *ce sont les règles de l'*equity *qui l'emportent»*.[28A]

29 L'utilisation moderne du trust au Canada ressemble dans ses grandes lignes à celle qui a été décrite plus haut à propos du trust en Angleterre et aux Etats-Unis[28B]. Néanmoins, en plus des catégories qui ont été décrites, il convient de noter l'existence de certains types de «trusts légaux», à savoir des trusts créés spécifiquement par des dispositions légales. Voici, en plus du *Public Trustee*, un certain nombre de ces *trustees* en Ontario: 1) l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la succession d'une personne décédée, en vertu de la section 2 du *Devolution of Estates Act;* 2) le contractant ou souscontractant et/ou le propriétaire en vertu de la section 2 du *Mechanics Lien Act* (hypothèque légale de l'entrepreneur); 3) les avoués en ce qui concerne les comptes en trust de leurs clients; 4) les employeurs pour ce qui concerne l'accumulation des jours payés en raison des vacances dues aux employés; 5) les employeurs en ce qui concerne les retenues d'impôts des employés[28C]. Les relations de trust en vertu de ces trusts légaux existent de par la loi, sans égard à l'intention des parties à la transaction envisagée[28D].

3 *Le trust en Australie*

30 Le développement du trust dans les états de l'Australie semble avoir suivi le même modèle qu'en Angleterre. Par exemple, tous les états, à l'exception de celui de l'Australie méridionale, ont adopté l'institution anglaise du *«protective trust»* en lieu et place de l'institution américaine du *«spendthrift trust»*[28E].
D'un autre côté, la jurisprudence et une partie des dispositions des *Trustee Acts* des états ne sont pas uniformes, présentant entre eux des différences importantes[28F]. Des variations spécifiques peuvent découler de conditions géographiques, et même biologiques. Pour donner un exemple concret, dans l'Etat de la Nouvelle-Galles du Sud, en vertu de la Section 141 du *Pastures Protection Act* de 1934, un *trustee* est habilité à hypothéquer la propriété formant le trust, dans l'intention d'ériger une barrière de protection contre les lapins[28G].

31 Dans un domaine de la loi sur les trusts, les Etats de la Nouvelle-Galles du Sud et de Victoria, de même que la Nouvelle-Zélande, ont élaboré une réforme qui va bien au-delà de la situation existant en droit anglais. Les tribunaux anglais d'*equity* ont souvent déclaré nuls des trusts créés pour l'accomplissement de buts, certains charitables, d'autres non, décrits d'une manière générale, mais où il n'est pas prévu de bénéficiaire défini. Le

[28A] *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, s. 25, cité dans A. H. Oosterhoff, *Cases and Materials on the Law of Trusts*, (Toronto 1980).
[28B] Voir Oosterhoff, *op cit.*, p. 9–11.
[28C] *Id.*, p. 11.
[28D] *Id.*, p. 14.
[28E] Voir *Jabobs' Law of Trusts in Australia*, *op. cit.*, p. 109.
[28F] *Id.*, *Preface*, p. vii–viii.
[28G] *Id.*, p. 443.

invalid. The reasoning is that such a trust is not valid as a private trust, since there are no definite beneficiaries to enforce it, and it is not valid as a charitable trust since the purposes are not limited to charitable purposes.[28H] The legislation of New South Wales directs, *inter alia,* that *'no trust shall be held to be invalid by reason that some non-charitable and invalid purpose as well as some charitable purpose is or could be deemed to be included in any of the purposes to or for which an application of the trust funds or any part thereof is by such trust directed or allowed'.* It further provides that *'any such trust shall be construed and given effect to in the same manner in all respects as if no application of the trust funds or any part thereof to or for any such non-charitable and invalid purpose have been or could be deemed to have been so directed or allowed'.*[28I] Thus a charitable trust will not fail in New South Wales or Victoria because its stated purposes might include non-charitable purposes; the latter will be excised from the trust by law.

raisonnement se fonde sur le fait que de tels trusts ne sont pas valides en tant que trusts privés, en raison du fait qu'il n'existe pas de bénéficiaire pour exiger leur exécution, et ils ne sont pas valides non plus en tant que trusts de charité, étant donné que les buts de tels trusts ne sont pas uniquement charitables[28H]. La loi de la Nouvelle-Galles du Sud précise entre autres que *«no trust shall be held to be invalid by reason that some non-charitable and invalid purpose as well as some charitable purpose is or could be deemed to be included in any of the purposes to or for which an application of the trust funds or any part thereof is by such trust directed or allowed».* De plus, elle dispose que *«any such trust shall be construed and given effect to in the same manner in all respects as if no application of the trust funds or any part thereof to or for any such non-charitable and invalid purpose have been or could be deemed to have been so directed of allowed»*[28I]. En conséquence, un trust de charité ne sera pas déclaré nul en Nouvelle-Galles du Sud ou en Victoria en raison du fait que ses buts déclarés peuvent comprendre certains qui ne sont pas charitables; ces derniers buts seront ignorés en vertu de la loi.

4 *Trusts in Ireland*

32 Trusts in Ireland appear to follow closely the same pattern as has developed in other common law systems. The practice covers not only express trusts, but also implied trusts.[28J]
In fact, Ireland seems to have developed a new class of trust, going beyond the usual categories of resulting trusts (implied in fact) and constructive trusts (implied in law). Section 117 of the Succession Act, 1965, gives the court discretion to order financial provision for children of a deceased person, where *'the court is of the opinion that the testator has failed in his moral duty to make proper provision for the child in accordance with his means, whether by his will or otherwise ...'*[28K] In one case where the High Court applied Section 117 of the Succession Act, the court found that a prudent and just parent would establish a discretionary trust for all four of his adult children, and the court accordingly directed that the sum of 50,000 pounds was to be held by trustees on discretionary trust for the four children; the court in addition provided certain specific instructions as to the administration and ultimate disposition of the trust assets.[28L]

4 *Le trust en Irlande*

32 Le trust en Irlande suit de près les modèles qui ont été développés dans les autres systèmes de *common law.* La jurisprudence porte à la fois sur les trusts déclarés et les trusts par implication[28J].
En fait, l'Irlande semble avoir reconnu une nouvelle classe de trusts, allant au-delà des catégories usuelles des *resulting trusts* (trusts présumés en fait) et des *constructive trusts* (trust présumés par la loi). La Section 117 du *Succession Act* de 1965 donne la possibilité à un tribunal d'allouer des ressources financières aux enfants d'une personne décédée, lorsque *«le tribunal estime que le testateur a manqué à son devoir moral d'assurer, par testament ou de toute autre manière, l'avenir de l'enfant selon les besoins de celui-ci...»*[28K]. Dans une affaire soumise à la Haute Cour et où celle-ci appliqua la Section 117 du *Succession Act,* la Cour estima qu'un parent prudent et équitable aurait créé un trust discrétionnaire à l'intention de ses quatre enfants adultes, et en conséquence la Cour ordonna que la somme de 50.000 Livres devait être confiée à des *trustees* dans le cadre d'un trust discrétionnaire en faveur des quatre enfants; en plus, la Cour donna certaines indications spécifiques sur l'administration des biens du trust et sur la distribution de ces biens à la fin du trust[28L].

C *The trust as adopted in systems not based on English law and equity*

Introductory remarks

33 We have seen that the development of the trust device has been closely linked to the development of equitable remedies paralleling English common law forms of action. Can there be a trust, then, in legal systems which have not known, or are not based on, a similar pattern of development?
For many years this question has been a topic for intense and sometimes passionate debate for lawyers of

C *Le trust tel qu'il a été adopté dans des systèmes qui ne reposent pas sur le droit anglais et d'*equity

Introduction

33 Nous avons vu que le développement du trust avait été étroitement lié à celui des voies de recours en *equity,* qui sont parallèles aux actions prévues par la *common law.* Un trust peut-il alors exister dans des systèmes juridiques qui n'ont pas connu, ou qui ne reposent pas, sur un mode de développement similaire?
Cette question a fait, pendant de nombreuses années, l'objet de discussions approfondies et parfois passion-

[28H] See *Scott on Trusts,* Volume II, Section 123, pp. 922–923.
[28I] *Id.,* p. 936. Similar statutes are: *Victoria Property Act,* 1928. Section 131; *New Zealand Trustee Amendment Act,* 1935, Section 2.
[28J] See J. Sweeney, 'Presumed Resulting Uses and Trusts: survivals – and a new arrival?', *The Irish Jurist,* Vol. XIV (1979), pp. 282–284.
[28K] See M. Cooney, 'Succession and Judicial Discretion in Ireland: the Section 117 Cases', *The Irish Jurist,* Vol. XV (1980), p. 62; A.J. Shatter, *Family Law in the Republic of Ireland* (1977), pp. 310–312.
[28L] Cooney, *op. cit.,* at pp. 73–75.

[28H] Voir *Scott on Trusts,* Vol. II, Section 123, p. 922–923.
[28I] *Id.,* p. 936. Citons d'autres lois semblables: le *Victoria Property Act,* 1928. Section 131; le *New Zealand Trustee Amendment Act,* 1935, Section 2.
[28J] Voir J. Sweeney, «Presumed Resulting Uses and Trusts: survivals – and a new arrival?», *The Irish Jurist,* Vol. XIV (1979), p. 282–284.
[28K] Voir M. Cooney, «Succession and Judicial Discretion in Ireland: the Section 117 Cases», *The Irish Jurist,* Vol. XV (1980), p. 62; A. J. Shatter, *Family Law in the Republic of Ireland* (1977), p. 310–312.
[28L] Cooney, *op. cit.,* p. 73–75.

both systems. At an academic level the conceptual difficulties involved have most often prompted an outright negative answer. These conceptual difficulties are not to be minimized and we will touch on some of them further on in this Report. To a certain extent, however, academic controversies have been overtaken by practical developments in some countries. A considerable number of jurisdictions not based on English law and equity, many of which are or form a part of Member States of the Conference, have in fact introduced the trust into their systems by legislation or, in a few instances, through case law. Often, as in the case of Scotland, Quebec and Louisiana, this occurred under the influence of directly surrounding legal systems whose law provided for trusts. In other instances, as in some Latin American countries, the financial and commercial applications of the trust prompted its introduction.

We will now examine briefly the way in which the trust was adopted in systems not based on English law and equity. Our examination will not only be brief, but necessarily incomplete, as systematic comparative research is still largely lacking. Our main attention will be focussed on systems existing in the Member States of the Hague Conference, though some attention will be given to the introduction of the trust into a few other jurisdictions.

Scotland

34 The trust, as an indigenous institution, existed in Scotland already before 1707. Its origins remain uncertain. Some believe that it may go back to the Roman *fideicommissum*, others that it has its origin in feudal conveyancing practice; there may also have been some English influence.[29] Although, from the end of the 18th Century, the English trust came to exert a dominant influence on its development, the Scottish trust preserved and still preserves some characteristics of its own. An important factor which has contributed to this development of the Scottish trust has been that, unlike England, Scotland has never had separate courts of equity and the distinction between, and concurrence of, legal title recognized at law and equitable interest enforceable in equity has not been known there. This gave rise sometimes to certain difficulties.

35 For some time, Scottish lawyers looked upon the trust as a combination of the contracts of deposit and mandate. The rights of all parties were seen as vested in the trustee, as in deposit. But a depositary is not a legal owner, whereas a trustee is, nor can mandate subsist posthumously, to mention just two of the difficulties to which this construction gave rise.[30] This contractual theory was therefore abandoned early this century (in 'Allen *v.* McCombie's Trs.', 1909 S.C. 710) and the mod-

[29] *Cf.* W.A. Wilson, 'The Trust in Scots Law', in *Trusts and Trust-Like Devices*, (1981), p. 237.
[30] *Cf.* David M. Walker, *Principles of Scottish Private Law*, Vol. II, p. 1585.

nées entre les juristes de ces deux systèmes. Les difficultés théoriques auxquelles on se heurte d'un point de vue purement académique ont, en général, inspiré une réponse résolument négative. Il ne faut pas minimiser ces difficultés théoriques, et nous reviendrons sur certaines d'entre elles dans ce Rapport. Mais les discussions académiques ont, dans une certaine mesure, été dépassées dans plusieurs pays par des développements pratiques. Un nombre considérable d'Etats ou d'unités territoriales, dont le droit ne repose pas sur la *common law* et l'*equity* anglaises – dont un grand nombre sont des Etats membres de la Conférence ou appartiennent à ceux-ci – ont en fait introduit le trust dans leur système juridique, soit par voie législative, soit, dans quelques rares cas, par voie jurisprudentielle. Souvent, notamment en ce qui concerne l'Ecosse, le Québec et la Louisiane, ce résultat est dû à l'influence de systèmes juridiques immédiatement voisins qui connaissent le trust. Dans d'autres cas, comme celui des Etats de l'Amérique latine, ce sont les applications financières et commerciales du trust qui ont inspiré son introduction.
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 Etats membres de la Conférence de La Haye, même si certains aspects de l'introduction du trust dans quelques autres juridictions seront examinés.

Ecosse

34 En Ecosse, même avant 1707, le trust existait déjà, en tant qu'institution locale. Son origine demeure incertaine. Certains pensent qu'elle pourrait remonter au *fideicommissum* romain, d'autres que cette origine a sa source dans les modes de transmission féodaux; une certaine influence anglaise est aussi possible[29]. Bien qu'à partir du 18ème siècle, le trust anglais ait exercé une influence prépondérante sur le développement du trust écossais, celui-ci put conserver, et conserve encore, quelques caractéristiques qui lui sont propres. Un élément important qui a contribué au développement du trust écossais est le fait que, contrairement à l'Angleterre, l'Ecosse n'a jamais possédé de tribunaux d'*equity* séparés, de sorte que la distinction et les conflits entre le titre juridique qui est reconnu par la *common law* et le droit reconnu en *equity*, susceptible d'exécution, étaient ignorés en Ecosse. Cela ne manqua pas de faire parfois naître des difficultés.

35 Pendant assez longtemps, les juristes écossais ont considéré le trust comme une combinaison de contrats, un dépôt et un mandat. Il pensaient que les droits de toutes les parties étaient dévolus au *trustee*, à titre de dépôt. Mais en droit, un dépositaire n'est pas un propriétaire, alors qu'un *trustee* l'est. De même, un mandat ne peut pas subsister après décès, pour ne mentionner que deux des difficultés que cette interprétation a soulevées[30]. Cette théorie d'un contrat a, par conséquent, été

[29] *Cf.* W. A. Wilson, «The Trust in Scots Law» dans *Trusts and Trust-Like Devices*, 1981, p. 237.
[30] *Cf.* David M. Walker, *Principles of Scottish Private Law*, Vol. II, p. 1585.

ern view is that the *truster* (the Scottish term for settlor) vests a full legal right in the trustee qualified by the right of the beneficiary.

For some time, also, controversies existed in respect of the rights of beneficiaries where the trustee has, in breach of trust, transferred trust assets to a third party who has taken them gratuitously or with knowledge of the breach, and concerning the question whether the trust estate passes to the trustee's trustee in bankruptcy.[31] These and some other uncertainties were resolved, however, along the lines of the English trust by the courts over an extensive period of time (here one should remember, of course, that since 1770 Scotland has shared with England its Supreme Court of Appeal – the House of Lords).

There would still seem to remain some uncertainty as to the exact nature of the beneficiary's right against the trustee (should it be considered a personal right or a right *in rem*?)[32] but this would not seem to cause any major practical difficulties. On the other hand, in a system in which a parallel body of flexible contractual arrangements coexists with the trust, the distinction between the obligations of a trustee and a mere contractual obligation can cause considerable practical difficulty. The form of words may sometimes be decisive.[33]

36 As indicated, there are still differences which distinguish the Scottish trust from its English counterpart. For example, life interests in beneficiaries unborn at the date of the trust deed are prohibited (this may perhaps be seen as a functional equivalent to the common law rule against perpetuities). As one might expect from the lack of separate courts of equity, supervision by the courts of the administration by the trustees is limited; the trustees may however apply to the courts for directions.

The most important difference is perhaps that Scottish law sets certain limits upon the freedom of testation in respect of movables. The surviving spouse and children are entitled to a right for a payment of a certain fraction of the value of the movable estate of the deceased, which as a rule is not defeasible by will. Consequently, if the will does not provide for this *legitime*, the surviving spouse or child may claim against the will and the testamentary provisions, including the trust, will be set aside so far as necessary to pay the legal rights.

Quebec

37 Quebec followed the *coutumes* of Paris and ordinances issued by the French kings until its cession to Great Britain in 1763. Unlike post-revolutionary French law these old laws reflected liberal ideas in respect of fiduciary substitutions, testamentary and *inter vivos* donations and marriage contracts containing dispositions in favour of unborn children. The substance of this law

[31] See footnote 17, *supra*.
[32] See Wilson, *op. cit.*, p. 239.
[33] Wilson, *ibidem*.

abandonnée au début de ce siècle (dans l'affaire Allen *v.* McCombie's Trs, 1909, S.C. 710) et le point de vue actuel est que le droit absolu *(full legal right)* est dévolu au *trustee* par le *truster* (le mot écossais pour désigner le *settlor*), sous réserve du droit du bénéficiaire.
Des controverses ont aussi porté pendant quelque temps sur les droits des bénéficiaires quand le *trustee* a cédé en violation des conditions du trust des avoirs du trust à un tiers, lequel les a reçus à titre gracieux, ou en ayant connaissance de cette violation; d'autres discussions ont porté sur la question de savoir si les avoirs du trust entrent dans la masse quand le *trustee* tombe en faillite[31]. Cependant ces incertitudes, et d'autres encore, furent finalement dissipées par les tribunaux, conformément aux théories anglaises en matière de trust (il ne faut pas oublier que depuis 1770, l'Ecosse partage avec l'Angleterre sa Cour d'appel suprême – la Chambre des Lords).
Quelques incertitudes semblent subsister encore, par exemple sur la nature exacte du droit du bénéficiaire à l'encontre du *trustee* (on ne sait pas très bien s'il faut le considérer comme un droit personnel ou un droit réel)[32]. Cette question, dans la pratique, ne paraît cependant pas créer de grosses difficultés. Par contre, il n'est pas surprenant que dans un système où un ensemble parallèle d'accords contractuels très souples coexiste avec le trust, la distinction entre les obligations d'un *trustee* et une simple obligation contractuelle puisse soulever de considérables difficultés pratiques. Le choix des mots peut parfois jouer un rôle décisif[33].

36 Nous l'avons dit, des différences existent encore entre le trust écossais et le trust anglais, les distinguant l'un de l'autre. Le premier interdit la dévolution d'un *life interest* à un bénéficiaire qui n'est pas né à la date de l'acte constitutif du trust (ce qui pourrait être considéré comme un équivalent fonctionnel de la règle de *common law* qui interdit les «perpétuités»). Comme l'absence de tribunaux d'*equity* séparés le fait prévoir, le contrôle judiciaire de la gestion des *trustees* est très restreint; cependant, les *trustees* peuvent demander des directives aux tribunaux.
La différence la plus profonde vient peut-être de ce que le droit écossais prévoit certaines restrictions au droit de disposer librement par testament de ses biens meubles. Le conjoint survivant et les enfants ont droit à une quote-part successorale des meubles du défunt et, en règle générale, un testament ne peut pas porter atteinte à ce droit. Par conséquent, si cette réserve n'est pas respectée par le testateur, le conjoint ou les enfants survivants peuvent attaquer le testament, et les dispositions testamentaires, y compris le trust, sont nulles jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour régler la quote-part successorale légale.

Québec

37 Le Québec était soumis aux coutumes de Paris et aux Ordonnances des Rois de France jusqu'à sa cession à la Grande-Bretagne en 1763. Ces anciennes lois, contrairement au droit français postérieur à la Révolution, s'inspiraient d'idées libérales en matière de substitutions fiduciaires, de testaments, de donations entre vifs et de contrats de mariage contenant des dispositions en

[31] Voir *supra*, note 17.
[32] *Cf.* Wilson, *op. cit.*, p. 239.
[33] Wilson, *ibid.*

was preserved and some of its liberal aspects were even accentuated when Quebec adopted its Civil Code in 1866; the *legitime*, which had operated to some extent under the custom of Paris was thereby completely abolished and the community property regime could be prevented from arising by contract before marriage. Apparently this is what happens in practice most of the time, so that most property owners in Quebec have full freedom of testation and *inter vivos* donations.[34]

This liberty of testation and donation in conjunction with exposure to common law influence made an easy ground for legislation adopting the trust. This occurred in 1879 and the law was then incorporated into the Civil Code in 1888 as a chapter entitled *'De la fiducie'* and 'On Trusts'.

38 Opinions differ with respect to the legal nature of the Quebec trust, which coexists with *fideicommissionary* substitutions. Notably, the basic question of where the title lies seems to be unsettled.[35] Some hold that the trustee becomes owner and the beneficiary has against him only a right *in personam*. Others deny any proprietary right to the trustee. A third view has it that the trust should be seen as a distinct legal person.[36] Consequently, the extent of the protection of the beneficiary against undutiful conduct by the trustees, against the trustees' creditors and against transferees from the trustees would not seem to be completely settled.[37]

Louisiana

39 Like Quebec, Louisiana was under the *coutumes* of Paris for the larger part of the 18th Century, but unlike Quebec its Civil Code of 1870 did not preserve the old law. Instead, it closely followed, and in some respects even went beyond, the French *Code Civil* of 1804. Substitutions and *fideicommissa* were generally forbidden. A *legitime* was instituted for parents and children, and the widow was given a claim against the will for a marital portion. Unlike Quebec, therefore, the legal climate was hostile to the trust which was identified with the forbidden *fideicommissum*. This hostility was relaxed somewhat in the late 19th Century when, with a view to the gifts Paul Tulane had offered for Tulane University, the legislation was modified to permit charitable trusts.[38] Subsequent legislation allowed some forms of trust for financial purposes, but only of a very limited duration. Nevertheless by that time one expert concluded: *'The trust has met the pragmatic test in Romanesque*

[34] W.F. Fratcher, in *Int. Enc. of Comp. Law*, Vol. VI, ch. 11 'Trust', p. 95.

[35] *Cf.* K.W. Ryan, 'The Reception of the Trust', in the *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 10, at p. 277 (1961).

[36] Notably the late Professor Yves Caron made a forceful plea for this approach both in his contribution to the work of the Law of Trusts Drafting Committee of the Civil Code Revision Office and in a number of articles. See, in particular, his article 'The trust in Quebec' in *McGill Law Journal*, Vol. 25 (1980), p. 421 *et seq.* For the reasons which finally led the Drafting Committee to drop all reference to legal personality as well as to fiduciary ownership of the trustee, see J.E.C. Brierly in his Editor's Post Scriptum to Caron's article, at p. 440 *et seq.*

[37] Ryan, *op. cit.*, at p. 279.

[38] V. Bolgar, 'Why no trusts in the civil law?', *American Journal of Comparative Law*, Vol. 2 at p. 209 (1953).

faveur d'enfants à naître. L'essentiel de ce droit fut maintenu, et certains de ses aspects libéraux furent même accentués, en 1866: d'une part lorsque le Québec adopta son Code civil, la «réserve», qui était imposée dans une certaine mesure sous l'empire de la coutume de Paris, fut de ce fait totalement abolie, et d'autre part on a pu, par contrat conclu avant le mariage, exclure le régime de la communauté de biens. C'est, semble-t-il, ce qui se produit le plus souvent dans la pratique, de telle sorte qu'au Québec, les propriétaires de biens peuvent librement prendre toutes dispositions testamentaires à leur sujet et faire toutes donations entre vifs[34].

Cette liberté en matière de testaments et de donations, s'ajoutant à l'influence de la *common law*, donna toutes facilités aux législateurs pour adopter le trust. C'est ce qui se produisit en 1879, et la loi fut alors incorporée dans le Code civil en 1888, dans un chapitre intitulé «De la fiducie» et *«On Trusts»*.

38 Les opinions diffèrent au sujet de la nature juridique du trust québécois, qui coexiste avec les substitutions de fidéicommis. Il faut relever que la question fondamentale, celle de savoir à qui appartient le bien, ne semble pas avoir été résolue[35]. Certains affirment que le *trustee* devient propriétaire et que le bénéficiaire n'a qu'un droit personnel à son encontre. D'autres refusent tout droit de propriété au *trustee*. Selon un troisième point de vue, le *trustee* doit être considéré comme une institution distincte ou une personne morale[36]. Par conséquent, la question de la protection du bénéficiaire contre les agissements irréguliers des *trustees*, contre les créanciers et les cessionnaires des *trustees*, ne semble pas avoir été complètement réglée[37].

La Louisiane

39 Tout comme le Québec, la Louisiane a été soumise aux coutumes de Paris pendant la plus grande partie du 18ème siècle, mais à l'inverse du Québec, son Code civil de 1870 n'a pas maintenu l'ancien droit. Par contre, il a suivi de très prés le Code civil français de 1804 et, à certains égards, a même été plus loin. Les substitutions et les fidéicommis étaient en général interdits. Une «réserve» fut créée au profit des ascendants et des enfants, et la veuve pouvait attaquer le testament pour obtenir sa quote-part successorale. Contrairement au climat juridique du Québec, celui de la Louisiane était hostile au trust, que l'on confondait avec le fidéicommis qui était interdit. Cette hostilité devint moins vive à la fin du 19ème siècle quand la législation fut modifiée pour autoriser les trusts charitables, non sans penser aux donations que Paul Tulane se proposait de faire à l'Université de Tulane[38]. Des lois postérieures admirent certaines formes de trusts ayant des objectifs financiers, mais

[34] W. F. Fratcher, dans *Int. Enc. of Comp. Law*, Vol. VI, chapitre 11, «Trust», p. 95.

[35] *Cf.* K.W. Ryan, «The Reception of the Trust», dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 10 (1961), p. 277.

[36] C'est surtout feu le professeur Yves Caron qui a chaudement plaidé pour cette conception, à la fois lors de sa contribution dans les travaux du Comité de rédaction sur la loi sur les trusts dans le cadre de l'Office de révision du Code civil et dans un grand nombre d'articles. Voir en particulier son article «The Trust in Quebec» dans *McGill Law Journal*, Vol. 25 (1980), p. 421 et s. Sur les raisons pour lesquelles finalement le Comité de rédaction a supprimé toute référence à la personnalité juridique du *trustee*, aussi bien qu'à la notion de propriété fiduciaire, voir la contribution de J. E. C. Brierly dans le *post scriptum* éditorial à l'article de Caron, p. 440 et s.

[37] Ryan, *op.cit.*, p. 279.

[38] V. Bolgar, «Why no trusts in the civil law?», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 2 (1953), p. 209.

jurisprudence. It works. It works whether it is necessary to resort to judicial rationalization ... or legislative legerdemain. It works because it fills an insistent economic and social need, a conspicuous triumph over verbalism in the law.[39] However, the trust provisions were not well integrated with the provisions of the Civil Code dealing with *legitime*, prohibited substitutions and *fideicommissa*; furthermore, the maximum duration period limited the use of the trust in Louisiana.

40 In order to allow for a more flexible trust device, in 1959 a project for a new Trust Code was launched. The drafters were anxious that the new trust concept should accord, when practicable and desirable, with the civil law framework. The Trust Code (Section 1781) now defines a trustee as *'a person to whom* title *to the trust property is transferred to be administered by him as a fiduciary'*. That this definition does not solve all problems, however, and more particularly leaves unsolved the question to what extent 'title' may be identified with 'ownership' is illustrated by a recent case, *Reynolds* v. *Reynolds*, 388 So. 2d 1135 (La. 1980). Here the Louisiana Supreme Court split three ways over the question whether trust income accruing to the interest of a married beneficiary during the marriage fell into community of property.[40]

It is interesting to see how the new Trust Code copes with traditional civil law restrictions on the freedom of testation and donation. A 1938 Statute had already provided that the *legitime* might be placed in trust. Under the new Trust Code the forced heir may be deprived of the enjoyment of his reserved capital for his entire lifetime (not of the income however – this must be paid to him at least once a year). At his death, or on earlier termination, the *legitime* property held in trust must be delivered to him or his heirs. A provision in a trust instrument which is incompatible with the sections on the *legitime* will simply be reformed to comply with those sections. Louisiana law is still severe in respect of future beneficial interests; with a few exceptions, the beneficiary must have been conceived before the creation of the trust.

Equally interesting is it to note that in order to be effective as against third parties, the Trust Code provides that if at any time the trust property of either a testamentary or an *inter vivos* trust includes immovables or other property, the title to which must be recorded to affect third parties, the trustee is required to file the trust instrument for record in each 'parish' in which the property is located.[41]

Latin America

41 Following the enactment of trust legislation in

[39] Wisdom, 'A Trust Code in the Civil Law', *Tulane Law Review*, Vol. 13, at p. 84 (1938).
[40] See Gerald LeVan, 'Forum juridicum, Louisiana Counterparts to Legal and Equitable Title', in *Louisiana Law Review*, Vol. 41, p. 1177 *et seq.* (1981).
[41] See, generally, L. Oppenheim, *op. cit.*

leur durée devait être très courte. Néanmoins, vers cette époque, un spécialiste a pu affirmer: *«Le trust a subi un test pragmatique en droit romain. Il fonctionne. Il fonctionne même s'il est nécessaire d'avoir recours à un raisonnement judiciaire... ou à un tour de prestidigitation législatif. Il fonctionne parce qu'il répond à un besoin économique et social pressant; c'est un triomphe manifeste sur le verbalisme du droit»*[39]. Néanmoins, les lois sur le trust ne s'harmonisaient que difficilement avec les dispositions du Code civil relatives à la réserve, aux substitutions et aux fidéicommis prohibés; de plus la limitation de la durée maximale du trust restreignait cependant son emploi en Louisiane.

40 Afin d'apporter plus de souplesse au trust, le projet d'un nouveau Code du trust fut établi en 1959. Ses rédacteurs voulaient que la nouvelle notion du trust trouvât place, dans la mesure de ce qui était possible et souhaitable, dans le cadre des dispositions du droit civil. Le *Trust Code* (article 1781) donne maintenant la définition suivante du *trustee: «une personne à laquelle le* titre *de propriété sur les biens du trust est transféré pour qu'il le gère en qualité de fiduciaire»*. Cette définition ne résoud cependant pas tous les problèmes, et elle laisse tout particulièrement sans réponse la question de savoir jusqu'à quel point le «titre» peut se confondre avec la «propriété». C'est ce qui ressort d'une affaire récente «Reynolds *v.* Reynolds», 388 So. 2d 1135 (La. 1980), dans laquelle les juges de la Cour Suprême de la Louisiane exprimèrent trois opinions différentes au sujet des revenus du trust auxquels un bénéficiaire marié a droit au cours du mariage: ces revenus tombent-ils dans la communauté de biens[40]?

Il est intéressant de voir quelle solution le nouveau *Trust Code* adopte au sujet des restrictions que le droit civil impose traditionnellement à la liberté en matière de testaments et de donations. Dès 1938, une loi avait déjà prévu que la réserve pouvait faire l'objet d'un trust. En vertu du nouveau *Trust Code*, l'héritier réservataire peut être privé de la jouissance du capital de sa réserve sa vie durant (mais pas de ses revenus, qui doivent lui être versés au moins une fois par an). A son décès – où à l'expiration du délai prévu – le montant de la réserve, tenu en trust, doit être remis à ses héritiers (ou à lui-même). Toute disposition dans l'acte constitutif du trust qui est incompatible avec les articles relatifs à la réserve est purement et simplement modifiée, pour se conformer à ces articles. La loi de la Louisiane est encore sévère à l'égard des droits des bénéficiaires à naître; à quelques rares exceptions près, le bénéficiaire doit avoir été conçu avant la création du trust.

Il est tout aussi intéressant de constater qu'afin de protéger les droits des tiers, le *Trust Code* prévoit que, si à un moment quelconque, les biens du trust, qu'il s'agisse d'un trust testamentaire ou *inter vivos*, comprennent des biens immobiliers ou d'autres biens dont le titre de propriété doit être transcrit pour être opposable aux tiers, le *trustee* est tenu de transcrire l'acte constitutif du trust dans chacune des «paroisses» où les biens sont situés[41].

Amérique latine

41 Après la promulgation au Mexique, en 1924,

[39] Wisdom, «A Trust Code in the Civil Law», *Tulane Law Review*, Vol. 13 (1938), p. 84.
[40] Voir Gerald Levan, «Forum juridicum, Louisiana Counterparts to Legal and Equitable Title», dans *Louisiana Law Review*, Vol. 41 (1981), p. 1177 et s.
[41] *Cf.* en général, L. Oppenheim, *op.cit.*

Mexico in 1924, a number of Latin-American countries have received the trust mainly with a view to its commercial applications. The fact that in most Latin-American countries reception was only partial probably has to do, as Fratcher suggests[42], with the fact that these countries have community property and the *legitime* and therefore have little use for the trust in its donative and testamentary aspects. *Argentina* (like Brazil and some other Latin-American countries) permits trusts only for mortgages for the benefit of bond holders. The trust has been accepted to a greater extent in, amongst other countries, *Mexico* and *Panama*, whose Trust Code was largely copied by *Puerto Rican* legislation, and *Venezuela*.

The basic conceptions of the trust are not always the same, however. The Mexican trust concept underwent the influence of the famous French protagonist of the trust, P. Lepaulle, who saw the trust as an autonomous patrimony with a free destination.[42A] This leaves open the question, however, as to who is to be considered the owner of the property. It now seems to be settled in Mexico, as in Panama and Venezuela, that the trust property vests in the trustee. The draftsmen of the Panamanian and Puerto Rican Trust Codes, although they translated the term 'trust' into *fideicomiso*, basically saw the trust as a contract of mandate.[43] We met a similar view when we discussed the Scottish trust concept and there saw that this theory may give rise to difficulties.

42 The trust legislation of *Venezuela* was enacted in 1956. It is probably more comprehensive than that of any other Latin-American country and perhaps comes closest to the Anglo-American trust concept. In respect of the beneficiary's right against the trustee, the trustee's creditors and transferees from the trustee, the Venezuelan statute (like those of Mexico, Panama and Puerto Rico) would seem to oscillate somewhat between the conception of a *right in personam* and a *right in rem*. Although the beneficiary probably has no right to follow trust property as against the trustee, the Venezuelan statute clearly provides that the trust property constitutes a segregated patrimony administered by the trustee for the exclusive benefit of the beneficiaries, and that it does not belong to the common security of the trustees' creditors. Ryan[44] suggests that in spite of its formulation as a right *in personam*, the faculty of the beneficiary to have unlawful transfers by the trustee set aside, in reality, should be regarded as a right *in rem*. Like the Louisiana Trust Code, the Venezuelan trust law makes it possible for the testator to provide, under certain circumstances, for the establishment of a trust with respect to the *legitime*; eventually the property must be transferred to the legal heirs or to their heirs.

Again, as in Louisiana, there are provisions for the protection of third parties in the case of transfer of real estate by the settlor to the trustee by an act *inter vivos*. Such an act will affect third parties only from the date of the registration of the trust instrument in the appro-

[42] Fratcher, *op. cit.*, p. 102.
[42A] Ryan, *op. cit.*, p. 272.
[43] *Id.*, pp. 273–274.
[44] *Id.* p. 282.

d'une loi sur les trusts, le trust a été reçu dans plusieurs autres pays d'Amérique latine, surtout en vue de ses applications commerciales. Le fait que cette réception dans la plupart des pays d'Amérique latine n'ait été que partielle est lié, comme Fratcher le suggère[42], au fait que le droit de ces pays prévoit la communauté des biens et la réserve héréditaire, et que par conséquent ils ne sont pas favorables aux aspects du trust concernant les testaments et les donations. En *Argentine* (comme au Brésil et dans d'autres pays d'Amérique latine), les trusts ne sont autorisés que sous la forme d'hypothèques au profit des obligataires. Dans d'autres pays, le trust a été accepté dans une mesure plus large, notamment au *Mexique* et au *Panama*, dont les Codes du trust ont, en grande partie, été copiés par les législateurs de *Porto-Rico* et du *Venezuela*.
Les notions fondamentales du trust ne sont cependant pas toujours les mêmes. La notion du trust mexicain a subi l'influence du célèbre partisan français du trust, P. Lepaulle, qui considérait le trust comme un patrimoine autonome dont la destination est libre[42A]. Mais cela n'apporte néanmoins aucune réponse à la question de savoir qui doit être considéré comme le propriétaire du bien. Cette question semble actuellement avoir été réglée, tant au Mexique qu'au Panama et au Venezuela: c'est au *trustee* qu'est dévolue la propriété des biens du trust. Les rédacteurs des Codes du trust du Panama et de Porto Rico, bien qu'ils aient traduit le mot «trust» par *fideicomiso* ont sur le fond considéré le trust comme un contrat de mandat [43]. Nous avons déjà rencontré une opinion semblable sur le trust dans la notion écossaise et avons vu que dans ce pays, cette théorie n'a pas manqué de soulever des difficultés.

42 C'est en 1956 que la loi du *Venezuela* sur le trust fut promulguée. Elle est probablement plus complète que celle des autres pays d'Amérique latine, et c'est elle qui s'approche peut-être le plus de la notion anglo-américaine du trust. En ce qui concerne les droits du bénéficiaire à l'encontre du *trustee* et des créanciers ou des cessionnaires de celui-ci, la loi du Venezuela, comme celle du Mexique, du Panama et de Porto-Rico, semble osciller quelque peu entre la conception d'un «droit personnel» et d'un véritable droit *in rem*. Bien que le bénéficiaire n'ait probablement aucun droit de suite sur les biens à l'encontre du *trustee*, la loi du Venezuela prévoit clairement que les biens du trust forment un patrimoine séparé, gérés par le *trustee* au profit exclusif des bénéficiaires, et qu'ils n'entrent pas dans la masse des biens qui est le gage des créanciers du *trustee*. Ryan[44] pense que malgré la manière dont il est énoncé, le droit du bénéficiaire de faire annuler les transferts illégaux opérés par le *trustee*, doit, en réalité, être considéré comme un droit *in rem*. Tout comme le *Trust Code* de la Louisiane, la loi du Venezuela sur le trust permet au testateur, dans certaines circonstances, de prévoir la création d'un trust portant sur la réserve, mais celle-ci doit finalement être transférée aux héritiers légitimes ou aux héritiers de ces derniers.
De nouveau, comme en Louisiane, il existe des dispositions visant la protection des tiers dans le cas d'un transfert immobilier effectué par le *settlor* au *trustee* par acte *inter vivos*. Un tel transfert ne portera préjudice aux tiers que depuis la date de l'enregistrement du trust dans

[42] Fratcher, *op.cit.*, p. 102.
[42A] Ryan, *op. cit.*, p. 272.
[43] *Id.*, p. 273–274.
[44] *Id.*, p. 282.

priate local registration office. And when the trust is for commercial purposes, it must be registered in the appropriate commercial registers.[45]

Israel

43 Even before the Trust Code 1979[46] came into force, early in 1980, trusts were already a common phenomenon in Israel. Charitable trusts had always been known under the English Charitable Trust Ordinance, 1924, which was in force until the new Trust Code became effective. Likewise, the English unit trusts had been adopted under the Joint Investments Trust Code 1961. Uncertainty reigned, however, in respect of the legal basis of other private trusts such as trusts for bonds and pension trusts. But this legal uncertainty did not prevent such trusts from flourishing in Israel.

44 The new Trust Code now provides a legal framework for private and public trusts in general. According to Section 1 *'a trust is a relationship to property by virtue of which a trustee is bound to hold the same or to act in respect thereof, in the interest of a beneficiary or for some other purpose'*. This definition, although it makes a clear distinction between the administrative powers of the trustee and the beneficiary's interest, does not contain a rule in respect of the property rights in the trust *res*. The Trust Code (Section 20) offers wide protection of the beneficiary against his creditors. Indeed this protection seems to go so far as to make every trust operate almost like a spendthrift trust. Sections 5 and 14 protect the beneficiary against *ultra vires* transactions by the trustee with third parties. According to Weisman[47], the position of the beneficiary *vis à vis* transferees from the trustee is very close to the position taken by the law of some American states, in that the third party will not be protected if he in fact knew of the trustee's violation of the trust terms but, on the other hand, is not required to investigate the terms of a trust.

Another interesting feature of the Israel trust law is that it does not contain any restriction on the duration of a trust.

Japan

45 The Japanese Civil Code, influenced by civil law concepts, does not know the trust. A 1905 Act, however, permitted trusts for bond holders in respects of mortgages securing corporate bonds. Many trust companies, formed after the American model, flourished though apparently not always in the interest of their client beneficiaries. In order to protect these better, in 1922 a Trust and Trust-Company Statute was enacted. Since that time it does not seem, however, that the trust, which is called *'shintaku'* in Japanese, has found wide application in Japan.[48]

le registre local approprié. Et lorsque le trust poursuit un but commercial, il devra être enregistré dans le registre commercial approprié[45].

Israël

43 Même avant l'entrée en vigueur du *Trust Code* 1979 au début de 1980[46], le trust était un phénomène déjà très répandu en Israël. Les trusts charitables avaient déjà été reconnus par la loi anglaise de 1924 *(Charitable Trust Ordinance)*, restée en vigueur jusqu'à la mise en application du nouveau *Trust Code*. De même, les *unit trusts* anglais avaient été adoptés par le *Joint Investments Trust Code*, 1961. Mais une certaine incertitude régnait sur le fondement juridique des autres trusts privés, notamment ceux concernant les obligations et les pensions de retraite. Mais, nous l'avons dit, cette incertitude n'empêchait pas ces trusts d'être florissants en Israël.

44 Le nouveau *Trust Code* apporte un cadre juridique à l'ensemble des trusts privés et publics. Aux termes de son article premier, *«un trust est un rapport relatif à un bien, en vertu duquel un* trustee *a l'obligation de détenir celui-ci ou d'agir à son égard dans l'intérêt d'un bénéficiaire, ou dans un autre but»*. Cette définition, bien qu'elle fasse une distinction très nette entre les pouvoirs de gestion du *trustee* et les droits du bénéficiaire, n'énonce pas de règle au sujet de la propriété des biens du trust. L'article 20 du *Trust Code* protège très largement le bénéficiaire contre ses créanciers. A vrai dire, cette protection est même tellement étendue que tous les trusts ont presque le même effet que les «trusts de prodigalité». Les articles 5 et 14 protègent le bénéficiaire contre les actes *ultra vires* conclus entre le *trustee* et des tiers. A en croire Weisman[47], le bénéficiaire occupe, vis-à-vis des cessionnaires du *trustee*, une situation très voisine de celle prévue par le droit de quelques Etats américains, dans la mesure où le tiers n'est pas protégé s'il avait su que le *trustee* violait les dispositions du trust, mais par contre le tiers n'est pas tenu de prendre connaissance de ces dispositions.
Un autre trait intéressant du droit israélien en matière de trust est qu'il n'apporte aucune restriction à la durée du trust.

Japon

45 Le Code civil japonais, qui est sous l'influence des concepts de droit civil, ignore le trust. Une loi de 1905 néanmoins autorise les trusts pour les sûretés au profit de porteurs d'obligations. Un grand nombre de sociétés de trusts, créées sur le modèle américain, ont pris naissance, mais elles ne paraissent pas avoir toujours agi dans l'intérêt de leurs bénéficiaires. Pour mieux protéger ceux-ci, une loi sur les Trusts et les Sociétés de trusts a été promulguée en 1922. Mais le trust, qui porte le nom de *«shintaku»* en japonais, ne semble pas avoir été souvent utilisé au Japon[48].

---

[45] See: *A Statement of the Laws of Venezuela in Matters Affecting Business*, OAS publication, 1977, pp. 278–280.
[46] See, generally, J. Weisman, 'Shortcomings in the Trust Law, 1979', in *Israel Law Review*, Vol. 15, p. 372 *et seq.* (1980). References to the Trust Code are to the (unofficial) translation attached to this article at p. 418 *et seq.*
[47] Weisman, *op. cit.*, pp. 400–401. Weisman is critical, however, of what he considers to be a number of contradictions in the Code.
[48] Interesting details are given by A. Nussbaum, 'Sociological and Comparative Aspects of the Trust', *Columbia Law Review*, Vol. 38, at p. 423 and particularly the Addendum p. 425 and p. 430 (1938). See also K. Takayanagi, 'La fiducie en droit japonais contemporain', *Semaine internationale de droit*, 1937, p. 71 *et seq.*

[45] *Cf. A Statement of the Laws of Venezuela in Matters Affecting Business*, OAS publication, 1977, p. 278–280.
[46] Voir, en général, J. Weisman, «Shortcomings in the Trust Law, 1979», dans *Israel Law Review*, Vol 15 (1980), p. 372 et s. Les références et les citations tirées de la traduction (officieuse) accompagnent l'article de Weisman, *op.cit.*, p. 418 et s.
[47] Weisman, *op.cit.*, p. 400–401. Il critique cependant ce qu'il considère comme des contradictions dans le Code.
[48] Nussbaum a donné d'intéressants détails dans «Sociological and Comparative Aspects of the Trust», *Columbia Law Review*, Vol. 38 (1938), p. 423, et en particulier, *Addendum*, p. 425 et 430. Voir également K. Takayanagi, «La fiducie en droit japonais contemporain», *Semaine internationale de droit*, 1937, p. 71 et s.

Liechtenstein

46 Trust legislation was enacted by Liechtenstein in 1926 after the English model (the English Trustee Act had been adopted in 1925). Although clearly introduced for commercial purposes, the Liechtenstein Trust (*Treuhänderschaft*) and Trust Enterprise (*Treuunternehmen*) until recently were not widely used, other devices like the *'Anstalt'* or *'Stiftung'* being preferred. In the past few years, however, there has been a marked increase in the use of the Liechtenstein Trust, which may be due in part to removal of trusts from the Caribbean area to Liechtenstein.

The Liechtenstein Trust Code, while vesting legal title to trust property in the trustee, very clearly gives the beneficiary remedies *in rem* against the trustee's creditors and against transferees from the trustee.
An amendment to the trust legislation, enacted in 1980, introduced registration of trusts as a constitutive requirement (registration used to be optional). The Code, under certain conditions, permits expressly the creation of trusts under a foreign law.[49]

Sri Lanka and South Africa

47 Sri Lanka and South Africa, countries which were both under the influence of Roman-Dutch law until the early 19th Century, received the trust after their cession to the United Kingdom. In South Africa, particularly, the trust developed by the courts has become widespread. While the testamentary trust was developed along the lines of the *fidei commissum*, a trust *inter vivos* is seen as a contract between the settlor and the trustee for the benefit of the beneficiary as a third party.[50]

Concluding observations

48 Although the bold statement that *'the English trust has everywhere planted itself like a cuckoo in the nest of the civil law'*[51] is clearly exaggerated, the above bird's-eye view shows that the trust has been introduced to a varying extent into many legal systems which are not based on English law and equity. At the same time, this overview has brought out that the introduction of the trust into these systems gave rise to certain adaptation problems, and that different techniques were used in an attempt to meet these problems. Here the analogy of a contract was made, there resort was taken to the *fidei-commissum* as a model, there again the device of a legal entity lent its analogous services, And frequently it would seem that a 'cocktail' of civil law images was used to approach the trust concept. Sometimes the trust and a civil law institution were, so to speak, 'telescoped' into each other, which happened to the *legitime* which may be placed in trust in Louisiana and Venezuela. It would seem that in those systems not based on English common law and equity which underwent the influence of the French Civil Code of 1804, as was the case in Louisiana, Latin-American countries and Japan, the resistance to the introduction of the trust was greater than

[49] See, generally, H. Wille in M. Verwilghen (ed.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*. Vol. II. 1979 *sub voce* Liechtenstein; see also A.P. Goop and P. Marxer, in *Company Law in Europe*, 1975, Chapter 9, Liechtenstein, p. 327 *et seq.*, and K. Biedermann, *Treuhänderschaft im Liechtensteinischen Recht*, 1981.
[50] See, generally, B. Beinart, 'Trusts in Roman and Roman-Dutch Law' in Wilson, *Trusts and Trust-Like Devices, op. cit.*, p. 167 *et seq.*
[51] M.S. Amos, 'The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations', *Harvard Law Review*, Vol. 50 (1937) at p. 1263.

Liechtenstein

46 Une loi sur le trust a été adoptée au Liechtenstein en 1926, sur le modèle de la loi anglaise (le *Trustee Act* anglais a été promulgué en 1925). Bien qu'ils aient évidemment été introduits pour des raisons de caractère commercial, le «trust du Liechtenstein» *(Treuhänderschaft)* et le «trust d'entreprises» *(Treuunternehmen)* ne semblent pas avoir été très répandus jusqu'à ces derniers temps: on leur préférait d'autres procédés, notamment la *«Anstalt»* et la *«Stiftung»*. Depuis quelques années, cependant, on constate un accroissement marqué de l'emploi du «trust du Liechtenstein», qui pourrait être dû, en partie, au fait qu'un certain nombre de trusts ont abandonné la région des Caraïbes pour se réfugier au Liechtenstein.
Le Code du Trust du Liechtenstein, bien qu'attribuant la propriété sur les biens du *trustee*, ouvre très clairement au bénéficiaire une action *in rem* à l'encontre des créanciers du *trustee* et des cessionnaires de celui-ci.
En 1980, une modification de la législation sur les trusts a subordonné leur création à une inscription (autrefois, l'inscription était facultative). Le Code autorise expressément la création du trust en vertu d'une loi étrangère[49].

Sri Lanka et Afrique du Sud

47 Le Sri Lanka et l'Afrique du Sud, deux pays qui étaient soumis à l'influence du droit romano-hollandais au début du 19ème siècle, ont adopté le trust après leur cession au Royaume-Uni. En Afrique du Sud en particulier, la jurisprudence a assuré au trust un grand développement. Alors que le trust testamentaire s'est développé selon les principes du fidéicommis, le trust entre vifs est considéré comme un contrat conclu entre le *settlor* et le *trustee* au profit d'un tiers, le bénéficiaire[50].

Observations finales

48 Bien qu'il semble nettement exagéré d'affirmer que *«le trust anglais s'est installé partout comme un coucou dans le nid du droit civil»*[51], le tour d'horizon que nous venons de faire montre que le trust a été introduit, dans des mesures variables, dans de nombreux systèmes juridiques qui ne reposent pas sur la loi et l'*equity* anglaises. Ce survol a permis de constater en même temps que l'introduction du trust dans ces divers systèmes a soulevé certains problèmes d'adaptation, et que l'on a voulu résoudre ces problèmes au moyen de techniques variées. Ici on a insisté sur l'analogie du trust avec un contrat, ailleurs on a voulu prendre le fidéicommis comme modèle, ailleurs encore on s'est servi de l'analogie avec une personne morale. Et très souvent, un véritable «cocktail» d'images tirées du droit civil a semblé avoir été utilisé pour trouver une approche à la notion de trust. On a fait parfois se télescoper pour ainsi dire le trust et une institution du droit civil; tel fut le cas de la réserve héréditaire qui peut faire l'objet d'un trust en Louisiane et au Venezuela. Il semble bien que dans les systèmes qui ne reposent pas sur la *common law* et l'*equity* anglaises, et qui ont subi l'influence du Code civil français de 1804 – ce qui est le cas de la Louisiane,

[49] Voir, en général, H. Wille dans M. Verwilghen (éd), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Vol. II, 1979, *sub voce* Liechtenstein; voir aussi A. P. Goop et P. Marxer, dans *Company Law in Europe*, 1975, chapitre 9, Liechtenstein, p. 327 et s, et K. Biedermann, *Treuhänderschaft im Liechtensteinischen Recht*, 1981.
[50] Voir, en général, B. Beinart, «Trusts in Roman and Roman-Dutch Law» dans Wilson, *Trusts and Trust-Like Devices, op.cit.*, p. 167 et s.
[51] M. S. Amos, «The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations», *Harvard Law Review*, Vol. 50 (1937), p. 1263.

in systems which did not undergo this influence, like Scotland, or were just superficially stirred by it, like Quebec. No doubt, as was already mentioned, this is in part due to the fact that the *Code Napoléon* introduced the *legitime*, which seriously restricted the freedom of testation and donation, and that this in turn limited the possible applications of the trust.

D *Analogous institutions in systems not based on common law and equity*

49 The foregoing paragraph already suggests some reasons why there is less use for trusts or trust-like arrangements in civil law systems than there is in systems based on common law and equity. For one thing the restrictions on the freedom to testate or donate property resulting from the *legitime* and other restraints such as forbidden fideicommissary substitutions and various forms of community of property between the spouses in practice leave comparatively little room for something analogous to family settlements and charitable endowments. Similarly, it would seem that there is little room for something like protective trusts, as civil law systems have a much stronger tendency to regard matters concerning minors, incapable persons, etc., as matters of public concern, legal arrangements for which have been made by the governing legislation.[52] Of course, the very existence of the trust device, which allows private arrangements to be made for the financial protection of minors, spendthrifts, senile persons, etc., may serve to reduce the extent of public intervention (and therefore public interest) in the financial affairs of such persons in common law countries.

50 On the other hand, civil law systems have developed a number of legal devices which perform many functions of the trust.[52A] These analogous institutions, however, lack one or more of the essential characteristics of the trust, notably the fragmentation of property rights according to management/beneficial enjoyment.[53]

Looking, for example, for an analogy to the charitable trust, one will see that in most civil law systems charitable functions are performed by a foundation *(fondation; Stiftung; stichting)* which is essentially a specific type of juristic entity capable of owning property, the managers of which are essentially corporate officers. There are sometimes ways to adapt the charitable purposes of the foundation to changing circumstances somewhat like the doctrine of *cy pres*. In some countries foundations may, within certain limits, be used for non-charitable purposes. Examples are foundations for family support *(Familienstiftung)* and pension plans. The *Familienstiftung* and some other foundations in fact come close to a trust and some influential authors have suggested that it provides the most adequate 'translation' of a family trust. However, the translation is not

[52] *Cf.* the Unidroit study by G. Hornsey on 'Possible uses of certain principles of the trust in civil law countries'. *Year Book*, 1957, at p. 95, *'It is possibly true that any attempt to introduce trusts of these types* [*i.e.* family settlements and protective trusts] *into civil law systems generally would be doomed to failure'*. This study concluded that there would be some use, however, for introduction of trusts for security purposes and voting trusts. *Cf.* also *Year Book* 1958, p. 39; the matter was not pursued, however.

[52A] See, generally, Fratcher, *op. cit.*, p. 104 *et seq.*

[53] See No. 10, *supra*.

des pays d'Amérique latine et du Japon – la résistance à l'introduction du trust ait été plus forte que dans les systèmes qui ont échappé à cette influence, tels que l'Ecosse, ou qui n'ont été que superficiellement inspirés par elle, comme le Québec. C'est sans doute, en partie, nous l'avons déjà signalé, parce que le Code Napoléon avait introduit la réserve, qui restreignait sérieusement la liberté des testateurs et des donateurs, que les applications possibles du trust ont été très limitées.

D *Des institutions analogues dans les systèmes qui ne reposent pas sur la* common law *et l'*equity

49 Nous avons déjà montré, dans le paragraphe précédent, quelques-unes des raisons pour lesquelles l'emploi du trust et d'autres arrangements du même genre est moins répandu dans les systèmes de droit civil que dans les systèmes qui reposent sur la *common law* et l'*equity*. D'une part, les restrictions apportées à la liberté de tester et de faire des donations qui découlent de la réserve et d'autres interdictions, telles que celles relatives aux substitutions fidéicommissaires prohibées et les diverses formes de communauté de biens entre époux, laissent dans la pratique relativement peu de place à ce qui se rapproche de la répartition du patrimoine au sein de la famille ou de la fondation d'oeuvres de charité. De même, il semble qu'il n'y ait guère de place, ou même aucune, pour ce qui ressemble à des trusts «de protection», car les systèmes de droit civil ont une plus forte tendance à considérer les questions intéressant les mineurs, les incapables, etc., comme touchant à l'ordre public, pour lesquelles le législateur a pris lui-même toutes les dispositions légales nécessaires[52]. Bien entendu, l'existence même du trust, qui permet de prévoir des aménagements privés pour la protection financière de mineurs, de prodigues, de personnes séniles, etc., peut contribuer à réduire la mesure de l'intervention publique (et par conséquent de l'intérêt public) dans les affaires financières de telles personnes dans les pays de *common law*.

50 D'autre part, les systèmes de droit civil ont élaboré un certain nombre de procédés juridiques qui remplissent plusieurs des fonctions du trust[52A]. Il semble cependant qu'il manque à la plupart de ces institutions analogues une ou plusieurs des caractéristiques essentielles du trust, en particulier la répartition des droits de propriété entre le gérant et le bénéficiaire [53].
En cherchant par exemple une institution analogue au trust charitable, on s'aperçoit que dans la plupart des systèmes de droit civil, les fonctions d'une institution charitable sont dévolues à une fondation *(foundation, Stiftung, stichting)*, laquelle est, au fond, un genre particulier de personne morale susceptible d'être propriétaire de biens et dont les dirigeants sont de véritables administrateurs de société. Quand les circonstances le demandent, il est parfois possible de modifier les buts charitables de la fondation grâce à ce qui ressemble à la doctrine de *cy pres*. Dans certains pays, les fondations peuvent, dans certaines limites, servir à des buts lucratifs. On en trouvera des exemples dans les fondations de famille *(Familienstiftung)* et les caisses de retraite. En fait, la *Familienstiftung* et quelques autres fondations se rapprochent beaucoup du trust, certains auteurs réputés

[52] *Cf.* l'étude de G. Hornsey sur «Possible uses of certain principles of the trust in civil law countries», *Annuaire de l'Unidroit* 1957, p. 95, *«Il est peut-être vrai que toutes les tentatives pour introduire les trusts de ce type* (à savoir, trusts pour la répartition de patrimoine au sein de la famille et trusts de protection) *dans l'ensemble des systèmes de civil law, seraient vouées à l'échec»*. La conclusion de cette étude est que l'on pourrait utilement introduire le trust en matière de sûreté et de droits du vote. *Cf.* aussi *Annuaire Unidroit* 1958, p. 39. La question ne fut pas étudiée plus avant.

[52A] Voir, en général, Fratcher, *op.cit.*, p. 104 et s.

[53] Voir *supra*, No 10.

complete, since a trust is not a legal person, and moreover the beneficiary does not enjoy any proprietary rights in the property of a foundation, the foundation being the sole owner.

To a limited extent, the foundation may sometimes be used for business purposes. Most often, however, the functions of business trusts, trusts for security devices and investment trusts are performed by corporations. It is not uncommon for investment companies to use the term trust, even in the name of the company. This may be misleading, however, as the legal structure is utterly different from that of the common law trust device. Special legislation had to be introduced, for example, in many civil law countries, such as Austria, Belgium, France, Germany, Luxemburg[54] and Switzerland, to provide for the protection of the public with respect to these investment companies.

51 Turning away from the foundation or corporation analogy, and leaving testamentary arrangements aside for the moment[55], there would seem to be two fields in civil law where we may look for institutions which present a certain analogy to the trust. One is the law of *contract*, the other is the law of *property*.

As in common law. the parties to a contract in civil law have large freedom to mould their legal relationship according to their own wishes. There is therefore no difficulty at all in creating contractual obligations which bear a certain resemblance to trust arrangements. As we saw in the Scottish example[56], by a combination of deposit and mandate some of the purposes may be achieved for which trusts are created; the resemblance is even stronger when the combination includes a contract for the benefit of a third party. As we saw before, the analogy is only partial, in that the arrangement being of a purely contractual nature, the depositary or mandatee is not given any proprietary rights with respect to the property. Consequently, his powers cease, for example, when the depositor or mandator dies, or even when the latter becomes mentally incompetent. Nevertheless, such and similar contractual arrangements are quite successfully and extensively used in civil law systems.

52 The freedom to shape legal relationships according to one's own desire and needs is extended to the field of property to a much lesser extent by civil law countries than it is by common law systems.[57] Consequently, proprietary arrangements do not have all the flexibility that the trust has.
The following example may illustrate this point. It is certainly possible in civil law for an owner of property, A, to create successive interests in his property, *e.g.* in B for life and then in C. He could do this, either by an act *inter vivos* or by will, by splitting off from his full right of ownership a limited real right of usufruct, transferring the bare title of his property, the *'nue propriété,'* to C, and

ont suggéré qu'ils représentent la meilleure «traduction» possible d'un véritable *family trust;* cependant, l'analogie n'est pas parfaite, parce que d'une part un trust ne possède pas la personnalité morale, d'autre part le bénéficiaire n'a aucun droit de propriété sur les biens de la fondation, qui est seule propriétaire de ces biens.
La fondation peut parfois, dans une certaine mesure, avoir des objectifs commerciaux. Mais le plus souvent, les fonctions attribuées aux *business trusts,* aux *security devices* et aux *investments trusts* (trusts commerciaux, de sûretés, et de placements) sont exercées par des sociétés. Il n'est pas rare que l'on donne le nom de «trust» à des fondations de placements, même dans le nom de la société. Cela peut créer des malentendus, car leurs structures juridiques sont totalement différentes de celles du trust de *common law,* Il a fallu promulguer des lois spéciales, dans plusieurs pays de droit civil, tels que l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, le Luxembourg[54], et la Suisse, pour protéger le public contre ces sociétés d'investissements.

51 En abandonnant l'analogie entre le trust et la société ou fondation et en laissant de côté pour le moment les dispositions testamentaires[55], il semble que le droit civil offre deux domaines dans lesquels nous pouvons trouver des institutions présentant une certaine ressemblance avec le trust. Un de ces domaines est celui du droit *contractuel,* l'autre celui du droit en matière de *propriété.*
Tout comme en *common law,* les parties à un contrat de droit civil sont presque entièrement libres de régler à leur guise leurs rapports juridiques. Créer des obligations contractuelles qui ressemblent aux dispositions d'un trust ne pose donc aucun problème. Nous l'avons vu à propos de l'Ecosse [56]; il est possible, en combinant le dépôt et le mandat, d'atteindre certains des buts pour lesquels les trusts sont créés – et la ressemblance est encore plus frappante quand on ajoute à cette combinaison de contrats une stipulation pour autrui. Nous l'avons vu plus haut, cette analogie n'est que partielle, puisque dans un tel arrangement, qui n'a qu'un caractère purement contractuel, il n'est dévolu au dépositaire, ou au mandataire, aucun droit de propriété sur les biens. Par conséquent, les pouvoirs de ceux-ci prennent fin par exemple au décès du mandant-propriétaire, ou même plus tôt si ce dernier devient mentalement incapable. Quoi qu'il en soit, des arrangements contractuels de ce genre ou d'autres similaires sont très souvent utilisés dans des systèmes de droit civil et ils donnent satisfaction.

52 La liberté de façonner à son gré, et selon ses besoins, ses propres rapports juridiques, est sensiblement moins étendue en matière de *propriété* dans les pays de droit civil que dans ceux de *common law,*[57] et l'organisation des droits réels manque de la souplesse que possède le trust.
L'exemple suivant peut illustrer la situation. Il est certainement possible en droit civil pour un propriétaire de biens, A, de créer sur ces biens des droits réels successifs, par exemple au profit de B pendant la vie de ce dernier, puis au profit de C. Il peut arriver à ce résultat soit par un acte *inter vivos,* soit par testament, en détachant de son plein droit de propriété un droit limité

[54] See the recent *Projet de loi No 2366 relatif aux organismes de placement collectif.*
[55] No 54, *infra.*
[56] No 35, *supra.*
[57] *Cf.* A. Nussbaum, *op. cit.*, p. 408. With many others he is of the opinion that *'the main hindrance to an adoption of the trust concept lies in the nature of the civil law of property'*, (at p. 420).

[54] Voir le récent Projet de loi No 2366 relatif aux organismes de placement collectif.
[55] *Infra,* No 54.
[56] *Supra,* No 35.
[57] *Cf.* Nussbaum, *op.cit.* Il estime cependant, avec beaucoup d'autres auteurs, que *«le principal obstacle à l'adoption de la notion de trust se trouve dans la nature même du droit de propriété en droit civil»* (p. 420).

vesting the usufruct in B.[58] At B's death, the usufruct ends and C by operation of law becomes full owner of the property. At common law, an approximately similar result may be obtained by the creation of a life estate in B and a remainder in C[59], but A would probably prefer to create a trust, appointing T as a trustee with instructions to distribute the fruits of the property to B as a beneficiary and, at B's death, to transfer the capital to C, as the ultimate beneficiary. He would prefer to do so particularly if instead of B alone there were several beneficiaries in order to centralize the management of the property; or if B were a spendthrift, in order to safeguard some measure of control over the property, by a trustworthy and knowledgeable person (T). While the usufruct device may be used, like the trust, in order to create successive interests in property, it does not have the advantage of a split of powers of management and enjoyment.

53 Looking for arrangements which bear a closer resemblance to the trust, we will have to look, then, for a *combination* of proprietary arrangements and contractual obligations. The 'archetype' of this device is the *fiducia* which was known already in Roman law.[60] The gist of the *fiducia* is, that the owner transfers property to the fiduciary, who thereby acquires unrestricted ownership of the property. At the same time they conclude a *pactum fiduciae* by which the fiduciary undertakes to use the ownership in a certain way only and to transfer the property to a third person in the future or retransfer it back to the original owner. As long as the fiduciary keeps his promise and does not become insolvent everything goes very well indeed. The problems begin, however, when the fiduciary abuses his 'overflowing' legal powers, *i.e.* those powers which as absolute owner he has in excess of those which would strictly be needed in order to carry out the fiduciary arrangement (*e.g.* for administration of the property for the owner, *fiducia cum amico,* or as security for a bond, *fiducia cum creditore*). When he sells the transferred goods contrary to the *pactum fiduciae,* there can be only a personal remedy against him.[61] Likewise, when the fiduciary goes bankrupt, his personal creditors will not be forced to make any distinction between his personal property and the estate transferred to him under the *pactum fiduciae.* These and other problems, some of which become particularly acute where, under a *'constitutum possessorium'* or similar arrangement, the original owner continues to hold the property, are responsible for the fact that the *fiducia* has met with limited success in civil law systems.

The *fiducia* is virtually absent in France.[62] There is a practice there known as *prête nom,* which is a very weak institution however. In Austria, Germany, the Netherlands and Switzerland the *fiducia* plays a more important role. The German form of *fiducia,* the *Treuhand,* perhaps comes closest to being a true trust. In a series of

d'usufruit, transférant le titre «vide» de propriété, la «nue propriété», à C, et conférant l'usufruit à B.[58] A la mort de B, l'usufruit prend fin et C devient plein propriétaire des biens en vertu de la loi. En *common law,* un résultat quelque peu analogue peut être obtenu par la création d'une propriété viagère au profit de B, avec substitution en faveur de C à la mort de B[59], mais A préférera probablement créer un trust, nommant T en qualité de *trustee* avec instructions de distribuer les bénéfices des biens à B en qualité de bénéficiaire et, à la mort de B, de transférer l'entier des biens à C en qualité de bénéficiaire ultime. Il préférera un tel arrangement particulièrement dans le cas où, au lieu de B seul, il existerait plusieurs bénéficiaires, dans l'idée de centraliser l'administration des biens; ou également dans le cas où B est un prodigue, afin d'assurer un certain contrôle sur les biens par une personne de confiance et connue (T). Alors que la technique de l'usufruit peut être utilisée, à l'instar du trust, pour créer des droits successifs sur les biens, cette technique n'a pas l'avantage d'opérer une séparation entre les pouvoirs d'administration des biens et leur jouissance.

53 Pour trouver des arrangements qui ressemblent davantage au trust, nous devrons donc rechercher ceux qui constituent une *combinaison* du droit de propriété avec des obligations contractuelles. L'«archétype» d'un tel procédé est la fiducie, qui remonte au droit romain[60]. L'essence de la fiducie est que le propriétaire transfère la propriété au fiduciaire, lequel acquiert ainsi sur le bien un droit de propriété illimité. En même temps, les parties concluent un *pactum fiduciae* par lequel le fiduciaire s'engage à user de son droit de propriété d'une manière déterminée et de transférer plus tard la propriété du bien à un tiers, ou de le restituer à son propriétaire originaire. Tant que le fiduciaire tient sa promesse et qu'il ne devient pas insolvable, tout va pour le mieux. Mais les problèmes naissent si le fiduciaire abuse des droits juridiques très étendus qu'il possède à titre de propriétaire, droits qui sont exorbitants en comparaison de ceux qui lui sont nécessaires pour les besoins de l'accord conclu (par exemple, pour gérer le bien pour son propriétaire, *fiducia cum amico,* ou pour garantir un engagement, *fiducia cum creditore*). S'il vend le bien transféré en violation du *pactum fiduciae,* seule une action personnelle peut être exercée à son encontre[61]. De même, quand le fiduciaire tombe en faillite, ses créanciers personnels n'ont pas à faire une distinction entre ses propres biens et ceux qui lui ont été transférés en vertu du *pactum fiduciae.* Ces problèmes, et d'autres encore, dont certains deviennent particulièrement sérieux lorsqu'aux termes d'une *«constitutum possessorium»,* ou d'un accord du même genre, le propriétaire originaire conserve l'usage du bien, sont responsables du fait que la fiducie n'a connu qu'un succès modéré en droit civil.

La fiducie est pratiquement absente en France[62], où il existe une institution appelée le «prête-nom» qui est extrêmement fragile. En Allemagne, en Autriche, aux Pays-Bas et en Suisse, la fiducie joue un plus grand rôle. La forme allemande de la fiducie, le *Treuhand,* est celle qui se rapproche le plus d'un véritable trust. Dans une

[58] For a comparison between trust and usufruct see: H. Batiffol, 'Trusts – the trust problem as seen by a French lawyer', in *Journal of Comparative Legislation and International Law,* Vol. 33, p. 18 *et seq.*, (1950); also in *Choix d'articles,* 1976, p. 239 *et seq.*

[59] *Cf.* Lawson, *op. cit.* (note 7), pp. 2–39.

[60] Roman law and French law also recognize a testamentary fiduciary.

[61] *Cf.* F. Weiser, *Trusts on the Continent of Europe,* pp. 23–24.

[62] A recent thesis by C. Witz, *La fiducie en droit privé français,* (1981), makes a strong case for a 'revival' of the *fiducie* in France.

[58] Pour une comparaison entre le trust et l'usufruit, voir: H. Batiffol, «Trusts – the trust problem as seen by a French lawyer» dans *Journal of Comparative Legislation and International Law,* Vol. 33 (1950), p. 18; voir aussi *Choix d'articles,* 1976, p. 239 et s.

[59] *Cf.* Lawson, *op.cit.* (note 7), p. 2–39.

[60] Le droit romain et le droit français reconnaissent aussi la fiducie testamentaire.

[61] *Cf.* F. Weiser, *Trusts on the Continent of Europe,* p. 23–24.

[62] C. Witz, *La fiducie en droit privé français,* dans une thèse récente, se prononce avec force pour une «renaissance» de la fiducie en France.

bold judgments,[63] the German courts have created a number of devices which protect the transferor *(Treugeber)* (not the third party beneficiary, however) against creditors and transferees of the fiduciary, who is called the *Treuhänder*. So the *Treugeber* may with respect to the property originally transferred to the *Treuhänder* protect his interest against individual creditors of the *Treuhänder* who levy on the property or claim it in bankruptcy. Similarly, he may secure himself against alienation by subjecting the transfer of (movable) property to the condition that the *Treuhänder* not dispose of the property. If the *Treuhänder* breaches this condition, the *Treugeber* may reclaim the property from third persons who acquired from the *Treuhänder* as donees or with notice of the condition.

As yet, except for arrangements with mere contractual effects, the protection is limited to the original property only. If the *Treuhänder* purchases property with money supplied by the transferor or with the proceeds of sales of the original property, the transferor has no protection against creditors or transferees of the *Treuhänder* with respect to this substitute property. As was indicated above, a third party beneficiary has only a mere personal claim against the *Treuhänder* and that is all.[64]

54 If we look for an analogy for the testamentary trust in civil law systems, classical Roman law again provides an analogy in the form of the *fideicommissum*.[65] Like the trust, the *fideicommissum* was born out of confidence and fraud. Originally it was a direction to the heir to transfer property to other persons, for example, *peregrini*, persons who had not been conceived or others who were not considered eligible to be heirs or legatees. From the time of Augustus until that of Justinian the *fideicommissum* in some of its aspects was very similar to the trust. The beneficiary, called *fideicommissarius*, was protected against creditors of the heir and could recover the property from a third party who acquired title from the heir with notice of the *fideicommissum*. Justinian recognized the *fideicommissum* in his Code but converted the interest of the beneficiary into a legal future interest, equivalent to the English legal remainder. As a result, the heir ceased to have fiduciary duties to the *fideicommissarius* and could no longer transfer full ownership. In this form the *fideicommissum* has been adopted by most modern civil law systems.

As a matter of fact, the *fideicommissum* was made a handy instrument for the purposes of feudal law and, by way of fideicommissary substitutions, perpetually inalienable estates were created. A testator could institute his son as heir, instruct him to institute the son's eldest son (whether or not in being) as the son's heir and to require the eldest son in each successive generation to make like institution of the eldest son in the next generation. The effects of this system may be illustrated by the fact that by the 16th Century 95% of the land in France was inalienable as a result of such fideicommissary substitutions. No wonder the French Revolution

série de décisions audacieuses[63], les tribunaux allemands ont créé plusieurs procédés qui protègent celui qui a transféré le bien *(Treugeber)* – sans cependant protéger le tiers bénéficiaire – contre l'action des créanciers et des cessionnaires du fiduciaire, lequel porte le nom de *Treuhänder*. C'est ainsi que le *Treugeber* peut, en ce qui concerne le bien transféré au *Treuhänder*, protéger ses droits contre les créanciers personnels de ce dernier qui voudraient saisir le bien, ou le faire tomber dans la masse en cas de faillite. De même, il peut se protéger contre une aliénation, en soumettant le transfert des biens (meubles) à la condition que le *Treuhänder* n'en disposera pas. Si le *Treuhänder* ne respecte pas cette condition, le *Treugeber* peut revendiquer les biens entre les mains des tiers, si ceux-ci les ont reçus du *Treuhänder* à titre gracieux ou en ayant connaissance de la condition.
Jusqu'ici, sauf pour des accords qui n'ont que des effets purement contractuels, la protection ne s'étend qu'aux biens originaux. Si le *Treuhänder* achète des biens grâce à des fonds fournis par le *Treugeber*, ou avec le produit de la vente des biens originaux, le *Treugeber* n'est pas protégé contre les créanciers ou cessionnaires du *Treuhänder* en ce qui concerne les biens de remplacement. Nous l'avons dit, le tiers bénéficiaire ne possède qu'une action personnelle contre le *Treuhänder*, et rien de plus[64].

54 Si nous cherchons une analogie avec le trust testamentaire dans les systèmes de droit civil, nous la trouverons encore dans le droit romain classique sous la forme du *fideicommissum*[65]. Tout comme le trust, le *fideicommissum* trouve sa source dans la confiance et la fraude. Il s'agissait à l'origine d'instructions données à l'héritier de transférer des biens à d'autres personnes, par exemple les *peregrini*, celles-ci n'étant pas encore conçues, ou à celles n'ayant pas la capacité juridique d'être des héritiers ou des légataires. Depuis l'époque d'Auguste jusqu'à celle de Justinien, le *fideicommissum* a beaucoup ressemblé au trust dans certains de ses aspects. Le bénéficiaire, appelé *fideicommissarius*, était protégé contre les créanciers de l'héritier et pouvait revendiquer les biens entre les mains des tiers qui les avaient acquis en ayant connaissance du *fideicommissum*. Justinien, dans son Code, reconnut le *fideicommissum*, mais transforma les droits du bénéficiaire en un droit futur, semblable au *remainder* du droit anglais. De la sorte, l'héritier cessait d'avoir des obligations fiduciaires envers le *fideicommissarius*, et ne pouvait plus transférer la pleine propriété du bien. Sous cette forme, le *fideicommissum* a été adopté par la plupart des systèmes de droit civil modernes.
A vrai dire, le *fideicommissum* était devenu un instrument commode pour atteindre les objectifs du droit féodal; il permettait, par le biais de substitutions fidéicommissaires, de rendre des patrimoines perpétuellement inaliénables. Un testateur pouvait désigner son fils comme héritier, et lui donner l'ordre de constituer comme héritier son fils aîné (qu'il soit déjà né ou non) et d'exiger que le fils aîné de chaque génération successive désignât à son tour le fils aîné de la génération suivante. On peut constater les résultats auxquels ce système a abouti dans le fait qu'au 16ème siècle, en France, 95% des terres étaient inaliénables en raison de ces substitu-

[63] RG 6 March 1930, R.G.Z. 127, 341; RG 19 February 1937, R.G.Z. 153, 366; BGH 7 April 1959, *Neue Juristische Wochenschrift* (N.J.W.), 1959, 1223.
[64] *Cf.* Fratcher, *op. cit.*, p. 107.
[65] *Id.*, p. 85 *et seq.* and 104 *et seq.*

[63] RG du 6 mars 1930, R.G.Z. 127, p. 341; RG du 19 février 1937, R.G.Z. 153, p. 366; BGH du 7 avril 1959, *Neue Juristische Wochenschrift* (N.J.W.), 1959, p. 1223.
[64] *Cf.* Fratcher, *op.cit.*, p. 107.
[65] *Id.*, p. 85 et s. et 104 et s.

vigorously reacted against this system. The French Civil Code of 1804 instituted general prohibitions on fideicommissary substitutions, and on testamentary dispositions and donations to persons not yet conceived. This has been relaxed somewhat in most modern civil law systems but there still are important restrictions in this respect.

55 The modern *fideicommissum* differs basically from the testamentary trust in that the heir may – sometimes within certain limits – dispose of the property *inter vivos*.[66]
German law, however, presents a closer analogy to the testamentary trust, in that the testator may exclude the possibility of the heir disposing of the property by appointing a testamentary executor *(Testamentsvollstrecker)*. While the heir retains the ownership of the estate, the *Testamentsvollstrecker* has the sole power to dispose of it according to the testator's instructions. The beneficiary is protected against transferees from the *Testamentsvollstrecker* to the extent that they are not *bona fide* purchasers for valuable consideration.[67]

A special case is the Dutch *'bewind'*, which is used mostly although not exclusively, as a testamentary disposition. The *bewind*, like the trust, is based upon a separation between administration and enjoyment of the property. The difference from the trust, however, is that ownership is vested in the beneficiaries, who cannot however convey the property without the consent of the administrator. Under the present Dutch law *bewind* is only of a limited applicability. The proposed new Book 3 of the Civil Code, article 3.6.1.1. *et seq.*, considerably enlarges the possibilities of *bewind*, which is meant virtually to replace fiduciary relationships. It will provide the owner with almost unlimited possibilities to create a *bewind* either by act *inter vivos* or by a will.

56 So far we have limited ourselves to analogies to the trust of the civil law systems on the Continent of Europe. It should be noted that other systems not based on common law and equity also have trust-like devices. *E.g.* the Islamic *waqf* or *wakf*, is used both for charitable and family purposes. Unlike the trustee, however, the administrator of a *waqf* does not have ownership of the property which he administers. Notably since the Second World War, legislation in Egypt, Morocco and elsewhere has considerably reduced the applicability of the *waqf* which, particularly in respect of successions, had some of the adverse effects of the perpetual fideicommissary substitutions in that it made property (notably land) inalienable.[68]

57 Maitland, in one of his famous Essays on Equity proudly wrote that the trust *'perhaps forms the most distinctive achievement of English lawyers. It seems to us almost essential to civilization, and yet there is nothing quite like it in foreign law. Take for instance the Bürgerliches Gesetzbuch – the Civil Code of Germany –; where is trust? Nowhere. This in the eyes of an English practitioner is a big hole. Foreigners do not see that there is*

tions fidéicommissaires. Il n'est pas surprenant que la Révolution française ait vigoureusement réagi contre un pareil système. Le Code civil de 1804 a interdit toutes les substitutions fidéicommissaires, ainsi que toutes dispositions par testament ou par donation au profit de personnes non encore conçues. Ces règles ont été quelque peu atténuées dans la plupart des systèmes modernes de droit civil, mais de sévères restrictions sont encore imposées en ce domaine.

55 Comme nous l'avons signalé, le fideicommis diffère fondamentalement du trust testamentaire dans la mesure où l'héritier peut – parfois dans certaines limites – disposer des biens de son vivant[66].
Le droit allemand présente cependant une plus grande analogie avec le trust testamentaire, en ceci que le testateur peut refuser à l'héritier le droit de disposer des biens, en désignant un exécuteur testamentaire *(Testamentsvollstrecker)*. L'héritier reste bien le propriétaire des biens successoraux, mais l'exécuteur testamentaire seul a le droit d'en disposer, en suivant les instructions du testateur. Le bénéficiaire est protégé contre les cessionnaires du *Testamentsvollstrecker* dans la mesure où ceux-ci ne sont pas des acheteurs de bonne foi, à titre onéreux[67].
Le *«bewind»* néerlandais constitue un cas particulier. Il prend souvent, mais pas toujours, la forme de dispositions testamentaires. Le *bewind*, comme le trust, est basé sur une division entre administration et jouissance des biens. A la différence du trust, cependant, la propriété est dévolue au bénéficiaire, qui ne peut pourtant pas céder les biens sans le consentement de l'administrateur. Dans le droit hollandais, le domaine d'application du *bewind* est limité. Le Livre 3 du projet de nouveau Code civil, articles 3.6.1.1. et s. ouvre au *bewind* des possibilités beaucoup plus vastes, et ce *bewind* entend remplacer virtuellement tous les rapports fiduciaires. Le propriétaire aura des possibilités presque illimitées pour créer un *bewind*, soit par un acte *inter vivos*, soit par testament.

56 Nous nous sommes limités jusqu'ici à montrer les institutions analogues au trust que l'on trouve en droit civil de l'Europe continentale. Il faut signaler que d'autres systèmes de droit, qui ne reposent pas sur le *common law* et l'*equity*, reconnaissent aussi des procédés voisins du trust. Par exemple, le *wakf* du droit musulman est utilisé à des fins charitables ou familiales. Contrairement au *trustee*, l'administrateur du *wakf* n'est pas propriétaire des biens qu'il gère. Après la Deuxième Guerre Mondiale, des lois promulguées en Egypte, au Maroc et ailleurs, ont considérablement restreint les applications du *wakf* qui, surtout en matière successorale, avait eu certains des effets négatifs des substitutions perpétuelles du *fideicommissum* en rendant des biens inaliénables, le plus souvent des terres[68].

57 Maitland, dans un de ses célèbres *Essays on Equity*, a écrit avec fierté que le trust *«constitue peut-être l'oeuvre la plus remarquable des juristes anglais. Pour nous, il paraît presque indispensable à la civilisation, et pourtant il n'existe rien de semblable dans le droit étranger. Prenons par exemple le* Bürgerliches Gesetzbuch *– le Code civil allemand: où se trouve le trust? Nulle part. Aux yeux d'un homme de loi anglais, c'est une grosse lacune. Les*

[66] The same is true for other testamentary arrangements such as the so-called 'joint will' permitted in some countries.
[67] *Cf.* H. Kötz, *Trust and Treuhand*, 1963, p. 93 *et seq.*
[68] J.D.N. Anderson, 'Islamic Law' in *Int. Enc. of Comparative Law*, Vol. VI, ch. 2, p. 105. See also Fratcher, *op. cit.*, p. 108 *et seq.*

[66] Cela est aussi vrai pour d'autres dispositions testamentaires, notamment le «testament joint» autorisé dans certains pays.
[67] *Cf.* H. Kötz, *Trust und Treuhand*, 1963, p. 93 et s.
[68] J. D. N. Anderson, «Islamic Law», dans *Int. Enc. of Comp. Law*, Vol. VI, chapitre 2, p. 105. Voir aussi Fratcher, *op.cit.*, p. 108 et s.

any hole. 'I cannot understand your trust' said Gierke to me. We must ask why this is so. Well, the trust does not fit easily into what they regard as the necessary scheme of jurisprudence...'[69]

In all humbleness, a civil lawyer will submit that, instead of a big hole, civil law offers a *bouquet* of institutions which either alone or in combination fulfil most if not all of the functions of a trust. By instituting an independent juristic entity (a corporation or foundation), by setting up a contractual network of relationships, by transferring proprietary rights, by certain testamentary dispositions, and, most often, by a combination of two or more of these legal devices, it is possible to arrive at results which are very similar to those which common law systems have achieved through the trust. None of these institutions *per se*, however, can be seen as an adeqeuate translation of the trust concept. Thus, the civilian lawyer is somewhat in a position of the (educated) layman who is told by the physicist that the same phenomenon may be seen both as having a 'corporal' character and as having the characteristics of a 'wave'. Both are images, neither can *per se* explain the real nature of the phenomenon. This exhorts one to caution, particularly when it comes to finding ways of dealing with the trust and its effects in 'non-trust jurisdictions'.

étrangers ne s'aperçoivent pas de cette lacune. «Je suis incapable de comprendre votre trust», m'a dit Gierke. Nous devons nous demander pourquoi il en est ainsi. Eh bien, le trust ne se concilie pas facilement avec ce qu'ils considèrent comme les catégories nécessaires du droit...»[69].

En toute humilité, un juriste de droit civil suggère que plutôt qu'une grosse lacune, le droit civil offre un bouquet d'institutions qui, prises soit seules, soit en les combinant entre elles, remplissent la plupart des fonctions du trust, sinon toutes. En instituant une entité juridique indépendante – une société ou une fondation –, en mettant en place un réseau de rapports contractuels, en transférant des droits réels, en reconnaissant certaines dispositions testamentaires, et, le plus souvent, en combinant deux ou plusieurs de ces procédés juridiques, il est possible d'arriver à des résultats très similaires à ceux que la *common law* obtient grâce au trust. Mais aucune de ces institutions *per se* ne peut être considérée comme une traduction adéquate de la notion de trust. C'est ainsi que le juriste de droit civil se trouve un peu dans la situation d'un profane (cultivé) auquel un physicien explique que le même phénomène peut être considéré comme ayant un caractère «corporel» et aussi les caractéristiques d'une «vague». Il s'agit de deux images dont aucune ne peut *per se* expliquer la nature réelle du phénomène. Cela exhorte à la prudence, surtout quand on cherche à découvrir comment il faut traiter le trust et ses effets dans des Etats «non-trusts».

CHAPTER III – MODERN FUNCTIONAL USES OF THE TRUST DEVICE

A *Estate planning*

58 What is 'estate planning'? To answer this question we should like to quote from the prologue to a leading American case-book on the subject, as follows:

'... The subject matter deals principally with what is conventionally known as the law of wills, gifts, future interests, trusts, estate administration, and estate and gift taxation. Practically all the legal doctrines and practices that are found under these rubrics are functionally related to the disposition of family wealth in two ways. First, the social process with which we are concerned is the allocation and transmission of wealth under conditions where the claimants have not given consideration that can be valued in money or money's worth. In most, but not all, cases these conditions arise where the claimants are members of the prior owner's family or where there is a donative transfer. For simplicity we may refer to this social process as the disposition of family wealth. The specific practices and doctrines by which family wealth is allocated among various claimants can be broken down, for convenient handling, into the law of wills, the law of trusts, and the law of future interests, and so forth. But from a functional viewpoint all this law interrelates as part of one wealth transmission process. The social values sought in this process give rise to community policies. The same

[69] F.W. Maitland, *Equity, a course of lectures*, p. 23.

CHAPITRE III – LES EMPLOIS FONCTIONNELS MODERNES DU TRUST

A *Accommodements successoraux* (estate planning)

58 Qu'entend-on par *«estate planning»* (accommodements successoraux)? Pour répondre à cette question, nous citerons le préambule que lui consacre un manuel américain réputé:

«... The subject matter deals principally with what is conventionally known as the law of wills, gifts, future interests, trusts, estate administration, and estate and gift taxation. Practically all the legal doctrines and practices that are found under these rubrics are functionally related to the disposition of family wealth in two ways. First, the social process with which we are concerned is the allocation and transmission of wealth under conditions where the claimants have not given consideration that can be valued in money or money's worth. In most, but not all, cases these conditions arise where the claimants are members of the prior owner's family or where there is a donative transfer. For simplicity we may refer to this social process as the disposition of family wealth. The specific practices and doctrines by which family wealth is allocated among various claimants can be broken down, for convenient handling, into the law of wills, the law of trusts, and the law of future interests, and so forth. But from a functional viewpoint all this law interrelates as part of one wealth transmission process. The social value sought in this process give rise to community policies. The same

[69] F. W. Maitland, *Equity, a course of lectures*, p. 23.

community policies run (or ought to run) all through all this law.
The second way in which this law is functionally interrelated can easily be seen if we shift our perspective to that of the estate planner. A competent attorney must understand how this law functions as part of the social process; to give sound advice the attorney must have insight into which doctrines are dying, which are growing, and which, from a policy perspective, are functional equivalents. But the role of a competent estate planner requires much more than this. The estate planner must examine alternative methods for disposing of property to carry out the client's objectives. The planner must consider the advantages and disadvantages of various kinds of inter vivos dispositions and of various kinds of testamentary dispositions, and must assess the tax implications of the alternatives. These problems cannot be compartmentalized as problems solely involving wills or gifts or trusts. Proper estate planning requires moving in and out of, and comparing, all these areas of the law.'[70]

59 The trust device, unlike the *fideicommissum*, which is only a testamentary institution, is employed for the whole range of family wealth transactions. Trusts are frequently established by an *inter vivos* transfer to a trustee, and the purposes to be achieved may relate both to the allocation and disposition of property during the life of the transferor and to its allocation and disposition after his death. An *inter vivos* trust may be for a term of years, or it may terminate on the occurrence of a set condition such as the transferor's death or the death of all of the beneficiaries, or it may continue on after the transferor's death, perhaps acquiring new property into the trust *res* by reason of a 'pour-over' provision[71] in the transferor's will. It is also possible, although for tax reasons frequently not very desirable, for the owner of property to execute a 'declaration of trust' by which he himself becomes the trustee of the property under the terms of that trust instrument.

60 But it is not possible here to discuss in detail the diverse forms which trusts take in the course of family wealth transactions. These range very widely. One type of trust, referred to as an 'income trust', might take a rigid format such as: regular annual payment of the income from the trust to a beneficiary for life, followed by distribution of the remaining trust assets (both principal and income) in equal shares to the surviving children of the beneficiary upon the beneficiary's death, provided that if a child has predeceased the beneficiary, that child's share would pass in equal shares to any children of that child who should survive the beneficiary.
A more flexible format for the trust might provide that the beneficiaries would be the children and grandchildren of the settlor and that the trustee would have the discretion during the term of the trust to pay over any part or all of the trust income or principal to or for the benefit of any beneficiary in the trustee's discretion; upon the termination of the trust the then remaining principal and income would be divided among the surviving beneficiaries in the portions which a specified

[70] J. Dukeminier and S. Johanson, *Family Wealth Transactions: Wills, Trusts and Estates*, 2nd ed. 1979, pp. 3–4 (passage quoted by permission of the authors).
[71] A 'pour-over' provision in a will is drafted so that additional property will pass under the will directly to the trustee of an existing trust, established by the testator during his lifetime. Such provisions have been authorized in many states of the United States by adoption of the Uniform Testamentary Additions to Trusts Act.

community policies run (or ought to run) all through all this law.
The second way in which this law is functionally interrelated can easily be seen if we shift our perspective to that of the estate planner. A competent attorney must understand how this law functions as part of the social process; to give sound advice the attorney must have insight into which doctrines are dying, which are growing, and which, from a policy perspective, are functional equivalents. But the role of a competent estate planner requires much more than this. The estate planner must examine alternative methods for disposing of property to carry out the client's objectives. The planner must consider the advantages and disadvantages of various kinds of inter vivos dispositions and of various kinds of testamentary dispositions, and must assess the tax implications of the alternatives. These problems cannot be compartmentalized as problems solely involving wills or gifts or trusts. Proper estate planning requires moving in and out of, and comparing, all these areas of the law.»[70]

59 Le trust, contrairement au *fideicommissum* qui est une institution purement testamentaire, est utilisé dans la gamme entière des opérations familiales à caractère patrimonial. Des trusts sont souvent constitués par un transfert entre vifs du constituant à un *trustee*, et les buts recherchés peuvent porter tant sur l'attribution et la disposition des biens au cours de l'existence du constituant, que sur leur attribution et leur disposition après son décès. Un trust entre vifs peut être constitué pour un nombre d'années déterminé, ou il peut prendre fin quand une condition prévue a été remplie, le décès du constituant ou le décès de tous les bénéficiaires par exemple. Le trust peut aussi continuer après la mort du constituant, les avoirs du trust pouvant parfois s'accroître en raison d'une disposition de *«pour-over»* du testament du constituant[71]. De même, il est possible – bien que cela présente fréquemment des inconvénients d'ordre fiscal – que le propriétaire de biens signe une «déclaration de trust» par laquelle il se désigne lui-même comme *trustee* des biens, aux termes de cet acte.

60 Mais il est impossible d'étudier ici en détails les diverses formes que les trusts peuvent prendre à l'occasion d'opérations portant sur le patrimoine familial. Leur liste est très longue. Tel trust peut revêtir une forme rigide: par exemple, le revenu annuel régulier du trust doit être versé à un bénéficiaire sa vie durant, après quoi les avoirs restants du trust (capital et revenus) seront répartis à parts égales entre les enfants survivants du bénéficiaire au décès de celui-ci, sous réserve que si l'un des enfants meurt avant le bénéficiaire, la part de cet enfant sera répartie entre chacun des enfants qui aura survécu au bénéficiaire.

Le trust peut prendre une forme plus souple, et prévoir que les bénéficiaires seront les enfants et les petits-enfants du *settlor* (le constituant) et que le *trustee* pourra, pendant toute la durée du trust, verser, à son entière discrétion, une certaine part – ou la totalité – des revenus ou du capital du trust à un bénéficiaire ou à son profit; quand le trust aura pris fin, le capital et les revenus restants devront être repartis entre les bénéficiaires survivants, dans des proportions qu'une personne

[70] J. Dukeminier et S. Johanson, *Family Wealth Transactions: Wills, Trusts and Estates*, 2ème éd., 1979, p. 3–4 (passage cité avec la permission des auteurs).
[71] Dans un testament, une disposition de «pour-over» ést rédigée de telle sorte que des biens additionnels seront transférés aux termes du testament directement au *trustee* d'un trust constitué par le testateur durant sa vie. De telles dispositions ont été autorisées dans plusieurs états des Etats-Unis par l'adoption du *Uniform Testamentary Additions to Trusts Act*.

person might direct by will, or by power of appointment executed during the term of the trust. Colourful names have been coined to describe in graphic terms the various forms of such 'discretionary trusts', such as 'sprinkle' trusts, 'spray' trusts, etc.[72]

61 We shall next discuss some of the considerations which go into the determination of whether to use a trust in carrying out an estate plan, and the form which any such trust shall take.

Legal considerations

62 A number of legal considerations affect the decision as to whether a trust shall be used in a given circumstance; for example, in community property states of the United States such as California and Texas, the would-be settlor may have the full management powers over property which has been acquired as a result of his labour over the years, but the settlor's spouse may have the technical ownership of one half of that property because of its classification as community property. Thus the settlor may have the power to dispose by will of only half of such property; and likewise a transfer of such property into a trust by gift *inter vivos* may subsequently be set aside as being in fraud of the spouse's community property rights, in so far as that spouse's one half of the community assets has been transferred into the trust.
In non-community property states of the United States frequently a one third or one half share of the property of a deceased spouse is reserved to the surviving spouse under statutes which have modified the common law rules of dower and curtesy. A testamentary trust which impinges on the surviving spouse's 'statutory share' may be set aside at the election of the surviving spouse.

63 Estate planning therefore in jurisdictions which have the trust device will involve consideration of the indefeasible legal rights of the surviving spouse, and an effort may be made to provide an inducement to the surviving spouse not to assert such legal rights. Thus the testator may attempt by will to leave all property in a trust, the entire income of which would go to the surviving spouse during his or her lifetime, following which the remainder would go to the couple's children. The inducement to the surviving spouse to give up the legal rights to one half or one third of the property would be access to the income of all the property during that spouse's lifetime.
The surviving spouse, who has been put to such an 'election' between that spouse's legal right to a community share or a statutory reserved share of the property which the deceased's will purports to cover, may renounce the will and thereby alter the impact of the will. Normally, by renouncing the will the surviving spouse forfeits any benefits provided to that spouse under the will itself. If the will is filed for probate, the other legatees will then receive a reduced share of the estate which may remain in trust. Thus, under the illustration mentioned in the preceding paragraph, the trust assets would be reduced by one half or one third, depending on the statutory

[72] See Dukeminier and Johanson, *op. cit.* p. 882.

désignée pourra fixer soit par testament, soit en vertu d'un acte signé pendant la durée du trust. On a trouvé des noms colorés pour désigner ces diverses formes de trusts «discrétionnaires», par exemple *«sprinkle»* trusts (trusts «d'aspersion») ou *«spray»* trusts (trusts de «vaporisation») etc.[72].

61 Nous étudierons à présent certaines des considérations qui permettent de décider si l'on doit recourir à un trust pour «accommoder une succession» et quelle forme un tel trust doit prendre.

Considérations juridiques

62 Plusieurs considérations entrent en jeu pour décider si, dans un cas déterminé, il convient d'utiliser le trust. Aux Etats-Unis, par exemple, dans les états où existe la communauté de biens, tels que la Californie et le Texas, le *settlor* en puissance peut avoir pleins pouvoirs de gestion sur les biens acquis au fil des années, grâce à son travail, mais son conjoint peut juridiquement être propriétaire de la moitié de ces biens, qui sont considérés comme des biens communautaires.
Par conséquent, le *settlor* peut n'avoir le droit de disposer par testament que de la moitié de ces biens; pareillement, un transfert de tels biens au profit d'un trust, au moyen d'une donation entre vifs, peut être annulé par la suite, parce qu'il méconnaît les droits de propriété du conjoint dans la mesure où la part de ce dernier dans les biens de la communauté a été transférée au trust.
Dans les états «non communautaires» des Etats-Unis, il est fréquent que le tiers (ou la moitié) des biens d'un conjoint décédé soit «réservé» au conjoint survivant, en vertu des lois qui ont modifié les règles de *common law* en matière de douaire et des droits du mari survivant *(curtesy)*. Un trust testamentaire, qui ne tient pas compte de la «part légale» du conjoint survivant, peut être annulé, si celui-ci le demande.

63 Accommoder une succession là où le trust est reconnu oblige donc à prendre en considération les droits inviolables du conjoint survivant: un effort peut donc être fait pour que celui-ci ait intérêt à ne pas se prévaloir des droits que la loi lui confère. C'est ainsi que le testateur peut vouloir constituer tous ses biens en trust, dont les revenus seraient intégralement versés au conjoint survivant sa vie durant, le restant revenant ensuite aux enfants du couple. L'avantage que le survivant trouverait à ne pas invoquer ses droits sur la moitié (ou le tiers) des biens légués au trust serait de toucher pendant toute sa vie les revenus produits par la totalité des biens de la succession.
Le conjoint survivant, tenu de la sorte de «choisir» entre les droits que la loi lui confère sur sa part, qu'elle soit communautaire ou réservataire des biens dont le testament du défunt prétend disposer, peut renoncer au testament dont la portée se trouve ainsi modifiée. Normalement, le conjoint survivant, quand il renonce au testament, perd, sauf sa part légale, tout ce que le testateur lui aurait laissé. Les autres légataires recevront alors une part réduite du surplus des avoirs successoraux restant en trust. Dans l'exemple donné plus haut, les avoirs du trust seront réduits, soit de la moitié, soit du tiers, selon les dispositions de la loi; dans ce cas, le

[72] Voir Dukeminier et Johanson, *op.cit.*, p. 882.

provision; then the surviving spouse would no longer be an income beneficiary under the trust but would receive one half or a third of the assets as of right, and the children would immediately become the beneficiaries of a trust in the remaining one half or two-thirds.[73]

64 We have already mentioned in the second Chapter of this Report certain structural considerations which may affect the validity of the trust, such as violation of the rule against perpetuities or of the rule against limitations on alienation of property, or violation of provisions of law limiting or prohibiting testamentary transfers for charitable purposes. We might mention here another practice sometimes used in estate planning which may defeat a beneficiary's right to participation in a trust. Many wills in the United States of America include a clause which is known as a 'no contest' clause or *in terrorem* clause, which provides that any beneficiary named in the will who contests the will or any of its provisions will thereby forfeit participation in any benefits thereunder. Of course, if the beneficiary succeeds in having the will set aside, he will receive his intestate share; but if he attacks the will and fails, he will receive nothing. Even so, an attack on certain provisions of the will as being in violation of the rule against perpetuities, for example, or in violation of statutes restricting charitable gifts may be viewed as not being a *contest* but simply being a suit for construction of the will.[74]

The foregoing descriptions do not purport to contain an exhaustive list of legal considerations involved in the setting up of trusts for estate planning purposes. They are only a sample of some special legal considerations which come into play. A trust established for illegal purposes would of course fail, because trusts fall under equitable jurisdiction, and that jurisdiction exists to fulfil the law, not to condone violation of it. The maxim remains that one must come into equity 'with clean hands'.

Even provisions of a trust which are not illegal but which violate strong public policy may be held to be void as against public policy. For example, a provision of a trust providing for its termination upon the divorce of a beneficiary has been held to be void as against public policy, where the provision was intended to induce the beneficiary to obtain a divorce from his spouse in order to obtain full rights in the trust property, free of the trust's limitations.[75]
It should perhaps be mentioned here that the beneficiaries of a private family trust have no liability for the actions of the trustee in the course of its administration, unless they incite the trustee to commit a wrongful act or conspire with him in carrying out such an act.

Administrative considerations

65 We have already discussed briefly[76] some of the considerations which go into the selection of a trustee.

[73] See, generally, Dukeminier and Johanson, *op. cit.*, pp. 520–522.
[74] Dukeminier and Johanson, *op. cit.*, p. 261.
[75] 'In re Estate of Gerbing', 61 Ill. 2d 503, 337 N.E. 2d 29, Supreme Court of Illinois 1975; Dukeminier and Johanson, *op. cit.*, pp. 922–927.
[76] See No 13, *supra*.

conjoint survivant ne bénéficiera plus du tout des revenus du trust, mais recevra de plein droit la moitié (ou le tiers) du patrimoine successoral, et les enfants deviendront immédiatement les bénéficiaires d'un trust portant sur l'autre moitié (ou les deux tiers)[73].

64 Nous avons déjà signalé, dans le deuxième chapitre de ce Rapport, certaines considérations structurelles qui peuvent entacher la validité du trust, telles que la violation de la règle interdisant la perpétuité ou celle limitant le droit d'aliéner les biens, ou encore la violation des dispositions de la loi limitant ou prohibant des transferts par voie testamentaire dans des buts charitables. Nous pouvons faire mention ici d'un autre procédé parfois utilisé pour accommoder une succession, dont le résultat sera que le bénéficiaire ne recevra pas la part à laquelle il a droit en vertu du trust. Aux Etats-Unis d'Amérique, nombreux sont les testaments qui comprennent une clause appelée *«non contest»* clause ou *in terrorem* clause stipulant que tout bénéficiaire désigné dans un testament qui attaquerait celui-ci, ou l'une quelconque de ses dispositions, perdrait tout ce qui lui revient en vertu du testament. Naturellement, si le bénéficiaire attaque le testament et gagne son action, il recevra sa part successorale *ab intestat*; par contre, s'il perd, il ne recevra rien. Toutefois, le fait d'attaquer certaines des dispositions du testament, parce qu'elles violeraient la règle interdisant la perpétuité, par exemple, ou les lois limitant les legs charitables, peut ne pas être considéré comme «attaquer» le testament, mais simplement comme une action en «interprétation» de celui-ci[74].
Les explications qui précèdent n'ont pas la prétention de donner une liste exhaustive des questions juridiques que pose la création de trusts destinés à accommoder une succession. Il ne s'agit que de quelques échantillons des questions juridiques particulières qui entrent en jeu. Il est évident qu'un trust créé dans un but illégal ne peut pas réussir, parce que les trusts sont soumis à la juridiction de l'*equity*, et que celle-ci existe pour pallier les imperfections de la loi, et non pas pour fermer les yeux quand elle est violée. Le dicton selon lequel il faut se présenter en *equity* «les mains nettes» demeure toujours valable.
Même les dispositions d'un trust qui, sans être illégales, violent des règles d'ordre public très strictes, peuvent être annulées comme contraires à l'ordre public. Par exemple, on a jugé nulles, parce que contraires à l'ordre public, les dispositions d'un trust prévoyant qu'il prendrait fin en cas de divorce du bénéficiaire, cette disposition devant inciter le bénéficiaire à obtenir le divorce pour avoir seul tous les droits sur les biens du trust ainsi libérés de la restriction qu'il prévoyait[75].
On doit peut-être signaler ici au lecteur que les bénéficiaires d'un trust de famille n'ont aucune responsabilité pour les activités du *trustee* au cours de l'administration du trust, sauf dans les cas où ils incitent le *trustee* à commettre un acte illicite ou l'aident à accomplir un tel acte.

Considérations relatives à la gestion

65 Nous avons exposé brièvement dans ce Rapport[76] quelques-unes des considérations qui interviennent

[73] Voir, d'une façon générale, Dukeminier et Johanson, *op.cit.*, p. 520–522.
[74] Dukeminier et Johanson, *op.cit.*, p. 261.
[75] «In re Estate of Gerbing», 61 Ill. 2d 503, 337 N.E. 2d 29, Supreme Court of Illinois 1975; Dukeminier et Johanson, *op. cit.* p. 922–927.
[76] Voir *supra*, No 13.

When the purpose of the trust is estate planning for a family, these considerations crystallize first around the question of whether a suitable family member can be found to serve as individual trustee. The person in question should if possible be a trustworthy family member with knowledge of investments and successful experience at investing, unless the trust property is already fully committed to certain investments. As an example of the latter case, the trust might consist of Southfork, the family homestead, or it might consist of the Ewing Oil Company, a family-owned corporation, and the head of the family clan might direct that neither of those essential assets be sold during the term of the trust.

We return however to the problem of finding a trustworthy individual. In small estate situations this problem may be overcome by requiring the trustee to furnish a bond securing the faithful performance of his or her services. This type of bond is known in common law countries and such bonds are normally written by insurance companies under the general classification of 'fidelity' bonds, although of course it is possible for a bond to be provided by another individual who can show the ownership of assets sufficient to support the bond.
With a family member, however, a bond should not be taken as a substitute for competence. Otherwise the family estate plan may fall apart because the trustee's incompetence leads to claims being made under the bond, or to refusal by the bonding company to grant or to renew the trustee's bond. In addition, where large estates are involved, the costs of bonding at a sufficient level to cover the possible incompetence or infidelity of the trustee may be prohibitive, since the premium will be tailored to the risk, *i.e.* the size of the assets in the trust estate to be administered.

66 Some of the problems encountered in selecting an individual trustee may be overcome by establishing a board of trustees. Thus in a family situation a board of three trustees might be chosen, and the trust instrument might specify that the vote of a majority would control for decisions on investment policy, or on discretionary distributions, or the instrument might specify that the assent of all trustees was required for action on the part of the trust. The danger of requiring all trustees to assent to action is that, in the event of serious or continuing disagreement, a stalemate might develop in which the minority was blocking all action on the part of the board. This could lead to both the cost and discomfort of having to seek instructions from a court in order to break the deadlock.

In a family situation, the board might consist of one or two mature members of the family who are familiar with the particular characteristics and needs of the beneficiaries, and possibly also of a lawyer or accountant who could provide more objective judgment based on experience with a broader range of family situations, as well as a professional background which would be useful in avoiding any administrative problems. Unless the accountant or lawyer is a member of the family, however, this would normally entail fees for the time spent on the administration of the trust, which could overburden a small trust estate.

67 Where no suitable family member or combination of family members is available, a settlor may appoint

dans le choix d'un *trustee*. Quand l'objet du trust est d'accommoder une succession, ces considérations se cristallisent en premier lieu autour de la question de savoir si l'on pourra trouver un membre de la famille capable de remplir les fonctions de *trustee* individuel. Cette personne doit, si possible, être un membre de la famille digne de confiance et posséder aussi des connaissances en matière d'investissements et avoir une expérience heureuse en ce domaine, sauf si les biens du trust ont une destination prévue. Pour des exemples de tels cas, citons Southfork une demeure ancestrale, et la Ewing Oil Company, une grosse affaire de famille: le chef de la famille pourrait, dans ces deux cas, décider que les principaux avoirs du trust ne soient pas vendus tant que celui-ci subsiste.
Mais revenons au problème de la recherche d'une personne de confiance. S'il s'agit de petites successions, le problème peut être résolu en obtenant du *trustee* qu'il fournisse une caution pour garantir la loyauté de sa gestion. Les cautions de ce genre sont fréquentes dans les pays de *common law* et elles sont en général souscrites par des compagnies d'assurance, sous le nom de *«fidelity bonds»* (cautions de fidélité). Bien entendu, une caution peut être fournie par un simple particulier, s'il peut établir que ses propres biens sont suffisants pour qu'il puisse éventuellement honorer la caution.
Mais, quand il s'agit d'un membre de la famille, fournir caution ne doit pas être considéré comme remplaçant la compétence. Sinon, le plan successoral de la famille pourrait s'effondrer, parce que l'incompétence du *trustee* pourrait donner ouverture à des actions découlant de la caution, ou parce que la société assurant le cautionnement refuserait de fournir la caution ou de la renouveler. De plus, quand d'importantes successions sont en jeu, le coût d'une caution d'un montant suffisant pour couvrir les risques que l'incompétence ou l'infidélité du *trustee* peuvent faire courir pourrait être prohibitif, la prime étant calculée en fonction du risque encouru, c'est-à-dire de la valeur des avoirs du trust à gérer.

66 Certains des problèmes rencontrés en choisissant un *trustee* particulier peuvent être résolus en constituant un conseil de *trustee*. On peut, dans le cas d'une famille, constituer un conseil composé de trois *trustees*, et l'acte constitutif du trust peut spécifier que les décisions concernant la politique d'investissements ou les distributions discrétionnaires devront être prises à la majorité. L'acte pourrait encore prévoir que le trust ne pourrait agir qu'avec l'assentiment de tous les *trustees*. Le danger d'exiger le consentement unanime des *trustees* est qu'en cas de désaccords profonds ou persistants, on risque de voir la situation s'éterniser et la minorité empêcher le conseil de prendre une décision quelconque. Il faudrait alors supporter les frais et les désagréments d'une demande d'instructions adressée au tribunal, ce qui serait nécessaire pour sortir de l'impasse.
Dans le cas d'une famille, le conseil pourrait être composé d'un ou de deux membres d'âge mûr de la famille et connaissant bien la personnalité et les besoins des bénéficiaires: le conseil pourrait aussi comprendre un avocat ou un expert-comptable dont le jugement plus objectif, reposant sur une plus vaste connaissance d'affaires familiales, ainsi que sur une expérience professionnelle, serait utile pour éviter que des problèmes de gestion se posent. Mais, sauf si l'avocat ou l'expert-comptable est un membre de la famille, il doit normalement être rémunéré pour le temps qu'il consacre à la gestion du trust, et le budget d'un trust modeste serait alors lourdement grevé.

67 Si l'on ne trouve aucun membre de la famille, ni aucune bonne combinaison de ses membres, le *settlor*

his solicitor as trustee, or he may appoint a professional trustee such as a bank or a trust company. This option will involve fees for the professional services of the trustee. In the case of banks or trust companies the management fees may be graduated according to the size of the assets in the trust, according to a fixed or a negotiated scale. In the absence of such a scale, a court may upon application fix the appropriate fee for services provided by a professional trustee.

Banks and trust companies have the advantage of economies of scale since, managing a number of trusts, they may spread the cost of doing the necessary research to make well informed investment decisions over a larger asset base. These savings become even more pronounced when the terms of the trust instrument and the laws under which they administer the trust estate permit the commingling of the assets of different trusts in a common trust fund, where investment policy and the execution of investment policy may be centralized and standardized.

In the United States the rules regarding 'insider trading' in securities such as stocks and bonds, have caused some administrative problems for the trust divisions of banks. The problem arises from the fact that activities of the commercial lending divisions of large banks may lead to their having inside information on the financial condition and prospects of companies whose securities are traded on the stock exchanges or in the over-the-counter market. Securities and exchange commissions' rules could cause liability for the misuse of such inside information if the trust division of the same bank were to have such information and act on it as a basis either for acquiring or selling securities of the business entity in question. One response to this problem of potential liability on the part of banks has been to erect a 'Chinese wall' between the commercial division and the trust division of the banks. Leaving aside the colourful image, this means that efforts are made to assure that inside information obtained by the commercial division of the bank cannot cross over to the trust division of the bank and thereafter be used in making investment decisions.[77]

68 It is also possible to mix the choice of an individual trustee with the appointment of a professional trustee, creating an individual and a bank or a trust company as co-trustees. Here the administrative duties may be assigned to the trust company, and the knowledge of the individual co-trustee of the family situation may be also brought to bear on decisions concerning discretionary distributions to beneficiaries in particular.[78]

69 Some further mention should perhaps be made here of the problem of conflict of interests. We have already mentioned the difficulty which may arise for a bank serving as a professional trustee in maintaining the appearance and the reality of separation of its commercial banking activities from its trust investment activities. Conflicts of interest may also arise for individual

[77] See L. Herzel and D. Colling, 'The Chinese wall and conflict of interests in banks', *The Business Lawyer*, Vol. 34, p. 73 (1978).
[78] Concerning some of the problems of an individual and a trust company as co-trustees, see D. Waters 'Trust and trustees – a *cause célèbre:* measure of damages for breach of trust – duties and liabilities as co-trustees – professional trustees – standard of care', *Canadian Bar Review*, Vol. 55, pp. 342–370 (1977).

peut désigner son *solicitor* comme *trustee*, ou encore choisir un *trustee* professionnel par exemple une banque ou un trust *company* (société de trusts). Cette décision implique de rémunérer les services du *trustee*. Dans les cas de banques ou de *trust companies*, la rémunération peut être graduée, suivant l'importance des avoirs du trust, selon un barème établi ou négocié. En l'absence d'un tel barème, le tribunal peut être saisi pour fixer la rémunération appropriée aux services rendus par un *trustee* professionnel.
Les banques et les *trust companies* ont la possiblité d'offrir des barèmes avantageux, parce qu'elles gèrent de nombreux trusts, et peuvent ainsi répartir, sur une base élargie, les frais des recherches indispensables pour prendre de saines décisions au sujet de leurs placements. Les économies ainsi réalisées peuvent devenir plus grandes encore quand les termes de l'acte constitutif du trust, et les lois auxquelles sa gestion est soumise, autorisent la réunion, dans un fonds commun, des avoirs de plusieurs trusts, ce qui permet de centraliser et d'uniformiser la politique d'investissements et l'application de cette politique.
Aux Etats-Unis, les règles relatives à «l'*insider trading*» (affaires faites par des initiés) portant sur des titres tels que des actions et des obligations de société ont posé des problèmes de gestion aux services des trusts des banques. Le problème est le suivant: dans les grandes banques, les activités des services des prêts commerciaux peuvent leur permettre de recueillir des informations confidentielles sur la situation financière et les perspectives des sociétés dont les titres sont négociés en bourse ou sur les marchés parallèles. Les Commissions boursières peuvent estimer engagée la responsabilité de ceux qui se serviraient abusivement de ces informations confidentielles, par exemple si le service des trusts d'une banque, qui a obtenu de tels renseignements, s'en sert pour faire des opérations d'achat ou de vente portant sur les titres de la société en question. Une des solutions du problème de la responsabilité éventuelle des banques a été d'élever une «muraille de Chine» entre les services commerciaux des banques et leurs services de trusts. Même en laissant de côté cette image haute en couleur, cela signifie que de grands efforts ont été faits pour empêcher les informations privées recueillies par les services commerciaux des banques, de se propager dans leurs services des trusts, pour que celui-ci décide ensuite quels placements il convient de faire[77].

68 Il est aussi possible de combiner le choix d'un *trustee* individuel avec la désignation d'un *trustee* professionnel, en nommant comme *co-trustee* une banque ou une *trust company*. Dans ce cas, la gestion proprement dite est confiée à la *trust company*, tandis que la connaissance que le *trustee* individuel a de la situation familiale peut aussi être utile, notamment quand il y a des décisions à prendre au sujet de répartitions discrétionnaires à faire aux bénéficiaires[78].

69 Peut-être faut-il faire mention ici du problème des conflits d'intérêts. Nous avons déjà signalé combien il est difficile à une banque, qui remplit les fonctions de *trustee* professionnel, de maintenir l'apparence et la réalité d'une séparation entre ses activités commerciales et les placements qu'elle fait en qualité de *trustee*. Des conflits d'intérêts peuvent également naître pour des

[77] Voir L. Herzel et D. Colling, «The Chinese wall and conflict of interests in banks», *The Business Lawyer*, Vol. 34, (1978) p. 73.
[78] Au sujet de quelques-uns des problèmes posés aux individus et aux sociétés de trusts en leur qualité de co-*trustees*, voir D. Waters, «Trust and trustees – a cause célèbre: measure of damages for breach of trust – duties and liabilities as co-trustees –professional trustees – standard of care», *Canadian Bar Review*. Vol. 55 (1977), p. 342–370.

trustees where they buy or sell trust property, profit individually from the information or the position derived from operation of the trusteeship, or enter into competition with the trust. The position generally taken by the equity courts on the standard of conduct required of the trustee has been stated as follows: *'... a trustee may not place himself in a position where his trusteeship duties and his personal interest may possibly conflict'.*[79]

A famous American judge has described the attitude of the courts towards the trustee's duty of loyalty as follows:

'Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the marketplace. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the 'disintegrating erosion' of particular exceptions. [Citations omitted.] Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgment of this court.'[80]

70 In England, the Public Trustee was established in 1906 as a corporation available in cases where there would be difficulty in finding someone willing to act as trustee of a particular trust. The Public Trustee cannot accept charitable trusts, insolvent estates or, normally, trusts involving the carrying on of a business.[81] Public Trustee Acts have been passed in some other jurisdictions and in some cases the Public Trustees have been given certain powers and duties in regard to 'protected persons'.[82]

71 The Judicial Trustee's Act 1896 in England established judicial trustees in order *'to provide a middle course in cases where the administration of the estate by the ordinary trustees had broken down and it was not desired to put the estate to expense of a full administration'* by the court.[83] The judicial trustee is an officer of the court and may seek directions from the court without the necessity of a formal application by summons. This points up the fact that the administration of a trust does not cease simply because the trustee appointed fails or refuses to act, unless the trust instrument specifies that the trust will terminate when a specific trustee is unavailable to carry out the trust. Under English law the trust property will vest in the deceased person's personal representatives on the death of a sole trustee and such representatives will have the same powers as those which the deceased trustee had. The personal representatives are not bound to accept the duties of trustees and may under Section 36 of the Trustee Act 1925 appoint new trustees. If need be, the court may

trustees individuels, lorsqu'ils achètent ou vendent des biens, ou lorsqu'ils profitent personnellement des informations ou de la situation découlant d'actes accomplis en exerçant les fonctions de *trustee*, ou encore lorsqu'ils se trouvent eux-mêmes en concurrence avec le trust. Le point de vue adopté par les tribunaux d'*equity*, sur la conduite qu'un *trustee* est tenu d'observer, a été exposé dans les termes suivants: «*..un* trustee *ne doit pas se mettre dans une situation telle que ses devoirs de* trustee *et ses intérêts personnels puissent entrer en conflit»*[79].
Un célèbre juge américain a décrit comme suit l'attitude des tribunaux à l'égard du devoir de loyauté qui incombe au *trustee:*

«Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the marketplace. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a traditon that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the «disintegrating erosion» of particular exceptions. [Citations omitted.] Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgment of this court.»[80]

70 En Angleterre, on a créé en 1906, le *Public Trustee*, sous la forme d'une société à laquelle on peut s'adresser quand personne n'accepte d'être le *trustee* d'un trust particulier. Le *Public Trustee* n'a le droit d'accepter ni des trusts de charité, ni des successions insolvables ni, en règle générale, des trusts qui impliquent la poursuite d'une affaire commerciale ou industrielle[81]. Dans quelques pays, des *Public Trustee Acts* ont été promulgués et les *Public Trustees* se sont parfois vu attribuer certains droits à l'égard des «personnes protégées»[82].

71 Le *Judicial Trustee's Act*, promulgué en 1896 en Angleterre, a instauré les *«judicial trustees»* (*trustees* judiciaires) pour ouvrir *«une voie médiane, dans les cas où la gestion des biens par un* trustee *ordinaire a échoué et où il n'est pas souhaitable de grever les biens des frais d'une gestion entièrement assumée par le tribunal»*[83]. Le *judicial trustee* est un fonctionnaire judiciaire qui peut demander des directives à celui-ci, sans être tenu de lui présenter une requête officielle par voie d'huissier. Cela montre clairement que la gestion d'un trust ne prend pas fin uniquement parce que le *trustee* désigné ne peut pas, ou ne veut pas, exercer ses fonctions, sauf quand l'acte constitutif du trust précise que le trust prendra fin si tel *trustee* déterminé n'est pas en mesure de mener sa tâche à bien. Aux termes de la loi anglaise, les biens du trust seront dévolus aux exécuteurs testamentaires ou administrateurs d'un *trustee* unique décédé et ceux-ci auront des droits identiques à ceux qu'avait le *trustee* décédé; ils ne sont pas tenus d'accepter les fonctions de *trustees* et ils peuvent, en vertu du *Trustee Act 1925*

[79] See Nathan and Marshall, *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, 7th ed. by D. J. Hayton (1980) at p. 511.
[80] Cardozo, J., in *Meinhard* v. *Salmon*, 249 N.Y. 458, 464, 164 N.E. 545, 546 (1928), cited in Dukeminier and Johanson, *op. cit.*, at p. 1156.
[81] Nathan and Marshall, *op. cit.*, p. 501. See also No 13, *supra*.
[82] See, for example, *Milanese* v. *Harburger* (1980) V.R. 652, in which the Supreme Court of Victoria (Australia), construing the provisions of the Public Trustee Act 1958 (Victoria) held that the rules of the Supreme Court of Victoria afforded a power to order the trustee to answer interrogatories on behalf of the protected person of unsound mind, the power to be exercised upon a consideration of all the circumstances with the object of doing justice . See *Commonwealth Law Bulletin*. Vol. 7. p. 971 (July 1981).
[83] Nathan and Marshall, *op. cit.*, p. 501 citing 'Jenkins J. in *Re Ridsdell*' (1947) ch. 597, 605.

[79] Voir Nathan et Marshall, *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, 7e éd. par D. J. Hayton (1980), p. 511.
[80] Cardozo, J., in *Meinhard* v. *Salmon*, 249 N.Y. 458, 464, 164 N.E. 545, 546 (1928), cité dans Dukeminier et Johanson, *op.cit.*, p. 1156.
[81] Nathan et Marshall, *op.cit.*, p. 501; voir également *supra*, No 13.
[82] Voir, par exemple, *Milanese* v. *Harburger* (1980) V.R. 652, une affaire dans laquelle la *Supreme Court of Victoria* (Australie) interprétant les dispositions du *Public Trustee Act* 1958 (Victoria) a jugé quelles règles de la *Supreme Court of Victoria* lui donnaient le droit d'exiger que le *trustee* réponde à des interrogatoires au nom d'une «personne protégée» faible d'esprit, ce droit pouvant être exercé par le juge après avoir étudié toutes les circonstances, afin de prononcer une décision équitable. Voir, *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 7, (juillet 1981), p. 971.
[83] Nathan et Marshall *op cit.* p. 501. citant «Jenkins J. in *Re Ridsdell*» (1947). Ch. 597, 605.

appoint new trustees under Section 41 of the Trustee Act 1925 or itself execute the trust.[84]

72 Recent factors in the administration of certain types of private trusts have brought another character into the cast of the fiduciary drama. Known as the 'protector', this new character has the power to oversee certain essential aspects of the work of the trustee, the protector's consent may be required for certain action by the trustee, and in some cases he may trigger action by the trustee. For example, certain modern 'mobile' trusts, established in jurisdictions such as Bermuda, allow for the possibility that the administration of the trust may be transferred from Bermuda to another location, which may also involve a change of trustees, as well as a transfer of the trust property.[85] The 'protector' may be given the responsibility under the trust instrument to determine when such a change in the situs of an administration of the trust is needed and therefore to give the directions for such a transfer of trust administration.[86] The need for the change in situs might arise because of public action unfavourable to the beneficiaries' interests, such as an adverse change in the tax laws. This development perhaps indicates most graphically the flexibility of the trust device and the fact that the cast of characters who enter into the drama is not fixed and forever limited. Thus it would be a mistake to try to devise a geometrical schematic drawing of the trust relationships, which are too dynamic to be encompassed within a static figure. The trust relationships may more actively be reflected in a flow chart, or even in several flow charts, which trace the dynamics of the various relationships and uses of the trust device.

Custodian trustees

73 Some 'trustees' may have simply a custodial function, holding the trust property and the documents of title. They may receive payments, but they may direct that payments of dividends and other trust income be made to the managing trustees, or directly to beneficiaries.[87] This is to be distinguished from the 'naked' trust, where the trustees hold property but their only duty is to distribute it to the beneficiaries.

Tax considerations

74 The fiscal treatment of trusts is a very complicated matter, and elaborate tax provisions have been developed in countries such as the United Kingdom and the United States to deal with the many possible variations of this device. It is beyond the scope of this Report to attempt a detailed description of the tax consequences of various types of private trusts which are used for

[84] Nathan and Marshall, *op. cit.*, p. 502.
[85] See R. A. Hendrickson, 'Change of Situs of a Trust, Part I', *Trusts and Estates*, January 1979, pp. 19–20.
[86] An alternate term for the protector is the 'advisor': he may be given the power to remove the trustee at any time and to appoint a successor trustee, who may be located in a different place. See Hendrickson, *op. cit.*, Part X, *Trusts and Estates*, October 1979, pp. 57–58.
[87] See Nathan and Marshall, *op. cit.*, p. 500.

(Section 36) désigner d'autres *trustees*. Le tribunal peut, en cas de nécessité, nommer de nouveaux *trustees*, aux termes du *Trustee Act 1925* (Section 41), ou exécuter lui-même le trust[84].

72 On a récemment vu apparaître un nouveau personnage parmi ceux qui interprètent ce drame judiciaire, parce que de nouveaux éléments sont entrés en jeu dans la gestion de certains trusts privés. Connu sous le nom de *«protector»*, ce nouveau personnage est chargé de surveiller certaines activités essentielles du *trustee* et parfois de mettre fin au trust; le consentement du *protector* peut être exigé pour certaines activités du *trustee* et, dans certains cas, le *protector* peut contraindre le *trustee* à agir. Par exemple, certains trusts «mobiles» récents, constitués dans des pays comme les Bermudes, offrent la possibilité de transférer la gestion du trust des Bermudes vers d'autres lieux, ce qui peut aussi impliquer un changement de *trustee*, ainsi qu'un transfert de la propriété des biens du trust[85]. Le «protecteur» peut avoir la responsabilité de décider, aux termes des dispositions de l'acte constitutif du trust, si ce changement du lieu où le trust est géré est nécessaire et par conséquent s'il doit donner l'ordre d'opérer le transfert[86]. Le besoin d'un changement de localisation du trust pourrait résulter d'un acte gouvernemental défavorable aux intérêts des bénéficiaires, comme par exemple une modification des lois fiscales dans le sens d'une plus forte imposition.
Ce développement est peut-être la preuve la plus convaincante de la souplesse du procédé du trust et du fait que, dans ce drame, les rôles ne sont pas distribués une fois pour toutes et pour toujours. Ce serait donc une erreur de chercher à dresser un graphique géométrique schématisé des rapports nés d'un trust; ils sont trop dynamiques pour figurer dans un tableau statique. Les rapports nés du trust se traduiraient plus fidèlement dans un *flow chart* (un schéma du mouvement des biens) qui montrerait la dynamique des rapports et les divers modes d'utilisation qui caractérisent le trust.

Custodian trustees (*trustees* conservateurs)

73 Certains *«trustees»* ont les fonctions d'une simple garde, ayant la possession des avoirs du trust et des titres de propriété. Ils ont le droit de recevoir des paiements, mais ils peuvent aussi décider que les dividendes et les autres revenus du trust seront versés aux *trustees* qui assurent sa gestion active, ou que ces sommes devront être payées directement aux bénéficiaires[87]. Il faut distinguer ce cas de celui des trusts *«dry»* ou *«naked»* (nus), dans lesquels les *trustees* détiennent les biens, mais ont pour seul devoir de les répartir entre les bénéficiaires.

Considérations fiscales

74 La manière de traiter les trusts du point de vue fiscal présente de grosses difficultés et d'importantes mesures fiscales ont été prises dans des pays tels que le Royaume-Uni et les Etats-Unis, mesures destinées à s'appliquer aux nombreuses formes de trusts. L'étendue du présent Rapport est trop restreinte pour que nous cherchions à décrire en détails les conséquences fiscales

[84] Nathan et Marshall, *op. cit.* p. 502.
[85] Voir R.A. Hendrickson, «Change of Situs of a Trust». Première Partie. *Trusts and Estates*, Janvier 1979, p. 19–20.
[86] Un autre terme pour «protecteur» est celui de «adviseur»: celui-ci peut se voir conférer les pouvoirs d'écarter en tout temps le *trustee* et de lui nommer un successeur qui peut résider dans un endroit différent. Voir Hendrickson, *op.cit.*, partie X, *Trusts and Estates*, octobre 1979, p. 57–58.
[87] Voir Nathan et Marshall, *op.cit.*, p. 500.

estate planning.[88] Therefore only a few general outlines will be given.

The settlor who wishes to create an *inter vivos* trust must consider whether there is an applicable gift or capital transfer tax on the transfer to the trustee and, if so, how the rates of that tax compare with the estate, inheritance or capital transfer tax rates which would be applicable to the same property if it remained in his estate at death.[89]

75 One of the strong motivations for creating a trust, either *inter vivos* or testamentary, may be the possibility of 'skipping' a generation of estate, inheritance or capital transfer taxes. For example, if the children of the settlor are all grown and self-supporting – perhaps even wealthy in their own right – the settlor may wish to create a trust for the benefit of his or her grandchildren. This will entail paying gift tax, estate or inheritance taxes or capital transfer taxes at the time of the transfer, but will avoid two successive applications of such taxes the first arising from the transfer of the property to the settlor's children and the second arising from the subsequent transfers from the settlor's children to their children. Suppose a settlor who is already eighty years of age and has children in their fifties and grandchildren in their twenties; this type of trust will ultimately save the settlor's total estate one entire generation of estate, gift, inheritance or capital transfer taxes. Indeed, the result within the family as a whole may also be to save income taxes, since the family members in their fifties may have higher incomes (and therefore higher tax brackets) than the grandchildren, who are in their twenties and just starting their working careers.[90]

The settlor, however, must be willing to pay a price in order to obtain such long-term tax savings. The transaction must be genuine. The settlor must not retain its enjoyment or else the fiscal authorities will 'look through' the transaction in order to ascertain its substance. If the settlor retains control or enjoyment, he or she may be charged with taxes on the trust income[91], and the trust *res* may be included in his or her estate for purposes of estate, inheritance or capital transfer taxes.[92]

Analogous practices in countries without the trust institution

76 We refer back to the description of 'estate planning' which was given at the beginning of this Chapter.[93] It has been seen that the overall context of estate planning includes not only the law of trusts, but also the law of wills, gifts, future interests, estate administration, and estate and gift taxation. Trusts, however, form

des différents genres de trusts privés qui servent à aménager une succession[88]. Nous ne pouvons qu'en esquisser les grandes lignes.

Le *settlor* qui désire constituer un trust entre vifs doit examiner si les transferts au *trustee* sont grevés d'un droit de mutation et, dans l'affirmative, de voir comment son taux se compare à celui de l'impôt successoral qui serait perçu si les biens transférés faisaient encore partie du patrimoine du *settlor* à son décès[89].

75 Un des motifs les plus sérieux pour établir un trust, soit entre vifs, soit par testament, est souvent la possibilité de «sauter une génération» d'impôts successoraux ou de droits de mutation sur les transferts. Par exemple, si tous les enfants du constituant sont des adultes subvenant à leurs propres besoins – ou même s'ils possèdent une fortune personnelle – le constituant peut vouloir créer un trust au profit de ses petits-enfants. Cela l'obligera, au moment du transfert, de payer un droit de mutation sur l'opération, mais évitera un double prélèvement, le premier opéré à l'occasion du transfert des biens au profit des enfants et le second au moment où ces biens seront dévolus aux propres enfants de ceux-ci. Imaginons le cas d'un *settlor* déjà âgé de 80 ans, dont les enfants ont atteint la cinquantaine et les petits-enfants sont âgés de 20 à 30 ans. Un trust du genre mentionné ci-dessus économisera en définitive à l'ensemble de la succession une «génération» entière de droits de mutation. En vérité, le résultat final permettra à la famille toute entière de payer moins d'impôts sur les revenus, puisque ses membres âgés de plus de 50 ans auront probablement des revenus plus élevés (et par conséquent, plus lourdement imposés) que les petits-enfants qui sont encore au début de leur carrière[90].

Mais le *settlor* doit être prêt à consentir un sacrifice immédiat pour réaliser à longue échéance des économies fiscales. L'opération doit être effective. Le *settlor* n'a pas le droit de se réserver la jouissance des biens, sinon les autorités fiscales ne manqueront pas de scruter les conditions de l'opération pour découvrir son objet véritable. Si le *settlor* s'est réservé le contrôle ou la jouissance des biens, un impôt sur les revenus du trust pourrait être mis à sa charge[91] et les biens du trust pourraient être inclus dans sa succession pour calculer l'impôt dont ils sont grevés[92].

Procédés analogues utilisés dans certains pays où l'institution du trust fait défaut

76 Nous renvoyons à la description des «accommodements successoraux» que l'on aura trouvée au début de ce chapitre[93]. Nous avons vu que le contexte général des accommodements successoraux concerne non seulement les règles légales en matière de trusts, mais aussi en matière de testaments, de droits à naître, d'adminis-

[88] For the United Kingdom, see generally A. R. Mellows, *Taxation for Executors and Trustees* (5th edition, 1981). For the United States, see Rice, *Family Tax Planning* (looseleaf, supplements through November 1980).

[89] Aside from the purely tax consequences, the *inter vivos* transfer may also avoid problems in dealing with the surviving spouse's reserved share, in those States whose laws guarantee such a share. Many states of the United States for example which do not have community property systems, but which provide an elective share of one third or one half for the surviving spouse, do not provide a legal basis for setting aside an *inter vivos* transfer by the owner of the property. Such an *inter vivos* transfer may give the settlor more certainty that the trust will not be effectively challenged. See Dukeminier and Johanson, *op. cit.*, pp. 534–557, pp. 520–521 and pp. 121–123. *Cf.* Nos 62-63, *supra*.

[90] The settlor may also give a life interest in the income to the surviving spouse, giving that spouse the right to appoint the remainder among the children, *i.e.* to determine by written power of appointment the share of the remainder which each child will receive. See Rice, *op. cit.*, ch. 1A, Sec 29 and ch. 4A, Sec 56. In the United States, special provisions for taxation of 'generation-skipping transfers' were included in the Tax Reform Act of 1976, *International Review Code* (I.R.C.), Secs 2601–2603. See, generally, Rice, *op cit.*, ch. 4A.

[91] Mellows, *op. cit.*, pp. 195–204.

[92] Rice, *op. cit.*, ch. 9.

[93] See No 58, *supra*.

[88] Pour le Royaume-Uni, voir en général, A. R. Mellows, *Taxation for Executors and Trustees* (5e édition, 1981). Pour les Etats-Unis, voir Rice, *Family Tax Planning* (feuilles mobiles des suppléments jusqu'à novembre 1980).

[89] En dehors de ses conséquences purement fiscales, un transfert entre vifs peut aussi contourner des problèmes relatifs à la réserve du conjoint vivant, dans les États où des lois garantissent cette part réservataire. Par exemple, dans de nombreux états des Etats-Unis dont le système juridique ignore les biens communautaires, mais dans lesquels le conjoint survivant peut toujours, quelles que soient les dispositions testamentaires, opter pour sa part d'une moitié ou d'un tiers des biens, il n'existe aucune base légale pour annuler un transfert entre vifs opéré par le propriétaire des biens. Un tel transfert peut donner au constituant une plus grande certitude que le trust ne pourra pas être attaqué avec succès. Voir Dukeminier et Johanson, *op.cit.*, p. 534–557, 520–521 et 121–123. *Cf.* également *supra*, Nos 62-63.

[90] Le *settlor* peut aussi attribuer à son conjoint survivant un *life interest* (revenu viager) et lui donner le droit de répartir le surplus entre leurs enfants, c'est-à-dire de prévoir, dans un acte écrit, quelle part de ce surplus reviendra à chacun des enfants. Voir Rice, *op.cit.*, chapitre 1A, Section 29, et chapitre 4A, Section 56. Aux Etats-Unis, le *Tax Reform Act* de 1976. *Internal Review Code* (I.R.C.), Sections 2601–2603, a pris des dispositions spéciales pour imposer les transferts qui «sautent une génération». Voir aussi Rice, *op.cit.*, chapitre 4A.

[91] Mellows, *op.cit.*, p. 195–204.

[92] Rice, *op.cit.*, chapitre 9.

[93] Voir *supra* No 58.

a keystone which enters into and becomes a part of all of the other subject areas mentioned.

What then are the 'functional analogues'[94] of the trust in other systems?
As has been shown in Chapter One of this Report[95], the German institution of *Treuhand* bears the closest overall analogy to the English trust. Yet the *Treuhand* does not have the universal character of the trust, which promotes a synthesis of the law of fiduciary obligations in countries with systems based on English law. The *Treuhand* is similar to the trust in that it can be created *inter vivos*, but the framework created is confined within a comparatively rigid conceptual structure which deters flexibility and innovation in family estate planning. The *bewind* under the law of the Netherlands has many of the same disadvantages, which so far have prevented it from becoming a universal tool for estate planning; the comparative rigidity of the *bewind*, as well as the continuing restraint of the *legitime* have led some Dutch people to seek a more flexible form of estate planning within or across the English Channel – and even in warmer climes such as that of Bermuda.

Countries which have the traditional *fideicommissum* derived from Roman law, have even less flexibility and scope of employment of the institution, since it can only be applied after the death of the property owner. *Inter vivos* transfers to a fiduciary are therefore seriously restrained by the lack of an adequate legal structure for their accommodation. The usufruct or *usufruit* can be created *inter vivos*, but is an analogue of the English life interest, rather than of the trust.

77 It should be noted here that the institution known as the *fideicomisario*, established in several Latin-American countries, generally does not apply to family estate planning but rather is designed to provide a framework for security instruments, such as trust indentures which are used in connection with the issuance and sale of corporate bonds. Thus the *fideicomisario* is for the most part a functional analogue of the trust indenture, and will be discussed later in this Chapter in connection with trust indentures.

B *Charitable gifts and bequests*

78 Charitable trusts form a special category with special rules which govern them. Many of the considerations which apply in connection with private family trusts do not obtain when a charitable trust is in question.
In both England and the United States, for example, the legal conditions for formation of a charitable trust and for its operation differ significantly from those for a private trust. Likewise, the tax consequences of creation of such a trust and the tax status of such a trust are governed by special provisions of law.

[94] See, generally, A. von Mehren, 'Civil law analogues to consideration: an exercise in comparative analysis'. *Harvard Law Review*, Vol. 72, p. 1009 (1959). See also A. von Mehren and J. Gordley, *The Civil Law System*, (2nd edition 1977), pp. 984–985.
[95] See No 53, *supra*.

tration des successions et de droits de mutation sur les successions et les donations. Les trusts en représentent cependant la pierre angulaire qui s'introduit dans tous les autres domaines que nous venons de mentionner et donts ils font partie intégrante.
Quels sont donc les «analogues fonctionnels» à ceux d'un trust que l'on trouve dans d'autres systèmes juridiques[94]?
Comme nous l'avons montré dans le chapitre introductif de ce Rapport[95] l'institution allemande du *Treuhand* offre la plus étroite analogie avec le trust anglais. Cependant, le *Treuhand* n'a pas le caractère universel du trust, celui qui permet une synthèse du droit en matière d'obligations fiduciaires dans les pays dont les systèmes reposent sur le droit anglais. Le *Treuhand* est semblable au trust en ceci qu'il peut être constitué *inter vivos*, mais il crée un cadre structurel à conception rigide, qui décourage toute souplesse et toute innovation dans l'aménagement d'une succession familiale. Le *bewind* du droit néerlandais présente plusieurs des mêmes inconvénients, qui l'empêchent de devenir un instrument universel pour aménager les successions; la rigidité comparative du *bewind*, ainsi que les restrictions qu'impose encore la réserve héréditaire, ont conduit de nombreux Néerlandais à faire appel à une forme plus souple d'accommodements successoraux qu'ils trouvent dans – et au-delà de – la Manche, ou même sous des climats plus tempérés, par exemple aux Bermudes.
Les pays qui reconnaissent le traditionnel *fideicommissum*, hérité du droit romain, trouvent encore moins de souplesse dans cette institution et moins de domaines pour son emploi, puisqu'elle ne peut produire effet qu'après le décès du propriétaire des biens. Les transferts entre vifs à un fiduciaire sont ainsi sérieusement limités en l'absence d'une structure juridique appropriée sur laquelle ils peuvent s'appuyer. Il est possible de constituer un usufruit par un acte entre vifs, mais il ressemble davantage au *life interest* du droit anglais qu'à un véritable trust.

77 Il faut noter ici que l'institution qui porte le nom de *fideicomisario*, instaurée dans plusieurs pays d'Amérique latine, ne s'applique généralement pas à l'aménagement d'une succession: elle est plutôt destinée à créer un cadre pour des opérations de sûretés, notamment les *trusts indentures* qui sont utilisés lors de l'émission ou de la souscription d'obligations. C'est pourquoi le *fideicomisario* présente le plus souvent une anologie fonctionnelle avec le *trust indenture;* nous l'étudierons avec celui-ci plus loin dans ce chapitre.

B *Donations et legs de charité*

78 Les trusts de charité entrent dans une catégorie spéciale soumise à des règles particulières. Un grand nombre des considérations qui s'appliquent aux trusts de famille cessent d'être valables lorsqu'il s'agit de trusts de charité.
C'est ainsi qu'en Angleterre comme aux Etats-Unis, les conditions requises pour la constitution d'un trust de charité et pour sa mise en oeuvre sont profondément différentes de celles qui concernent un trust privé. De même, les conséquences fiscales de la création d'un trust de charité, ainsi que le statut fiscal d'un tel trust, sont régis par des dispositions particulières de la loi.

[94] Voir, en général, A. von Mehren, «Civil law analogues to considerations: an exercise in comparative analysis», *Harvard Law Review*, Vol. 72 (1959), p. 1009. Voir aussi A. von Mehren et J. Gordley, *The Civil Law System* (2e éd. 1977), p. 984–985.
[95] Voir *supra*, No 53.

Legal and administrative considerations

79 A charitable trust must have purposes which, although they need not be as certain as the objects which a private trust must have, fall generally within the concept of 'charity'. Historically that concept was defined by the scope of the objects enumerated in the Statute of Charitable Uses 1601, which objects may be applied by analogy.[96]

The objects originally enumerated were: *'The relief of aged, impotent and poor people; the maintenance of sick and maimed soldiers and mariners, schools of learning, free schools, and scholars in universities; the repair of bridges, ports, havens, causeways, churches, sea banks and highways; the education and preferment of orphans; the relief, stock, or maintenance for houses of correction; the marriage of poor maids; the supportation aid and help of young tradesmen, handicraftsmen and persons decayed; the relief or redemption of prisoners or captives; the aid or ease of any poor inhabitants concerning payment of fifteens, setting out of soldiers and other taxes.'*

The Statute of Charitable Uses 1601 was repealed in England by the Mortmain and Charitable Uses Act 1688, which expressly preserves the preamble to the former Statute. Lord Macnaghten in *Commissioners of Income Tax* v. *Premsel* enunciated a fourfold classification of charity: *'Charity in its legal sense comprises four principal divisions; trusts for the relief of poverty; trusts for the advancement of education; trusts for the advancement of religion; and trusts for other purposes beneficial to the community, not falling under any of the preceding heads.'*

Except for the category of trusts for relief of poverty, the trust must promote some public benefit, *i.e.* there should not be a personal nexus between the trust and a private individual or organization. For example, the class of beneficiaries in educational, religious or other beneficial trusts must not be linked by a relationship to a particular individual, for example, a common ancestor or a common employer.[97]

80 If a trust falls within the definition of a charitable trust, it is exempt from the rule against perpetuities, since the functional purpose of the rule against perpetuities is to place restraints on the creation of family dynasties in property. Since the property rights of specific individuals are not involved, the requirement of certainty of objects may be relaxed. In fact, under the doctrine of *cy pres* a charitable trust, the objects of which are already fully executed or otherwise impossible to execute, may be diverted to other similar purposes.

81 The concept of public benefit and the level of public benefit required vary among the different categories of charitable trusts. Opinions may differ as to whether proposals which are clearly based on public-spirited intentions will in fact result in a benefit to the public. Under this thesis, for example, trusts for political purposes have been held to be non-charitable trusts on the basis that the courts have no means of judging whether a proposed change in the law (or a proposed change in the governing political majority) would be for the public

[96] Nathan and Marshall, *op. cit.*, p. 222.
[97] *Id.*, pp. 223-224.

Considérations juridiques et administratives

79 Un trust de charité doit avoir des buts qui, sans être nécessairement aussi certains que ceux d'un trust privé, doivent se rattacher à l'idée générale de «charité». Historiquement, ce concept a été défini par les buts énumérés dans le *Statute of Charitable Uses*, 1601, buts qui peuvent s'appliquer par analogie[96].

A l'origine, les buts énumérés étaient: *«The relief of aged, impotent and poor people; the maintenance of sick and maimed soldiers and mariners, schools of learning, free schools, and scholars in universities; the repair of bridges, ports, havens, causeways, churches, sea banks and highways; the education and preferment of orphans; the relief, stock or maintenance for houses of correction; the marriage of poor maids; the supportation aid and help of young tradesmen, handicraftsmen and persons decayed; the relief or redemption of prisoners or captives; the aid or ease of any poor inhabitants concerning payment of fifteens, setting out of soldiers and other taxes.»*

Le *Statute of Charitable Uses* 1601 a été abrogé en Angleterre et remplacé par le *Mortmain and Charitable Uses Act* 1688, qui maintient expressément le préambule de la loi antérieure. Lord Macnaghten, dans l'affaire *Commissioners of Income Tax* v. *Premsel*, a établi, en quatre points, une classification des «charités». *«La charité, dans son sens juridique, comprend quatre divisions principales: les trusts pour soulager la pauvreté; les trusts pour propager l'éducation; les trusts pour propager la religion; et les trusts qui ont d'autres objets profitables à la collectivité et qui n'entrent dans aucune des rubriques précédentes».*

Sauf pour les trusts destinés à soulager la pauvreté, le profit apporté par le trust doit avoir un caractère général, c'est-à-dire qu'il ne doit exister aucun lien personnel entre le trust et une personne ou un organisme privé. Par exemple, les bénéficiaires d'un trust éducatif ou religieux, ou d'un trust assurant d'autres avantages, ne doivent pas être liés à un individu particulier, un ancêtre, ou un patron commun par exemple[97].

80 Lorsque la définition d'un trust de charité s'applique à un trust, celui-ci est exonéré de la règle qui interdit la «perpétuité», car le but fonctionnel de cette règle est de faire obstacle à la création de domaines familiaux dynastiques. Du moment qu'il ne s'agit pas des droits de propriété d'individus, l'obligation pour le trust d'avoir un but «certain» peut être atténuée. En réalité, grâce à la doctrine de *cy pres*, un trust de charité, dont le but a déjà été totalement atteint, ou qui est absolument impossible à atteindre, peut se voir assigner d'autres buts similaires.

81 La notion «d'intérêt général» et le niveau que cet intérêt général doit atteindre varient avec les diverses catégories de trusts de charité. Les opinions peuvent différer sur le point de savoir si des propositions qui, de toute évidence, voudraient être dans l'intérêt général atteignent en réalité un tel résultat. En vertu de cette théorie, on a jugé, par exemple, que des trusts qui ont des buts politiques ne sont pas des trusts de charité, pour le motif que les tribunaux n'ont aucun moyen de savoir si la modification projetée dans la législation (ou

[96] Nathan et Marshall, *op.cit.*, p. 222.
[97] *Id.*, p. 223–224.

benefit.[98] Incidental political pressure on the part of an organization which has broad charitable purposes should not normally, however, affect the charitable status of the body.

82. It should be noted that in many countries, including Britain and the United States, charities do not have to be organized as trusts in order to obtain the fiscal advantages granted to them by law. A charity in England may take the form of a company incorporated under the Companies Act 1948 with charitable provisions in its memorandum and articles of association.[99] In the United States an organization exempt under the Internal Revenue Code may be formed under one of the non-profit corporation acts passed in many of the states of the United States, so long as the profits of such corporations do not accrue to any individual or profitmaking corporation and the assets and income must be applied to purposes which are charitable within the definitions set out in the Internal Revenue Code.

Tax considerations

83 In England a trust which is classified as a charitable or public trust automatically enjoys fiscal privileges. The logic of this tax consequence drawn from the conclusions of a court of equity escapes many observers. As a leading case book expresses it, *'the two questions of the validity of the trust and their exemption from rates and taxes are joined together in an unholy and unnatural union'*.[100] A leading authority on charities has questioned the desirability and logic of the connection in more detail.[101]

84 In the United States a distinction of this type is drawn, and the fact that a trust is classed as a charitable trust under the law of one of the American states does not automatically entitle it to the tax benefits of a charitable organization under the Internal Revenue Code. Each trust in order to qualify for tax-exempt status must meet the requirements of one of the provisions set out in the list of exempt organizations contained in Section 501(c) of the Internal Revenue Code. This list includes among others –

'...

(2) Corporations organized for the exclusive purpose of holding title to property, collecting income therefrom, and turning over the entire amount thereof, less expenses, to an organization which itself is exempt under this section.

(3) Corporations, and any community chest, fund, or foundation, organized and operated exclusively for religious, charitable, scientific, testing the public safety, literary, or educational purposes, or to foster national or international amateur sports competition (but only if no part of its activities involve the provision of athletic facilities or equipment), or for the prevention of cruelty to children or animals, no part of the net earnings of which

[98] *Id.*, p. 226.
[99] *Id.*, p. 222.
[100] *Ibidem.*
[101] M. R. Chesterman, 'Charities, trusts and social welfare' at pp. 397–409, reprinted in Nathan and Marshall, *op. cit.*, at pp. 300–308.

les changements proposés dans la majorité politique au pouvoir) est dans l'intérêt général[98]. Mais normalement des pressions politiques incidentes, exercées par un organisme dont les buts sont essentiellement charitables, ne devraient pas altérer son caractère charitable.

82 Il faut noter que dans de nombreux pays, y compris la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, les œuvres de bienfaisance ne doivent pas nécessairement constituer des trusts pour bénéficier des avantages fiscaux que la loi accorde aux trusts de charité. En Angleterre, une œuvre de bienfaisance peut prendre la forme d'une société fondée en vertu de la *Companies Act* 1948, dont les statuts contiennent des dispositions en matière de charité[99]. Aux Etats-Unis, il est possible de créer un organisme exonéré d'impôts aux termes du *Internal Revenue Code*, s'il est soumis à une des lois sur les sociétés sans but lucratif promulguées dans de nombreux Etats, pourvu que les bénéfices réalisés par de tels organismes ne soient pas dévolus à un individu ou à une société à but lucratif; de plus, les capitaux et les revenus doivent être destinés à des buts charitables tels qu'ils sont définis dans l'*Internal Revenue Code.*

Considérations fiscales

83 En Angleterre, un trust qui entre dans la catégorie des trusts charitables ou publics jouit automatiquement d'avantages fiscaux. Le raisonnement logique qui conduit à cette conséquence fiscale, qui découle des conclusions d'un tribunal d'*equity*, échappe à de nombreux observateurs. Comme l'affirme un important manuel sur les trusts, «*les deux questions, celle de la validité d'un trust et celle de son exonération de droits fiscaux font l'objet d'une union impie et contre nature*»[100]. Un spécialiste réputé des questions de bienfaisance a vivement contesté qu'un tel rapprochement soit souhaitable et logique[101].

84 Aux Etats-Unis, une distinction de ce genre est admise et le fait qu'un trust entre dans la catégorie des trusts de charité en vertu des lois d'un des Etats américains ne lui donne pas automatiquement droit aux avantages fiscaux accordés par l'*Internal Revenue Code* aux oeuvres de charité. Pour avoir droit à l'exonération fiscale, un trust doit respecter une des conditions énoncées dans la liste des organismes exonérés que l'on trouve dans l'*Internal Revenue Code* (Section 501 c). Dans cette liste figure notamment:

«...

(2) Corporations organized for the exclusive purpose of holding title to property, collecting income therefrom, and turning over the entire amount thereof, less expenses, to an organization which itself is exempt under this section.

(3) Corporations, and any community chest, fund, or foundation, organized and operated exclusively for religious, charitable, scientific, testing the public safety, literary, or educational purposes, or to foster national or international amateur sports competition (but only if no part of its activities involve the provision of athletic facilities or equipment), or for the prevention of cruelty to children or animals, no part of the net earnings of which

[98] *Id.*, p. 226.
[99] *Id.*, p. 222.
[100] *Ibid.*
[101] M. R. Chesterman, «Charities, trusts and social welfare», p. 397–409, reproduit dans Nathan et Marshall, *op. cit.*, p. 300–308.

inures to the benefit of any private shareholder or individual, no substantial part of the activities of which is carrying on propaganda, or otherwise attempting, to influence legislation, (except as otherwise provided in subsection (h)), and which does not participate in, or intervene in (including the publishing or distributing of statements), any political campaign on behalf of any candidate for public office.

(4) Civic leagues or organizations not organized for profit but operated exclusively for the promotion of social welfare, or local associations of employees, the membership of which is limited to the employees of a designated person or persons in a particular municipality, and the net earnings of which are devoted exclusively to charitable, educational, or recreational purposes. ...'

It will be noted that these provisions referring to charities do not specifically mention 'trusts', although the form of the foundation referred to in subparagraph 3 or the civic organization referred to in subparagraph 4 may well be that of a charitable trust. As will be seen in the next Part of this Chapter[101A], the same provision of the Internal Revenue Code specifically refers to 'trusts' for certain other purposes, notably those forming part of a plan providing for the payment of benefits under a pension plan funded only by contributions of employees.

85 The United States Internal Revenue Code specifically denies exemption to an organization where *'a substantial part of the activities of such organization consists of carrying on propaganda, or otherwise attempting, to influence legislation...'*[102]
Since 1976, charitable organizations have been able to elect, if they so wish, instead of application of the 'substantial part of activities' test, a new sliding scale limitation based on expenditures made to influence legislation.
Although an organization is theoretically exempt from tax if it meets the requirements of the Statute, it must file an income tax return until a ruling or determination letter is obtained from the Internal Revenue Service establishing such exemption. The organization must file timely notice of application for recognition of exempt status, in order to have such exemption made effective as of the date of its formation. After the exemption has been recognized, exempt organizations must file annual information returns providing financial information designed so that the Internal Revenue Service may determine whether the exempt status of the organization should be revoked. Even charitable trusts may be subject to income tax on 'unrelated business income' derived by the organization from business which is regularly carried on and is unrelated to the exempt function of the organization.[103]

86 The U.S. Court of Claims, the U.S. Tax Court and the U.S. District Court for the District of Columbia have jurisdiction to issue declaratory judgments concerning the initial or continuing qualification of a charitable,

[101A] See No 91, *infra*.
[102] I.R.C., Section 501(h).
[103] I.R.C., Section 511(a).

inures to the benefit of any private shareholder or individual, no substantial part of the activities of which is carrying on propaganda, or otherwise attempting, to influence legislation, (except as otherwise provided in subsection (h)), and which does not participate in, or intervene in (including the publishing or distributing of statements), any political campaign on behalf of any candidate for public office.

(4) Civic leagues or organizations not organized for profit but operated exclusively for the promotion of social welfare, or local associations of employees, the membership of which is limited to the employees of a designated person or persons in a particular municipality, and the net earnings of which are devoted exclusively to charitable, educational, or recreational purposes. ...»

Il faut souligner que ces dispositions qui font référence aux *charities* (œuvres de bienfaisance) ne mentionnent pas expressément les «trusts», bien que la forme de la fondation à laquelle se réfère le paragraphe 3, ou de l'organisme civique auquel se réfère le paragraphe 4, pourrait fort bien prendre la forme d'un trust de charité. Nous le verrons dans la partie C de ce chapitre III[101A], la même disposition du *Internal Revenue Code* se réfère expressément aux «trusts» qui ont certains buts particuliers, notamment ceux qui prévoient le versement d'allocations par une caisse de retraite dont les fonds sont uniquement alimentés par les cotisations des salariés.

85 L'*Internal Revenue Code* refuse explicitement l'exonération à un organisme dans lequel «*une partie importante des activités d'un tel organisme consiste à faire de la propagande ou à chercher, de toute autre manière, à exercer une influence sur l'adoption des lois*»[102].
Depuis 1976, les œuvres de bienfaisance ont le droit de choisir, si elles le désirent, au lieu du critère de «partie importante des activités», des limitations graduées qui reposent sur les dépenses engagées pour exercer une influence sur l'adoption des lois.
Bien qu'un organisme soit théoriquement exonéré d'impôts lorsqu'il respecte les conditions du *Statute*, il est tenu de faire une déclaration de revenus aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu de l'*Internal Revenue Service* une lettre déclarant que cette exonération lui est accordée. L'organisme doit présenter sa demande en temps suffisant pour que l'exonération soit effective dès la date de sa constitution. Quand le droit d'être exonéré leur a été reconnu, les organismes qui en bénéficient doivent envoyer chaque année des déclarations apportant des renseignements sur leur situation financière pour permettre à l'*Internal Revenue Service* de décider si l'exonération accordée à l'organisme doit être maintenue ou supprimée. Même les trusts de charité peuvent être assujettis à l'impôt sur le revenu, qui porte alors sur «les revenus d'affaires distinctes» («*unrelated business income*») réalisés par un organisme grâce aux affaires qu'il fait habituellement, en dehors des activités normales de l'organisme qui bénéficie de l'exonération[103].

86 Le U.S. *Court of Claims*, le U.S. *Tax Court* et le U.S. *District Court* du District de Columbia ont compétence pour prononcer des jugements déclaratoires sur le droit pour un organisme charitable, éducatif, etc. de bénéfi-

[101A] Voir *infra*, No 91.
[102] I.R.C., Section 501(h).
[103] I.R.C., Section 511(a).

educational, etc. organization under Code Section 501(c)(3), when the organization had exhausted all administrative remedies available under I.R.C. procedures.[104]

Analogous institutions

87 In the absence of the trust institution for use in establishing a public charity, countries on the continent of Europe, for example, provide various means for the creation of charitable organizations. The *fondation* in French law, the *stichting* in Dutch law are examples. Both of these take the form of a corporation or an association, rather than a trust, just as under English or American law a charity may be established by the creation of a non-profit corporation. In terms of the legal rules which are needed to govern them, charitable trusts are closer to charitable corporations and associations than they are to private family trusts. The practical meeting point however may be in the will of the settlor, who may leave part of his estate to a family trust and the remainder to a charitable trust.

C *Pension trusts*

88 The use of a trust to hold and administer the assets of an employees' pension fund has greatly spread in the second half of the 20th Century. Contributions deducted from the salaries of the employees and contributions made concurrently by the employer together augment and nourish the trust *res*, which is intended to provide the funds for the payment of retirement pensions for employees (and in some cases invalidity or disability pensions), as well as survivors' pensions. The trust instruments drawn up are very elaborate, since they generally must contain all of the elements of a pension plan or scheme, as well as the structure for administration of that scheme. Thus the trust instrument must provide for the appointment and, when necessary, the replacement of the members of the board of trustees, and provide a basic outline of its investment policy.

The economic weight of the assets now held by trustees under pension schemes is now very significant. In the United States, for example, the so-called 'institutional investors', consisting mainly of banks, insurance companies, investment funds and pension trusts, have a major influence on the movements of markets in stocks and bonds.[105]

Legal considerations

89 Distributions under a pension plan or scheme are fixed in amount and mandatory in nature. No discretion is left to the board of trustees. The legal considerations involved for the trustees consist primarily of construing the instrument in order to determine the vested rights of the employees who participate. However, employers

[104] I.R.C., Section 7428.
[105] *Cf.* 'Resale by Institutional Investors of Debt Securities Acquired in Private Placements', *The Business Lawyer*, Vol. 34, p. 1927 (1979).

cier soit d'une première exonération, soit du renouvellement de celle-ci, aux termes du *Code Section* 501(c) (3), lorsque cet organisme a épuisé tous les recours administratifs que lui offrent les procédures prévues par l'*Internal Revenue Code*[104].

Institutions analogues

87 En l'absence de l'institution du trust pour constituer une oeuvre de bienfaisance, quelques pays – ceux du continent européen notamment – ont prévu diverses manières de créer des œuvres de charité. La fondation en droit français, le *stichting* en droit hollandais, en fournissent des exemples. L'une et l'autre prennent la forme d'une société ou d'une association, plutôt que celle d'un trust, de même qu'en vertu du droit anglais ou américain, une œuvre de bienfaisance peut être constituée sous la forme d'une association sans but lucratif. Compte tenu des règles de droit auxquelles ils doivent se soumettre, les trusts de charité ressemblent davantage à des sociétés ou à des associations de bienfaisance qu'à de véritables trusts familiaux. Cependant, un point de rencontre pourrait être le testament du *settlor*, qui pourrait avoir légué une partie de son patrimoine à un trust de famille et le restant à un trust de charité.

C *Trusts de retraite*

88 L'emploi d'un trust pour recevoir et gérer les fonds d'une caisse de retraite pour employés s'est beaucoup répandu au cours de la seconde moitié du 20ème siècle. Les cotisations directement retenues sur le salaire des employés et les cotisations versées simultanément par les patrons accroissent et alimentent le *res* du trust destiné à constituer le fonds qui accordera des retraites aux salariés (et parfois des pensions d'invalidité et d'incapacité), ainsi que des pensions de survie. Les actes constitutifs de ces caisses sont minutieusement établis, puisqu'en général ils doivent contenir tous les éléments nécessaires à la constitution d'une caisse de retraite, sans compter ceux qui fixent son mode de gestion. Ainsi, l'acte constitutif doit prévoir la désignation et, le cas échéant, le remplacement des membres du conseil de *trustees* et esquisser les lignes générales de la politique d'investissements à suivre.
Le poids économique des avoirs détenus par les *trustees* des caisses de retraite est actuellement très lourd. Aux Etats-Unis, par exemple, ceux qu'on appelle les «*institutional investors*», c'est-à-dire surtout les banques, les compagnies d'assurance, les trusts d'investissements et les caisses de retraite, exercent en bourse une forte influence sur les fluctuations des actions et des obligations[105]

Considérations juridiques

89 Le montant des allocations versées par une caisse de retraite est fixe et il est obligatoire par nature. Le Conseil des *trustees* n'a aucun pouvoir discrétionnaire. Les considérations d'ordre juridique dont les *trustees* doivent tenir compte consistent essentiellement à interpréter l'acte constitutif pour déterminer les droits acquis

[104] I.R.C., Section 7428.
[105] *Cf.* «Resale by Institutional Investors of Debt Securities Acquired in Private Placement», *The Business Lawyer*, Vol. 34 (1979), p. 1927.

and their successors must take into consideration potentially significant liabilities.[106]

The rule against perpetuities poses a small problem, since the corporation which employs the participants will normally have perpetual existence under its charter. As a practical matter, in States which have the traditional formulation of the rule against perpetuities, this creates no serious problem. The term of the trust may be stated as extending until the last participant has received the last payment to which that participant is due. In order to satisfy the rule against perpetuities from a formal point of view, a proviso may be inserted by which the trust will in any event terminate not later than 21 years after the death of the last beneficiary who is living at the date of creation of the trust. In practice, this should guarantee that the trust will have to be renewed no more often than once every fifty or sixty years, if the number of employees participating is substantial.

Administrative considerations

90 One important consideration in the administration of a pension trust is investment policy. This may be pointed towards long-term growth rather than immediate income, but not to the extent that current payouts will exceed current income. The board of trustees must find an appropriate balance under the 'prudent man' rule[107] in order to fashion an investment policy which will meet the particular factual situation and needs.

Investment policy sometimes crosses with one other important administrative consideration, potential conflict of interests on the part of the trustees.[108] Particularly if the trustees are also members of the upper management of the company, investment in the stocks or bonds of the company itself may be hazardous from this point of view. At a time when take-over bids have become the current coin of the business world, there is a danger that members of the company's management who are also trustees of the pension trust may be tempted to use the assets of the pension fund to invest in the company's stock at critical moments, in order to block take-over bids and to conserve their own personal management roles.

A consideration which is of growing importance is the transferability of pension rights when an employee moves from one employer to another. Provisions may be inserted in the trust instrument, providing for the possibility of the transfer of an employee's actuarially computed share of the pension fund to the pension fund of a new employer, in exchange for rights in the latter's pension funds. These are essentially administrative questions. It is not clear at this time the extent to which any questions such as these which arise in the international context would need the security to be provided by an international treaty on the validity and recognition of trusts.

aux salariés qui cotisent. Cependant, les employeurs et leurs successeurs doivent tenir compte de certaines importantes obligations éventuelles[106].

La règle qui interdit la perpétuité pose un petit problème, puisque l'entreprise qui emploie les cotisants aura, en général, aux termes de son acte constitutif, une existence perpétuelle. D'un point de vue pratique, aucun problème sérieux n'en découle dans les Etats où la règle traditionnelle interdisant la perpétuité est en vigueur. On peut prévoir que le trust ne prendra fin que lorsque le dernier cotisant aura reçu la dernière allocation à laquelle il a droit. Pour respecter d'un point de vue formel la règle interdisant la perpétuité, on peut insérer une réserve sous la forme d'une clause selon laquelle le trust prendra en tout cas fin au plus tard 21 années après le décès du dernier des bénéficiaires qui étaient vivants à la date de la constitution du trust. Dans la pratique, on devrait avoir ainsi l'assurance que le trust ne devra pas être prolongé plus souvent qu'une fois tous les cinquante ou soixante ans, si le nombre des salariés qui cotisent est élevé.

Considérations relatives à la gestion

90 La politique d'investissements est une considération importante en matière de gestion d'une caisse de retraite constituée en trust. Cette politique peut viser, à long terme, un accroissement du capital plutôt qu'un revenu immédiat élevé, sans cependant aller jusqu'au point où les allocations normales excèdent les revenus normaux. Le conseil des *trustees* doit trouver l'équilibre voulu en s'attachant au principe du «bon père de famille»[107] pour façonner une politique d'investissements adaptée à la situation de fait en même temps qu'aux besoins.

La politique d'investissements se heurte parfois à une autre importante considération relative à la gestion, quand un problème de conflits d'intérêts se pose pour les *trustees*[108]. En particulier, si les *trustees* sont aussi des dirigeants d'une société, faire des investissements en actions ou en obligations de cette société peut poser des problèmes. A une époque où les offres publiques d'achat sont devenues monnaie courante dans le monde des affaires, un danger existe de voir les dirigeants de la société, qui sont aussi les *trustees* de la caisse de retraite, être tentés d'utiliser les avoirs de celle-ci à des moments critiques pour les investir en actions de la société, afin de faire échouer l'offre publique d'achat et de conserver leur propre fauteuil directorial.

Une considération qui prend de plus en plus d'importance est celle du transfert éventuel du droit à une pension de retraite quand le salarié a changé d'employeur. Les dispositions de l'acte constitutif peuvent prévoir la possibilité de transférer les droits acquis du salarié sur le fonds de retraite, calculés sur une base actuariale, dans le fonds de retraite du nouveau patron où ses droits seront maintenus. Il s'agit là de questions qui concernent essentiellement la gestion. A l'époque actuelle, il est difficile de savoir dans quelle mesure une telle question, si elle se posait dans un contexte international, aurait besoin de la sécurité offerte par un traité international sur la validité et la reconnaissance des trusts.

[106] See T. D. Carney, 'Contingent Pension Liabilities in the Sale of a Business', *The Business Lawyer*, Vol. 34, p. 1643 (1979).
[107] *Cf.* No 27, *supra*.
[108] See Nathan and Marshall, *op. cit.*, p. 662.

[106] Voir T. D. Carney, «Contingent Pension Liabilities in the Sale of a Business», *The Business Lawyer*, Vol. 34 (1979), p. 1643.
[107] *Cf. supra*, No 27.
[108] Voir Nathan et Marshall, *op.cit.*, p. 662.

Tax considerations

91 In the United States special provisions of the Internal Revenue Code (I.R.C.) deal with the tax aspects of pension plans. The employer's contribution to the plan may be deducted by the employer without being currently charged as income to the employee, if the plan is 'qualified' under the I.R.C.[109] The conditions for obtaining a ruling that the plan is 'qualified' are set out in the I.R.C.; in part, these relate to assurances that the plan does not discriminate in favour of the higher-income employees working for the company and participating in the plan.

The tax provisions to some extent dovetail with the protective provisions of the Employee Retirement Security Income Act of 1974 (ERISA), which are designed to prevent abuses which had arisen in the administration of some employees' pension trusts.[110]

Analogous institutions

92 Pension schemes of companies organized in non-trust countries frequently take the form of a foundation, or *Stiftung*. Many of the legal and ethical questions encountered in connection with pension trusts may also be met in regard to pension schemes organized in different forms.

D *Business trusts*

Real estate investment trusts

93 As we have indicated above, 'Massachusetts' Trusts organized for commercial or industrial purposes are very rare, and have been so throughout the 20th Century, following the passage of general incorporation laws in many North American states during the course of the 19th Century, and the passage of laws towards the end of the 19th Century allowing one corporation to hold stock in other corporations. The main survivor of the Massachusetts Trust form has been the Real Estate Investment Trust (REIT), which flourished for a time during the 1960s and the early 1970s.[111]
The REITs have the disadvantage of any unincorporated business association, in that the liability of the investors is not limited by law to their investment in the trust. The advantage derived, aside from tax consequences, is that laws of many states in the United States, for example, do not allow corporations to invest in real estate except as it may be needed for their business operations, whereas the trust format permits investment in real estate without restraint. The pooling of investment through the sale of trust shares would theoretically provide for savings in the administrative costs of selecting, buying and managing real property, since those costs could be spread over a large investment base. Also such pooling of assets allows the development or purchase of large real estate projects, the size of which

[109] I.R.C. Section 501(c)(18).
[110] See references cited in notes 26 and 106, *supra*. See also 'ERISA and the Investment Management and Brokerage Industries: Five Years later', *The Business Lawyer*, Vol. 35, p. 189 (1979).
[111] See note 27, *supra*, and related text.

Considérations fiscales

91 Aux Etats-Unis, l'*Internal Revenue Code* contient des dispositions spéciales réglementant le statut fiscal des caisses de retraite. La cotisation versée par le patron peut être déduite par celui-ci sans être considérée comme un revenu imposable des salariés, lorsque la caisse de retraite est «*qualified*» (qualifiée) aux termes de ce Code[109]. Les conditions requises pour obtenir une déclaration reconnaissant qu'une caisse est «qualifiée» sont énoncées dans le *Internal Revenue Code:* il s'agit notamment d'assurances que la caisse ne fait aucune discrimination en faveur des employés de la société qui bénéficient d'un salaire élevé et qui cotisent à la caisse.
Les dispositions en matière fiscale rejoignent, dans une certaine mesure, les mesures de protection prévues dans le *Employee Retirement Security Act* de 1974 (ERISA), qui sont destinées à empêcher des abus tels que ceux qui avaient été constatés dans la gestion de certaines caisses de retraite[110].

Institutions analogues

92 Dans les pays où le trust n'existe pas, les caisses de retraite des sociétés prennent fréquemment la forme d'une fondation ou d'une *Stiftung*. Certains des problèmes juridiques et éthiques qui se posent au sujet des trusts constitués en caisse de retraite peuvent aussi se rencontrer quand il s'agit de caisses de retraite constituées sous d'autres formes.

D *Trusts d'affaires*

Trusts d'investissements immobiliers

93 Nous l'avons indiqué plus haut, les *Massachusetts Trusts*, créés dans des buts commerciaux, sont très rares et ils le sont restés tout au long du 20e siècle, en raison de la promulgation dans le courant du 19e siècle de lois générales sur les sociétés anonymes dans de nombreux états américains et vers la fin du 19e siècle de lois qui permettent à une société de posséder des actions d'une autre société. Le seul trust ayant conservé la forme du *Massachusetts Trust* est le *Real Estate Investment Trust* (REIT) qui a été florissant au cours des années 1960 et au début des années 1970[111].
La REIT a le désavantage de toutes les associations à but lucratif, à savoir que la responsabilité des investisseurs n'est pas limitée à leur apport dans le trust. L'avantage découle – en dehors des conséquences fiscales – du fait qu'aux Etats-Unis par exemple les lois de nombreux états interdisent aux sociétés de faire des investissements en biens immobiliers, sauf pour les besoins de leurs opérations commerciales ou industrielles, alors que la forme du trust permet des investissements immobiliers sans aucune restriction. La mise en commun des investissements par l'émission d'actions du trust pourrait, théoriquement, réduire les frais de gestion nécessaires pour choisir, acquérir et gérer des biens immobiliers, puisque ces frais se répartiraient sur un grand nombre d'investissements. De même, cette mise en com-

[109] I.R.C., Section 501(c) (18).
[110] Voir les références *supra*, dans les notes 26 et 106. Voir aussi «ERISA and the Investment Management and Brokerage Industries: Five Years Later», *The Business Lawyer*, Vol. 35 (1979), p. 189.
[111] Voir *supra*, note 27 et le texte qu'elle concerne.

would be prohibitive for most individual investors or small groups of investors.

REITs and similar business trusts are of course subject to the requirements of the Securities Act of 1933 in the United States, when they market their shares publicly, as well as to the 'Blue Sky Laws' of the various States.[112]

Unit trusts (investment funds)

94 The organization of investment in corporate securities (stocks and bonds) on a large scale has also taken place to some extent through use of the trust device. 'Unit trusts' are similar to REITs in that investors buy shares in the trust, and the trustees who manage the funds establish an investment policy and carry out investments in corporate stocks and bonds. Dividends are paid out of income or capital gains. The unit or investment trust differs from the REIT in that the risk factor existing because of the lack of legally limited liability is very small; the investment trust has no operations of its own which would lead to liability. Normally, it invests in the stocks of corporations, which themselves have legally limited liability.

Such risk factor as there is tends to arise from liability for 'insider trading' or other dubious financial manoeuvres. While these types of claims may lead to losses which will reduce the value of the shares in the unit trust, it is seldom that such liabilities will reach the point where they exceed the market value of the investment fund's holdings.

Employee stock ownership plans and trusts (ESOPs)

95 Typical of the flexible and innovative uses to which the trust device may be put, a new creation has arisen in the last decade in the United States, springing from particular provisions of the American tax laws. A corporation may create an employees' stock ownership plan and trust (ESOP) which, if properly structured, will obtain certain tax benefits. It should be noted however that, since the purpose of the ESOP is to distribute the corporation's securities to its employees, registration may be required under the Securities Act of 1933 and, in the case of public corporations, the ESOP will probably be subject to the requirements of the Securities Exchange Act of 1934.[113]

Voting trusts

96 Voting trusts are trusts by which shareholders in a corporation enter into a voting trust agreement for the purpose of conferring upon a trustee or trustees the right to vote or otherwise represent their shares for a fixed period of time.

In the business corporation acts of many of the states of the United States voting trusts are permitted when

[112] See E. Polubinski, Jr., 'The Effect of State Securities or Blue Sky Law Regulation upon the Organizational Structure and Operations of Real Estate Investment Trusts', *The Business Lawyer*. Vol. 30, p. 179 (1974).
[113] See R. P. Givner, 'ESOPs and the Federal Securities Law', *The Business Lawyer*, Vol. 31, p. 1889 (1976).

mun d'avoirs permet de créer ou d'acquérir de vastes domaines immobiliers d'une dimension telle qu'ils ne seraient pas accessibles à la plupart des particuliers ou des petits groupes qui font des investissements.
Bien entendu, un REIT et les autres trusts d'affaires similaires sont régis aux Etats-Unis par les dispositions du *Securities Act* de 1933 si leurs actions sont offertes sur le marché public, ainsi que par celles des *«Blue Sky Laws»* de certains Etats[112].

Unit trusts (trusts de placements)

94 Le trust a, dans une certaine mesure, permis d'effectuer, sur une très vaste échelle, des placements en valeurs mobilières (actions et obligations). Les *unit trusts* sont semblables aux REIT, puisque dans les deux cas, ceux qui font des placements acquièrent les actions d'un trust et les *trustees* qui gèrent des fonds adoptent une politique d'investissements et font des placements en valeurs mobilières. Des dividendes sont payés, soit sur les revenus, soit sur les plus-values. L'*unit trust* ou l'*investment trust* diffère du REIT en ceci que l'élément de risque qui découle de l'absence d'une responsabilité légale est très réduit. Les opérations conduites par le trust de placements lui-même ne peuvent pas engager la responsabilité des investisseurs. En général, il fait des placements en actions de sociétés dont la responsabilité est juridiquement limitée.
De tels éléments de risque, s'il y en a, peuvent dériver de la responsabilité pour les *«insider trading»* ou autres manoeuvres financières douteuses. Bien que ce type de prétentions puisse conduire à des pertes qui réduiront la valeur des actions de l'*unit trust*, il est rare que de telles responsabilités en arrivent à excéder la valeur marchande des fonds de l'*investment trust*.

Employee stock ownership plans and trusts (ESOPs)

95 Exemple typique des usages souples et innovateurs auxquels un trust peut être affecté, une nouveauté a vu le jour aux Etats-Unis au cours de la dernière décennie: elle découle de dispositions particulières des lois fiscales américaines. Une société peut créer une *«employee's stock ownership plan and trust»* (ESOP) (trust d'actions appartenant aux salariés), laquelle, si elle est régulièrement constituée, peut bénéficier de certains avantages fiscaux. Il faut cependant relever que, puisque le but d'un ESOP est de distribuer aux salariés des actions de la société, le *Securities Act* de 1933 exige qu'il soit «enregistré» et, s'il s'agit de sociétés anonymes, l'ESOP sera probablement soumis à la réglementation du *Securities Exchange Act* de 1934[113].

Trusts de vote

96 Les trusts de vote sont des trusts par lesquels les actionnaires d'une société concluent un accord portant sur les droits de vote, afin de donner ceux-ci au *trustee* (ou aux *trustees)* ou de lui permettre de représenter les actionnaires de tout autre manière pendant un certain temps.
Dans de nombreux états des Etats-Unis, les lois sur les sociétés autorisent les trusts de vote, s'ils ont été consti-

[112] Voir E. Polubinski, Jr., «The Effect of State Securities or Blue Sky Law Regulation upon the Organizational Structure and Operations of Real Estate Investment Trusts», *The Business Lawyer*, Vol. 30 (1974), p. 179.
[113] Voir R. P. Givner, «ESOPs and the Federal Securities Law», *The Business Lawyer*, Vol. 31 (1976), p. 1889.

made in writing and for a period of time which does not exceed the statutory limit.
A sample of such a provision is Section 34 of the Model Business Corporation Act, which reads as follows:

'Voting Trusts and Agreements Among Shareholders. – Any number of shareholders of a corporation may create a voting trust for the purpose of conferring upon a trustee or trustees the right to vote or otherwise represent their shares, for a period of not to exceed ten years by entering into a written voting trust agreement specifying the terms and conditions of the voting trust, by depositing a counterpart of the agreement with the corporation at its registered office, and by transferring their shares to such trustee or trustees for the purposes of the agreement. Such trustee or trustees shall keep a record of the holders of voting trust certificates evidencing a beneficial interest in the voting trust, giving the names and addresses of all such holders and the number and class of the shares in respect of which the voting trust certificates held by each are issued, and shall deposit a copy of such record with the corporation at its registered office. The counterpart of the voting trust agreement and the copy of such record so deposited with the corporation shall be subject to the same right of examination by a shareholder of the corporation, in person or by agent or attorney, as are the books and records of the corporation, and such counterpart and such copy of such record shall be subject to examination by any holder of record of voting trust certificates, either in person or by agent or attorney, at any reasonable time for any proper purpose.
Agreements among shareholders regarding the voting of their shares shall be valid and enforceable in accordance with their terms. Such agreements shall not be subject to the provisions of this section regarding voting trusts.'

Voting trusts are therefore a very specific type of trust subject to statutory regulation. While they are not strictly speaking business trusts, their subject is normally the pooling of votes in a business corporation and the creation of the voting trust is generally for a business purpose.

A voting trust may offer flexibility that is needed for particular business operations. For example, business ventures undertaken abroad may, at times, be subject to the requirement that the venture be controlled by nationals of the host country. If the business operations of the venture will be completed within a fixed period of time, a voting trust may be established which will give nationals of the host country control of the relevant legal entities for the necessary period. Then the voting rights will revert to their original owners at the end of the period. Such a vehicle has been used for defence contracts with the United States Government, where American control of the contracting entity is required by law.

Analogous institutions

97 It is difficult to pin down any particular institutions which are analogues of business trusts, since the whole range of forms of business enterprises which are permitted under the laws of different countries may cover in some part the particular uses to which business trusts are put. Thus any special forms of business association which are designed to pool investments in real estate or

tués par écrit et pour une durée qui n'excède pas celle prévue par la loi.
Le *Model Business Corporation Act* (Section 34) nous offre un échantillon d'une disposition de ce genre. Voici son texte:

«Voting Trusts and Agreements Among Shareholders. – Any number of shareholders of a corporation may create a voting trust for the purpose of conferring upon a trustee or trustees the right to vote or otherwise represent their shares, for a period of not to exceed ten years by entering into a written voting trust agreement specifying the terms and conditions of the voting trust, by depositing a counterpart of the agreement with the corporation at its registered office, and by transferring their shares to such trustee or trustees for the purposes of the agreement. Such trustee or trustees shall keep a record of the holders of voting trust certificates evidencing a beneficial interest in the voting trust, giving the names and addresses of all such holders and the number and class of the shares in respect of which the voting trust certificates held by each are issued, and shall deposit a copy of such record with the corporation at its registered office. The counterpart of the voting trust agreement and the copy of such record so deposited with the corporation shall be subject to the same right of examination by a shareholder of the corporation, in person or by agent or attorney, as are the books and records of the corporation, and such counterpart and such copy of such record shall be subject to examination by any holder of record of voting trust certificates, either in person or by agent or attorney, at any reasonable time for any proper purpose.
Agreements among shareholders regarding the voting of their shares shall be valid and enforceable in accordance with their terms. Such agreements shall not be subject to the provisions of this section regarding voting trusts.»

C'est pourquoi les trusts de vote représentent des trusts d'un genre très particulier, qui sont soumis à une réglementation spéciale. Bien qu'il ne s'agisse pas exactement de «trusts d'affaires», leur objet est en général de mettre en commun les droits de vote dans une société commerciale, et un trust de vote est le plus souvent constitué dans un but commercial.
Un trust de vote peut offrir la flexibilité nécessaire pour des opérations commerciales particulières. Par exemple, des affaires commerciales risquées entreprises à l'étranger peuvent parfois se voir imposer le contrôle par des nationaux du pays hôte. Si les opérations de l'entreprise doivent être achevées dans un temps limite, un trust de vote peut être créé qui permettra aux nationaux du pays hôte d'avoir, pendant la période nécessaire, le contrôle des entités juridiques impliquées. A la fin de la période, les droits de vote retourneront à leurs propriétaires originaux. De tels procédés ont été utilisés dans le cas de contrats passés avec le gouvernement des Etats-Unis et portant sur des questions de défense nationale où un contrôle américain sur les parties contractantes est exigé par la loi.

Institutions analogues

97 Il est malaisé de désigner avec précision d'autres institutions particulières analogues aux *business trusts*. En effet, les entreprises sont libres de prendre des formes si diverses, en vertu des lois des différents pays, qu'elles peuvent porter en partie sur des activités dont le but est semblable à celui des *business trusts*. Par conséquent, toutes les formes spéciales d'associations com-

in stocks and bonds will bear analogy to REITs or to unit trusts. The employees' stock ownership plan and trust (ESOP) is a statutory creation in the United States, designed to provide a vehicle for employees' purchases of stock in the corporations for which they work, and it is not known whether any analogies exist in other countries. Finally, the voting trust is a special device for pooling voting interests in a corporate body, and this practice is also dealt with specifically in statutes, at least in the United States. It is possible that analogous results may be obtained in other countries by entering into voting agreements or by the issuance of irrevocable proxies, if these are readily enforceable under applicable law. The advantage of the voting trust is that the stock is registered in the names of the trustees and therefore can be voted by them directly, without the need for recourse to a court to enforce the voting agreement.[114]

E *Trusts for the creation and enforcement of security interests*

98 The flexibility of the trust device has caused it to be used in various ways for the creation and enforcement of security interests. The security interest in question may be created in connection with a loan transaction, or it may be intended to secure payment of the balance due from the buyer in a sale of real or personal property. Also, 'trust receipts'[115] have been used to reflect a security interest in a floating mass of personal property, each item of which bears a comparatively high price, such as the inventory of an automobile dealer.

Deeds of trust and trust indentures[116]

99 Historically, the 'deed of trust' developed as a flexible instrument for securing loans made on real estate. The debtor conveys the real property to a trustee who, if the loan is not paid on time or some other specified occasion of default occurs, such as failure to pay taxes or to maintain insurance on the property, and the creditor declares the debt in default, will sell the property at public auction. The trustee must then apply the proceeds of the foreclosure sale against the debt and the expenses of foreclosure, remitting the balance, if any, to the debtor. If the trustee is unable to act or refuses to do so, the creditor may name a successor trustee, who will carry out the foreclosure sale under the same terms and conditions.

The deed of trust represents a much more flexible and less expensive method of foreclosure on immovable property than the foreclosure suit in court and the sale under execution by the sheriff or other judicial officer. The device, in connection with real estate loans, has been used in many states of the United States.[117] In some states of the United States, even though the seller of real estate retains by law a 'vendor's lien' against the property in order to enforce payment of the balance of the purchase price which remains due, a parallel deed of

[114] The same result can be obtained in the Netherlands by the use of an *administratiekantoor*, a limited company or perhaps more frequently a *stichting* formed to hold the shares of an operating company. Bearer certificates are then often issued to the investors by the *administratiekantoor*, and these are frequently traded on the Stock Exchange. See C. Ae. Uniken Venema, 'Trust-Like Devices Under Dutch Law', in *Trusts and Trust-Like Devices*, (W. A. Wilson, ed. 1981).

[115] See A. L. Diamond, 'Security over Corporeal Movables in England and Wales', in *Security Over Corporeal Movables*, (J. G. Sauveplanne, ed. 1974), pp. 29–30.

[116] See also No 24, *supra*.

[117] See *Black's Law Dictionary*, 4th ed. 1951, 'Deed of trust', p. 503.

merciales destinées à mettre en commun des investissements immobiliers ou des placements en valeurs mobilières, présenteront des analogies avec le REIT et l'*unit trust*. Le «trust d'actions appartenant aux salariés» prend, aux Etats-Unis, la forme d'une institution prévue par la loi et destinée à permettre aux salariés d'une société d'acquérir des actions de la société où ils travaillent, et nous ignorons si dans d'autres pays il existe des institutions analogues. Enfin, le trust de vote est le moyen particulier de mettre en commun des droits de vote dans une société anonyme; ce procédé fait aussi l'objet d'une réglementation spéciale, tout au moins aux Etats-Unis. Il est possible que dans d'autres pays, des résultats analogues puissent être obtenus en concluant des accords sur les droits de vote, ou en conférant des mandats irrévocables, si de tels accords peuvent réellement être exécutés, en vertu de la loi applicable. L'avantage d'un trust de vote est que l'action figure sur les registres au nom des *trustees*, ce qui donne à ceux-ci le droit de voter directement, sans être tenus de demander à un tribunal d'entériner l'accord sur le droit de vote[114].

E *Les trusts destinés à créer et exécuter des sûretés*

98 La souplesse du trust a permis de l'utiliser de plusieurs façons pour créer et exécuter des sûretés. Les droits en question peuvent être créés à l'occasion d'une opération de prêt, ou avoir pour but d'assurer le paiement du solde du prix de vente des biens réels ou personnels. D'autre part, on a qualifié de *«trust receipts»*[115] des sûretés portant sur une masse flottante de biens personnels dont chaque élément a une valeur relativement élevée, par exemple le fonds de commerce d'un marchand d'automobiles.

Deeds of trust and trust indentures (actes de trust et trusts de sûretés)[116]

99 A l'origine, le *«deed of trust»* (acte constitutif d'un trust) était un instrument souple permettant d'obtenir des prêts garantis par des biens immobiliers. Le débiteur cède l'immeuble à un *trustee*; si le prêt n'est pas remboursé à l'échéance ou si tout autre manquement se produit, par exemple si les impôts ou les assurances relatifs aux biens ne sont pas payés, et si le créancier déclare la dette impayée, le *trustee* vendra le bien aux enchères publiques. Le *trustee* est tenu d'utiliser le produit de cette vente forcée à éteindre la dette et à régler les frais de la procédure de vente et, le cas échéant, de remettre le solde au débiteur. Si le *trustee* est incapable d'agir, ou s'il s'y refuse, le créancier peut désigner un *trustee* pour le remplacer, et celui-ci procédera à la vente forcée dans les mêmes conditions.
Le *deed of trust* constitue une méthode de vente immobilière plus souple et moins coûteuse que la procédure judiciaire d'expropriation par voie d'huissier ou par les soins d'un autre auxiliaire de justice. Ce procédé a été utilisé dans de nombreux états des Etats-Unis dans le cas de prêts immobiliers[117]. Dans certains de ces états, bien que le vendeur d'un immeuble conserve une «hypothèque du vendeur» *(vendor's lien)* sur le bien, pour garantir le paiement du solde impayé du prix de vente, un *«deed of trust»* parallèle est généralement signé en

[114] Un résultat semblable peut être obtenu aux Pays-Bas par le recours à un *administratiekantoor*, une société anonyme créée pour posséder les actions d'une société opérationnelle, ou plus fréquemment une fondation. L'*administratiekantoor* délivre alors aux investisseurs des certificats aux porteurs, lesquels sont fréquemment négociés en bourse. Voir C.AE Uniken Venema, «Trust-Like Devices Under Dutch Law» dans *Trusts and Trust-Like Devices*, (W. A. Wilson, éd. 1981).

[115] Voir A. L. Diamond, «Security over Corporeal Movables in England and Wales», in *Security Over Corporeal Movables* (J. G. Sauveplanne, éd. 1974), p. 29–30.

[116] Voir également *supra*, No 24.

[117] Voir *Black's Law Dictionary*, 4e édition 1951, «Deed of trust», p. 503.

trust is ordinarily executed because of the comparative ease with which the trustee's foreclosure sale may be carried out, as opposed to foreclosure in a court of law of the vendor's lien.

100 In modern times the deed of trust, or 'trust deed'[118] frequently employed under the name 'trust indenture' or 'bond indenture', has been the primary vehicle for securing the financing of large corporate enterprises in the United States and other countries[119] employing the trust device. Trust indenture forms, consisting largely of standard language, or 'boilerplate', sometimes run several hundred pages in length and cover diverse corporate assets spread over a wide geographic area, including land, factories, equipment, installations, inventories, proceeds of inventory, accounts receivable, chattel paper and any other variety of property, tangible or intangible. The subject is complex, and in the United States major federal legislation, the Trust Indenture Act of 1939, covers some aspects of the transactions.[120] The American Bar Association has prepared model forms for trust and bond indentures in an effort to standardize the field.[121] The Uniform Commercial Code (UCC), now adopted in 49 of 50 states of the United States, in article 9 on 'secured transactions' facilitates centralized registration in each state of trust and bond indentures covering a wide variety of personal property and fixtures[122], both those acquired before the execution of the security instrument and those acquired thereafter during the life of the loan.[123] Also, special provisions in American law deal in railroad rolling stock (locomotives and cars).[124]

Standard works on trusts, including the American Restatement of Trusts, do not deal with those specialized trusts which are used as security devices.[125]

101 As we have mentioned before, the trust used as a security device has found reception in the laws of certain states where the trust was not native and where it has not been received for other purposes. In this connection we can point to Mexico and certain countries of South America which have adopted the trust indenture by legislation.[126] In Europe this phenomenon, still frequently going under the name 'trust deed', has become the principal vehicle for servicing issues of 'Eurobonds'. It should be noted however that most issues of Eurobonds to date have not involved an immediate transfer of property as security for the indebtedness. Thus the 'trustee' under the typical trust deed used for Eurobonds will not in fact be a trustee, but rather a 'fiduciary agent'[127], since the fiduciary responsibility imposed upon it is not joined with a transfer of property. The most that one can say is that under these circumstances the 'trustee' is factually a *potential* trustee, since in case

[118] *Id.*, p. 1682.
[119] For Quebec, see J. S. Ziegel, 'Canadian Chattel Security Law: Past Experience and Current Developments', in *Security Over Corporeal Movables, op cit.*, at p. 95.
[120] See, generally, Posner, 'The Trustee and the Trust Indenture: A Further Study', *Yale Law Journal*, Vol. 46, p. 737, (1937); R. B. Smith *et al.*, 'The Trust Indenture Act Needs No Conflict of Interest Revision', *The Business Lawyer*, Vol. 35, p. 161, (1979).
[121] See 'The Mortgage Bond Indenture Form – 1981' (American Bar Foundation, Charles H. Jagow, Project Director), reviewed by W. H. Brown, Jr., in *The Business Lawyer*, Vol. 36, p. 1917, (1981).
[122] See *Uniform Commercial Code* (UCC) (1972, official text, with comments), arts. 9–102 and 9–401.
[123] See UCC art. 9–204.
[124] See UCC arts. 9–102 and 9–104, as well as Appendix (1972, changes in text), art. 9–104 and comment.
[125] See *Scott on Trusts* (3rd ed., 1967), Vol. I, Section 2.2, pp. 36–37.
[126] See No 41 of this Report, *supra*.
[127] *Cf. Jacobs' Law of Trusts in Australia, op. cit.*, Secs 1312–1318, pp. 238–244.

raison de la simplicité relative de la procédure qui permet au *trustee* de procéder à l'expropriation, comparée à celle qui doit être suivie devant les tribunaux quand on invoque «l'hypothèque» du vendeur.

100 A l'époque actuelle, le *deed of trust*, ou *trust deed*[118], fréquemment utilisé sous le nom de *trust indenture* ou de *bond indenture*, est le moyen le plus répandu pour assurer le financement des grandes entreprises commerciales tant aux Etats-Unis que dans d'autres pays[119] où le trust est en usage. Les formules de *trust indentures*, qui comprennent surtout des clauses standards appelées en jargon d'affaires des *boilerplate* (clauses passepartout, clichés) couvrent parfois des centaines de pages: elles portent sur toutes sortes d'avoirs sociaux, dispersés sur d'immenses zônes géograhiques, notamment des terrains, des usines, des équipements, des fonds de commerce, des créances, des effets de commerce et d'autres biens tangibles ou intangibles. C'est un domaine compliqué et, aux Etats-Unis, une loi importante, le *Trust Indenture Act* de 1939, règlemente certains des aspects de ces opérations[120]. L'*American Bar Association* a établi des formulaires modèles pour les *trust indentures* et les *bonds indentures*, dans le but d'assurer l'uniformisation en ce domaine[121]. Le *Uniform Commercial Code* (UCC)que quarante-neuf sur les cinquante états ont adopté aux Etats-Unis à l'heure actuelle, facilite, par son article 9 («opérations garanties») l'enregistrement centralisé dans chaque Etat des *trust indentures* et des *bond indentures* portant sur des biens aussi nombreux que divers[122]: il s'agit tant des biens acquis avant la signature de l'acte de garantie que de ceux acquis après la constitution du prêt[123]. De plus, certaines dispositions des lois américaines concernent les «trusts d'équipements», en particulier ceux qui portent sur le matériel ferroviaire (locomotives et wagons)[124].
Les ouvrages classiques sur les trusts, y compris l'*American Restatement of Trusts*, ne traitent pas de ces trusts spécialisés qui représentent des modes de sûretés[125].

101 Comme nous l'avons signalé plus haut, le trust utilisé comme mode de sûretés a été introduit dans les lois de certains des pays où le trust n'avait pas pris naissance et où il n'a pas été adopté à d'autres fins. A cet égard, nous pouvons citer le Mexique et certains pays sud-américains[126]. En Europe, ce phénomène, auquel on donne encore souvent le nom de *«trust deed»*, est le principal véhicule permettant de procéder à l'émission d'*«Eurobonds»*. Il faut cependant dire que la plupart des émissions d'*Eurobonds* réalisées à ce jour n'ont pas impliqué un transfert de propriété immédiat pour garantir la dette. C'est ainsi que le *«trustee»*, en vertu du type de *trust deed* généralement utilisé pour les *Eurobonds*, ne sera pas, en réalité, un *trustee*, mais plutôt un «représentant fiduciaire»[127], car la responsabilité fiduciaire imposée par le *deed* n'est pas liée à un transfert de propriété. Dans ces conditions, tout ce que l'on peut dire, c'est que le *«trustee»* n'est, en fait qu'un *trustee potentiel*,

[118] *Id.*, p. 1682.
[119] Pour le Québec, voir J. S. Ziegel, «Canadian Chattel Security Law: Past Experience and Current Developments», dans *Security Over Corporeal Movables, op. cit.*, p. 95.
[120] Voir en général Posner, «The Trustee and the Trust Indenture: A Further Study», *Yale Law Journal*, 46 (1937), p. 737; R. B. Smith *et al.*, «The Trust Indenture Act Needs No Conflict of Interest Revision», *The Business Lawyer*, Vol. 35 (1979), p. 161.
[121] Voir «The Mortgage Bond Identure Form – 1981» (American Bar Foundation, Charles H. Jagow, Project Director), revisé par W. H. Brown, Jr. dans *The Business Lawyer*, Vol. 36 (1981), p. 1917.
[122] Voir *Uniform Commercial Code* (UCC) (texte officiel de 1972, avec commentaires), art. 9–102 et 9–401.
[123] Voir UCC, art. 9–204.
[124] Voir UCC, art. 9–102 et 9–104, de même que l'Appendice (modifications des textes en 1972), art. 9–104 et commentaires.
[125] Voir *Scott on Trust* (3e éd. 1967), Vol. I, Section 2.2, p. 36–37.
[126] Voir *supra*, No 41.
[127] *Cf. Jacobs' Law of Trusts in Australia, op. cit.*, Sections 1312–1318, p. 238–244.

of default the trustee may intervene to collect money which is due to the bondholders and, when it has received money collected on their behalf, it will become at last a true trustee.

We should also note here some development on the supranational level of trust indenture financing, notably in connection with issues launched by the International Monetary Fund.[128] The practices developed give some indication that, in the field of large-scale financing, the trust may be becoming something of a universal device which transcends national legal systems. However, caution must be taken once again to point out that many or most of the deeds of trust or trust indentures employed on the international level are not true trusts but rather are in the nature of fiduciary agency arrangements, which will become trusts only to the extent that the 'trustee' performs active duties in the collection and handling of monies or other property.

Analogous institutions

102 Civil law systems, like common law systems, have always known such traditional possessory security interests as the pawn or pledge, as well as the mortgage. Modern financing methods call for flexible non-possessory security devices, however, and this need has been met in civil law systems by such institutions as reservation of title (conditional sale, hire-purchase) and transfer of title for purposes of security. These devices permit the creditor to secure his credit and the debtor (sometimes called 'economic owner' as opposed to the creditor who is called 'legal owner') to use the secured goods – which permits him to collect the money necessary to pay off his debt.[129]

Of all civil law systems German law has probably developed the most sophisticated devices of this kind; significantly, this development has taken place largely outside the BGB.[130] Practically every commercial sale on credit is made under a reservation of title. Such a reservation is made through informal agreement of the parties, without any form of publicity being required. It may be extended to cover not only the purchase price of the goods sold but also other claims of the seller and it may even cover the situation where the buyer resells the goods to a third party. The legal position of the buyer has been strengthened more and more by the courts. Modern German doctrine has labelled the various rights of the buyer 'expectancy' which is conceived 'as a minor form of ownership'.[131] Raiser has even suggested that this duality of seller's and buyer's rights in the same object may be called a split of ownership between both parties. This, of course, sounds very familiar to the common law lawyer who would probably have used the trust device to achieve similar results. Despite the rather unorthodox lack of any publicity requirements, the reservation of title works very smoothly in practice; the

[128] See J. Gold, 'Trust Funds in International Law', *American Journal of International Law*, Vol. 72, p. 856 (1978).
[129] See, generally, *Security Over Corporeal Movables* (note 115).
[130] See U. Drobnig, 'Security Over Corporeal Movables in Germany', in *Securities Over Corporeal Movables* (note 115).
[131] Raiser, *Dingliche Anwartschaften* (1961).

puisqu'en cas de non-paiement, le *trustee* peut intervenir pour recevoir les montants dus aux porteurs d'obligations, et ce n'est que lorsqu'il aura reçu des sommes d'argent pour le compte de ceux-ci qu'il deviendra enfin un véritable *trustee*.
Il nous faut aussi signaler ici certaines opérations de financement au niveau supranational, réalisées au moyen d'un *trust indenture*, pour des émissions assurées par l'*International Monetary Fund*[128]. Les procédés utilisés semblent indiquer que, dans le domaine du financement sur une vaste échelle, le trust pourrait bien devenir un procédé universel qui ira au-delà des systèmes juridiques nationaux. Mais, une fois de plus, il faut faire preuve de prudence, en rappelant qu'un grand nombre – la plupart même – des *deeds of trust* ou des *trust indentures* utilisés au plan international, ne sont pas de véritables trusts, mais plutôt des arrangements fiduciaires qui ne deviendront des trusts que dans la mesure où le *«trustee»* accomplira des actes concrets en recevant des sommes d'argent ou d'autres biens, et en disposant de ceux-ci.

Institutions analogues

102 Les systèmes de droit civil, tout comme les systèmes de *common law*, ont toujours connu soit des droits de garantie traditionnels reposant sur la possession, tels que le gage, soit l'hypothèque. Cependant, les méthodes modernes de financement exigent des sûretés plus souples, en dehors de toute possession, et ce besoin a été satisfait, dans les systèmes de droit civil, par des institutions telles que la «réserve de propriété» (vente sous condition, location-vente) et le transfert de la propriété fiduciaire à titre de sûreté. Ces procédés permettent au créancier de voir son prêt garanti et au débiteur (appelé parfois le «propriétaire économique» alors que le créancier est appelé le «propriétaire juridique») d'utiliser les biens qui servent de garantie, ce qui lui permet d'obtenir l'argent nécessaire pour éteindre sa dette[129].
De tous les systèmes de droit civil, c'est le droit allemand qui a probablement créé les procédés les plus ingénieux; il est intéressant de signaler que cela s'est surtout produit en dehors du BGB[130]. Pratiquement toutes les opérations commerciales reposant sur le crédit sont faites «sous réserve de propriété». Cette réserve est le résultat d'un simple accord entre les parties, sans qu'une publicité quelconque soit nécessaire. Elle peut être étendue pour porter, non seulement sur le prix de vente des biens, mais aussi sur d'autres droits que le vendeur pourrait faire valoir, et elle peut même concerner le cas où l'acheteur a revendu les biens à un tiers. De plus en plus, les tribunaux ont renforcé la situation juridique de l'acheteur. La doctrine allemande moderne a donné le nom de «droit d'expectative» aux divers droits de l'acheteur, considérés comme «une forme mineure de propriété»[131]. Raiser a même été jusqu'à soutenir que ce dédoublement des droits du vendeur et de l'acheteur, portant sur le même objet, peut être appelé une division de la propriété entre les deux parties. Cette affirmation bien entendu semble tout naturelle au juriste de *common law*, qui aurait probablement utilisé le trust pour parvenir au même résultat. En dépit de l'absence assez peu orthodoxe de toute nécessité de publicité, la «réserve de propriété» soulève très peu de difficultés pratiques; le domaine où des problèmes se posent le

[128] Voir J. Gold dans *American Journal of International Law*, Vol. 72, p. 856.
[129] Voir, en général, *Security Over Corporeal Movables* (note 115).
[130] Voir U. Drobnig, «Security Over Corporeal Movables in Germany», dans *Securities Over Corporeal Movables* (note 115).
[131] Raiser, *Dingliche Anwartschaften* (1961).

main area where problems arise seems to be that of the conflict of priorities with other security devices.
The transfer of title for security is also extremely popular and also largely born out of practice. The position of the debtor who has transferred title to his creditor is in many respects comparable to that of the buyer under a reservation of title, though it may be somewhat weaker (*e.g.* he is not deemed to be entitled to an expectancy as the buyer under a reservation of title is).

Other civil law systems seem to be moving somewhat in this direction, though French and Belgian law in particular have long been reluctant to admit the validity of a reservation of title, notably in a case of bankruptcy. It was only in 1980 that a law was introduced in France which made a reservation of title fully effective.[132] It may be noted that the draft European Communities Convention on bankruptcy includes an article (article 41) which deals with reservation of title. Significantly, however, the draft has not yet made a definitive choice from among the various variants it proposes.

What strikes one, though, is that modern financing methods have caused at least some civil law systems to admit a separation of legal ownership and economic interest which represents some affinity to the fragmentation of ownership along functional lines which lies at the root of the trust. Formally these devices are still construed as a variation of full ownership: lip service is still paid to the comparatively rigid structure of property law, and the seller under reservation of title and the creditor to whom title has been transferred remain 'full owner'. But economically speaking, the buyer or debtor has a position which comes close to that of the beneficiary in a trust arrangement, the powers of the legal owner being curtailed to what is strictly necessary to exercise his rights or to carry out his obligations.

103 As far as protection of bondholders is concerned, reference has already been made to the somewhat peculiar use of the trust device in connection with Eurobonds. Where these loans are administered by American or English banks, and American or English law is applicable, the trust may in the end still be considered a true trust. Where European banks have issued Eurobonds, the arrangement, though it is sometimes labelled a trust, may in fact be based on an agency contract which involves no transfer of title at all (the so-called 'Luxemburg trust'); or the loan may be administered by an especially created legal entity (this is the normal practice with Eurobond loans issued by French banks).[133] As we have seen, many civil law systems have adopted legislation to protect the public by creating a special status for the mass of money contributed by them.[134]

[132] See C. Witz, *op cit.*, p. 142.
[133] See Philippe Kahn, 'Lex Mercatoria et Euro-obligations', in *Law and International Trade/Recht und Internationaler Handel*, Festschrift für Clive M. Schmitthoff, at. p. 235.
[134] See No 50, *supra*.

plus souvent est celui des conflits de priorités qui découlent d'autres modes de garantie.
Le transfert de propriété fiduciaire à titre de sûreté est, lui aussi, très répandu et il a également pris naissance dans la pratique. La situation du débiteur qui a transféré son titre de propriété à son créancier est comparable, à de nombreux égards, à celle de l'acheteur sous réserve de propriété, bien qu'elle soit légèrement moins forte (par exemple, on considère qu'il n'a pas droit aux mêmes «droits d'expectative» que l'acheteur sous réserve de propriété).
D'autres systèmes de droit civil semblent plus ou moins prendre la même direction, bien que les droits français et belge en particulier aient longtemps hésité à reconnaître la validité de la réserve de propriété, notamment en cas de faillite. C'est seulement en 1980 qu'une loi fut votée en France pour donner plein effet à la réserve de propriété[132]. Il faut signaler que le projet de convention relative à la faillite des Communautés Européennes contient un article (l'article 41) qui concerne la réserve de propriété. Mais il est significatif que le projet n'a, jusqu'ici, pas fait un choix définitif entre les diverses variantes qu'il propose.
Ce qui nous frappe cependant, c'est que les méthodes de financement modernes ont conduit quelques-uns des systèmes de droit civil à admettre une division entre la propriété juridique et les droits économiques, division qui offre une certaine affinité avec le morcellement fonctionnel du droit de propriété sur laquelle repose le trust. Formellement, ces procédés sont encore interprétés comme des variantes du droit de propriété absolu: on affirme, du bout des lèvres, que la structure comparativement rigide du droit en matière de biens est maintenue, et que le vendeur sous réserve de propriété et le créancier auquel le titre de propriété fiduciaire a été cédé, demeurent des «propriétaires à part entière». Mais d'un point de vue économique, la situation de l'acheteur ou celle du débiteur est proche de celle du bénéficiaire d'un trust, les droits du «propriétaire juridique» se trouvent réduits à ce qui lui est strictement nécessaire pour exercer ses droits et obligations.

103 A l'occasion de la protection des porteurs d'obligations, nous avons déjà fait allusion, au sujet des *Eurobonds*, à l'utilisation assez particulière qui est faite du trust. Quand ce sont des banques américaines ou anglaises qui sont chargées de l'émission des obligations et quand le droit américain ou le droit anglais est applicable, un tel trust peut en définitive être considéré comme un trust véritable. Quand l'émission des *Eurobonds* est assurée par des banques européennes, l'opération – à laquelle on donne parfois le nom de trust – peut reposer en réalité sur un contrat de représentation qui n'implique aucun transfert de propriété (ce qu'on appelle le «trust de Luxembourg»; ou une entité juridique créée spécialement à cet effet est chargée de l'opération (c'est la pratique habituelle pour les émissions d'*Eurobonds* assurées par des banques françaises)[133]. Nous l'avons vu, dans de nombreux systèmes de droit civil, des lois ont été votées pour assurer la protection du public: un statut spécial a été donné à la masse monétaire créée par les contributions publiques[134].

[132] Voir C. Witz. *op. cit.*, p. 142.
[133] Voir Philippe Kahn, «Lex Mercatoria et Euro-obligations», dans *Law and International Trade/Recht und Internationaler Handel*, Festschrift für Clive M. Schmitthoff, p. 235.
[134] Voir No 50, *supra*.

F *Trusts for liquidation: trustees in bankruptcy and assignments for the benefit of creditors*

104 In England and the United States the court-appointed official who administers the estate of a bankrupt debtor is known as the 'trustee in bankruptcy'.[135] Upon determination of bankruptcy the trustee takes legal title to the bankrupt's property and undertakes to administer it for the benefit of the creditors. The trustee must account to the Bankruptcy Court which approves or denies creditors' claims, establishes priorities among both secured and unsecured creditors, rules on the trustee's accounts and orders distribution of the property. The trustee's activities are subject to very detailed regulations set out in the Bankruptcy Act.

The trustee in bankruptcy therefore occupies a special fiduciary office by court appointment and under continuous supervision.[135A] In most cases the purpose of the 'trust' is for the collection and liquidation of assets for the benefit of creditors at the earliest possible time. In some cases 'operating bankruptcies' are set up in which the trustee administers a going business for a period of time in order to prevent loss to creditors due to the precipitous termination of business activities.

Even when the bankruptcy is voluntary on the part of the bankrupt, the selection of a trustee is normally up to the court. Therefore the situation in bankruptcy bears little resemblance in its policy objectives to the typical voluntary, express trust.

Historically, attempts to deal on the international level with recognition of bankruptcy trustees or with the law applicable to bankruptcy have been largely unsuccessful. It seems unlikely that such 'trustees' should be included within the scope of a convention on the validity and recognition of trusts.

105 A close cousin of the trustee in bankruptcy is the assignee for the benefit of creditors to whom an assignment is made by an insolvent person for the benefit of the creditors. The assignee for the benefit of creditors is a fiduciary who holds the debtor's property as a 'trustee'[136] for the creditors. The general purpose is liquidation of property at the earliest possible time and the duties of the assignee will be primarily to negotiate or simply to execute the terms of an arrangement among creditors. Once again this type of 'trust' for the benefit of the creditors seems to us to bear little resemblance to the express private trust, and it probably should be excluded from the ambit of our Convention.

Analogous institutions

106 Functions similar to those of a trustee in bankruptcy are performed in civil law systems by a *'syndic', 'curateur', 'Konkursverwalter'*. Like the trustee in bankruptcy they are appointed by the courts which control

[135] *Jowitts Dictionary of English Law, op. cit.*, Vol. 2, p. 1820; *Black's Law Dictionary*, 4th ed., p. 1685, 'Trustee in bankruptcy'.

[135A] In Scotland, the 'trustee' in a sequestration is elected by the creditors and may be removed by them. See *Report on Bankruptcy and Related Aspects of Insolvency and Liquidation*, (Scot. Law Com. No 68, published February 25, 1982), ch. 9. There is less official intervention than in the English system. *Id.*, par. 2.5.

[136] *Black's Law Dictionary, op cit.*, p. 153, 'assignee for the benefit of the creditors'. In Scotland the voluntary assignment is in the form of a 'trust deed' and the assignee is referred to as the 'trustee'; see *Report on Bankruptcy and Related Aspects of Insolvency and Liquidation, op. cit.*, note 135A, *supra*, ch. 24.

F *Trusts de liquidation des biens: syndic de la faillite ou concordat par abandon d'actifs*

104 En Angleterre et aux Etats-Unis, on appelle *«trustee in bankruptcy»* (syndic de la faillite) l'auxiliaire de justice désigné par le tribunal pour administrer le patrimoine d'un débiteur en faillite[135]. Quand la faillite a été prononcée, le *trustee* devient le «propriétaire juridique» des biens du failli, dont il doit assurer la gestion pour le compte des créanciers. Le *trustee* doit rendre des comptes au tribunal des faillites *(Bankruptcy Court)* qui admet ou rejette les créances présentées au passif de la faillite; il détermine les priorités entre les créances privilégiées et les créances chirographaires, se prononce sur les comptes présentés par le *trustee* et ordonne la répartition des avoirs. Les activités du *trustee* sont soumises à une réglementation très détaillée, énoncée dans le *Bankruptcy Act*.

Le trustee in bankruptcy exerce, par conséquent, une fonction fiduciaire particulière: il est nommé par le tribunal et se trouve à tous moments soumis au contrôle de celui-ci[135A]. Dans la plupart des cas, le *«trust»* a pour objet de recueillir et de liquider les avoirs le plus rapidement possible, dans l'intérêt des créanciers. Parfois une *«operating bankruptcy»* est constituée: le *trustee,* pendant un certain temps, continue à faire fonctionner l'affaire, afin que les créanciers ne soient pas lésés par une cessation trop précipitée de ses activités.

Même quand le failli s'est volontairement fait déclarer en faillite, il appartient normalement au tribunal de choisir le *trustee*. Par conséquent, la situation en cas de faillite offre peu de ressemblance, dans les objectifs qu'elle vise, à celle d'un trust classique, volontaire et déclaré.

Les tentatives faites jusqu'ici au niveau international pour assurer la reconnaissance des syndics de faillite ou pour déterminer la loi applicable à la faillite ont été couronnées de peu de succès. Il semble improbable que des *«trustees»* de ce genre puissent entrer dans le domaine d'application d'une convention sur la validité et la reconnaissance des trusts.

105 Un «cousin rapproché» du *trustee in bankruptcy* est l' *«assignee for the benefit of creditors»* (concordat par abandon d'actifs), auquel un insolvable cède son actif au bénéfice de ses créanciers. Ce «cessionnaire» est un fiduciaire qui détient les biens du débiteur en qualité de *«trustee»*[136] des créanciers. L'objectif général est de liquider les biens le plus rapidement possible et les fonctions du cessionnaire consisteront surtout à négocier ou tout simplement à exécuter des accords entre les créanciers. Dans ce cas encore, ce genre de «trust» au bénéfice des créanciers ne semble avoir qu'une ressemblance lointaine avec le trust privé déclaré, et il devra sans doute être exclu du champ d'application de notre Convention.

Institutions analogues

106 Des fonctions similaires à celles du *trustee in bankruptcy* sont remplies, dans les systèmes de droit civil, par un syndic, un curateur, un *Konkursverwalter*. Comme le trustee in *bankruptcy,* il est nommé par les tribu-

[135] *Jowitts Dictionary of English Law, op cit.*, vol.2, p. 1820; *Black's Law Dictionary*, 4e éd., p. 1685, «Trustee in bankruptcy».

[135A] En Ecosse, le *«trustee»* dans une faillite est choisi par les créanciers et peut être révoqué par eux. Voir *Report on Bankruptcy and Related Aspects of Insolvency and Liquidation* (Scot. Law Com. No 68, publié le 25 février 1982), chap. 9. Il y a moins d'interventions par les autorités publiques dans le système anglais. *Id.*, par. 2.5.

[136] *Black's Law Dictionary, op. cit.*, p. 153, *«assignee for the benefit of the creditors»*. En Ecosse, la cession volontaire se fait sous la forme d'un «trust deed» et le cessionnaire est appelé le *«trustee»*; voir *Report on Bankruptcy and Related Aspects of Insolvency and Liquidation, op. cit., supra*, note 135A, chap. 24.

their acts of administration and liquidation of the assets. In France, Belgium and Luxemburg he is seen as a legal representative either of the debtor or the creditors or both.[137] In Germany, on the other hand, the prevailing view is that the *Konkursverwalter* is not a representative but somewhat like the trustee in bankruptcy, acts in his own name but not in his own interests.[138] In Italy, the functions of the *curatore* are more of a public character.

The draft Convention of the European Communities on bankruptcy considers that the differences in legal position of the trustee in bankruptcy, the *syndic*, etc., relate to differences in practical procedures more than in fundamental conception. Article 29 provides that the liquidator or *syndic* has on the territory of each Contracting State the powers which are conferred on him by the State where the bankruptcy has been determined, but that the procedural means to be followed by him are subject to the law of the State where his acts produce their effects.[139]

G *Constructive and resulting trusts*

Constructive trusts

107 Constructive trusts are trusts which are established by construction in the courts of equity, where a person has taken legal title to property but it would be unjust for that person to enjoy the beneficial interest therein. They are therefore involuntary trusts, established by judicial decision against the will of the holder of legal title, usually because of the holder's wrongdoing.[140]

A simple example of the construction trust occurs when an agent who has been employed to buy property for this principal takes title thereto in his own name and thereafter refuses to transfer title to the principal. The principal may go to the court of equity and ask that a constructive trust be imposed on the property, *i.e.* that the agent be declared to be 'trustee' of the property for the use and benefit of the principal. Obviously the principal does not want the faithless agent to administer the property as trustee, but rather will couple his request for imposition of the constructive trust with a request that the agent be ordered by the court to execute an immediate transfer of the legal title of the property to the principal.

108 It can be seen then that constructive trusts are purely remedial in nature and therefore differ considerably from express trusts. It has in fact been argued that 'constructive' trusts are not really trusts at all, but are simply remedies.[141]

The authors of this Report do not wish to take a position on this issue, which in any case is largely theoretical. Even in the United States, where the denial of the institutional nature of the constructive trust seems to be widespread, the recent formulation of requirements for imposing such a trust, set forth by a New York court,

[137] See L. F. Ganshof, *Le droit de la faillite dans les Etats de la CEE*, 1969, pp. 53–54.

[138] See F. Mentzel/G. Kuhn, *Konkursordnung*, 8th ed., 1976, p. 69 *et seq.* Incidentally, these authors reject the theory according to which the *Konkursverwalter* should be regarded as a sort of legal *Treuhänder* (*ibidem* p. 72).

[139] See for a commentary on this article J. Thieme, 'Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG Staaten von 1980' in *Rabels Zeitschrift* (1981), pp. 477, 478 and 496.

[140] *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, note 135, pp. 1680–1681. 'Constructive Trusts'.

[141] See *Jacob's Law of Trusts in Australia*, (4th ed. 1977), pp. 252–257. *Cf. Scott on Trusts*, (3rd ed. 1967), Vol. I, Preface, pp. xiii-xiv and, generally, Vol. V, ch. 13; D. Waters, *The Constructive Trust*, 1964.

naux, lesquels contrôlent sa gestion et la liquidation des avoirs. En France, en Belgique et au Luxembourg, il est considéré comme le représentant légal soit du débiteur, soit des créanciers, soit des deux [137]. En Allemagne, par contre, l'opinion dominante est que le *Konkursverwalter* n'est pas un représentant, mais qu'il agit un peu comme le *trustee in bankruptcy* en son propre nom, mais pas dans son propre intérêt[138]. En Italie, les fonctions du *curatore* ont un caractère plus public.

Le projet de Convention de la Communauté Européenne relative à la faillite considère que les différences entre les statuts juridiques du *trustee in bankruptcy*, du syndic, etc., proviennent davantage de différences dans les procédures à suivre que dans des notions fondamentales. L'article 29 prévoit que le *liquidator*, ou le syndic, possède, sur le territoire de chaque Etat contractant, les pouvoirs qui lui sont conférés par l'Etat où la faillite a été prononcée, mais que les modalités de ses activités sont soumises à la loi de l'Etat où ses actes produisent leurs effets[139].

G *Constructive and resulting trusts*

Constructive trusts

107 Les *contructive trusts* sont des trusts créés par une interprétation de la *Court of equity*, lorsqu'une personne a acquis un droit de propriété sur un bien, mais qu'il serait injuste qu'elle ait le droit d'en profiter. Il s'agit donc de trusts involontaires, établis par une décision judiciaire et contraire à la volonté de celui qui détient le droit de propriété, généralement en raison d'une faute que celui-ci a commise[140].

Donnons un seul exemple très simple d'un *constructive trust*, celui d'un mandataire qui, chargé d'acheter des biens pour son mandant, les achète en son propre nom et refuse ensuite d'en transférer la propriété au mandant. Ce dernier peut saisir le *Court of equity* et demander qu'un *constructive trust* soit imposé sur les biens, c'est-à-dire que le mandataire soit déclaré le *«trustee»* des biens au profit du mandant. Il est évident que le mandant ne désire pas que le mandataire de mauvaise foi *gère* les biens en qualité de *trustee*, aussi joindra-t-il généralement à sa demande de constitution d'un *constructive trust* une requête demandant au tribunal d'ordonner au mandataire de transférer immédiatement le droit juridique sur les biens au mandant.

108 On voit donc que les *constructive trusts* sont, par leur nature de purs moyens de réparation, et qu'ils diffèrent considérablement des trusts déclarés. On a d'ailleurs soutenu que les *constructive trusts* ne sont pas en réalité de véritables trusts, mais simplement des moyens de réparation[141].

Les auteurs de ce Rapport n'entendent pas prendre position sur cette question qui, en tout état de cause, a surtout un caractère théorique. Même aux Etats-Unis, où il semble que le refus de reconnaître le caractère institutionnel du *constructive trust* soit très répandu, les conditions énoncées récemment par un tribunal de New York pour qu'un tel trust puisse être imposé, permettent

[137] Voir L. F. Ganshof, *Le droit de la faillite dans les Etats de la CEE*, 1969, p. 53–54.

[138] Voir F. Mentzel/G. Kuhn, *Konkursordnung*, 8e éd., 1976, p. 69 et s. Incidemment, les auteurs rejettent la théorie selon laquelle le *Konkursverwalter* doit être considéré comme une sorte de *Treuhänder* légal (*ib.*, p. 72).

[139] Voir le commentaire de cet article: J. Thieme, «Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG Staaten von 1980», *RabelsZ.* 1981 p. 477, 478 et 496.

[140] *Black's Law Dictionary*, op. cit., note 135, p. 1680–1681, «Constructive Trusts».

[141] Voir *Jacob's Law of Trusts in Australia*, (4e éd. 1977), p. 252–257. *Cf. Scott on Trusts*, (3e éd. 1967), Vol. I, *Preface*, p. xiii–xiv et, en général, Vol. V, chap. 13; D. Waters, *The Constructive Trust*, 1964.

goes far towards affirming that a substantive concept is involved.[142]

Analogous institutions

109 The common source of civil law remedies analogous to the constructive trust is the Roman *condictio*.[143] This was a remedy *in personam* which could be used by the plaintiff when he had no special ground for his action other than that the defendant had no adequate grounds for retaining an object or for not paying a sum of money to the plaintiff. The German and Swiss Civil Codes among others devote a special chapter to rights arising from unjust enrichment. The French Code and the Civil Codes based thereupon include a more limited action for restoration of payments made pursuant to a supposed debt (often called, after its Roman predecessor, *condictio indebiti*). The courts in France and elsewhere however have allowed remedies in other instances of unjust enrichment and the new Civil Code of the Netherlands will now include special provisions on unjust enrichment along with the traditional *condictio indebiti*.

Resulting trusts

110 Resulting trusts are those which are implied in law because of the presumed intention of the person who furnishes the property, or the purchase price of the property. Unlike the constructive trust, no unjust enrichment need be involved.

Resulting trusts normally arise in three types of situations.[144] First, where a settlor transfers property to a trustee, but the trust fails in whole or in part, the presumption is that the settlor did not intend to make a gift to the trustee; and therefore the trustee holds the property upon a resulting use. He may thereafter be required to return the property to the settlor or to the settlor's heirs. Second, where the trustee has fully performed an express trust and still holds property constituting the trust *res*, the inference is made that the settlor did not intend to give the remainder to the trustee. For example, a settlor has transferred property to a trustee for the life of a named beneficiary. When the beneficiary dies, the trustee is still holding property. The trustee holds the remaining property upon a resulting use for the settlor and may be required to return it to the settlor or to the settlor's heirs. Third, one person provides the money for the purchase price of property, but the property is transferred by the seller to a third person. In the absence of wording indicating a gift to that third person, the inference is made that the third person holds the property upon a resulting use for the person who furnished the purchase price. Once again, the holder of the property or his heirs may be required to transfer it to the person who furnished the purchase price.

The resulting trust is similar to the express trust in that its existence is founded upon the intentions of the settlor, those intentions being implied. The resulting trust

[142] See *Goodman* v. *Goodman* (Appellate Division, First Department, Jan. 21, 1982), opinion published in the *New York Law Journal*, Jan. 26, 1982, p. 22. The court laid down four requirements for imposition of a constructive trust as follows: (1) there must be a confidential or fiduciary relationship; (2) there must be a promise, either express or implied; (3) there must be a transfer of property in reliance thereon; (4) there must be unjust enrichment to the transferee. The court denied that any wrongdoing was necessary to invoke the doctrine.

[143] See, generally, Zweigert and Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Vol. II: *The Institutions of Private Law*, (1977), p. 208 *et seq.*

[144] See, generally, *Scott on Trusts*, Vol. V, Section 404.1.

d'affirmer qu'une question de fond doit nécessairement se poser[142].

Institutions analogues

109 La source commune des moyens de réparation du droit civil analogues au *constructive trust* est le *condictio*[143] du droit romain. C'était une réparation *in personam*, que le demandeur pouvait réclamer lorsque sa demande reposait sur l'unique moyen que le défendeur n'avait pas de motifs valables pour retenir un objet, ou pour ne pas payer au demandeur une somme d'argent. Les Codes civils allemand et suisse, notamment, consacrent un chapitre spécial aux droits résultant d'un enrichissement illégitime. Le Code civil français et les codes qui s'inspirent sur lui, prévoient une action moins étendue pour la répétition de l'indu (qu'on appelle souvent, d'après son antécédant romain, *condictio indebiti*). En France et ailleurs, les tribunaux ont cependant accordé des réparations dans d'autres cas d'enrichissement sans cause, et le nouveau Code civil des Pays-Bas contiendra une disposition spéciale sur l'enrichissement sans cause qui ira de pair avec le traditionnel *condictio indebiti*.

Resulting trusts (trusts par implication)

110 Les *resulting trusts* sont ceux qui ressortent par implication de la loi elle-même en raison de l'intention présumée de la personne qui fournit les biens ou du prix d'achat de ces biens. Contrairement au *«constructive» trust*, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un enrichissement illégitime.

Les trusts par implication se rencontrent normalement dans trois types de situations[144]. Premièrement, lorsqu'un constituant transfère des biens à un *trustee*, mais que le trust échoue en tout ou en partie, il y a présomption que le constituant n'avait pas l'intention de faire un don au *trustee*; en conséquence, le *trustee* retient les biens en vertu d'un trust implicite. Il peut être plus tard obligé de rendre les biens au constituant ou aux héritiers de celui-ci. Deuxièmement, lorsque le *trustee* a rempli entièrement les obligations d'un trust déclaré et qu'après cela il détienne encore des biens du trust, on en conclut que le constituant n'avait pas l'intention de faire don au *trustee* des biens qui restent. Par exemple, le constituant a transféré des biens à un *trustee* pour la durée de la vie d'un bénéficiaire nommé. A la mort de ce bénéficiaire, le *trustee* détient toujours des biens. Le *trustee* retient les biens restant en vertu d'un trust implicite pour le constituant et peut être obligé de les rendre soit au constituant, soit à ses héritiers. Troisièmement, une personne fournit de l'argent pour l'achat de biens, mais ces biens sont transférés par le vendeur à un tiers. En l'absence d'une clause indiquant que ce tiers a reçu un don, on en conclut que ce tiers retient la propriété en vertu d'un trust par implication en faveur de la personne qui a fourni le prix d'achat des biens. De nouveau, le possesseur des biens ou ses héritiers peuvent être obligés de les transférer à la personne qui a fourni le prix d'achat des biens.

Le trust par implication est semblable au trust déclaré en ce que son existence est basée sur les intentions du constituant, ces intentions étant implicites. Le trust par

[142] Voir *Goodman* v. *Goodman* (Appellate Division, First Department, 21 janvier 1982: les attendus ont été publiés dans le *New York Law Journal*, 26 janvier 1982, p. 22). Le tribunal énonça les quatre conditions nécessaires pour qu'un *constructive trust* soit imposé, à savoir: 1) un rapport confidentiel ou fiduciaire doit exister; 2) une promesse expresse ou implicite doit avoir été faite; 3) un transfert de propriété doit avoir pris place en se fiant à cette promesse; 4) le bénéficiaire du transfert doit en avoir tiré un enrichissement sans cause. Le tribunal a nié qu'une faute soit nécessaire pour que cette doctrine puisse être invoquée.

[143] Voir en général Zweigert et Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Vol II: *The Institutions of Private Law*, (1977), p. 208 et s.

[144] Voir en général *Scott on Trusts*, Vol. V, Section 404.1.

is similar to the constructive trust in that, normally speaking, no actual administration of the property by the trustee is expected. In most cases the trustee's only fiduciary duty is to turn the property over to the settlor.

GG *Bank account trusts*

111 Bank accounts held in the name of one person, who has furnished the funds, as trustee for another person, create special problems. At an early stage some courts in the United States held that no trust existed in such a case unless the bank account holder had delivered the passbook for the account to the 'beneficiary'. The courts were assuming that in such a case either an irrevocable trust must be created, or no trust would exist at all.[145]
Some years later, the courts of New York in a famous case[146] recognized that a third possibility existed, which was that a 'revocable' trust was created. The bank account trust was held to be revocable during the life of the trustee, but the trust became absolute upon his death without prior revocation. This type of trust is known as a 'tentative' or 'Totten' trust.

The Uniform Probate Code in section 6-103(c) contains the following provision with regard to bank account trusts:

'(c) Unless a contrary intent is manifested by the terms of the account or the deposit agreement or there is other clear and convincing evidence of an irrevocable trust, a trust account belongs beneficially to the trustee during his lifetime, and if two or more parties are named as trustee on the account, during their lifetimes beneficial rights as between them are governed by subsection (a) of this section. If there is an irrevocable trust, the account belongs beneficially to the beneficiary.'

H *Other uses of the trust device*

112 The authors of this Report have tried to be as comprehensive as possible in setting up and describing the modern functional uses of the trust. The flexibility of the trust mechanism however tends to frustrate efforts at comprehensive treatment, since users of the device are undoubtedly inventing new utilizations as we write. Thus we encourage the readers of this Report to bring to the attention of the Special Commission which will meet at The Hague in June 1982 any significant utilizations of the trust which may have been ignored or overlooked in this chapter.

Part two: Trusts in the conflict of laws

CHAPTER IV – INTRODUCTION

113 When compared to the extensive body of case law on the private international law of contracts or torts, the

[145] See *Scott on Trusts*, Vol. I, Section 58.2.
[146] *Matter of Totten*, 179 N.Y. 112, 71 N.E. 748 (1904).

implication est semblable au *constructive trust* en ce que normalement il n'est pas prévu que le *trustee* administre en fait les biens. Dans la plupart des cas, la seule obligation fiduciaire du *trustee* est de rendre les biens au constituant.

GG *Les trusts de comptes en banque*

111 Les comptes en banque constitués au nom d'une personne en qualité de *trustee* pour une autre personne soulèvent des problèmes spéciaux. Au début, certains tribunaux aux Etats-Unis ont jugé qu'il n'y avait pas de trust dans des cas semblables, à moins que le détenteur du compte en banque n'ait transféré le livret d'épargne au «bénéficiaire». Les tribunaux partaient de l'idée que dans de tels cas, soit il était nécessaire de créer un trust irrévocable, soit le trust n'existait pas[145].
Quelques années plus tard, les tribunaux de New York, dans un arrêt célèbre[146], ont admis qu'il existait une troisième possibilité, à savoir qu'un trust «révocable» avait été créé. Le trust d'un compte bancaire était considéré comme révocable durant la vie du *trustee*, mais à la mort de celui-ci, le trust devenait absolu, en absence d'une révocation préalable. Ce type de trust est connu sous le nom de trust «provisoire» ou «Totten» trust.
Le *Uniform Probate Code*, dans sa Section 6-103(c), contient la disposition suivante concernant les trusts de compte en banque:

«(c) Unless a contrary intent is manifested by the terms of the account or the deposit agreement or there is other clear and convincing evidence of an irrevocable trust, a trust account belongs beneficially to the trustee during his lifetime, and if two or more parties are named as trustee on the account, during their lifetimes beneficial rights as between them are governed by subsection (a) of this section. If there is an irrevocable trust, the account belongs beneficially to the beneficiary.»

H *Autres usages du trust*

112 Les auteurs de ce Rapport ont essayé d'être aussi complets que possible en énumérant et décrivant les usages fonctionnels modernes du trust. Néanmoins, la flexibilité du mécanisme du trust a tendance à faire échouer les efforts d'exhaustion, en raison du fait que les utilisateurs du trust inventent sans aucun doute de nouvelles utilisations au moment où nous écrivons. C'est la raison pour laquelle nous encourageons les lecteurs de ce Rapport à signaler à l'attention de la Commission spéciale qui se réunira à La Haye en juin 1982, toute utilisation importante du trust qui a peut-être été ignorée ou oubliée dans ce chapitre.

Deuxième partie: Les trusts et les conflits de lois

CHAPITRE IV - INTRODUCTION

113 Quand on la compare à la vaste jurisprudence relative au droit international privé en matière de con-

[145] Voir *Scott on Trusts*, Vol. I, Section 58.2.
[146] *Matter of Totten*, 179 N.Y. 112, 71 N.E. 748 (1904).

case law on the international application of the trust is relatively limited. Nonetheless, starting mainly from the end of the last century, there have been in various countries an important number of decisions concerning the trust which reflect the increased and still increasing movements of human beings and their property across the borders and, more particularly, across the borderline between common law and civil law jurisdictions. The emigration waves from Europe overseas, both in the beginning of this century and before and after the Second World War, the arrangements for international State loans (*e.g.* the Young Plan) set up in the 1920s and the 1930s, the settlement of British citizens on the European continent and of Europeans in Britain, the setting up of arrangements for the issuing of Eurodollar bonds starting from the sixties, investments by Europeans in the United States and Canada, and vice versa – all these developments have frequently involved, or involve, the use of the trust device. The international disputes to which this use of the trust has given rise have left their traces in various court decisions, both in common law and civil law jurisdictions.

114 We may safely assume that, at least as far as contacts between common law and civil law jurisdictions are concerned, practice gives rise to many more legal problems than we would suppose judging from the case law on the international utilization of the trust. As early as the late 1940s, Professor Batiffol wrote: *'There is no French lawyer doing business with English people or Americans who is not faced with the institution of the Trust'*,[147] and this holds true as well these days for other civil law lawyers who have to deal with legal problems with connecting factors in a common law country; the number of books, articles in legal and fiscal periodicals and even in newspapers[148], and symposia, etc., on the application of the trust in civil law countries is impressive and still growing. All this indicates that the trust tends to raise more and more legal and practical questions and that there is a clear practical need not only for information about the trust but also for guidance on how to deal with the trust in the civil law area. Similarly, common law lawyers are faced from time to time with difficult problems arising from the fact that a trust contains assets in a civil law jurisdiction or has its administration in such a jurisdiction or a beneficiary lives in such a jurisdiction.

In view of the uncertainty that reigns in civil law countries concerning the trust, it is often very difficult for common law lawyers to predict and to advise their clients on how a European bank or other institutions and authorities will treat the trust.

The situation in respect of litigation, then, may well be comparable to that in respect of the law of succession – in fact, as we shall see, international trust problems

[147] 'The trust problem as seen by a French lawyer', *op. cit.*, (footnote 58), p. 239.
[148] See *e.g.* a recent article in the *International Herald Tribune*, Monday, April 5, 1982, p. 10S.

trats ou de responsabilité civile, la jurisprudence portant sur l'application du trust dans l'ordre international est relativement réduite. Néanmoins, surtout à partir de la fin du siècle dernier, un grand nombre de décisions concernant le trust ont été prononcées dans divers pays: elles reflètent les déplacements de plus en plus nombreux, et qui s'amplifient encore, d'êtres humains, et de leurs biens, au-delà des frontières, et plus particulièrement au-delà de la ligne qui sépare les pays de *common law* des pays de droit civil. Les vagues d'émigration de l'Europe vers les pays d'outre-mer qui ont pris place tant au début de notre siècle qu'après la Seconde guerre mondiale, les accords internationaux sur les prêts d'Etats (par ex. le Plan Young) conclus au cours des années 1920 et 1930, l'arrivée des citoyens britanniques venus s'installer sur le continent européen et d'Européens s'établissant en Grande-Bretagne, la création à partir des années 1960 des systèmes d'émission d'obligations en *Eurodollars*, les investissements faits aux Etats-Unis et au Canada par des Européens, et vice-versa – tous ces événements ont très souvent impliqué – ou impliquent – un recours au procédé de trust. Les conflits internationaux que cet emploi du trust ont soulevés ont laissé leur trace dans diverses décisions de justice, dans des pays de *common law* comme dans des pays de droit civil.

114 Nous pouvons affirmer sans risque de nous tromper que dans la pratique, – tout au moins quand il s'agit de contacts entre des pays de *common law* et des pays de droit civil – les problèmes juridiques posés par l'emploi international du trust sont beaucoup plus nombreux que le ferait croire la jurisprudence existante sur ces questions. Dès la fin des années 1940, le Professeur Batiffol écrivait qu'il n'existait pas d'avocats français, ayant dans leur clientèle, des hommes d'affaires anglais ou américains qui n'aient pas été confrontés à l'institution du trust[147]. C'est encore vrai aujourd'hui pour d'autres juristes de droit civil qui doivent régler des problèmes juridiques ayant des éléments de connexité avec un pays de *common law*: le nombre d'ouvrages, d'articles publiés dans des revues juridiques ou fiscales et jusqu'à dans des quotidiens[148], sans compter les colloques, etc., concernant l'application du trust dans les pays de droit civil, est impressionnant et il ne cesse de croître. Tout cela montre que le trust a, de plus en plus, tendance à faire naître des problèmes juridiques ou pratiques, et qu'il existe un besoin évident, non seulement pour des informations sur le trust, mais aussi pour des orientations sur la manière de traiter le trust dans les pays de droit civil. De même, les juristes de *common law* se heurtent, de temps à autre, à des problèmes nés du fait qu'un trust porte sur des avoirs situés dans un pays de droit civil, ou que sa gestion est assurée – ou qu'un bénéficiaire vit – dans un pays de droit civil.
En raison de l'incertitude qui règne dans ces pays au sujet du trust, il est parfois très difficile aux avocats de *common law* de prévoir comment un trust sera traité en Europe par une banque, ou toute autre institution ou autorité, et par conséquent de conseiller utilement leurs clients.
En ce qui concerne les litiges, la situation est très comparable à celle du droit successoral – en fait, nous le verrons, les problèmes internationaux que soulève le

[147] «The trust problem as seen by a French lawyer», *op. cit.*, (note 58), p. 239
[148] Voir par exemple un article récent paru dans le *International Herald Tribune*, Lundi, 5 avril, 1982, p. 10S.

often arise in the context of inheritance disputes. The considerable differences between the various legal systems, enlarged by the special difficulty that the trust is absent in most civil law jurisdictions, will often lead parties to accept compromises and settlements by notaries, solicitors and barristers – even if they are not so well-founded and of a rather arbitrary character – rather than embarking upon an uncertain adventure in the courts.

115 The situation in respect of the trust among common law countries *inter se* is different from that among such countries and civil law jurisdictions.

First of all, in spite of differences in detail, Australia, Canada, Ireland, the United Kingdom and the United States all have the trust. Where a trust is connected with two or more trust jurisdictions, there will hardly arise any problems of recognition in respect of the trust[149] or its effects.

Where the trust makes its appearance before a civil law court or administration, or in the practice of a civil law lawyer or notary, more complicated questions will often arise. Here, in the absence of the trust as a legal institution and of the law of trusts as a distinct chapter in the law books, preliminary problems may present themselves: Can the trust, this *corpus alienum*, be recognized at all? And if so, under what category or categories of the law should the trust or the different legal relationships it creates be arranged: under the law of succession, the law of contract, the law of property, the law of foundations or associations, or any other branch of the law? And, if this problem of characterization or classification has been solved, and the applicable law has been determined, further questions of adaptation or conversion into civil law institutions may have to be faced. While, as we shall see, European courts and administrations have generally hesitated to deny any legal effect to the trust as a legal institution, they have had more difficulty in finding the legal category or categories under which the trust may be arranged and to which it may be compared. In fact, we are reminded here of what has been said above, Part I, Chapter II, C, about the difficulties civil law jurisdictions such as Quebec and Louisiana encountered when they adopted the trust and had to find ways to reconcile the trust with civil law concepts, devices and rules. And, as we saw above in Part I, Chapter II, D, the civil law offers a wide variety of such concepts and rules none of which is completely identical with the trust, which may make the problem of finding an adequate characterization, adaptation or conversion in civil law terms for the trusts a difficult one. The result is that, when it comes to litigation, the outcome may be highly unpredictable, as the parties and the courts will frequently be in the dark as to the way the trusts should be handled. From most of the decisions of civil law courts we will mention in the next chapter, it appears that both the parties and the courts have devoted considerable time and energy in finding their way in this darkness, in the absence of agreement on how the trust should be dealt with. Clearly it would be a great help both for civil law and common law lawyers if an international convention were to offer

[149] *Cf.* A. L. Diamond, 'The trust in English law', *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, p. 289 *et seq.*, at p. 306 (1981).

trust se posent souvent dans le contexte des procès entre héritiers. Les profondes différences qui existent entre les divers systèmes de droit, encore élargies par la difficulté particulière qui résulte de l'absence du trust dans la plupart des pays de droit civil, amènent souvent les parties à accepter des compromis ou des transactions établis par les notaires, les *solicitors* ou les avocats, même s'ils ne sont pas toujours très bien fondés en droit, et s'ils ont un caractère assez arbitraire, plutôt que de se lancer dans une aventure aléatoire devant les tribunaux.

115 La situation du trust, quand il s'agit de rapports entre des pays de *common law* diffère de celle qui se produit lorsque ces rapports concernent des pays de *common law* et des pays de droit civil.

Tout d'abord, en dépit de quelques différences de détails, le trust existe en Australie, au Canada, en Irlande, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis. Quand un trust a des relations avec plusieurs pays «de trust», il est très rare que des problèmes de reconnaissance se posent au sujet du trust[149] ou de ses effets.

Quand, dans un pays de droit civil, le trust fait son apparition devant un tribunal ou un service administratif ou dans la pratique d'un avocat ou d'un notaire, des questions plus compliquées se posent souvent. En effet, comme le trust n'a pas sa place parmi les institutions juridiques, et comme il n'existe pas un chapitre spécial consacré au trust dans les ouvrages de droit, des questions préliminaires peuvent se poser: le trust, ce *corpus alienum*, peut-il être reconnu en soi? Et dans l'affirmative, dans quelle catégorie (ou catégories) du droit faut-il ranger le trust ou les divers rapports juridiques qu'il crée; le droit successoral, le droit contractuel, le droit régissant les biens, le droit sur les fondations et les associations, ou dans d'autres branches ou droit? Et, si ce problème de qualification ou de classement a été résolu, et la loi applicable déterminée, on peut encore avoir des difficultés à adapter ou à convertir les trusts en des institutions du droit civil. Tandis qu'en Europe les tribunaux et les services administratifs, nous le verrons, ont généralement hésité à refuser tout effet légal au trust, en tant qu'institution juridique, ils ont eu plus de mal à trouver la catégorie juridique – ou les catégories – dans laquelle le trust pourrait être rangé et à laquelle il pourrait être comparé. En fait, nous devons nous souvenir ici de ce qui a été dit plus haut, dans la Première partie, chapitre II, C, au sujet des difficultés que des pays de droit civil, tels que le Québec et la Louisiane, ont rencontré quand ils ont adopté le trust et qu'ils ont dû chercher à concilier le trust avec les concepts, les procédés et les règles du droit civil. Et, comme nous l'avons vu dans la Première partie, chapitre II, D, le droit civil offre un large éventail de concepts et de règles du même genre, mais aucun n'est entièrement identique au trust, ce qui rend très ardu le problème de découvrir une qualification, une adaptation ou une conversion qui relèverait du droit civil. Par conséquent, quand on en vient à un procès, le résultat de celui-ci est à peu près imprévisible, car les parties et les tribunaux sont très souvent dans l'ignorance de la manière dont le trust devrait être traité. La plupart des décisions prononcées par des tribunaux de droit civil, que nous citerons dans le prochain chapitre, montrent que tant les parties que les tribunaux ont consacré beaucoup de temps et d'énergie

[149] *Cf.* A. L. Diamond, «The trust in English law», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, p. 289 et s., p. 306.

guidelines for the treatment of the trusts in jurisdictions which do not have this device.

116 In practice, civil law lawyers and notaries will sometimes try to escape these problems by creating legal entities under their own laws. When an English trust wants to acquire property in France or the Netherlands, or wants to contract a loan, it may be practical – although sometimes perhaps rather expensive – to set up an association or foundation or other legal entity under French or Dutch law, controlled by (representatives of) the trustees. While such a device may reduce the likelihood of problems of private international law arising, they probably cannot offer a complete guarantee that such problems will never occur.

117 On the other hand, ironically, European lawyers have often enthusiastically, although sometimes perhaps precipitately, had recourse to the trust device, *e.g.* in connection with arrangements set up for the issue of Eurobonds, precisely because they found the traditional forms of representation of bondholders through associations and foundations insufficiently flexible in an international context.[150] Out of this practice even a fresh offspring from the trust has sprouted, the so-called 'Luxemburg trust', which has given rise to serious problems of recognition and validity.[151]

118 A second reason why courts, administrations and lawyers in the United Kingdom, the United States, etc., are in a different position *vis-à-vis* the trust than their colleagues in Denmark, Belgium, Greece, etc., is that the courts in common law countries exercise large powers of supervision over the trust, whereas the courts in Europe have not, thus far, had similar powers of control. Consequently, common law lawyers are faced in practice with a variety of problems which the courts in Europe have not yet had to deal with: questions as to the liabilities which may be incurred by the trustee for breach of trust, or the trustee's right to compensation, or the removal of the trustee and the appointment of successor trustees; matters relating to the exercise of powers of appointment of trustees, and others.

119 This is the present situation, however, and it cannot be excluded that the courts in Europe will in future be faced with problems of liabilities of a trustee or even the control of his discretionary powers even though there is at present no indication of how they will deal with such matters. Indeed, the Brussels Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters, as amended

à chercher leur chemin dans cette obscurité, faute d'un accord sur la manière de considérer le trust. Il est clair que les juristes de droit civil, tout comme ceux de *common law*, tireraient un grand profit d'un instrument international qui leur offrirait des règles de conduite pour traiter le trust dans des pays qui ne connaissent pas cette institution.

116 Dans la pratique, les avocats et les notaires de droit civil chercheront parfois à tourner ces difficultés en créant des entités juridiques soumises aux lois de leur propre pays. Quand un trust anglais cherche à acquérir des biens en France ou aux Pays-Bas, ou à y contracter un emprunt, il peut dans la pratique être préférable – mais parfois plus onéreux – de créer une association ou une fondation, ou une autre entité juridique, conformément au droit français ou néerlandais, laquelle sera dirigée par des *trustees* ou leurs représentants. Bien que ces procédés réduisent le risque de voir se poser des problèmes de droit international privé, ils ne pourront probablement pas complètement garantir que de tels problèmes ne se poseront jamais.

117 Par contre, assez ironiquement, les juristes européens ont souvent eu recours au procédé du trust – parfois avec trop de précipitation il est vrai – à l'occasion, par exemple, des opérations conclues pour l'émission d'*Eurobonds*, précisément parce qu'ils trouvaient que la manière traditionnelle d'assurer la représentation des porteurs au moyen d'associations ou de fondations manquait de souplesse dans le contexte international[150]. Et, dans la pratique, on a même vu éclore un rejeton du trust, qu'on a appelé le «trust luxembourgeois», et qui a soulevé de sérieux problèmes de reconnaissance et de validité[151].

118 La deuxième raison pour laquelle les tribunaux, les services administratifs et les juristes dans le Royaume-Uni, aux Etats-Unis, etc., sont, vis-à-vis du trust, dans une situation différente que leurs homologues au Danemark, en Belgique, en Grèce, etc. résulte du fait que, dans les pays de *common law*, les tribunaux possèdent de vastes pouvoirs de contrôle et de supervision sur les trusts, alors qu'en Europe, les tribunaux n'ont pas, jusqu'ici, obtenu les mêmes pouvoirs. Par conséquent, les juristes de *common law* résolvent, dans la pratique, un grand nombre de problèmes qui ne se sont pas encore posés en Europe, devant les tribunaux: des questions relatives par exemple à la responsabilité des *trustees* en cas de faute dans le trust *(«breach of trust»)* ou portant sur le droit des *trustees* d'être indemnisés, ou encore sur la révocation du *trustee* et la nomination de son successeur, ainsi que sur des questions relatives au droit de désigner les *trustees*, et bien d'autres questions encore.

119 Telle est la situation à l'heure actuelle, mais il ne peut cependant pas être exclu que les tribunaux en Europe soient à l'avenir saisis du problème de la responsabilité d'un *trustee* ou même qu'ils aient à exercer un contrôle sur ses pouvoirs discrétionnaires. Il faut dire que jusqu'ici, rien n'indique comment ils se prononceraient sur ces questions. En fait, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence ju-

[150] See Kahn, 'Lex mercatoria et Euro-obligations', in *Law and International Trade, Festschrift für C. Schmitthoff*, 1973, p. 255.
[151] In its decision of 21 January 1971 (*Four Seasons Overseas N.V.* v. *Finimtrust and others*), *Revue critique de droit international privé* (R.), 1973, 51, the *Tribunal d'arrondissement* of Luxemburg refused to recognize powers of a trustee to bring claims in bankruptcy proceedings in its own name: the court saw in the 'trustee' a mere agent of the bondholders.

[150] Voir Kahn, «Lex mercatoria et Euro-obligations», dans *Law and International Trade, Festschrift für C. Schmitthoff*, 1973, p. 255.
[151] Dans sa décision du 21 janvier 1971 *(Four Seasons Overseas N.V.* c. *Finimtrust et al.), Revue critique de droit international privé* (R.), 1973, 51, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a refusé de reconnaître à un *trustee* le pouvoir de produire des déclarations de créances en son propre nom dans une procédure de faillite: la cour a considéré le *«trustee»* comme un mandataire pur et simple des obligataires.

by the Convention of accession to that Convention of 9 October 1978 of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, opens the possibility that the courts of Belgium or Denmark will see proceedings being brought before them against a settlor, trustee or beneficiary if the trust instrument confers jurisdiction upon those courts (article 17(2)), or the trust has, according to the rules of private international law of the court, its 'domicile' in the jurisdiction of the court (article 5(6)).[151A] The judgment of the Luxemburg court quoted above[152] tends to indicate that the trust is not only marching on from outside civil law States, but also, to a certain extent, from within these States.

120 The remaining chapters will focus mainly on the trust expressly created by private individuals, and more particularly, on the type of trusts which we have identified as a trust for purposes of estate planning (*supra*, Part I, Chapter III, A) as this is the area where, up till now, most problems of private international law appear to have arisen both in common law and civil jurisdictions. In passing, some attention will be given to the charitable trust.

Chapter V will describe and analyse in broad lines the present status of affairs in both common law and civil law jurisdictions with respect to the law applicable to the trust. Chapters VI-VIII will develop some aspects: the conception of administration in the conflict of laws; the trust in international treaties; and the mobile trust; Chapter IX will conclude with a note on fiscal aspects.

CHAPTER V – THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS

A *Common law jurisdictions*

1 *Movables*

The distinction between movables and immovables: equitable conversion

121 Traditionally the courts in common law jurisdictions have laid great emphasis on the distinction between immovables (real property) and movables (personal property).[153] Sometimes, however, an interest in real property may be considered as movable under the doctrine of equitable conversion. For example, a settlor conveys land in trust and directs the trustee to sell it and distribute the proceeds: the interest of the beneficiaries is then generally held to be personal property, although the trustee has not yet sold the land.[154]

This doctrine is unknown in civil law countries where the *lex situs* generally determines whether a property is movable or immovable.[155]

[151A] See further, *intra*, Chapter VII.
[152] See note 151.
[153] See *supra*, Part I, No 10.
[154] *Cf. Restatement of Conflict of Laws, Second*, Vol. 2, Sec 278, comment *e*.
[155] *Cf.* Dreyer, *Le trust en droit suisse* (1981), pp. 112–113.

diciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle qu'elle a été modifiée par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978 sur l'accès à cette Convention, du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord, ouvre la possibilité de voir portés devant les tribunaux belges ou danois des procès introduits contre un *settlor*, un *trustee* ou un bénéficiaire, si l'acte constitutif du trust attribue compétence à ces tribunaux (article 17 (2)) ou si le trust a, conformément aux règles du droit international privé auquel le tribunal est soumis, son «domicile» dans la juridiction de ce tribunal (article 5(6))[151A]. Le jugement du tribunal luxembourgeois, cité plus haut[152] montre, semble-t-il, que le trust poursuit sa marche en ayant non seulement son origine en dehors des Etats de droit civil mais également à partir de ces Etats.

120 Dans les chapitres qui suivent, nous nous intéresserons surtout aux trusts expressément créés par des personnes privées, et, plus particulièrement, au type de trust que nous avons appelé le trust d'accommodements successoraux (voir *supra*, Partie I, chapitre III, A). C'est dans ce domaine, en effet, que la plupart des problèmes de droit international privé semblent, jusqu'à présent, s'être posés, tant dans les pays de *common law* que dans ceux de droit civil. Nous porterons aussi en passant notre attention sur le trust de charité.
Le chapitre V décrira et analysera, dans ses grandes lignes, la situation actuelle dans les pays de *common law* comme dans les pays de droit civil, en ce qui concerne la loi applicable au trust. Les chapitres VI à VIII étudieront plusieurs questions: la notion de gestion dans les conflits de lois; le trust dans les traités internationaux et les «trusts mobiles». Le chapitre IX, pour conclure, exposera rapidement certains aspects fiscaux de la question.

CHAPITRE V – LA LOI APPLICABLE AUX TRUSTS

A *Pays de* common law

1 *Meubles*

La distinction entre les meubles et les immeubles: «equitable conversion»

121 Dans les pays de *common law*, les tribunaux ont toujours attaché une grande importance à la distinction faite entre les immeubles *(real property)* et les meubles *(personal property)*[153]. Cependant, un droit portant sur des immeubles peut parfois être considéré comme un droit mobilier en vertu de la théorie de *l'equitable conversion*. Si, par exemple, un testateur, par un legs crée un trust sur des terres et charge le *trustee* de les vendre et d'en distribuer le prix, le droit des bénéficiaires est, dans ce cas, généralement considéré comme un droit mobilier, même avant que le *trustee* ait vendu les terres[154].
Cette théorie est inconnue dans les pays de droit civil, où c'est en général la *lex situs* qui détermine si un bien est immeuble ou meuble[155].

[151A] Voir *infra*, chapitre VII.
[152] Voir note 151.
[153] Voir *supra*, Partie I, No 10.
[154] *Cf. Restatement of Conflict of Laws, Second*, Vol. 2, Sec 278, comment *e*.
[155] *Cf.* Dreyer, *Le trust en droit suisse* (1981), p. 112–113.

a Trusts inter vivos

The distinction between trusts inter vivos *and testamentary trusts*

122 In the conflict of laws of common law countries a formal distinction is made between trusts *inter vivos* (sometimes called 'living trusts'), created by an act *inter vivos*, and testamentary trusts, created by will.

The distinction may also serve in the context of the private international law of civil law jurisdictions. Yet, here the influence of the law of succession is so strong that even a living trust may fail because it infringes on mandatory rules governing the succession, notably those concerning the reserved shares of the children.[156]

The distinction between validity and administration

123 Matters of applicable law relating to the trust are often grouped under two headings, namely validity and administration. *'This possible distinction derives authority by analogy from a similar separation of functions in the law of succession and administration'*[157] made in common law countries (but not generally in civil law jurisdictions). Once a trust has been held invalid, the trust is dead and there is nothing left to administer. Once the trust has been validly established, other questions may be grouped together as questions of administration; for example questions relating to investment policy, liability for breach of trust, the appointment and installation of successor trustees, of who will be entitled to current or ultimate distributions of the trust property or whether the interest of a beneficiary is alienable. The distinction between validity and administration has met with criticism, however.[158] On the other hand, a further *dépeçage* is sometimes advocated.[159]

Civil law systems, on the other hand, do not generally make a distinction which may lead to different laws being applied to problems of validity and of administration. Even long-term institutions such as a corporation or foundation will be governed by one law during the whole life of the institution, the law of their seat or the law of their incorporation: one single law will govern the validity of its creation and the powers and duties of its organs. The same is true for most institutions belonging to the realm of family law. To some extent, however, a distinction between validity and administration has been accepted in some countries in regard to succession.[160-161]

Choice of law by the settlor

124 There is a broad consensus in the conflict of laws of common law countries that the settlor is, in principle, free to designate the law applicable to the *validity* of the trust, provided that the trust has a substantial relation

[156] *Cf.* Dreyer, *op. cit.*, p. 113 and see *infra*, No 164.
[157] See Graveson, *Conflict of Laws*, 7th ed. 1974, p. 530, who is critical of the distinction, however, in respect of non-charitable trusts *inter vivos*.
[158] See previous note, and also Ehrenzweig in *Conflict of Laws* (1962), p. 642. At p. 645 Ehrenzweig observes: *'It will be noted that this enumeration* [i.e. of what the administration of a trust includes] *as the basis of a meaningful distinction is as dubious as the traditional enumeration in the conflict of laws of contracts on 'matters of performance' as distinguished from problems concerning the validity'. Cf.* also Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol. 4, p. 451.
[159] See *infra*, Chapter VI.
[160] *E.g.* in Sweden and in notarial practice in the Netherlands.
[161] Continental authors have occasionally distinguished for purposes of private international law between validity and administration of the trust. See Goldstein, *Trusts of Movables in the Conflict of Laws*, thesis, Köln, 1966, p. 95, with references. See also Dreyer, *op. cit.*, pp. 110–112.

a Trusts entre vifs

La distinction entre les trusts entre vifs et les trusts testamentaires

122 En matière de conflit de lois, dans les pays de *common law*, une distinction formelle est faite entre les trusts entre vifs (appelés parfois des *«living trusts»*) créés par un acte *inter vivos*, et les trusts testamentaires, créés par testament.
Cette distinction peut aussi être faite dans le contexte du droit international privé des pays de droit civil. Mais l'influence du droit successoral y est tellement forte qu'un trust entre vifs peut être annulé parce qu'il enfreint les règles impératives auxquelles les successions sont soumises, notamment celles concernant la réserve héréditaire des enfants du défunt[156].

La distinction entre validité et gestion

123 Les questions relatives à la loi applicable au trust sont souvent divisées en deux rubriques, la validité et la gestion. *«Cette distinction possible tire son autorité d'une analogie avec une répartition similaire des fonctions faite dans le droit qui régit la succession et sa gestion»*[157] dans les pays de *common law* (mais pas, en général, dans les pays de droit civil). Dès qu'un trust a été annulé, il n'existe plus et il ne reste plus rien à gérer. Dès qu'un trust a été valablement créé, toutes les autres questions peuvent être groupées sous la rubrique «problèmes de gestion», par exemple les questions relatives à la politique d'investissements, à la responsabilité pour n'avoir pas respecté le trust et à la désignation de nouveaux *trustees* et leur entrée en fonctions, comme aussi celle de décider qui a droit aux répartitions annuelles ou définitives des avoirs du trust. Cependant, la distinction entre la validité du trust et sa gestion a soulevé quelques critiques[158]. D'autre part, un «dépeçage» encore plus net a parfois été préconisé[159].
De leur côté, les systèmes de droit civil ne font pas, en général, une distinction qui pourrait conduire à appliquer des lois différentes aux problèmes de validité et aux problèmes de gestion. Même une institution de longue durée comme une société ou une fondation, sera soumise au cours de toute son existence, à une loi unique, loi du siège social ou encore loi du lieu d'enregistrement: c'est la même loi qui détermine la validité de sa création et les pouvoirs et les obligations de ses organes. C'est aussi le cas pour la plupart des institutions qui relèvent du droit de la famille. Pourtant, dans une certaine mesure, une distinction a été admise dans quelques pays, entre la validité et la gestion en matière successorale[160-161].

Choix de la loi par le constituant (settlor)

124 Dans les pays de *common law* les systèmes de conflits de lois sont presque unanimes à reconnaître au constituant le droit de désigner librement la loi applicable à la *validité* du trust, à condition qu'il existe entre le trust

[156] *Cf.* Dreyer, *op. cit.* p. 113 et voir *infra* No 164.
[157] Voir Graveson, *Conflict of Laws*, 7e éd. 1974, p. 530, qui émet des critiques au sujet de cette distinction en ce qui concerne les trusts entre vifs non charitables.
[158] Voir la note précédente, et aussi Ehrenzweig dans *Conflict of Laws* (1962), p. 642. A la p. 645 Ehrenzweig fait l'observation suivante: *«It will be noted that this enumeration [i.e.* of what the administration of a trust includes] *as the basis of a meaningful distinction is as dubious as the traditional enumeration in the conflict of laws of contracts on «matters of performance» as distinguished from problems concerning the validity». Cf.* également Rabel. *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol. 4, p. 451.
[159] Voir *infra*, chapitre VI.
[160] *E.g.* en Suède et dans la pratique notariale aux Pays-Bas.
[161] Certains auteurs de pays continentaux ont parfois fait une distinction entre validité et gestion du trust en droit international privé. Voir Goldstein, *Trusts of Movables in the Conflict of Laws*, thèse, Cologne, 1966, p. 95, avec références. Voir aussi Dreyer, *op. cit.*, p. 110–112.

to the chosen law.[162] In Commonwealth States, the concept of 'the proper law of the trust' is used, which has been borrowed from the law of contracts. As with the intention of the parties in the matter of contracts, the intention of the settlor is of prime importance to determine what the proper law of the trust is.[163]

Generally speaking, common law States take a liberal attitude as to the requirement of a substantial relation, although there are shades in the different positions: the English view would seem to be more restrictive than the American view[164]; in Canada it may not be necessary to select a State having a substantial relation to the trust.[165]

125 As with matters of validity, the settlor may designate the law governing the *administration* of a trust. Again, common law countries would seem to differ somewhat, however, as to the measure of freedom the settlor has.[166]

Absence of choice of law

126 If there is no effective choice of law, the common law systems agree that the validity of trusts is determined by the law of the jurisdiction with which the trust has its closest or, in the terminology of the American Restatement of Conflict of Laws, Second, 'most significant' relationship. The Restatement of Conflict of Laws, Second, mentions as significant contacts: *'the state where the trust instrument was executed and delivered; the state where the trust assets were then located; the state of the domicil of the settlor at that time; and the state of the domicil of the beneficiaries'*.[167]

If all these factors point to the same country, that country's law will govern the validity of the trust; when some of them point to different countries, the courts will weigh the relative importance of these factors.[168]

127 In weighing connecting factors, however, courts in common law countries will avoid applying a law which would invalidate a trust if they can reasonably choose a law which upholds its validity. More generally, the courts tend to *uphold the validity of trusts*. After all, trusts may last for a long time, thirty, fifty years or more – charitable trusts may even last forever. The invalidation of a trust may have very unfortunate consequences, *e.g.* for the family concerned.[169]

128 As with matters of validity, if there is no designation of the law to govern the *administration* of a trust,

et la loi choisie, un rapport «substantiel»[162]. Au Royaume-Uni, en Australie, au Canada, il est fait appel à la notion de *«proper law of the trust»* (la loi appropriée au trust), une notion qui a été empruntée au droit contractuel. Tout comme dans le droit contractuel, l'intention du constituant revêt une importance capitale pour déterminer quelle est la *«proper law»* du trust[163].
D'une manière générale, les pays de *common law* ont adopté une attitude libérale au sujet des conditions nécessaires pour établir ce «rapport substantiel», bien que des nuances séparent les diverses opinions: le point de vue anglais semble plus rigoureux que l'américain[164], au Canada, il n'est pas toujours nécessaire de choisir un Etat qui ait un rapport «substantiel» avec le trust[165].

125 Tout comme en matière de validité, le *settlor* peut désigner la loi qui régira la *gestion* du trust. Ici aussi, les pays de *common law* semblent avoir des idées assez différentes sur l'étendue de la liberté dont bénéficie le constituant[166].

Absence de choix d'une loi

126 Si aucune loi n'a valablement été choisie, les systèmes de *common law* s'accordent pour estimer que la *validité* des trusts est déterminée par la loi du pays avec lequel le trust a le «rapport le plus étroit», ou, selon la terminologie de l'*American Restatement of Conflict of Laws, Second,* «le rapport le plus significatif» *(most significant relationship).* Pour l'*American Restatement of Conflict of Laws, Second,* les facteurs les plus significatifs sont: *«l'état où l'acte constitutif du trust a été signé et délivré; l'état où les avoirs du trust étaient alors situés; l'état où le constituant avait son domicile à cette époque; et l'état du domicile des bénéficiaires»*[167].
Si tous ces facteurs désignent un seul et même pays, c'est la loi de ce pays qui régira la validité du trust; lorsque certains facteurs désignent des pays différents, il appartient alors aux tribunaux d'apprécier leur importance relative[168].

127 Cependant, quand ils mettront en balance le poids de ces facteurs, les tribunaux, dans les pays de *common law,* éviteront d'appliquer une loi qui annulerait le trust, s'ils peuvent raisonnablement choisir une loi qui reconnaîtra sa validité. Plus généralement les tribunaux ont tendance à *reconnaître la validité des trusts.* En effet, les trusts peuvent avoir une très longue existence qui peut aller jusqu'à cinquante ans ou davantage – et les trusts de charité peuvent même ne pas avoir de fin. L'annulation d'un trust peut avoir des conséquences très regrettables, notamment pour la famille concernée[169].

128 Si aucune loi n'a été désignée pour régir la *gestion* du trust, la loi applicable est, tout comme en matière de

[162] See *Restatement of Conflict of Laws, Second,* Vol. 2, Sec 270; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws,* 10th ed., 1980. Vol. 2, rule 120; Anton, *Private International Law,* 1967, p. 470; Nygh, *Conflict of Laws in Australia,* 1971, p. 644; Castel, *Canadian Conflict of Laws,* 1977, Vol. 2, p. 479.
[163] *Cf.* Graveson, *op. cit.*, pp. 566–567.
[164] *Cf. Restatement of Conflict of Laws, Second,* Vol. 2, Sec 270, comment *b: 'A state has a substantial relation to a trust when it is the state, if any, which the settlor designated as that in which the trust is to be administered, or that of the place of business or domicil of the trustee at the time of the creation of the trust, or that of the location of the trust assets at that time, or that of the domicil of the settlor, at that time, or that of the domicil of the beneficiaries. There may be other contacts or groupings of contacts which will likewise suffice'.*
[165] See Castel, *op. cit.*, p. 479.
[166] While the *Restatement of Conflict of Laws, Second,* Sec 272, comment *c,* says that *'as to those matters which are subject to his control, he may designate a State which has no connection with the trust',* Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 684, observe: *'There is no legal bar to the appointment of trustees resident abroad as trustees of an English trust. But such an appointment is improper except in exceptional circumstances,* e.g. *where all the beneficiaries have become resident in the foreign country concerned'.*
[167] Vol. 2, Sec 270, comment *c.*
[168] *Cf.*, for two classic examples, *Duke of Marlborough* v. *Attorney-General* [1945]. 1 All E.R. 165, and *Re Iveagh Trusts* [1954], 1 All E.R. 609.
[169] See Dicey and Morris, *op. cit.*, pp. 674–675.

[162] Voir *Restatement of Conflict of Laws, Second,* Vol. 2, Sec 270; Dicey et Morris, *The Conflict of Laws,* 10e éd., 1980, Vol. 2, rule 120; Anton, *Private International Law,* 1967, p. 470; Nygh, *Conflict of Laws in Australia,* 1971, p. 644; Castel, *Canadian Conflict of Laws,* 1977, Vol. 2, p. 479.
[163] *Cf.* Graveson, *op. cit.*, p. 566–567.
[164] *Cf. Restatement of Conflict of Laws, Second,* Vol. 2, Sec 270, comment *b: «A state has a substantial relation to a trust when it is the state, if any, which the settlor designated as that in which the trust is to be administered, or that of the place of business or domicil of the trustee at the time of the creation of the trust, or that of the location of the trust assets at that time, or that of the domicil of the settlor, at that time, or that of the domicil of the beneficiaries. There may be other contacts or groupings of contacts which will likewise suffice».*
[165] Voir Castel, *op. cit.*, p. 479.
[166] Alors que dans le *Restatement of Conflict of Laws, Second,* Sec 272, comment *c* il est dit que *«as to those matters which are subject to his control, he may designate a State which has no connection with the trust»,* Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 684, observent que: *«There is no legal bar to the appointment of trustees resident abroad as trustees of an English trust. But such an appointment is improper except in exceptional circumstances,* e.g. *where all the beneficiaries have become resident in the foreign country concerned».*
[167] Vol. 2, Sec 270, comment *c.*
[168] *Cf.*, deux exemples classiques, *Duke of Marlborough* c. *Attorney-General* [1945], 1 All E.R. 165, et *Re Iveagh Trusts* [1954], 1 All E.R. 609.
[169] Voir Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 674–675.

the law applies of the jurisdiction to which the administration of the trust is most substantially related, or the law of 'the place of administration', sometimes called the state of the situs[170] or domicile[171] of the trust, which, according to Dicey and Morris, *'is likely to be the place where the trustees reside or carry on business, especially if the trustee is a trust corporation'.*[172] Another criterion may be the situs of the trust *res.*[173-174]

129 The actual place of administration may *change,* either because the trust instrument contains an express authorization to change it or because the trustee acquires a place of business or domicile in another State, or because in the exercise of a power of appointment a trustee is appointed whose place of business or domicile is in another State. The question then arises whether thereafter the administration of the trust is governed by the local law of the other State. The terms of the trust, express or implied, will determine the issue, even though it is sometimes difficult to establish what the settlor's intention was.[175]

Proprietary aspects: influence of the lex situs

130 Except where a trust is constituted by declaration, the creation of a trust involves an assignment of property. While formerly matters concerning the validity of the assignment in respect of movables were not distinguished from outright conveyances, and subjected to the law of the situs of the movables – which, as we shall see, is still the case for immovables – the modern view, at least in the United States, Canada and the United Kingdom, is that the law governing the validity of a trust applies, wherever the movables are located.[176]

The proprietary aspects of the trusts are thus lifted out of the realm of the *lex situs* and absorbed by the law designated by the settlor or the law applicable in the absence of such designation.[177] A trust not being a contract in the common law sense and hence not subject to 'privity of contract', the assignment of property is effective not only between the parties, but also *vis-à-vis* third persons.[178]

Connecting factors with a civil law jurisdiction

131 Where a settlor in a civil law country creates a trust *inter vivos* of movables situated in a common law country, to be administered in that country, the trust will in principle be upheld by the courts in that common law country.[179-180]

validité, celle du pays avec lequel la gestion du trust présente le «rapport le plus substantiel», ou la loi «du lieu de la gestion» qu'on appelle parfois le pays de la situation[170] ou du domicile[171] du trust; selon Dicey et Morris, il s'agira probablement du «*lieu où le* trustee *réside ou celui du centre de ses activités, spécialement si le* trustee *est un* trust society»[172]. Un autre critère pourrait être la *situation des biens* du trust[173-174].

129 Le lieu où la gestion est réellement exercée peut *changer,* soit parce que le *trustee* a transféré le centre de ses activités dans un autre pays ou y a établi son domicile, soit parce qu'en vertu d'un mandat, on a désigné un *trustee* dont le centre des activités, ou le domicile, est dans un autre pays. La question se pose alors de savoir si la gestion doit désormais être soumise à la loi interne de ce nouveau pays. Ce sont les dispositions du trust, qu'elles soient expresses ou tacites, qui apporteront la réponse à cette question, bien qu'il soit parfois malaisé de comprendre les intentions du *settlor*[175].

Questions relatives aux biens: influence de la lex situs

130 Sauf dans le cas où le trust est créé par déclaration, la création d'un trust implique un transfert de biens. Pour les meubles, aucune distinction n'était faite autrefois entre les différents modes de transferts – tous étant régis par la loi de la situation des meubles – ce qui est encore le cas, on le verra, quand il s'agit d'immeubles. Par contre l'opinion actuelle tout au moins aux Etats-Unis, au Canada, et au Royaume-Uni, est que la loi applicable au transfert des meubles en trust est celle qui régit la validité du trust, quel que soit le lieu où les meubles se trouvent[176].
Par conséquent, les questions relatives aux biens du trust ont cessé d'être du domaine de la *lex situs,* et ont été absorbées par la loi que le *settlor* a désignée ou par la loi qui est applicable à défaut d'une telle désignation[177]. Comme le trust ne constitue pas un contrat, dans le sens que lui donne la *common law,* et comme par conséquent, la règle de l'«effet relatif des contrats» ne s'applique pas au trust, le transfert des biens produit effet non seulement entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers[178].

Liens de connexité avec un pays de droit civil

131 Quand, dans un pays de droit civil, un *settlor* crée un trust entre vifs portant sur des meubles qui se trouvent dans un pays de *common law* où ils seront gérés, le trust, en principe, sera déclaré valable par les tribunaux de ce pays de *common law*[179-180].

[170] See Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 555, pp. 3775–3779.
[171] See Anton, *op. cit.*, p. 470.
[172] *Op. cit.*, p. 684.
[173] See Latham, 'The Creation and Administration of a Trust in the Conflict of Laws', in 6 *Current Legal Problems,* 185 (1953).
[174] See further *infra.* Chapter VI.
[175] See further *infra,* Chapter VIII.
[176] *Cf. Restatement of Conflict of Laws, Second,* Vol. 2, Sec 270, comment *a: 'The creation of a trust is different from an outright conveyance, which is either valid or invalid at the outset. In the case of a trust there is something more. In the first place, the creation of a trust establishes a continuing relationship between the trustee and the beneficiaries, and the state in which the trust is to be administered or which is otherwise connected with the trust may be different from the state in which the trust property is situated when the trust is created. In the second place, the trust property is ordinarily not a single movable but includes a group of movables which may be situated in different states at the time of the creation of the trust. The validity of a trust of movables, therefore, should be governed by a single law and not held valid as to some of the movables included in the trust and invalid as to others. This is true whether the movables consist of chattels, rights embodied in a document or intangibles'.*
[177] *Aliter* Nygh, *op. cit.*, pp. 637–638, who would seem to adhere to the applicability of the *lex situs* as far as the assignment of property is concerned.
[178] *Cf.* Diamond, *op. cit.*, pp. 298–299.
[179] *'Thus, if a person domiciled in France delivers securities to a New York bank upon a trust to be administered by it, the trust is not invalid. So also, in Louisiana, until it was otherwise provided by statute, a trust could not be created. Nevertheless, a*

[170] Voir Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 555, p. 3775–3779.
[171] Voir Anton, *op. cit.*, p. 470.
[172] *Op. cit.*, p. 684.
[173] Voir Latham, «The Creation and Administration of a Trust in the Conflict of Laws», dans 6 *Current Legal Problems,* 185 (1953).
[174] Voir *infra,* chapitre VI.
[175] Voir *infra,* chapitre VIII.
[176] *Cf. Restatement of Conflict of Laws, Second,* Vol. 2, Sec 270, comment *a: «The creation of a trust is different from an outright conveyance, which is either valid or invalid at the outset. In the case of a trust there is something more. In the first place, the creation of a trust establishes a continuing relationship between the trustee and the beneficiaries, and the state in which the trust is to be administered or which is otherwise connected with the trust may be different from the state in which the trust property is situated when the trust is created. In the second place, the trust property is ordinarily not a single movable but includes a group of movables which may be situated in different states at the time of the creation of the trust. The validity of a trust of movables, therefore, should be governed by a single law and not held valid as to some of the movables included in the trust and invalid as to others. This is true whether the movables consist of chattels, rights embodied in a document or intangibles».*
[177] *Aliter* Nygh, *op. cit.*, p. 637–638, qui semble adhérer à l'applicabilité de la *lex situs* pour ce qui est du transfert de biens.
[178] *Cf.* Diamond, *op. cit.*, p. 298–299.
[179] *«Thus, if a person domiciled in France delivers securities to a New York bank upon a trust to be administered by it, the trust is not invalid. So also, in Louisiana, until it was otherwise provided by statute, a trust could not be created. Nevertheless,*

132 What views have the courts in common law States taken when the law of the place of administration was that of a civil law jurisdiction which does not have the trust? Dicey and Morris comment that given the fact that these States have no rules regulating questions as to the powers and duties of the trustees, their liability for breach of trust, etc., *'one would be thrown back on the law governing the validity of the trust'*.[181] However, a common law court would generally refuse to take jurisdiction in cases where any order that it might take would be wholly ineffective.[182]

Public policy

133 In their attempts to uphold the validity of trusts, courts in common law countries will not soon hold a trust invalid as contrary to a strong public policy. A breach of a rule against perpetuities or a rule against accumulations will not readily be considered as a ground for invalidation of the trust.[183] The strong public policy of a State may however invalidate a trust, *e.g.* when its effect is to frustrate a spouse's right to a forced share of the property which she has under the law of the settlor's domicile but not under the law designated by the settlor.[184]

Where a trust is set up in another country in order to frustrate the rights of creditors, it might possibly also be held invalid for fraud under the strong public policy of the State of the creditors.

Formal validity

134 In respect of the formal validity of a trust, the general view is that it is either governed by the law governing the trust or by the law of the place of execution of the trust deed.[185] Matters of formal validity are, for instance: formal requirements in respect of delivery of the property to the trustee or in respect of an instrument in writing, and also the question whether a trust *inter vivos* is in fact a disguised testamentary disposition – a kind of problem well-known in civil law, but there in the form of a problem affecting the essential validity of a gift.[185A] A revocable trust under full control of the settlor, including a disposition to take effect on his death, may in reality amount to a testamentary disposition and be held invalid because the trust instrument was not executed in accordance with the formal requirements for a will. A Totten trust[186] may give rise to similar problems.[187]

132 Quel point de vue les tribunaux des pays de *common law* ont-ils adopté quand la gestion doit être exercée dans un pays de droit civil qui ne connaît pas le trust? D'après Dicey et Morris, étant donné que, dans ces pays, les questions relatives aux pouvoirs et aux actes des *trustees*, à la violation du trust, etc. ne sont pas réglementées, *«il faudra en revenir à la loi qui régit la validité du trust»*[181]. Cependant, un tribunal de *common law* refusera, le plus souvent, de se déclarer compétent dans des litiges où toute décision qu'il pourrait prononcer resterait totalement sans effet[182].

Ordre public

133 Dans leurs efforts pour reconnaître la validité des trusts, les tribunaux de *common law* déclarent rarement non valable un trust parce qu'il est contraire à l'ordre public. Même si les règles qui interdisent la perpétuité, ou l'accumulation des revenus, ont été violées, ce fait sera difficilement considéré comme un motif suffisant pour refuser de reconnaître la validité du trust[183]. Mais les règles d'ordre public très sévères d'un Etat peuvent invalider un trust, par exemple, si celui-ci a pour effet de priver un conjoint des droits sur une partie du patrimoine matrimonial que lui reconnaît la loi du domicile du *settlor*, mais que lui refuse la loi qu'il a désignée[184]. Quand un trust a été créé dans un autre pays, dans le but de porter atteinte aux droits des créanciers, il pourrait aussi être annulé pour fraude, en élargissant les règles d'ordre public du pays des créanciers.

Validité de forme

134 En ce qui concerne la validité du trust en la forme, l'opinion générale est qu'elle est régie, soit par la loi à laquelle le trust est soumis, soit par la loi du lieu où l'acte a été dressé[185]. Les conditions de forme relatives à la validité portent, par exemple, sur la forme prévue pour la délivrance des biens au *trustee*, sur la nécessité d'un acte écrit, et aussi sur la question de savoir si un trust entre vifs ne constitue pas en réalité une disposition testamentaire déguisée, problème qui se pose souvent en droit civil, et où il prend la forme d'un examen de la validité au fond d'une donation[185A]. Un trust, révocable au seul gré du constituant, qui contiendrait une clause qui ne produirait effet qu'à son décès, pourrait n'être, en réalité, qu'une disposition testamentaire. Dès lors, cette clause pourrait être considérée comme non valable parce que l'acte constitutif du trust n'aura pas respecté les conditions de forme prévues pour les testaments. Un *Totten trust*[186] peut soulever des problèmes similaires[187].

---

person domiciled in Louisiana could create a trust of movables in another state where the trust would be upheld. In Hullin *v.* Fauré *a settlor domiciled in Louisiana, while in New York, executed a deed of trust conveying cash to two individual citizens of New York in trust for his daughter and others. After the death of the settlor his next of kin brought a proceeding in Louisiana on the ground that the trust was invalid under the law of Louisiana which did not then permit the creation of a trust. The court held that the trust was governed by the law of New York and was valid'.* Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 600, p. 3925.

[180] But *cf. infra*, No 133.

[181] *Op. cit.*, p. 684.

[182] *Cf.* Wyler *v.* Lyons [1963], All E.R. 821 where the trustee was a Swiss lawyer and the property was in Liechtenstein (a trust jurisdiction!) – the English court refused jurisdiction.

[183] See Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 600, p. 3922.

[184] The same principle might apply, as Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 601, pp. 3929–3930, suggests, where a husband and wife are domiciled in a jurisdiction where the community of property prevails, *e.g.* Spain, and a community property is transferred to and brought under a trust in New York which does not have the community of property.

[185] Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 680; Anton, *op. cit.*, p. 477; Nygh, *op. cit.*, p. 640.

[185A] *Cf. supra*, No 122 and *infra*, No 164.

[186] See *supra*, Part I, No 111.

[187] *Cf. Restatement of Conflict of Laws, Second*, Vol. 2, Sec 270, comment *d*.

---

a person domiciled in Louisiana, could create a trust of movables in another state where the trust would be upheld. In Hullin *c.* Fauré *a settlor domiciled in Louisiana, while in New York, executed a deed of trust conveying cash to two individual citizens of New York in trust for his daughter and others. After the death of the settlor his next of kin brought a proceeding in Louisiana on the ground that the trust was invalid under the law of Louisiana which did not then permit the creation of a trust. The court held that the trust was governed by the law of New York and was valid».* Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 600, p. 3925.

[180] Mais *cf. infra*, No 133.

[181] *Op. cit.*, p. 684.

[182] *Cf.* Wyler *c.* Lyons [1963], All E.R. 821 où le *trustee* était un avocat suisse et les biens situés au Liechtenstein (pays qui connaît le trust!) – le tribunal anglais s'est déclaré incompétent.

[183] Voir Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 600, p. 3922.

[184] Le même principe pourrait s'appliquer, comme le suggère Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 601, p. 3926–3930, dans le cas où un couple serait domicilié dans un pays où règne la communauté de biens, par exemple en Espagne, et qu'un bien de la communauté soit inclu dans un trust à New York, Etat qui ne connaît pas le système de communauté de biens.

[185] Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 680; Anton, *op. cit.*, p. 477; Nygh, *op. cit.*, p. 640.

[185A] *Cf. supra*, No 122 et *infra*, No 164.

[186] Voir *supra*, Partie I, No 111.

[187] *Cf. Restatement of Conflict of Laws, Second*, Vol. 2, Sec 270, comment *d*.

b Testamentary trusts

The distinction between testamentary dispositions and trust provisions

135 Common law countries make a distinction between questions relating to the validity of a will as a testamentary disposition and questions relating to validity of trust provisions contained therein.[188] If the testator's will as a whole fails, the trust created therein will fail with it. But if the will as such is valid and admitted to probate, the validity of the trust provisions, as in the case of *inter vivos* trusts, is determined by the law designated by the testator/settlor, provided that that law has a substantial relation to the trust. The American view allows for a somewhat greater freedom of the testator/settlor here than the English view, but there would seem to be some agreement in principle. If there is no such designation, the validity of the trust provisions is determined by the law of the settlor/testator's last domicile.[189]

Matters affecting the will as a testamentary disposition

136 Here the law of the testator's last domicile is decisive. If the law of the testator's domicile puts restrictions on testamentary dispositions, those restrictions may invalidate a testamentary disposition. One may think here *e.g.* of statutes which reserve a specific percentage of the decedent's estate for the surviving spouse or for the children, or of the statutory community of property existing in some jurisdictions such as California, Texas and Louisiana in the United States. Thus the testator may have the power to dispose by will of only half of such property. As we have seen, however, the testator may in various ways induce a surviving spouse or child not to assert her or his legal rights.[190]

137 Another matter which may affect the validity of the will as a testamentary disposition is a 'pour-over' provision in the will.[191] In some jurisdictions such a clause may be contrary to the provisions of the laws governing testamentary dispositions. The pour-over provision is then invalid.

Connecting factors with a civil law jurisdiction

138 Where the law of the testator's domicile is that of a jurisdiction which does not have the trust, and the trust is invalid under that law, the English position would seem to be that the trust fails to the extent that it is incompatible with that foreign law.[192]

b Trusts testamentaires

La distinction entre les dispositions testamentaires et les clauses d'un trust

135 Les pays de *common law* font une distinction entre les questions relatives à la validité d'un testament en tant qu'acte de disposition testamentaire, et les questions relatives à la validité des clauses du trust créé par ce testament[188]. Si celui-ci est entièrement annulé, le trust qu'il a créé disparaît avec lui. Mais si le testament, en tant que tel, est valable et a été admis au *probate* (entériné par le juge) la validité des clauses du trust, tout comme dans le cas des trusts *inter vivos*, est déterminée par la loi désignée par le testateur/*settlor*, pourvu que cette loi ait un rapport substantiel avec le trust. Le point de vue américain donne ici au testateur/*settlor* une liberté légèrement plus grande que le point de vue anglais, mais il semble que, sur le principe, les deux systèmes soient d'accord. A défaut d'une telle désignation, la validité des clauses du trust est déterminée par la loi du dernier domicile du testateur/*settlor*[189].

Questions qui affectent le testament en tant que disposition testamentaire

136 En cette matière, la loi du dernier domicile du testateur est déterminante. Si cette loi apporte des restrictions au droit de disposer librement par testament, ces restrictions peuvent avoir pour résultat d'annuler une disposition d'un testament. A cet égard, on peut penser, par exemple, aux lois qui réservent une partie déterminée de l'actif successoral au conjoint survivant ou aux enfants, ou encore à la communauté de biens imposée par la loi de certains états des Etats-Unis, tels que la Californie, le Texas et la Louisiane. Dans ce dernier cas, le testateur pourrait ne disposer que de la moitié des biens communautaires. Mais, nous l'avons vu, le testateur peut chercher de diverses manières, à induire le conjoint survivant (ou l'enfant) à ne pas se prévaloir de ses droits[190].

137 Une autre matière qui peut affecter la validité du testament en tant que disposition testamentaire concerne ce qu'on appelle une disposition de *«pour-over»* d'un testament[191]. Dans certains pays, une telle disposition peut être contraire aux règles du droit régissant les dispositions testamentaires. En pareil cas, la clause de *«pour-over»* est alors annulée.

Liens de connexité avec un pays de droit civil

138 Quand la loi du domicile du testateur est celle d'un pays où le trust n'existe pas, et quand le trust est nul aux yeux de cette loi, le point de vue anglais semble être que le trust n'est pas valable dans la mesure qu'il n'est pas compatible avec cette loi[192].

---

[188] According to Rabel, *op cit.*, Vol. 4, pp. 456–457, who emphasizes the difference between the short-range management involved in administration of a decedent's estate as opposed to the administration of a trust fund, which is a matter mostly of decades, *'the mere circumstance that our law permits a person to establish a trust not only by deed among living persons but also by will, ought not to cause rational conflicts rules to assimilate just in the latter case the source of the trust with the will'*.

[189] See Dicey and Morris, *op. cit.*, pp. 675 and 674; *Restatement of Conflict of Laws, Second*, Vol. 2, Sec 269.

[190] See Part I, Nos 62–64.

[191] See Part I, No 59, note 71.

[192] See Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 677: *'T, domiciled in France, makes a will giving the residue of her property (which consists of movables in England) on trust for a friend. As she leaves two children surviving her, T can, by French law, only dispose of two-thirds of her property. The gift on trust for the friend must abate so as to leave the children their proper share under French law'*. (Example taken from *Re Annesley* [1926], Ch. 692).

[188] Selon Rabel, *op. cit.* Vol. 4, p. 456–457, qui souligne la différence entre l'administration à court terme d'une succession et l'administration d'un trust qui peut durer plusieurs dizaines d'années, *«the mere circumstance that our law permits a person to establish a trust not only by deed among living persons but also by will, ought not to cause rational conflicts rules to assimilate just in the latter case the source of the trust with the will»*.

[189] Voir Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 675 et 674; *Restatement of Conflict of Laws, Second*, Vol. 2, Sec 269.

[190] Voir Partie I, Nos 62–64.

[191] Voir Partie I, No 59, note 71.

[192] Voir Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 677: *«T, domiciled in France, makes a will giving the residue of her property (which consists of movables in England) on trust for a friend. As she leaves two children surviving her, T can, by French law only dispose of two-thirds of her property. The gift on trust for the friend must abate so as to leave the children their proper share under French law»*. (Exemple tiré de l'affaire *Re Annesley* ([1926], Ch. 692).

In contrast, American courts would tend to uphold the validity of the trust.[193]

Matters affecting the trust provisions

139 The tendency of common law courts to uphold the validity of a trust if reasonably possible has frequently manifested itself where a trust infringed upon a rule against perpetuities of the testator's domicile but not of the place of administration of the trust. The validity of the trust has been frequently upheld in those cases, and also where the question was one of accumulation of income or where it concerned a charitable trust.[194] In a well-known case, *Jewish National Fund Inc.* v. *Royal Trust Company and Richter,* et al.[195], the Canadian Supreme Court took a more restrictive attitude.[196]

2 *Immovables*

a Trusts inter vivos

Preponderance of the lex situs

140 While in respect of a trust of movables it is now generally accepted that the trust should be governed by a single law, even where the trust assets are located in different countries, in respect of a trust of immovables the *lex situs* is in principle considered decisive. It is this law which will determine *e.g.* the formal requirements for a conveyance of the trust property to the trustee, or by one trustee to another, or by a trustee to a beneficiary; it will also determine the substantive validity of such conveyance or the question of whether the conveyance is in reality a disguised testamentary disposition not complying with the laws governing testamentary dispositions, or whether the trust violates the rule against perpetuities, etc.

141 Clearly, the application of the *lex situs* may lead to difficult problems if a trust includes immovables *located in different States.* Suppose a trust includes immovable property in New York, Ottawa and London. The trust might be valid according to the laws of New York and Ontario, but invalid according to English law. Is the trust as a whole valid or invalid? Dicey and Morris propose to extend the view that a trust should be treated as a unit from movables to immovables.[197]

142 The *lex situs* also determines matters concerning the trustee's rights, duties and powers and generally all such matters as pertain to the business of *administering* trusts. The Restatement of Conflict of Laws, Second,

[193] *Cf.* Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 593, p. 3897: '*In many countries where the civil law prevails, property cannot be given in trust. If, however, a person domiciled in such a country by will creates a trust of movables situated in this country, to be administered here, the trust is valid. Thus in* Matter of Tabbagh, *a testator died domiciled in France. By his will he bequeathed his 'American estate' which consisted of securities kept in America, to a New York banking trust. He provided that his American estate be administered according to the law of New York. The trust was valid under the law of New York, but testamentary trusts were invalid under the law of France. In a proceeding brought in New York, it was held that the trust was valid. Doubtless the trust would have been upheld even though the testator had not expressly provided that the law of New York should govern*'.

[194] See Dicey and Morris, *op. cit.*, pp. 675 and 623; Nygh, *op. cit.*, pp. 702–703.

[195] [1965], S.C.R. 784, 52 W.W.R. 410, 53 D.L.R. (2d) 577.

[196] For a critical note see Nygh, *op. cit.*, 703.

[197] '*... if the trust property comprises immovables situated in different countries, or if it comprises both immovables and movables, a strong [argument] can be made that it is desirable that a trust should be treated as a unit and that the trusts of all the property comprised therein should be governed by a single law,* i.e. *the proper law of the trust', op. cit.*, p. 681; *cf.* also Morris. 'Intestate Succession in the Conflict of Laws', 85 *Law Quarterly Review*, 339 (1969).

Par contre, les tribunaux américains auraient plutôt tendance à reconnaître la validité du trust[193].

Questions qui affectent la validité des clauses d'un trust

139 La tendance que les tribunaux de *common law* ont à reconnaître la validité d'un trust quand la chose est raisonnablement possible, s'est souvent manifestée quand un trust a enfreint la règle interdisant la perpétuité en vigueur dans le pays du domicile du testateur, mais non dans celui où le trust doit être géré. En pareil cas, la validité d'un trust a souvent été reconnue; il en est de même lorsque la question litigieuse portait sur l'accumulation des revenus ou concernait un trust de charité[194]. Dans une affaire célèbre, *Jewish National Fund Inc.* c. *Royal Trust Company and Richter,* et autres[195], la *Supreme Court* du Canada a cependant adopté une attitude moins conciliante[196].

2 *Immeubles*

a Trusts entre vifs

Prépondérance de la lex situs

140 S'il est généralement admis aujourd'hui, en ce qui concerne les trusts sur les meubles, que le trust doit être régi par une loi unique, même si ses avoirs se trouvent dans des pays différents, par contre, quand il s'agit de trusts portant sur des immeubles, c'est la *lex situs* qui, en principe, est considérée comme déterminante. C'est cette loi qui décidera, par exemple, dans quelles formes doivent être consenties les cessions des biens du trust au *trustee,* ou celles consenties par un *trustee* à un autre *trustee,* ou par le *trustee* à un bénéficiaire. C'est cette loi qui dira si ces cessions sont valables au fond et c'est elle qui tranchera la question de savoir si la cession constitue, en réalité, une disposition testamentaire déguisée qui enfreint les lois régissant les dispositions testamentaires, ou encore si le trust méconnaît la règle interdisant la perpétuité, etc.

141 Il est clair que l'application de la *lex situs* peut poser des problèmes délicats si le trust porte sur des immeubles *situés dans des pays différents.* Supposons qu'un trust porte sur des immeubles sis à New York, à Ottawa et à Londres. Le trust pourrait être valable en vertu des lois de New York et de l'Ontario, mais ne pas être valable aux yeux de la loi anglaise. Le trust, dans son ensemble, est-il alors valable ou ne l'est-il pas? Dicey et Morris suggèrent d'étendre aux immeubles le point de vue selon lequel, quand il s'agit de meubles, le trust doit constituer un seul tout[197].

142 C'est la *lex situs* qui régit aussi les questions concernant les droits des *trustees,* leurs obligations et leurs pouvoirs, et, d'une façon générale, tout ce qui touche à la *gestion* du trust. Le *Restatement of Conflict of Laws,*

[193] *Cf.* Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 593, p. 3897: «*In many countries where the civil law prevails, property cannot be given in trust. If, however, a person domiciled in such a country by will creates a trust of movables situated in this country, to be administered here, the trust is valid. Thus in* Matter of Tabbagh, *a testator died domiciled in France. By his will he bequeathed his «American estate» which consisted of securities kept in America, to a New York banking trust. He provided that his American estate be administered according to the law of New York. The trust was valid under the law of New York, but testamentary trusts were invalid under the law of France. In a proceeding brought in New York, it was held that the trust was valid. Doubtless the trust would have been upheld even though the testator had not expressly provided that the law of New York should govern*».

[194] Voir Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 675 et 623; Nygh, *op. cit.*, p. 702–703.

[195] [1965], S.C.R. 784, 52 W.W.R. 410, 53 D.L.R. (2d) 577.

[196] Pour une remarque critique voir Nygh, *op. cit.*, 703.

[197] «*... if the trust property comprises immovables situated in different countries, or if it comprises both immovables and movables, a strong [argument] can be made that it is desirable that a trust should be treated as a unit and that the trusts of all the property comprised therein should be governed by a single law,* i.e. *the proper law of the trust», op. cit.*, p. 681; *cf.* également Morris, «Intestate Succession in the Conflict of Laws», 85 *Law Quarterly Review*, 339 (1969).

however, recognizes the power of the settlor to designate the law applicable to the administration, as far as issues are concerned which can be controlled by the terms of the trust.[198] The position here, then, comes close to that in respect of the administration of trusts of movables and goes in the direction suggested by Dicey and Morris: treatment of all trusts, for movables or immovables, as a single unit.

Connecting factors with a civil law jurisdiction

143 According to Dicey and Morris, where the foreign *lex situs* does not recognize trusts of land, the trust will fail. However, there may *'be a means of escape from this unpalatable conclusion if the settlement contains a trust for sale and the equitable doctrine of conversion can be invoked'*.[199] It is not clear whether this view is generally shared in common law States other than England.

b Testamentary trusts

144 As in the case of movables, a distinction is made between testamentary provisions and trust provisions. However, both are in principle governed by the *lex situs*.

Public policy

145 Where under the law of the testator/settlor's domicile his surviving spouse or his children have a forced or reserved share, but not under the *lex situs*, a question arises as to what law determines whether the spouse or the children have a share of the land.[200]

Tentative conclusions

146 Some very tentative conclusions may be drawn from this already sketchy survey of the common law approach to problems of applicable law in regard to trusts.

1 The trend would seem to be towards a recognition of a large role for the autonomy of the settlor in designating the law applicable to the trust. This trend is more pronounced in respect of *inter vivos* trusts of movables, but it is also recognizable in respect of testamentary trusts of movables and to a lesser extent in respect of trusts of immovables.

2 If the settlor has not made a designation of the applicable law, prime importance is attached to the place of administration (situs, domicile) of the trust. In order to determine this place of administration, the courts make a flexible use of various criteria. The place of administration may change and this will, in principle, involve a change of the law applicable to its administration.[201]

3 Very schematically, these trends reflect an emancipation of the trust from the domination of the *lex situs* and also, to a more limited extent, from the domination

[198] *Op. cit.*, Sec 279, comment *b*.
[199] *Op. cit.*, pp. 681–682, referring to *Re Piercy* [1895], 1 Ch. 83, *cf. infra*, No 176. For the doctrine of conversion *cf. supra*, No 121.
[200] In *MacDonald* v. *MacDonald's Executrix* [1932] Scots L.T. Rep. 381 (H.L.), a testator died domiciled in Scotland leaving all his property, which included land and mortgages on land in Canada, to persons other than his children. A daughter sued in Scotland claiming a forced share, to which she was entitled by the law of Scotland but not under the Canadian law. The court ruled that she was not entitled to a share of the Canadian land. For criticism, see Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 650, pp. 4113–4114.
[201] See further *infra*, Chapters VI and VIII.

Second donne cependant au *settlor* le droit de désigner la loi applicable à la gestion, dans la mesure où il s'agit de problèmes relevant du trust[198]. La situation, en pareil cas, est très proche de celle qui concerne la gestion des trusts qui portent sur des meubles, et elle va dans le sens que préconisent Dicey et Morris, à savoir: traiter tous les trusts, tant en ce qui concerne les meubles que les immeubles, comme s'ils formaient un tout.

Liens de connexité avec un pays de droit civil

143 D'après Dicey et Morris, quand la *lex situs* étrangère ne reconnaît pas les trusts portant sur les terres, le trust sera annulé. Cependant, on peut trouver «le moyen d'échapper à cette conclusion déplaisante si l'opération comprend un *«trust for sale»* (trusts dans le but de vendre) et qu'il est possible d'invoquer la doctrine de la conversion»[199]. Il n'est pas sûr que cette opinion soit admise dans les pays de *common law* autres que l'Angleterre.

b Trusts testamentaires

144 Comme pour les meubles, une distinction est faite entre les dispositions testamentaires et celles du trust. En principe, cependant, les unes comme les autres sont soumises à la *lex situs*.

Ordre public

145 Lorsque la loi du domicile du testateur/*settlor* attribue à son conjoint survivant (ou à ses enfants) une réserve héréditaire, alors que la *lex situs* n'en prévoit pas, la question se pose quelle loi décidera si une partie des immeubles revient ou non au conjoint, ou aux enfants[200].

Conclusions provisoires

146 L'aperçu qui précède, bien que très sommaire, permettra de tirer quelques conclusions provisoires sur la manière dont la *common law* aborde le problème de la loi applicable aux trusts.

1 La tendance semble être de reconnaître le grand rôle que joue la liberté donnée au *settlor* de désigner la loi applicable au trust. Cette tendance est plus prononcée quand il s'agit de trusts entre vifs portant sur des meubles, mais on la retrouve aussi dans les trusts testamentaires sur les meubles, et dans une moindre mesure en ce qui concerne les trusts portant sur les immeubles.

2 Si le constituant n'a pas désigné la loi applicable, on attache une importance primordiale au lieu (*situs*, domicile) où la gestion du trust doit être exercée. Pour déterminer ce lieu, les tribunaux ont recours, avec une certaine souplesse, à divers critères. On peut changer le lieu de la gestion, ce qui, en principe, entraîne un changement de loi applicable à celle-ci[201].

3 Ces tendances reflètent d'une façon très schématique l'affranchissement du trust de la domination de la *lex situs* et aussi, mais dans une moindre mesure, de la

[198] *Op. cit.*, sec 279, comment *b*.
[199] *Op. cit.*, p. 681–682, se référant à *Re Piercy* [1895], 1 Ch. 83, *cf. infra* No 176. Voir pour la théorie de l'*«equitable conversion» supra* No 121.
[200] Dans *MacDonald* c. *MacDonald's Executrix* [1932] Scots L.T. Rep. 381 (H.L.), un testateur mourut domicilié en Ecosse laissant tous ses biens, y compris des propriétés et hypothèques sur des propriétés au Canada, à des personnes autres que ses enfants. Une fille entama une procédure en Ecosse invoquant la légitime à laquelle elle avait droit selon la loi écossaise mais non selon la loi canadienne. Le tribunal jugea qu'elle n'avait aucun droit sur les propriétés canadiennes. Pour critique, voir Scott, *op. cit.*, Vol. 5, Sec 650, p. 4113–4114.
[201] Voir *infra*, chapitres VI et VIII.

of the law of succession, which brings the trust closer to some principles and mechanisms of the law of contracts, with which it shares a basic characteristic: its flexibility.

4 Against the autonomy of the settlor and the influence of the law of the place of administration correctives may be applied mainly to protect the statutory safeguarded interests of family or third parties. Thus a community of property, the forced share of a surviving spouse, the reserved shares of children, the rights of creditors of the settlor existing under the law of his domicile, may 'win' as against the trust. On the other hand, the validity of the trust will be most often upheld and its administration safeguarded as against rules which protect more 'abstract' interests, such as a severe rule against perpetuities.

B *Civil law jurisdictions*

1 *Movables*

In civil law countries the *lex situs* generally determines whether a property is movable or immovable. See *supra*, No 121.

a Trusts inter vivos

(For the distinction between trusts *inter vivos* and testamentary trusts, see *supra*, No 122.)

(i) Characterization of the trust

Trusts as a legal category in the margin of civil law systems

147 If it is generally true that most civil law States do not know the trust device in their own domestic law, it should be noted that the trust concept has made its appearance in recent multilateral and bilateral treaties to which these countries are parties, and has thus become an accepted legal category for certain international purposes, either positively or negatively (in that the trust is excluded from the treaty).[202] And, although put between quotation marks, the trust has already made its appearance in the codes of at least one civil law jurisdiction. Article 120 of the 1979 French *Code général des impôts* (which forms part of the chapter 'Income from securities issued outside France and similar income') reads:

'The following will be considered income within the meaning of this article:

9° The fruits of 'trusts' whatever be the substance of the property included in the trusts;'

Characterization: early decisions

148 As a rule, however, civil law systems do not have a category labelled 'trust'. Starting from the 1860s in France, the courts in Europe and lawyers generally, practitioners and scholars alike, have sought for an ap-

[202] See further, *infra*, Chapter VII.

domination du droit successoral, ce qui a pour résultat de rapprocher le trust de certains des principes et des mécanismes du droit contractuel, avec lequel il partage une caractéristique fondamentale: la souplesse.

4 On peut apporter des correctifs au principe de l'autonomie de la volonté du *settlor* et à celui de l'influence de la loi du lieu de gestion, et cela essentiellement pour protéger les droits que la loi reconnaît aux membres de la famille et aux créanciers. C'est ainsi que la communauté de biens, la part successorale du conjoint survivant, la réserve héréditaire des enfants, les droits des créanciers du *settlor* qui découlent de la loi du domicile, peuvent «avoir gain de cause» contre le trust. Par contre, la validité du trust sera le plus souvent reconnue et sa gestion protégée contre des règles qui défendent des droits plus «abstraits», telle qu'une règle d'ordre public interdisant la perpétuité.

B *Pays de droit civil*

1 *Meubles*

Dans les pays de droit civil, c'est en général la *lex situs* qui détermine si un bien est un immeuble ou un meuble (voir plus haut No 121).

a Trusts entre vifs

(Pour la distinction entre les trusts entre vifs et les trusts testamentaires, voir plus haut, No 122.)

i) Qualification du trust

Les trusts considérés comme formant une catégorie juridique en marge des systèmes de droit civil

147 S'il est vrai, en général, que dans la plupart des pays de droit civil, le droit interne ignore le trust, il ne faut cependant pas perdre de vue que le concept du trust a fait son apparition dans des traités multilatéraux et bilatéraux récents auxquels ces pays sont parties, et, par conséquent, que le trust constitue aujourd'hui une catégorie juridique reconnue pour les besoins de certains objectifs internationaux, soit positivement, soit négativement (en ce sens que le trust est exclu du traité)[202]. Et le mot trust a déjà fait son apparition (bien qu'il ait été mis entre guillemets) dans le Code d'au moins un pays de droit civil. L'article 120 du Code général des impôts français de 1979 (qui figure dans le chapitre «Revenu des titres émis hors de France et autres revenus similaires») déclare:

«Sont considérés comme revenus au sens du présent article:

9° Les produits des «trusts» quelle que soit la consistance des biens composant ces trusts;»

Qualification: ancienne jurisprudence

148 En règle générale, cependant, il n'existe pas dans les systèmes juridiques de droit civil une catégorie d'institutions appelées «trusts». A partir de 1860, et tout d'abord en France, les tribunaux et l'ensemble des ju-

[202] Voir *infra*, chapitre VII.

propriate 'pigeon-hole' for the trust. In the beginning this was sometimes very much of an unconscious process: the main interest was focused on the question: does our public order allow for the recognition of the trust at all?[203]

From the terms used by the courts in the early decisions, one may conclude that the courts saw the trust, where it had been created *inter vivos*, most often as some sort of a *contractual relationship*, based on a contract of agency, mandate or donation.[204] Sporadically the trust was seen as some sort of a *legal entity*.[205] Sometimes the courts saw the trust as an *institution of family law, e.g.* a form of guardianship[206], or a matrimonial arrangement.[207] Then, again, the characterization was made in terms of the *law of property:* the legal title was seen as transferred to the trustee[208]; or, on the contrary, the title was thought either to have remained with the settlor or to have been passed over to the beneficiary[209]; or the beneficiary was deemed to have acquired some sort of a limited real right *(usufruct)*.[210]

In short, the trust was put into many different pigeonholes, often without much concern for the proper context of the relevant common law systems.[211]

The modern trend: trying to understand the real nature of the trust

149 More recent decisions and legal writings show a clear concern to understand the trust in its own context and to see it as a unitary institution of a *sui generis* character.[212] The courts more and more tend carefully to examine and discuss the trust instrument in order to determine the trust relationships as intended by the settlor as exactly as possible. As they are well aware that the trust relationships may vary according to the trust instrument, it is understandable that they have in recent decisions looked for a characterization in terms of the most flexible institution of the civil law: the contract.

Characterization in terms of the law of contractual obligations: three recent decisions

150 In three recent decisions of courts in three differ-

[203] *Cf.* Dreyer, *op. cit.*, pp. 115–116.
[204] See *e.g. Trib. Seine*, 30 May 1873, confirmed by *Cour de Paris*, 28 January 1879, *Journal du droit international privé* (J.) 1880, 472 *(Roden v. Ministère de la guerre); Trib. Seine*, 10 December 1880, J. 1880, 435 *(Enregistrement* v. *Palikao); Trib. Seine*, 8 August 1888, J. 1889, 635 *(Royle* v. *Linton); Trib. Seine*, 28 June 1901, J. 1901, 812 *(Van der Heydt et Burth (Robert Peel)* v. *Kleinberger); Cour de Toulouse*, 18 July 1905, J. 1906, 451 *(Kerr* v. *Pyrénées Minérales)*, confirmed by *Cour de cassation*, 19 February 1908, J. 1912, 243; *Trib. Seine*, 22 December 1926, *Revue de droit international privé* (R.) 1927, 70 *(Société Beer Limited* v. *époux Betts-Brown et Humphreys); Trib. Seine*, 23 February 1927, R. 1927, 263 *(Doeuillet* v. *Dame Dagmar Betts Brown* et al.*)*.
[205] See *Trib. commerce, Genève*, 22 January 1874, J. 1874, 334 *(Pugh* v. *Schlesinger); cf.* also *Cour de Toulouse*, 18 July 1905 (see previous note).
[206] See *e.g. Trib. Seine*, 26 December 1894, J. 1895, 587, *(Les fils de J. Mathieu* v. *époux Terry).*
[207] See *e.g. Trib. Seine*, 8 August 1888, (note 204, *supra*); *Trib. Seine*, 23 February 1927, (note 204, *supra*).
[208] See *e.g. Trib. Nice*, 3 May 1905, J. 1911, 278, *Mac Calmont.*
[209] See *e.g. Trib. Le Mans*, 20 November 1934, J. 1935, 651 *(Milthorp* v. *Milthorp et Fielding); Hoge Raad* (Netherlands), 5 November 1941, B. 7385.
[210] See *e.g. Reichsfinanzhof* (Germany), 24 September 1935, R. St Bl 1935, 1366.

[211] See Boulanger, *Les successions internationales*, 1981, p. 244; Dreyer, *op. cit.*, p. 116.
[212] *Cf.* Lalive, *Journal du droit international*, 1976, p. 697 (*cf.* footnote 221, *infra*): *'Le droit matériel du for fournit les éléments de comparaison et de référence nécessaires pour apprécier le but, la fonction et les effets d'une institution juridique donnée. Quand celle-ci, comme le trust, est inconnue du for, la seule possibilité est de se référer au droit étranger qui connaît l'institution, et de choisir ensuite, une fois que l'on est conscient de sa véritable fonction, la règle de conflit prévue pour les rapports juridiques, correspondant le plus à celui qui est en cause.'*

ristes, tant les professionnels que les enseignants, ont cherché à «faire une place» au trust. Au début, ce processus était souvent plus ou moins inconscient, l'attention se portant surtout sur la question suivante: notre ordre public permet-il de reconnaître le trust dans une mesure quelconque[203]?
A s'en tenir au langage utilisé par les tribunaux dans les décisions de cette époque, on peut conclure que les tribunaux voyaient le plus souvent dans le trust, quand il avait été créé entre vifs, une sorte de *rapport contractuel,* reposant sur un contrat de représentation, un mandat, ou une donation[204]. Sporadiquement, le trust était considéré comme une *entité juridique* d'un genre spécial[205]. Les tribunaux voyaient quelquefois en lui une institution relevant *du droit de la famille,* c'est-à-dire une forme de tutelle[206], ou un pacte matrimonial[207]. Parfois aussi, on cherchait les caractéristiques du trust dans le droit régissant les *biens*: le droit de propriété aurait pensait-on, été transféré au *trustee*[208]; ou bien, au contraire, on croyait que le *settlor* avait conservé la propriété ou que celle-ci avait été transmise au bénéficiaire[209]; parfois, le bénéficiaire était supposé avoir acquis un droit réel limité (usufruit)[210].
Bref, on trouvait un peu partout un «tiroir» pour y ranger l'étoffe juridique du trust, trop souvent sans se préoccuper du contexte qui est réellement le sien dans les systèmes de *common law*[211].

La tendance actuelle: chercher à comprendre la nature propre du trust

149 Des décisions judiciaires et des travaux juridiques plus récents montrent clairement qu'on cherche à mieux comprendre le trust en le plaçant dans son véritable contexte, et à voir en lui une institution unitaire *sui generis*[212]. Les tribunaux ont tendance à étudier l'acte constitutif du trust avec une attention toujours plus soutenue, afin de déterminer avec la plus grande précision possible quels rapports le *settlor* entendait créer au moyen du trust. Comme ils n'ignorent pas que les rapports créés par le trust peuvent varier d'un acte constitutif à l'autre, il est compréhensible que les juges, dans leurs décisions récentes, aient recherché la qualification du trust selon l'institution la plus souple du droit civil: le contrat.

Qualifications relevant du droit des obligations contractuelles: trois décisions récentes

150 Dans trois décisions récentes prononcées par les

[203] *Cf.* Dreyer, *op. cit.*, p. 115–116.
[204] Voir *e.g.* Trib. Seine, 30 mai 1873, confirmé par Cour de Paris, 28 janvier 1879, *Journal du droit international privé* (J.) 1880, 472 *(Roden* c. *Ministère de la guerre);* Trib. Seine, 10 décembre 1880, J. 1880, 435 *(Enregistrement* c. *Palikao);* Trib. Seine, 8 août 1888, J. 1889, 635 *(Royle* c. *Linton);* Trib. Seine, 28 juin 1901, J. 1901, 812 *(Van der Heydt et Burth (Robert Peel)* c. *Kleinberger);* Cour de Toulouse, 18 juillet 1905, J. 1906, 451 *(Kerr* c. *Pyrénées Minérales),* confirmé par Cour de cassation, 19 février 1908, J. 1912, 243; Trib. Seine, 22 décembre 1926, *Revue de droit international privé* (R.) 1927, 70 *(Société Beer Limited* c. *époux Betts-Brown et Humphreys);* Trib. Seine, 23 février 1927, R. 1927, 263 *(Doeuillet* c. *Dame Dagmar Betts Brown et autres).*
[205] Voir Trib. commerce, Genève, 22 janvier 1874, J. 1874, 334 *(Pugh* c. *Schlesinger); cf.* aussi Cour de Toulouse, 18 juillet 1905 (voir note précédente).
[206] Voir p. ex. Trib. Seine, 26 décembre 1894, J. 1895, 587, *(Les fils de J. Mathieu* c. *époux Terry).*
[207] Voir p. ex Trib. Seine, 8 août 1888 (note 204, *supra*); Trib. Seine, 23 février 1927, (note 204, *supra).*
[208] Voir p. ex. Trib. Nice, 3 mai 1905, J. 1911, 278, *Mac Calmont.*
[209] Voir p. ex. Trib. Le Mans, 20 novembre 1934, J. 1935, 651 *(Milthorp* c. *Milthorp et Fielding); Hoge Raad* (Pays Bas), 5 novembre 1941, B. 7385.
[210] Voir p. ex. *Reichsfinanzhof* (Allemagne), 24 septembre 1935, R. St. Bl 1935, 1366.
[211] Voir Boulanger, *Les successions internationales,* 1981, p. 244; Dreyer, *op. cit.* p. 116.
[212] *Cf.* Lalive, *Journal du droit international,* 1976, p. 697 *(cf.* note 221, *infra): «Le droit matériel du for fournit les éléments de comparaison et de référence nécessaires pour apprécier le but, la fonction et les effets d'une institution juridique donnée. Quant celle-ci, comme le trust est inconnue du for, la seule possibilité est de se référer au droit étranger qui connaît l'institution, et de choisir ensuite, une fois que l'on est conscient de sa véritable fonction, la règle de conflit prévue pour les rapports juridiques correspondant le plus à celui qui est en cause.»*

ent countries in Europe the trust (all three cases concerned a trust *inter vivos* of movables) is viewed as a contractual arrangement: *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg*, 21 January 1971 *(Four Seasons Overseas* v. *Finimtrust); Cour d'appel de Paris*, 10 January 1970 *(Courtois* v. *de Ganay)* and *Tribunal fédéral suisse*, 29 January 1970 *(Harrison* v. *Crédit Suisse).* We will briefly review these decisions, but first should say a few words about the meaning of the term 'contract' in civil law, which differs from the common law concept. Common law systems tend to view the trust creation as a unilateral act of the settlor. This relates to the traditional common law that conveyance of real property in principle is effected by a *unilateral* act, as opposed to a *bilateral* act as in civil law. However, in order to complete the trust creation, the unilateral act requires an express or tacit acceptance by the trustee.[213-214] Now common law systems traditionally have reserved the term 'contract' for binding agreements requiring consideration, but civil law systems have a much larger concept of 'contract', large enough to cover accomplishment of a trust creation by the act of the settlor followed by acceptance by the trustee. [215]

151 The case of *Faillite Four Seasons Overseas N.V.* v. *S.A. Finimtrust* et al. (see *supra,* No 150)[216] concerned a Trust Indenture for the issue of Eurobonds, which clearly purported to effect a transfer of title to the trustee. The Luxemburg court characterized the Trust Indenture as a contract, in this case a contract of mandate. As we saw, however, the trust did not stand up under the applicable law.[217]

152 In the case of *Epoux Courtois* et al. v. *Consorts de Ganay* (see *supra,* No 150)[218-219], the settlor had transferred during her life securities situated in the United States to an American insurance company by a trust deed made before the American consul in Paris. The trust instrument provided that the trust income should be paid to the settlor, Dame Ganay, during her life, and at her death capital and income should be paid over to certain members of her family designated in the trust deed, the defendants, who lived in the United States. The plaintiffs, legatees under the settlor's will, took the

tribunaux de trois pays d'Europe différents, le trust (il s'agissait, dans les trois affaires, d'un trust entre vifs portant sur des meubles) est considéré comme un accord contractuel: Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 21 janvier 1971 *(Four Seasons Overseas* c. *Finimtrust)*; Cour d'appel de Paris, 10 janvier 1970 *(Courtois* c. *de Ganay)* et Tribunal fédéral suisse, 29 janvier 1970 *(Harrison* c. *Crédit Suisse).* Nous étudierons brièvement ces trois décisions, mais il nous faut auparavant revenir rapidement sur la signification du mot «contrat», qui en droit civil diffère de celle que la *common law* donne à ce concept. Les systèmes de *common law* ont tendance à considérer la création d'un trust comme un acte unilatéral accompli par le *settlor.* C'est ce qui découle du point de vue traditionnel de la *common law,* selon lequel un transfert de biens réels est, en principe, effectué au moyen d'un acte *unilatéral,* par opposition à l'acte *bilatéral* que ce transfert constitue dans les systèmes de droit civil. Néanmoins, pour que la création d'un trust soit complète, l'acceptation expresse ou tacite du *trustee* est nécessaire[213-214]. D'autre part, les systèmes de *common law* ont traditionnellement réservé le mot «contrat» à des accords qui lient les parties et qui ont nécessairement une «cause» *(consideration),* alors que les systèmes de droit civil ont une notion beaucoup plus large du «contrat», assez large pour porter sur la création du trust par l'acte de son créateur, suivie de son acceptation par le *trustee*[215].

151 L'affaire *Faillite Four Seasons Overseas N.V.* c. *S. A. Finimtrust et autres* (voir *supra,* No 150)[216] concernait un *«Trust Indenture»* créé à l'occasion d'une émission d'*Eurobonds:* il était clair qu'on entendait en transférer la propriété au *trustee.* Le tribunal luxembourgeois qualifia le *Trust Indenture* comme un contrat, en l'espèce un contrat de mandat. Cependant, comme nous l'avons vu, le trust ne put être déclaré valable en vertu de la loi applicable[217].

152 Dans l'affaire *Epoux Courtois et autres* c. *Consorts de Ganay* [218-219] la constituante avait de son vivant, transféré des titres aux Etats-Unis à une compagnie d'assurance américaine, au moyen d'un acte constitutif de trust passé devant le consul américain à Paris. L'acte prévoyait que les revenus du trust seraient versés à la constituante, la dame Ganay, sa vie durant et qu'à son décès, le capital et les revenus reviendraient à divers membres de sa famille, désignés dans l'acte; ceux-ci vivaient tous aux Etats-Unis et figuraient comme défendeurs dans le procès. Les demandeurs, légataires en ver-

[213] See Uniken Venema, *Van Common Law en Civil Law,* 1971, pp. 190–192 and 50. See also *idem*: 'In Nederland gelegen goederen toebehorende aan Anglo-Amerikaanse trusts', 14 *Netherlands International Law Review,* 68–69 (English summary), 1967.

[214] It is true that '*a trust never fails for want of a trustee*', and that if a person refuses to act as a trustee, this does not destroy the beneficial interest a beneficiary has acquired under the trust. This very rare exception does not take away from the general rule, though *i.e.* acceptance by the trustee. See Uniken Venema, *Van Common Law en Civil Law* (note 213), p. 191.

[215] The following quotation from Diamond, *op. cit.* (note 149), p. 289, may perhaps be seen as showing at least some comprehension for the civil approach: '*It is not easy to explain the true nature of the trust. At first sight it looks much like a contract. It would be understandable if it were regarded as a form of contract because at the foundation of many trusts there is something in the nature of a promise or an agreement, but these are not essential and the trust certainly does not form part of the law of contract. It is rather part of the law of property, because the trust is about property, its ownership and its use. Yet although we can say that the trust forms part of the law of property, the concept is essentially related to the law of obligations. It is true that English law does not contain a classification 'law of obligations' and that we know that expression from our experience of continental legal systems and Scots law, but if we had such a classification we would recognize that the trust is part of the law of obligations, for the essence of the trust is a personal obligation*'. We have seen, *supra.* No 124, that English law borrowed the notion of 'the proper law of the trust' from the 'proper law of the contract'.

[216] R. 1973, p. 51.

[217] See *supra,* note 151; see also Oppetit, 'Le 'trust' dans le droit du commerce international', R. 1973, p. 1, in particular pp. 18–20.

[218] R. 1971, 518, note Droz; *Recueil Dalloz Sirey* 1972, 122 note Malaurie; *Gazette du Palais* 1970, 1, 313, note R.S.; J. 1973, 207 note Loussouarn.

[219] See Bredin, in *Travaux du Comité français de droit international privé* (1973–1975), p. 137.

[213] Voir Uniken Venema, *Van Common Law en Civil Law,* 1971, p. 190–192 et 50. Voir aussi *idem*: «In Nederland gelegen goederen, toebehorende aan Anglo-Amerikaanse trusts», 14 *Netherlands International Law Review,* 68–69 (sommaire en anglais), 1967.

[214] Il est vrai que *«a trust never fails for want of a trustee»* et que le fait qu'une personne refuse d'agir en tant que *trustee,* ne détruit pas le *beneficial interest* qu'un bénéficiaire a acquis en vertu du trust. Cette exception tout-à-fait rare ne retire rien à la règle générale c'est-à-dire l'acceptation par le *trustee.* Voir Uniken Venema, *Van Common Law en Civil Law* (note 213), p. 191.

[215] La citation suivante de Diamond, *op. cit.* (note 149), p. 289, pourrait être interprétée comme montrant du moins une certaine compréhension pour l'approche du droit civil: *«It is not easy to explain the true nature of the trust. At first sight it looks much like a contract. It would be understandable if it were regarded as a form of contract because at the foundation of many trusts there is something in the nature of a promise or an agreement, but these are not essential and the trust certainly does not form part of the law of contract. It is rather part of the law of property, because the trust is about property, its ownership and its use. Yet although we can say that the trust forms part of the law of property, the concept is essentially related to the law of obligations. It is true that English law does not contain a classification «law of obligations» and that we know that expression from our experience of continental legal systems and Scots law, but if we had such a classification we would recognize that the trust is part of the law of obligations for the essence of the trust is a personal obligation».* Nous avons vu, *supra,* No 124, que le droit anglais a emprunté la notion du *«the proper law of the trust»* de la *«proper law of the contract».*

[216] R. 1973, p. 51.

[217] Voir *supra,* note 150; voir aussi Oppetit, «Le 'trust' dans le droit du commerce international», R. 1973, p. 1 surtout p. 18–20.

[218] R. 1971, 518 note Droz; *Recueil Dalloz Sirey* 1972, 122 note Malaurie; *Gazette du Palais* 1970, 1, 313, note R.S.; J. 1973, 207 note Loussouarn.

[219] Voir également Bredin, dans *Travaux du Comité français de droit international privé* (1973–1975), p. 137.

position, among other things, that the trust amounted to a gift forbidden under the French law of succession. The court, however, replied that the trust *'does not depend on the law of succession, but on the law of autonomy,* i.e. *the law under which the parties have intended to place themselves.'*[220]

153 The case of *Harrison* v. *Crédit Suisse* (see *supra,* No 150)[221] concerned a trust set up as a settlement by Harrison for the benefit of his first wife and children from his first marriage. *Crédit Suisse* had been appointed as trustee and the city of Zurich had been chosen as the forum of the settlement. Harrison's second wife, instituted sole heir under his will, sought to attack the trust and instituted proceedings against the trustee. The Swiss Federal Court first pointed out that the trust was not known in Swiss law and that, more specifically, what the Court termed the division of ownership (in 'legal ownership' and 'equitable ownership') which the trust involves had no equivalent in Swiss law. The Court went on to say: *'As there exists in Swiss law no legal institution which corresponds in all its elements to the legal relationship created by the contract of 12 April 1928, it is necessary to examine to which legal institutions of Swiss law the legal relationship in dispute, as far as its effects are concerned, has the closest resemblance'.*
The Court then found that the Harrison Trust had certain elements of a contract of mandate, of a fiduciary transfer of property, of donation and of a contract for the benefit of a third party. Eliminating other analogies, such as the contract of deposit (because that contract does not involve a transfer of ownership to the trustee), *usufruct* (which gives the person entitled to the *usufruct* at most a right to the income, but not to the capital itself which was in dispute in the present case) and a foundation (because the trust capital had not been consigned to a special purpose as would be necessary for a foundation), the court concluded that the trust settlement should be characterized according to Swiss law as a mixed contract *'relevant du droit des obligations'*, depending on the law of obligations.[222]
It should be noted that both the *Cour d'appel de Paris* in *Courtois* v. *de Ganay* and the Swiss Federal Court in *Harrison* v. *Crédit Suisse* reserved their position with respect to certain hypothetical situations where they might rather have characterized the trust in terms of the law of succession. In neither case were there forced heirs; had there been, they would have been allowed to exercise their action for reduction and the trust would have failed.[223]

An alternative way of characterizing the trust: the 'legal entity' approach

154 While many authors have approved of the 'contractual' characterization of the trust[223A], some have been critical of this approach.[224] Some authors have ex-

[220] *Cf.* also *Trib. Seine,* 16 May 1906 (three decisions), J. 1910, 1229; R. 1907, 239 note Nast *(Sohège* v. *Singer).*
[221] ATF 96 (1970) II, 79; *Journal des Tribunaux* (1971), I, 329, note Reymond; *Annuaire suisse de droit international* (1971), 223 note Vischer; *Journal du droit international* 1976, p. 695, note Lalive.
[222] See further *infra,* No 158.
[223] The Swiss Federal Court also examined the trust under the angle of Swiss formal requirements on *'pactes successoraux'* but found that these did not apply.

[223A] See *e.g.* Oppetit (note 217); Droz and Loussouarn under *Courtois* v. *de Ganay* (note 218); Reymond (note 221); Dreyer, *op. cit.* Further support for the contractual characterization: Uniken Venema (note 213); Bernardi, *Il trust nel diritto internazionale privato* (1957), p. 137 (*'Il trust potrà essere considerato una donazione'*). Possibly also: *Bundesgerichtshof* (Germany), 15 April 1959, UZR 5/58, see Goldstein, *op. cit.,* pp. 88–89.
[224] See *e.g.* Bredin (note 219); Malaurie (note 218): *'qualification tendancieuse qui infléchit le raisonnement en fonction d'un résultat souhaité; elle a permis d'accueillir un anglicisme juridique qui était, en l'espèce, moralement et familialement irréprochable (...)'*; Vischer, (note 221).

tu du testament de la constituante, plaidèrent notamment que le trust constituait, en réalité, une donation prohibée par le droit successoral français. Néanmoins, la Cour d'appel jugea que le trust *«ne relève donc pas de la loi successorale mais de la loi d'autonomie, c'est-à-dire de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer»*[220].

153 L'affaire *Harrison* c. *Crédit Suisse*[221] concernait un trust créé par Harrison sous la forme d'un capital permettant de verser une pension à sa première femme et aux enfants de son premier mariage. Le Crédit Suisse fut nommé *trustee,* et la ville de Zurich fut choisie comme *forum* de l'opération. La seconde épouse de Harrison, désignée comme légataire universelle par le testament de celui-ci, décida d'attaquer le trust et engagea une action contre le *trustee.* Le Tribunal fédéral suisse releva tout d'abord que le droit suisse ignorait le trust et, plus précisément, ce que le Tribunal appela la «division de la propriété» (en un *«Legal ownership»* et un *«equitable ownership»)* qui caractérise le trust et qui n'a pas d'équivalent en droit suisse. *«Comme il n'existe en droit suisse, ajouta le Tribunal, aucune institution juridique qui corresponde dans tous ses éléments au rapport de droit créé par le contrat du 12 avril 1928, il faut examiner à quelles institutions juridiques suisses le rapport de droit litigieux ressemble le plus quant à ses effets.»*
Le Tribunal jugea alors que le trust créé par Harrison avait certains des éléments d'un mandat, d'un transfert de propriété à titre fiduciaire, d'une donation et d'une stipulation pour autrui. Ecartant d'autres analogies, notamment avec le contrat de dépôt (parce que ce contrat n'implique pas un transfert de propriété au profit du *trustee*) avec l'usufruit (qui donne tout au plus à son bénéficiaire un droit sur les revenus, mais pas sur le capital, qui faisait ici l'objet du litige) ou avec la fondation (parce qu'on n'avait pas assigné le capital du trust qui n'avait pas été affecté à un but spécial, ce qui était nécessaire pour une fondation), le Tribunal déclara en définitive que le trust devait être qualifié conformément au droit suisse, de contrat mixte relevant du droit des obligations[222].
Il faut noter que tant la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Courtois* c. *de Ganay* que le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Harrison* c. *Crédit Suisse,* ont émis des réserves au sujet de certaines situations hypothétiques dans lesquelles on aurait pu considérer le trust comme relevant du droit successoral. Dans ces deux affaires, il n'y avait pas d'héritiers à réserve; s'il en avait existé, le droit d'exercer une action en réduction leur aurait été reconnu, et le trust n'aurait pas pu être déclaré valable[223].

Une autre manière de qualifier le trust: l'approche «personne juridique»

154 Alors que de nombreux auteurs ont approuvé la qualification «contractuelle» du trust[223A], d'autres ont critiqué cette manière d'aborder le problème[224]. Certains

[220] *Cf.* également *Trib. Seine,* 16 mai 1906 (trois décisions), J. 1910, 1229; R. 1907, 239 note Nast *(Sohège* c. *Singer).*
[221] ATF 96 (1970) II. 79; *Journal des Tribunaux* (1971), I, 329, note Reymond; *Annuaire suisse de droit international* (1971), 223 note Vischer; *Journal du droit international* 1976, p. 695, note Lalive.
[222] Voir *infra* No 158.
[223] Le Tribunal fédéral suisse a également examiné le trust sous l'angle des exigences de forme suisses concernant les «pactes successoraux» mais conclut que celles-ci n'étaient pas applicables en l'espèce.
[223A] Voir p. ex. Oppetit (note 217): Droz et Loussouarn sous *Courtois* c. *de Ganay* (note 218); Reymond (note 221); Dreyer, *op. cit.* Supportent également la qualification contractuelle: Uniken Venema (note 213); Bernardi, *Il trust nel diritto internazionale privato* (1957), p. 137 *(«Il trust potrà essere considerato una donazione»).* Peut-être également: *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 15 avril 1959, UZR 5/58, voir Goldstein, *op. cit.,* p. 88–89.
[224] Voir p. ex. Bredin (note 219); Malaurie (note 218): *«qualification tendancieuse qui infléchit le raisonnement en fonction d'un résultat souhaité; elle a permis d'accueillir un anglicisme juridique qui était en l'espèce, moralement et familialement irréprochable (...)»*; Vischer (note 221).

pressed a preference for a view which emphasizes not the flexibility of the trust arrangement but certain other characteristics, notably the fact that the trust property cannot be reached by the trustee's creditors, does not fall into his bankruptcy and does not pass over to his heirs or legatees after his death, in short: its relative independence.[225]

Closely related to this view is the theory of P. Lepaulle, the great champion of the trust in France, who saw the essence of the trust in its being a *'patrimoine affecté', 'une masse de biens affectés à un but'*, a property set apart for a specific purpose.[226] Some authors have even suggested that the Hague Convention on the Recognition of the Legal Personality of Foreign Companies (*Sociétés*), Associations and Foundations of June 1, 1956 (not in force) deals with the trust.[227]

However, as far as the authors of this Report know, there is only one example of this approach in civil law court decisions, an old Swiss case, *Trib. commerce,* Genève, 22 January 1874, *(Pugh* v. *Schlesinger)*[228] which is however not very clear from the point of view of private international law. The courts may generally have shared the opinion expressed by Professor Batiffol in a discussion with Mr Lepaulle, where he agreed that a trust which was a legal person in its home country could be recognized as such in France but expressed hesitation to characterize trusts as legal persons which were not legal persons under the law of their home country.[229]

Following, then, what would seem to be the mainstream in the civil law characterization of the trust, which emphasizes its flexibility and sees it as a contract-like institution, our presentation may follow a pattern which resembles that applied in this report for the description of the private international law of common law jurisdictions.

(ii) Applicable law

Choice of law by the parties

155 The 'contractual' characterization of the trust naturally favours the free choice of law by the parties. The decision *Courtois* v. *de Ganay* brings this out very clearly.[230] The Court found that the parties had implicitly chosen the applicability of 'American' law (presumably the law of Pennsylvania) and that this choice of law had to be respected there being no need to distinguish

[225] *Cf. e.g.* Schnitzer, 'Le trust et la fondation dans les conflits de lois', R. 479 (1965); Vischer, (footnote 220), p. 239; Hefti. 'Trusts and their Treatment in the Civil Law', 5 *American Journal of Comparative Law,* 553, 1956; Goldstein, *op. cit.,* p. 90 *et seq. Cf.* also Lalive (note 221), who concludes his discussion of the characterization problems, however (p. 698): '*Rien n'exclurait enfin que le juge, constatant qu'un rapport juridique donné ne se prête pas à une classification dans les catégories de rattachement de la loi du for, constate une lacune de la loi, lacune qu'il comble en élaborant un règle de conflit propre à cette institution*'.

[226] See his classic *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international,* 1932.

[227] See Henriquez, 'De Trust in het IPR', in *Netherlands International Law Review,* 251, (1965); Ehrenzweig and Jayme, *Private International Law,* Vol. II, special part, 1973, p. 133. See also Wolf, 'Personalstatut für Gesellschaften, Vereine und Stiftungen', *Festschrift für Martin Wolf* (1952), p. 375. *Contra:* Uniken Venema. 'In Nederland gelegen goederen...' (note 213), who rules out the applicability of the Hague Convention on the private trust, but leaves open the possibility that it applies to charitable trusts.

[228] See note 205.

[229] See *Travaux du Comité français de droit international privé* (1973–1975) (note 219), p. 158.

[230] See also Dreyer, *op. cit.,* pp. 130–131. *Cf.* Loussouarn (note 218) '*... en l'espèce, la qualification contractuelle avait un avantage qui a sans doute pesé sur la décision des juges: elle permettait de valider le trust qui eût été au contraire condamné par la qualification successorale, la succession relevant de la loi française. C'est ce souci de manifester une certaine tolérance à l'égard d'une technique étrangère qui nous semble constituer la meilleure justification de la position adoptée*'. (pp. 216–217).

auteurs ont donné leur préférence à l'idée de mettre l'accent, non pas sur la souplesse du procédé du trust, mais sur certaines de ses autres caractéristiques, notamment le fait que les biens du trust sont à l'abri de l'action des créanciers du *trustee,* qu'ils n'entrent pas dans la masse quand celui-ci tombe en faillite, et qu'ils ne reviennent pas aux héritiers ou aux légataires après le décès du *trustee.* En résumé, l'accent est mis sur le fait de la relative indépendance de ces biens[225].

Ce point de vue se rapproche sensiblement de la théorie défendue par P. Lepaulle qui s'est fait le principal avocat du trust en France, et qui voyait essentiellement dans le trust un «patrimoine affecté», «une masse de biens affectés à un but».[226]. Certains auteurs ont été jusqu'à prétendre que la Convention de La Haye du premier juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations, et fondations étrangères (qui n'est pas en vigueur) s'applique notamment au trust[227].

Cependant, à la connaissance des auteurs du présent Rapport, il n'existe qu'un seul exemple d'une telle approche dans les décisions judiciaires des pays de droit civil; il s'agit d'une ancienne affaire jugée en Suisse par le Tribunal de commerce *(Pugh* c. *Schlesinger,* Genève, 22 janvier 1874)[228]. Sa conclusion n'est d'ailleurs pas très claire du point de vue du droit international privé. Les tribunaux ont pu, en général, avoir partagé, l'opinion exprimée par le professeur Batiffol, dans une discussion avec M. Lepaulle, quand il a admis que si un trust constitue une personne morale dans son pays d'origine, ce trust pourrait être reconnu comme tel en France, mais il déclare hésiter à considérer comme des personnes morales des trusts qui n'en sont pas en vertu de la loi de leur pays d'origine[229].

C'est pourquoi, tout en se ralliant à ce qui semble être la qualification prédominante attribuée par le droit civil au trust, qui met l'accent sur sa souplesse et voit en lui une institution proche du contrat, on pourra suivre dans la suite de cet exposé la présentation adoptée pour décrire le droit international privé des pays de *common law.*

ii) Loi applicable

Choix de la loi par les parties

155 La qualification «contractuelle» du trust favorise bien entendu le libre choix de la loi applicable par les parties; l'affaire *Courtois* c. *de Ganay* le montre très clairement[230]. La Cour jugea que les parties avaient tacitement choisi d'appliquer la loi «américaine», (probablement celle de la Pennsylvanie) et que ce choix devait être respecté sans qu'il fût nécessaire de distinguer entre

[225] *Cf.* p. ex. Schnitzer, «Le trust et la fondation dans les conflits de lois», R. 479 (1965); Vischer, (note 220), p. 239; Hefti, «Trusts and their Treatment in the Civil Law», 5 *American Journal of Comparative Law,* 553, 1956; Goldstein, *op. cit.,* p. 90 et s. *Cf.* aussi Lalive (note 221), qui conclut sa discussion des problèmes de qualification de la manière suivante (p. 698): *«Rien n'exclurait enfin que le juge, constatant qu'un rapport juridique donné ne se prête pas à une classification dans les catégories de rattachement de la loi du for, constate une lacune de la loi, lacune qu'il comble en élaborant une règle de conflit propre à cette institution».*

[226] Voir son classique *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international,* 1932.

[227] Voir Henriquez, «De Trust in het IPR», dans *Netherlands International Law Review,* 251, (1965); Ehrenzweig et Jayme, *Private International Law,* Vol. II, partie spéciale, 1973, p. 133. Voir aussi Wolf, «Personalstatut für Gesellschaften, Vereine und Stiftungen», *Festschrift für Martin Wolf* (1952) p. 375. *Contra:* Uniken Venema, «In Nederland gelegen goederen ...» (note 213), qui exclut l'applicabilité de la Convention de La Haye au trust privé, mais laisse ouverte la possibilité qu'elle s'applique au trust charitable.

[228] Voir note 205.

[229] Voir *Travaux du Comité français de droit international privé* (1973–1975) (note 219) p. 158.

[230] Voir aussi Dreyer, *op. cit.,* p. 130–131. *Cf.* Loussouarn (note 218) *«... en l'espèce, la qualification contractuelle avait un avantage qui a sans doute pesé sur la décision des juges: elle permettait de valider le trust qui eût été au contraire condamné par la qualification successorale, la succession relevant de la loi française. C'est ce souci de manifester une certaine tolérance à l'égard d'une technique étrangère qui nous semble constituer la meilleure justification de la position adoptée».* (p. 216–217).

between the effects of the choice of law between the parties and those upon third persons. Consequently, the Court upheld the validity of the trust.
The Court inferred the implicit choice of law from the fact that the trust instrument was drawn up in English, before a consul of the United States, intended to set up an institution unknown in French law (*i.e.* the trust), and related to movables situated in the United States. It may be assumed that the latter factor was of great importance to the Court.[231] As follows from an older Swiss case[232] and also from the *Luxembourg* case cited above[233], the mere use of the English language and words like 'trustee' and 'beneficiary' are not sufficient as a designation of a foreign law.

In *Courtois* v. *de Ganay* the applicable law, then, was that of a trust jurisdiction. We will deal below[234] with questions resulting from the applicability of the law of a non-trust jurisdiction.

156 There is, in the decisions cited, no explicit mention of any limits upon the freedom of choice. It is, therefore, uncertain whether civil law courts will, as common law courts do[235], require a substantial connection between the trust and the law chosen.[236]

Absence of choice of law

157 The question of which law should apply when there is no designation of the applicable law was dealt with by the Swiss Federal Court in the Harrison case. The Court here applied the 'characteristic performance' test and found that in the present case the characteristic performance was that of the defending trustee, the *Crédit Suisse* bank in Zurich, which had to administer and utilize the capital in conformity with the instructions given in the settlement. As the trustee had its seat in Zurich, the court applied Swiss law to the trust. As one knows, the concept of '*charakteristische Leistung*', 'characteristic performance' has been developed in Switzerland by Schnitzer to define the connecting factors of a contract, not from the outside by such elements as the nationality of the parties or the place where the contract was conluded, but from the inside. The question is which of the parties must deliver the goods, insure or transport them, etc., and then the law of that party's domicile or habitual residence will apply. It has won acceptance by both civil law and common law countries in the E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, signed in Rome on 19 June 1980.[237] In spite of apparent differences, it may be presumed that the practical outcome of the application of the 'characteristic performance' test, and that of the 'proper law'[238] criterion will often coincide, – or sometimes give rise to similar questions. The question has been raised *e.g.* whether the application of the characteristic performance test in the Harrison case should not have led the Federal Court to apply rather the law of

[231] *Cf. infra*, Nos 159–163, in particular No 160.
[232] *Cf. Trib. féd. (Aktiebolaget Obligationsinteressenter* v. *Bank for International Settlements*, a case involving the Young Plan) ATF 62 (1936), II, 140.
[233] See *supra*, No 151.
[234] See *infra*, No 158.
[235] See *supra*, No 123.
[236] Dreyer, *op. cit.*, pp. 123–124, suggests that the parties should not only have a large freedom to choose English, American, etc., law, but should also exceptionally be free to choose a civil law, *e.g.* in cases where the trust assets are given in deposit in a bank in a civil law jurisdiction or where a beneficiary lives in such a country, or where a trust is set up for financing purposes.

[237] *Official Journal of the European Communities*, L 266, Vol 23, 9 October 1980 (not yet in force). Report by Professors Giuliano and Lagarde, C 282, Vol 23, 31 October 1980.
[238] *Cf. supra*, 124.

les effets de ce choix à l'égard des parties ou à l'égard des tiers. Le Tribunal reconnut par conséquent la validité du trust.
La Cour estima que le choix tacite de la loi découlait du fait que l'acte constitutif du trust avait été rédigé en anglais, qu'il avait été passé devant un consul des Etats-Unis, que son but était de créer une institution inconnue du droit français et qu'il portait sur des biens meubles qui se trouvaient aux Etats-Unis. On peut présumer que ce dernier élément a revêtu une grande importance aux yeux de la Cour[231]. Comme le montrent tant une ancienne décision suisse[232] que l'affaire luxembourgeoise citée plus haut[233], le fait que la langue anglaise ait été utilisée et que des mots comme *«trustee»* et *«beneficiary»* soient employés ne suffit pas à lui seul à fonder la désignation d'une loi étrangère.
Dans l'affaire *Courtois* c. *de Ganay*, la loi applicable était par conséquent, celle d'un pays qui connaît le trust. On étudiera plus tard[234] les questions que soulève l'applicabilité de la loi d'un pays où le trust est ignoré.

156 Les décisions citées ne déclarent pas expressément que la liberté du choix de la loi est limitée. On peut cependant douter que les tribunaux des pays de droit civil, tout comme les tribunaux de *common law*[235] exigent qu'un «rapport substantiel» existe entre le trust et la loi choisie[236].

Absence de choix d'une loi

157 Le Tribunal fédéral suisse, dans l'affaire *Harrison*, a étudié la question de savoir quelle loi doit s'appliquer à défaut d'une désignation de la loi applicable. Le tribunal appliqua le critère de la «prestation caractéristique», et jugea, qu'en l'espèce, c'était celle du *trustee* défendeur, le Crédit Suisse de Zurich, qui était chargé de la gestion et qui devait utiliser le capital en suivant les instructions données dans l'acte constitutif. Comme le *trustee* avait son siège à Zurich, le tribunal appliqua au trust la loi suisse. On sait que la théorie de «la prestation caractéristique», a été imaginée en Suisse par M. Schnitzer pour définir les facteurs de rattachement d'un contrat qui doivent venir, non de l'extérieur, comme la nationalité des parties ou le lieu où le contrat a été conclu, mais de l'intérieur. On doit rechercher: quelle est la partie tenue de délivrer les biens, les assurer, les transporter? C'est la loi du domicile ou de la résidence habituelle de cette partie qui est alors applicable. Cette théorie a été admise tant par des pays de droit civil que par des pays de *common law*, dans la Convention communautaire sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980[237]. En dépit de quelques différences apparentes, on peut présumer que, dans la pratique, l'application de la règle de la «prestation caractéristique» et celle de la *«proper law»*[238] coïncideront souvent – ou qu'elles soulèveront parfois les mêmes problèmes. On s'est demandé, par exemple, si l'application du critère de l'exécution caractéristique dans l'affaire *Harrison* n'aurait pas dû conduire le Tribunal fédéral à appliquer la loi du domicile

[231] *Cf. infra* Nos 159–163, surtout No 160.
[232] *Cf.* Trib. féd. *(Aktiebolaget Obligationsinteressenter* c. *Bank for International Settlements*, une affaire portant sur le Plan Young) ATF 62 (1936), II, 140.
[233] Voir *supra*, No 151.
[234] Voir *infra*, No 158.
[235] Voir *supra*, No 123.
[236] Dreyer, *op. cit.*, p. 123–124, suggère que les parties ne devraient pas avoir seulement une grande liberté pour choisir l'application d'un droit favorable anglais ou américain etc., mais devraient aussi être exceptionnellement libres de choisir un droit civil, par exemple dans des cas où les biens du trust sont déposés dans une banque d'un pays de droit civil ou lorsqu'un bénéficiaire habite dans un tel pays ou dans le cas de trusts conclus dans le cadre d'opérations financières.
[237] *Journal Officiel des Communautés Européennes*, L 266, 23e année, 9 octobre 1980 (pas encore entrée en vigueur). Rapport établi par les professeurs Giuliano et Lagarde, C 282, 23e année, 31 octobre 1980.
[238] *Cf. supra*, 124.

the settlor's domicile (New York) instead of Swiss law at least to some aspects of the trust.[239]

What if the applicable law is the law of a non-trust jurisdiction?

158 The law chosen by the parties or the law found by the court to be applicable in the absence of an effective choice of law may be that of a civil law jurisdiction which does not have the trust. What should be the consequences of an application of such a law? In the Harrison case the Federal Court ruled that the law applicable to the trust was Swiss law. It did not conclude that the trust was invalid, but sought for those legal institutions in Swiss law which corresponded best to the trust. So it found that the trust was best 'transposed'[240] into a contract *sui generis* which was a mixture of elements of mandate, a contract to transfer property for fiduciary purposes, a contract for the benefit of a third person, and a donation.[240A] Commenting on recent French decisions on the trust, Professor Lalive has said that the idea that the trust could not be integrated in a legal system which does not know that institution has lost a good deal of its weight in recent years.[241] There is, however, no decision as yet where a French court was called to decide whether a trust *inter vivos* could be set up under French law. Unquestionably, however, most civil law systems tend to take the view that it is not possible to create a trust under their laws.[241A]

N.B. *We will assume, therefore, in numbers 159–167 below that the applicable law is that of a trust jurisdiction.*

Proprietary aspects: influence of the lex situs

159 We have seen above[242] that in English, American, etc., law the proprietary aspects of an *inter vivos* trust of movables are 'absorbed' by its contractual aspects. Civil law systems have some difficulty with this idea, as far as property located in a civil law jurisdiction is concerned. The more rigid structure of property law in civil law systems and the often limited catalogue of proprietary (real) rights (the *numerus clausus*)[243] in principle stand in the way of recognition of flexible, contract-like proprietary arrangements which the trust involves.[243A]

A distinction may, therefore, be made between (1) the situation where movables are located in a trust jurisdiction and (2) where they are situated in a non-trust jurisdiction.

(1) *Movables situated in a trust jurisdiction*

160 In *Courtois* v. *de Ganay,* the fact that the movables were located in the United States was one of the reasons expressly stated by the *Cour d'appel* which led it to apply the 'law of autonomy' to the trust and to recognize that it could have legal effects in France. The assignment of property by means of the trust in the United

du constituant (New York), tout au moins en ce qui concerne certains aspects du trust[239].

Que faire si la loi applicable est celle d'un pays qui ignore le trust?

158 La loi désignée par les parties, ou la loi que le tribunal a déclaré applicable en l'absence d'un choix effectif, peut être celle d'un pays de droit civil où le trust n'existe pas. Quelles conséquences aurait l'application de cette loi? Dans l'affaire *Harrison,* le Tribunal fédéral a jugé que la loi applicable au trust était la loi suisse. Il n'en a pas tiré la conclusion que le trust n'était pas valable, mais a cherché quelles institutions juridiques du droit suisse correspondaient le mieux au trust. C'est pourquoi il jugea que le trust était simplement «transposé»[240] en un contrat *sui generis* qui comprenait des éléments d'un mandat, d'un contrat de propriété fiduciaire, d'une stipulation pour autrui et d'une donation[240A]. En commentant les récentes décisions françaises en matière de trusts, le Professeur Lalive a estimé que l'idée que le trust ne peut être intégré dans un système juridique qui ignore cette institution a perdu beaucoup de poids ces dernières années[241]. Cependant, jusqu'ici, aucun tribunal français n'a eu l'occasion de dire si un trust entre vifs pouvait être valablement crée sous l'empire de la loi française. Il est cependant hors de doute que la plupart des systèmes de droit civil ont tendance à estimer qu'il n'est pas possible de créer un trust sous l'empire de leurs lois[241A].

N.B. *C'est pourquoi dans les paragraphes 159 à 167 qui suivent, on supposera que la loi applicable est celle d'un «pays de trust».*

Problèmes relatifs aux biens: influence de la lex situs

159 Nous avons vu plus haut[242] que les aspects relatifs à la propriété des biens que le trust a en droit anglais, américain, etc, ont été «absorbés» par ses aspects contractuels. Les systèmes de droit civil ont du mal à se ranger à ce point de vue, tout au moins dès qu'il s'agit de biens situés sur leur territoire civil. Dans ces derniers pays, les structures plus rigides du droit régissant les biens et la limitation du nombre des droits réels *(numerus clausus)*[243] font, en principe, obstacle à ces accords souples et d'apparence contractuelle que le trust implique[243A].
C'est pourquoi on fera une distinction entre 1) le cas où les meubles sont situés dans un pays de trust et 2) les cas où ils sont situés dans un pays où le trust n'existe pas.

1) *Meubles se trouvant dans un pays de trust*

160 Dans l'affaire *Courtois* c. *de Ganay,* le fait que les meubles se soient trouvés aux Etats-Unis a été un des motifs expressément retenus par la Cour d'appel pour décider d'appliquer au trust la règle de «l'autonomie de la volonté», et pour reconnaître qu'il pouvait avoir un effet juridique en France. Le transfert de propriété, ef-

[239] See Vischer, *op. cit.,* (note 221), pp. 240–241.
[240] See Lewald, 'Règles générales des conflits de lois', *Collected Courses,* Academy of International Law, The Hague, t. 69, p. 127.
[240A] *'Contrairement à ce qui est dit dans les considérants de l'arrêt, il est permis de penser que les juges fédéraux se sont en réalité prononcés d'une manière générale en faveur de l'admissibilité du trust dans le système juridique suisse'*, Lalive (note 221), pp. 698–699.
[241] See Lalive (note 221), p. 699.
[241A] *Cf.* Verwilghen (ed.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités, (op cit.,* note 49), under the various countries.
[242] See *supra,* No 130.
[243] *Cf. supra,* Part I, No 10.
[243A] See for a discussion of the possible freedom of choice of the applicable law in respect of property law, Weber 'Parteiautonomie im Internationalen Sachenrecht?', 44 *Rabels Zeitschrift* (1980), pp. 510–530.

[239] Voir Vischer, *op. cit.,* (note 221), p. 240–241.
[240] Voir Lewald, «Règles générales des conflits de lois», *Recueil des Cours,* Académie de droit international, La Haye, t.69. p. 127.
[240A] *«Contrairement à ce qui est dit dans les considérants de l'arrêt, il est permis de penser que les juges fédéraux se sont en réalité prononcés d'une manière générale en faveur de l'admissibilité du trust dans le système juridique suisse»,* Lalive (note 221) p 698–699.
[241] Voir Lalive (note 221), p. 699.
[241A] *Cf.* Verwilghen (ed), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralitiés, (op. cit.,* note 49), dans les différents pays.
[242] Voir *supra,* No 130.
[243] *Cf. supra,* Partie I, No 10.
[243A] Voir pour une discussion de la possibilité d'un choix de la loi applicable en matière de droit des biens, Weber «Parteiautonomie im Internationalen Sachenrecht?», 44 *Rabels Zeitschrift* (1980), p. 510–530.

States did not affect the French system of property law, and there was no problem of recognition.

(2) *Movables situated in a non-trust jurisdiction*

161 Where movables are situated in a civil law country, the *lex situs* will have a tendency to assert itself, and a recognition problem may arise because that *lex situs* does not have a dual system of common law and equity and the corresponding split of ownership along functional lines.

Some early French decisions took the view that the law of property did not allow, as a matter of *public order*, the creation of a trust in respect of property located in France.[244] There were also decisions going in another direction, however.[245] The public order argument is more generally used, it would seem, in Germany.[246]

One need not necessarily go so far, however, as to say that the French, German, etc., public order is affected in such a case, which would imply that the trust cannot be recognized. Rather, one may take the view that the 'law of the trust' and the *lex situs* should be both applied to the extent that the trust includes movables located in a jurisdiction which does not have the trust, and that some form of *coexistence* and reconciliation of the law of the trust and the *lex situs* must be found.[247]

In respect of movables, such a reconciliation is often attainable without much difficulty. The most important questions which arise in practice probably are: can I validly pay or transfer property to this trustee; and, conversely, does this trustee have power to pay or transfer property to me? It may be noted that in order to facilitate the solution of such problems the Hague Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons has created a certificate identifying the power of persons entitled to administer the estate of a deceased person.[248] Banks will carefully examine the documents showing the trustee's powers and if these documents prove that the trustee has acquired title to receive securities kept by the bank, the bank will deliver them to the trustee without caring much about the division of equitable and legal ownership.[249] Very often, the trustee will have powers which make his position comparable to that of a (fiduciary) legal owner in the civil law sense. Indeed, as a Swiss author has recently suggested, one might even go one step further and start from the principle that the trustee is *presumed* to be owner of the trust property in the civil law sense.[250] This may be a valuable practical

[244] *E.g. Trib. Seine*, 23 February 1927, *supra*, (note 204).

[245] *Trib. des Alpes maritimes*, 22 February 1928, J. 1929, 433 (*Van Allen* et al. v. *Conil*), and *Cour de Paris*, 29 November 1952, J. 1953, 140 (*André* v. *Mallaby Deeley* et al.).

[246] See *e.g.* Serick, 'Zur Behandlung des Anglo-Amerikanischen Trust im kontinentaleuropäischen Recht', in *Festschrift Nipperdey*, 1965, p. 653 and, recently, Wengler, *Internationales Privatrecht*, 1981, p. 696.

[247] *Cf. Travaux du Comité français* (*supra*, note 219), especially intervention by Professor Lagarde, pp. 157–158: *'(...) on peut considérer qu'il n'y a pas une influence de l'ordre public français et qu'il y a une réserve de la loi réelle car, de même que la loi de la donation peut coexister avec la loi de succession, la loi du contrat, la loi du trust peut coexister avec la loi de situation des biens'.*

[248] See, generally, the Explanatory Report drawn up by P. Lalive, *Actes et documents de la Douzième session*, tome II, *Administration des successions*, p. II–285 *et seq.*

[249] See Verwilghen (ed.), (*supra*, footnote 241A), Part II, Switzerland, p. 717.

[250] See Dreyer, *op. cit.*, pp. 157–158: *'Par conséquent, il semble qu'il y ait lieu de partir du principe que le* trustee *est présumé être propriétaire, au sens du droit suisse, des biens du trust. Ainsi, le* trustee *pourra, en principe, revendiquer les biens du trust en Suisse. S'il acquiert des biens en Suisse, en tant que* trustee, *il les acquerra à titre de propriétaire. S'il vend en Suisse des biens du trust et qu'il ait pouvoir de le faire en vertu de la loi applicable au trust, le* beneficiary *ne pourra pas, en principe, contester la vente en se donnant comme le véritable propriétaire de ces biens. De même, le* settlor *restera propriétaire lorsqu'il se déclare* trustee *de certains de ses biens en faveur d'un tiers.* [Footnote continued on following page.]

fectué aux Etats-Unis au moyen du trust, ne portait pas atteinte au droit français en matière de biens, et aucun problème de reconnaissance ne se posait.

2) *Meubles se trouvant dans un pays où le trust n'existe pas*

161 Quand les meubles sont situés dans un pays de droit civil, la *lex situs* a tendance à s'imposer, et un problème de reconnaissance peut se poser, parce que cette *lex situs* ignore le système de dualité des droits de *common law* et d'*equity* avec sa division fonctionnelle du droit de propriété.

Quelques anciennes décisions françaises avaient estimé qu'en droit des biens, l'*ordre public* interdisait de créer un trust portant sur des biens situés en France[244]. D'autres décisions avaient cependant pris une direction différente[245]. L'argument tiré de l'ordre public semble plus souvent admis en Allemagne[246].

Toutefois, il n'est pas indispensable d'aller aussi loin et d'affirmer que l'ordre public français, allemand, etc., serait troublé en pareil cas avec la conséquence que le trust ne doit pas être reconnu. On pourrait, plutôt, soutenir que la «loi du trust» et la *lex situs* doivent *toutes les deux* être appliquées, dans la mesure où le trust porte sur des meubles situés dans un pays qui ignore le trust, et qu'il faut trouver un moyen de concilier et de faire coexister la loi du trust et la *lex situs* [247].

S'agissant de meubles, ce terrain d'entente peut souvent être trouvé sans difficulté. Dans la pratique, les questions les plus importantes se posent probablement de la manière suivante: suis-je en droit de faire des paiements à ce *trustee* ou de lui transférer des biens? Inversement, ce *trustee* a-t-il le droit de me faire des paiements ou de me transférer des biens? On remarquera que c'est en vue de faciliter la solution de telles questions pratiques que la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions a établi le certificat indiquant les pouvoirs des personnes ayant qualité pour administrer la succession d'un défunt[248]. Les banques étudieront soigneusement les documents justifiant les pouvoirs du *trustee*, et si ces documents prouvent que le *trustee* a acquis un titre qui lui donne le droit de recevoir les avoirs détenus par la banque, celle-ci les lui remettra sans trop se soucier de la division entre la «propriété en droit» et la «propriété en *equity*»[249]. Le *trustee* a très souvent des pouvoirs qui le mettent dans une situation comparable à celle d'un propriétaire fiduciaire au sens du droit civil *(fiduciary legal owner)*. A vrai dire, comme l'a récemment remarqué un auteur suisse, on pourrait même aller un peu plus loin et partir du principe que le *trustee* est *présumé* être le propriétaire des biens du trust au sens du droit civil[250]. Cette suggestion pourrait avoir une certaine uti-

[244] P. ex. Trib. Seine, 23 février 1927, *supra*, (note 204).

[245] Trib. des Alpes maritimes, 22 février 1928, J. 1929, 433 *(Van Allen* et autres c. *Conil)*, et Cour de Paris, 29 novembre 1952, J. 1953, 140 *(André* c. *Mallaby Deeley* et autres*)*.

[246] Voir p. ex. Serick, «Zur Behandlung des Anglo-Amerikanischen Trust im kontinentaleuropäischen Recht», dans *Festschrift Nipperdey*, 1965, p. 653 et, récemment, Wengler, *Internationales Privatrecht*, 1981, p. 696.

[247] *Cf. Travaux du Comité français* (*supra*, note 219), plus particulièrement l'intervention du Professeur Lagarde, p. 157–158: *«(...) on peut considérer qu'il n'y a pas une influence de l'ordre public français et qu'il y a une réserve de la loi réelle car, de même que la loi de la donation peut coexister avec la loi de succession, la loi du contrat, la loi du trust peut coexister avec la loi de situation des biens».*

[248] Voir en général le Rapport explicatif de M. P. Lalive, *Actes et documents de la Douzième session*, Tome II, *Administration des successions*, p. II-285 et s.

[249] Voir Verwilghen (ed.), *(supra*, note 241A), Partie II, Suisse, p. 717.

[250] Voir Dreyer, *op. cit.*, p. 157–158: *«Par conséquent il semble qu'il y ait lieu de partir du principe que* le trustee *est présumé être propriétaire, au sens du droit suisse, des biens du trust. Ainsi, le* trustee *pourra, en principe, revendiquer les biens du trust en Suisse. S'il acquiert des biens en Suisse, en tant que* trustee, *il les acquerra à titre de propriétaire. S'il vend en Suisse des biens du trust et qu'il ait pouvoir de le faire en vertu de la loi applicable au trust, le* beneficiary *ne pourra pas en principe, contester la vente en se donnant comme le véritable propriétaire de ces biens. De même, le* settlor *restera propriétaire lorsqu'il se déclare* trustee *de certains de ses biens en faveur d'un tiers.* [Suite de la note page suivante.]

suggestion, even though obviously such a presumption would be liable to exceptions.[251]

162 For example, this presumption will probably not work, and a trust is unlikely to be recognized, to the extent that its recognition would affect the rights of *third parties*. Where a marriage settlement made in England provided that the wife's property would be administered by a trustee who would pay her income but no capital, the *Cour d'appel de Paris* ruled that her creditors could seize the trust capital as if there were no trust.[252]

Similarly, the Swiss Federal Court ruled that Swiss creditors of a beneficiary living in Switzerland could reach payments received by the beneficiary under an income trust notwithstanding the fact that the trust was discretionary and payments were irregular.[253]
Likewise, revocation by the settlor of a revocable trust should not affect rights acquired by third parties.

163 Where a civil law court would be called to rule upon a matter concerning the position of persons having an interest in the trust *inter se* (conflicts between settlor and trustee or trustee and beneficiary) more complicated problems might arise. To the extent that the trustee is considered as (fiduciary) owner, his position, notably vis-à-vis the beneficiary, is stronger than that under the law of a trust jurisdiction. The beneficiary would have the position of a personal creditor of the trustee which would leave him in some cases without the remedies he has under the law of the trust *e.g.* against the trustee's personal creditors or against the trustee where he acts in breach of trust.[254] The extent of the protection the beneficiary enjoys here will depend on the protection creditors in a (fiduciary) relationship with a (fiduciary) owner have under the civil law system concerned; as a rule a beneficiary will be better protected under German law, where the relation with the trustee is approached by the *Treuhand* device, than under French law.

Influence of the law of succession on trusts inter vivos

164 The provision creating a reserved share for the children and other provisions of the law of succession in civil law may not only affect testamentary provisions *but also gifts, donations, etc. inter vivos*. These provisions then apply as if the gift were a testamentary gift, etc. As we saw in *Courtois* v. *de Ganay*, the *Cour d'appel* expressly reserved its position in respect of such a provision, and a similar reservation was made by the Swiss Federal Court in the Harrison case. There can be little doubt that the rules on the *légitime* and perhaps some others (on the forms of gifts, forbidden *pactes successoraux*, restrictions on revocability and on gifts the execution of which is determined by the donor)[255] will be applied by the courts in civil law jurisdictions irrespective of the

lité pratique, sous réserve, bien entendu, que la présomption soit soumise à exceptions[251].

162 Par exemple, il est probable qu'une telle présomption ne serait pas admise, et que le trust ne serait pas reconnu, dans la mesure où sa reconnaissance porterait atteinte aux droits des *tiers*. Dans une affaire où un pacte matrimonial conclu en Angleterre prévoyait que les biens de l'épouse seraient administrés par un *trustee* qui lui en verserait les revenus mais pas le capital, la Cour d'appel de Paris a jugé que les créanciers de l'épouse pouvaient saisir le capital du trust comme si aucun trust n'existait[252].
De même, le Tribunal fédéral suisse a jugé que les créanciers d'un bénéficiaire vivant en Suisse pouvaient pratiquer une saisie-arrêt sur les montants qui lui étaient versés, en vertu d'un trust, bien que le trust fût «discrétionnaire» et les versements irréguliers[253].
Pareillement, la révocation par le *settlor* d'un trust révocable ne devrait pas porter atteinte aux droits acquis des tiers.

163 Si un tribunal de droit civil était appelé à se prononcer sur une question relative aux droits des personnes intéressées au trust *inter se* (dans des conflits opposant le *settlor* et le *trustee*, ou le *trustee* et un bénéficiaire), des problèmes encore plus compliqués pourrait alors se poser. Dans la mesure où le *trustee* est considéré comme propriétaire à titre fiduciaire, sa position, notamment vis-à-vis du bénéficiaire, est plus forte que sous l'empire d'un loi d'un «pays de trust». Le bénéficiaire serait dans la situation d'un créancier personnel du *trustee*, ce qui le priverait, dans certains cas, des voies de recours que lui donne la loi du trust par exemple à l'encontre des créanciers personnels du *trustee* ou à l'encontre du *trustee* s'il ne respecte pas le trust[254]. L'étendue de la protection accordée au bénéficiaire variera selon la protection qui est assurée aux créanciers d'un propriétaire à titre fiduciaire, en vertu du système de droit civil concerné; en général, quand ses rapports avec le *trustee* découlent du procédé du *Treuhand*, le bénéficiaire est mieux protégé par la loi allemande qu'il ne l'est par la loi française.

Influence du droit successoral sur les trusts entre vifs

164 La disposition qui crée une réserve héréditaire pour les enfants et d'autres dispositions du droit successoral dans les systèmes de *civil law* peuvent ne pas porter uniquement sur des dispositions testamentaires *mais aussi sur des donations entre vifs*. Dans ce cas, ces dispositions s'appliquent comme si la donation était un legs testamentaire. On a vu que dans l'affaire *Courtois* c. *de Ganay*, la Cour d'appel a expressément réservé son opinion au sujet d'une telle disposition, et que le Tribunal fédéral suisse a formulé les mêmes réserves dans l'affaire *Harrison*. Il est hors de doute que les règles relatives à la réserve, ainsi que certaines autres règles (au sujet de la forme des donations, des pactes successoraux prohibés et de la limitation des révocations et sur les donations dont l'exécution dépend uniquement du donateur)[255] seront appliquées par les tribunaux dans les pays de droit civil, quelle que soit la loi appli-

On peut encore imaginer le cas d'une conversion d'un trust charitable soumis à un droit étranger, en une fondation du droit suisse: les trustees, *propriétaires au sens de la loi étrangère, seront aussi propriétaires de ces biens, au sens du droit suisse et devront donc être considérés comme les fondateurs'.*

[251] Dreyer, notably, makes an exception for those cases where the law of succession applies: the beneficiaries should then be considered as owner. See also *infra*, No 168 *et seq.*

[252] Judgment of 18 April 1929, R 1935, 149 *(Société Beer Limited* v. *Epoux Betts-Brown et Humphreys)*. For a contrary decision see *Trib. Seine*, 8 August 1888 (*supra*, footnote 204). *Cf.* Aubert, *Dalloz Répertoire de droit international*, tome II, under 'trust', No 27.

[253] Judgment of 5 April 1963, ATF 89 (1963) III, 12 (*arrêt* Saunders).

[254] *Cf.* Uniken Venema, *supra*, footnote 213, 'In Nederland gelegen goederen...'.

[255] See Malaurie, (note 218), p. 127.

On peut encore imaginer le cas d'une conversion d'un trust charitable soumis à un droit étranger, en une fondation du droit suisse: les trustees, *propriétaires au sens de la loi étrangère, seront aussi propriétaires de ces biens, au sens du droit suisse et devront donc être considérés comme les fondateurs».*

[251] Dreyer, fait notamment une exception pour les cas où la loi successorale s'applique: les bénéficiaires devraient alors être considérés comme propriétaires. Voir aussi *infra*, No 168 et s.

[252] Décision du 18 avril 1929, R. 1935, 149 *(Société Beer Limited* c. *Epoux Betts-Brown et Humphreys)*. Pour une décision contraire, voir Trib. Seine, 8 août 1888 (*supra*, note 204). *Cf.* Aubert, *Dalloz Répertoire de droit international*, tome II, sous «trust», No 27.

[253] Décision du 5 avril 1963, ATF 89 (1963) III, 12 (arrêt Saunders).

[254] *Cf.* Uniken Venema, *supra*, note 213, «In Nederland gelegen goederen ...»

[255] Voir Malaurie, (note 218), p. 127.

law applicable to the trust. In *Courtois* v. *de Ganay* the court refused, however, to apply the French laws on forbidden fideicommissary substitutions as to assets located in France.[255A]

Influence of other laws

165 Other areas of the law may claim application irrespective of the law designated by the parties: a trust *inter vivos* may not frustrate an existing community of property; where the law forbids a transaction between the spouses, the trust infringing on that principle may fail.

Ordre public

166 Rare in fact have been the decisions which have refused recognition of an *inter vivos* trust governed by a foreign law simply because it has no complete equivalent in civil law. This argument was rejected by the Austrian Supreme Court[256] and recently by the Greek Areopagos[257] and in many judgments in France, Germany, Italy, the Netherlands and Switzerland. The mere fact that the trust is an institution unknown in civil law countries and entails a division between legal and equitable rights should not be considered as an infringement of the public order as a fundamental principle of legal ethics, but rather as a technical difference which may be solved by application where appropriate of the *lex situs* or the law of succession.[258]

The fact that a Liechtenstein trust may offer tax and other advantages over institutions known in Switzerland and Germany should not as such stand in the way of recognition of such a trust.[259]

Formal validity

167 Some civil law authors have dealt with the question of formal validity of a trust creation. It has been suggested that the formal validity should be determined by the law of the trust or the law of the execution of the trust instrument.[260]

b Testamentary trusts

Testamentary dispositions and trust provisions

168 We have seen above[261] that at common law a distinction is made between questions relating to the validity of a will as a testamentary disposition and matters relating to the validity of trust provisions contained therein. Civil courts and legal doctrine in civil law countries have, thus far, not made such a distinction. They have tended to view the trust provisions in a will as a method of organizing one's estate just like any other testamentary provision. Yet, the possibility of such a distinction would not seem to be wholly inconceivable

[255A] Malaurie concluded his comments on the contractual characterization used by the court: '*elle annonce, peut-être, que sauf lorsque la réserve et le rapport sont en cause, la validité des successions contractuelles entre vifs sera un jour soumise à la loi d'autonomie, ce que permettrait, par ailleurs, le recul contemporain, en droit interne, de la prohibition des pactes sur succession future*'.

[256] Judgment of 27 February 1952, i Ob 162/52; 2 I.C.L.Q. pp. 148–149 (1953) (note Abel).

[257] Judgment No 1286 of 1977, *Tribune Jurid*, 1978, 1046; *Journal du droit international* 1981, p. 94.

[258] See Dreyer, *op. cit.*, p. 145 *et seq.*

[259] *Cf. Trb. Horgen*, 20 January 1956, 54 *Revue suisse de Jurisprudence* 1958, p. 21; *Oberlandesgericht* Stuttgart, 9 June 1964, *Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts* 1964–1965, p. 75. *Aliter* AG Hamburg, 31 July 1964, *ibidem*, p. 109. *Contra:* Schönle, 'Die Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen in Deutschland', N.J.W. 1965, 1112.

[260] *Cf. e.g.* Aubert, *op. cit.*, No 25.

[261] See *supra*, No 135.

cable au trust. Cependant dans l'affaire *Courtois* c. *de Ganay*, la Cour d'appel refusa d'étendre l'application du droit français – qui interdit les substitutions fideicommissaires – aux biens situés hors de France[255A].

Influence d'autres lois

165 Dans d'autres domaines du droit, la loi doit être impérativement appliquée, quelle que soit la loi désignée par les parties: le trust entre vifs ne peut pas, notamment, porter atteinte à une communauté de biens déjà existante. Si la loi interdit les pactes entre époux, un trust qui enfreint cette règle peut être non reconnu.

Ordre public

166 Il est rare, en fait, que des décisions aient rejeté un trust entre vifs soumis à une loi étrangère pour le seul motif qu'il n'existe pas, en droit civil, l'équivalent exact de cette institution. La Cour Suprême autrichienne a rejeté un tel argument[256], ainsi que l'Aréopage grec et de nombreuses décisions en France, en Italie, en Allemagne, aux Pays-Bas et en Suisse [257]. Le seul fait que le trust soit une institution que les pays de droit civil ne connaissent pas et qu'il entraîne une division entre les droits en *«common law»* et les droits en «équité», ne doit pas être considéré comme une atteinte à l'ordre public concernant un principe fondamental d'éthique juridique, mais plutôt comme une différence de caractère technique, susceptible d'être résolue par une application appropriée de la *lex situs*[258]
Le fait qu'au Liechtenstein, un trust puisse offrir certains avantages, fiscaux ou autres, plus intéressants que ceux que procureraient des institutions admises en Suisse et en Allemagne ne devrait pas, en soi, faire obstacle à la reconnaissance de ce trust[259].

Validité en la forme

167 Quelques auteurs de droit civil ont étudié la question de la validité, en la forme, de la création d'un trust. On a affirmé qu'en la forme la validité devrait dépendre de la loi du trust ou de la loi du lieu où l'acte constitutif du trust a été signé[260].

b Trusts testamentaires

Dispositions testamentaires et clauses du trust

168 On a vu plus haut[261] qu'en *common law*, une distinction est faite entre les questions relatives à la validité d'un testament en tant que disposition testamentaire, et les questions relatives à la validité des clauses du trust prévues par ce testament. Dans les pays de droit civil, la jurisprudence et la doctrine n'ont pas, jusqu'ici, fait cette distinction. Ils ont eu tendance à considérer les dispositions concernant le trust dans un testament comme un moyen d'aménager la succession, un moyen semblable à une disposition testamentaire quelconque. Ce-

[255A] Malaurie conclut ainsi son commentaire sur la qualification contractuelle appliquée par la cour: «*elle annonce, peut-être que sauf lorsque la réserve et le rapport sont en cause, la validité des successions contractuelles entre vifs sera un jour soumise à la loi d'autonomie, ce que permettrait, par ailleurs, le recul contemporain, en droit interne, de la prohibition des pactes sur succession future*».

[256] Décision du 27 février 1952, i Ob. 162/52; 2 I.C.L.Q. p. 148–149 (1953) (note Abel).

[257] Décision No 1286 de 1977, *Tribune Jurid.* 1978, 1046; *Journal du droit international* 1981, p. 94.

[258] Voir Dreyer, *op. cit.* p. 145 et s.

[259] *Cf.* Trib. Horgen. 20 janvier 1956, 54 *Revue suisse de Jurisprudence* 1958, p. 21 *Oberlandesgericht* Stuttgart, 9 juin 1964, *Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts* 1964–1965, p. 75. *Aliter* AG Hamburg, 31 juillet 1964, *ibidem*, p. 109. *Contra:* Schönle, «Die Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen in Deutschland», N.J.W. 1965, 1112.

[260] *Cf.* p.ex. Aubert, *op. cit.* No 25.

[261] Voir *supra*, No 135.

even within civil law systems. In those civil law countries which allow for the creation of a foundation *(fondation, Familienstiftung)* by will, it is conceivable that such a foundation would be submitted to a law other than that governing the succession.

Characterization in terms of the law of succession

169 Thus far, however, the courts and legal doctrine in Europe have characterized the testamentary trust, as opposed to the trust *inter vivos* where the 'contractual' characterization tends to prevail, as an institution governed by the *law of succession.*
Now, the conflict rules on succession are at present far from uniform.[262] Some systems provide that the full inheritance is governed by one single law, wherever the assets, movable or immovable, are situated (*e.g.* Denmark, Germany, Italy, Czechoslovakia); other systems direct that immovables should be governed by the law of the situs and movables by another law (*e.g.* France, Belgium, the common law States). Most civil law systems provide that rights, actions and obligations of the deceased pass directly to his heirs and legatees according to the principle *'le mort saisit le vif';* the common law systems and Sweden and Egypt on the other hand provide for the appointment of a special person to administer and represent the estate, and, in contrast with civil law systems, apply one law to the question of the devolution of rights to the heirs and legatees and another to the administration of the assets.[263] Switzerland allows for a (limited) freedom of choice of the applicable law of succession. This idea of the *'professio iuris'* has a tendency to become more popular in other States as well. Its larger acceptance would of course greatly facilitate the recognition of the trust, as it would allow a testator to designate freely the law of a common law country as the law governing his succession.

The applicable laws of succession strictly applied may cut rather mercilessly through the testator's estate planning in the form of a testamentary trust. We are therefore not surprised to see that courts in Europe have repeatedly shown a tendency to find ways to respect a testator's intention and to let a testamentary trust have legal effect, both (1) when the courts had to apply the succession law of a common law country, by adapting the trust to civil law institutions (see *infra* (1)), and (2) when the governing succession law was that of a civil law jurisdiction, by converting the trust into a corresponding civil law institution (see *infra* (2)).

(1) *The law of a common law jurisdiction governs the succession*

170 Where an Englishman dies in London leaving movable property in England and France, the French courts will apply English law to the succession including a testamentary trust. Dutch or Italian courts would

pendant, la possibilité de faire une pareille distinction ne semble pas totalement inconcevable, même dans les systèmes de droit civil. Dans les pays de droit civil (France, Allemagne) qui permettent de créer une fondation par testament, il est parfaitement concevable qu'une fondation de ce genre soit soumise à une autre loi que celle qui régit la succession.

Qualification relevant du droit successoral

169 Néanmoins, en Europe, la jurisprudence et la doctrine ont jusqu'à présent qualifié le trust testamentaire (par opposition au trust *inter vivos* au sujet duquel la qualification «contractuelle» semble prévaloir) d'institution relevant du *droit successoral.*
Or, il faut dire qu'actuellement, en matière successorale, les règles de conflits de lois sont loin d'être uniformes[262]. Dans certains systèmes la succession toute entière doit être régie par une loi unique, quel que soit le lieu où les biens sont situés, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles (par ex. Allemagne, Danemark, Italie, Tchécoslovaquie); dans d'autres systèmes, les immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés et les meubles à une autre loi (par ex. France, Belgique, les pays de *common law).* La plupart des systèmes de droit civil prévoient que les droits, les actions et les obligations du défunt sont directement dévolus à leurs héritiers et légataires, conformément à l'adage «le mort saisit le vif»; par contre, les pays de *common law,* de même que la Suède et l'Egypte, prévoient la désignation d'une personne chargée d'administrer et de représenter la succession, et contrairement aux systèmes de droit civil, une loi régit la question de la dévolution des droits aux héritiers et légataires, alors qu'une autre loi gouverne la gestion du patrimoine[263]. La loi suisse permet une liberté de choix (limitée) de la loi applicable à la succession. C'est la notion de la *«professio iuris»* qui a tendance à devenir plus populaire dans d'autres pays également. Son acceptation plus large, bien entendu, faciliterait grandement la reconnaissance du trust, car cela permettrait au testateur de désigner librement la loi d'un pays de *common law* comme loi régissant la succession.
La loi applicable à une succession strictement appliquée pourrait mutiler gravement les dispositions prises par le testateur pour régler sa succession sous la forme d'un trust testamentaire. On ne sera pas surpris de constater qu'en Europe les tribunaux ont très souvent cherché a respecter les intentions du testateur et à permettre à un trust testamentaire de produire un effet légal, tant lorsque les tribunaux étaient tenus d'appliquer la loi successorale d'un pays de *common law,* en adaptant l'institution du trust à des institutions du droit civil (voir *infra* 1)), que lorsque la loi successorale applicable était celle d'un pays de droit civil, par la conversion du trust en une institution correspondante du droit civil (voir *infra* 2)).

1) *La succession est régie par la loi d'un pays de* common law

170 Si un Anglais meurt à Londres en laissant des biens meubles en Angleterre et en France, les tribunaux français appliqueront la loi anglaise à une succession qui comprend notamment un trust testamentaire. Les

[262] It may be noted that the Fourteenth Session of the Hague Conference on private international law decided to include in the Agenda of the future work of the Conference '*the elaboration of a convention on the law applicable to decedents' estates*'. See *Final Act of the Fourteenth Session,* E. 4.
[263] See *Actes et documents de la Douzième session,* tome II, *Administration des successions,* 'Commentary on the Questionnaire on succession in private international law', drawn up by Georges A. L. Droz.

[262] Il est à noter que la Quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé a décidé d'inscrire à l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence *«l'élaboration d'une convention sur la loi applicable aux successions».* Voir *Acte final de la Quatorzième session,* E. 4.
[263] Voir *Actes et documents de la Douzième session,* tome II, *Administration des successions,* «Commentaire du Questionnaire sur le droit international privé des successions», établi par Georges A. L. Droz.

do the same not only when the Englishman died in London but even when he died in Amsterdam or Rome.

The courts in Europe have generally admitted the validity of a testamentary trust of movables where the law governing the succession was that of a trust jurisdiction. As the Court of Paris said in a judgment of 7 August 1883[264], *'it is not for the French courts to void a disposition which has been made in accordance with the rules in the country where probate proceedings have been commenced, and which has been approved by the competent authority'* (translation by the Permanent Bureau). The courts, therefore, have refused to meet objections by close relatives according to whom the trust should be declared null as being contrary to the structure of the law or property of the forum, or the rule on forbidden *pactes successoraux* or fideicommissary substitutions, etc.[265] The *droit de prélèvement* (the right of heirs of French nationality to have French law applied to a succession) was refused to a surviving spouse of French nationality who claimed this right against the trust.[266]

171 There would seem to remain some uncertainty, though, in respect of the relationship between trustee and beneficiary.
A classic case is that of the testamentary trust constituted by the first baronet Robert Pell which included a castle in England with a valuable collection of paintings. English law governed the inheritance.[267] The fourth baronet Robert Pell, a beneficiary of the trust, withdrew five important paintings from the collection and sold them to a Paris merchant. The trustees requested the Paris court to declare this sale null and void and to order restitution of the paintings. The French courts refused recognition of the trust which it considered to be contrary to the French mandatory rules on inalienability and ruled that the paintings belonged to the fourth baronet as heir of the first baronet, and that the sale was valid.[268]

The contrary position has recently been taken by the *Tribunal de Bayonne*. This court ruled that a trustee is *'plus qu'un administrateur ou mandataire (...) les bénéficiaires, objets du trust n'ont dans les biens que des intérêts garantis par l'*equity; *que le trustee est un propriétaire dont les prérogatives sont limitées par l'acte de constitution du trust et par les règles d'*equity'.[269] Following this line of thought, the Pell case might now have been decided the other way: not the beneficiary but the trustees would have been deemed competent to sell the paintings (the third party acquiring the paintings in good faith, however, would probably still have been protected, according to the civil law rule that for a corporeal movable possession is worth title).

172 The German position deserves somewhat closer attention because, as we have seen *supra*[270], German succession law has the institution of a *'Testamentsvollstrecker'*, who like the trustee has administrative powers, but, in contrast to the trustee, takes no legal title: legal title passes directly to the heirs. Now, German courts

[264] *Journal du droit international* 1884. 192 *(Affaire Curdy).*
[265] *Cf. e.g. Trib. civ. Nice,* 3 May 1905, J. 1911, 279 *(Mac Calmont);* Court of Appeals Amsterdam, confirming Rb Utrecht 10 February 1956, 18 March 1960, synopsis in 103 *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie,* p. 169 (1972).
[266] *Trib. Pau,* 3 July 1956, *Gazette du Palais* 1956, 339 *(Vrignoneaux* v. *Harris).* A contrary decision, *Trib. Seine,* 1 July 1949, R. 1949, 664 *(Leirens* v. *Armée du Salut)* has met with criticism (Boulanger, *op. cit., supra,* footnote 211, p. 247).
[267] *Trib Seine,* 28 June 1901, J. 1901, 812, confirmed by *Cour d'appel de Paris,* 27 January 1904, D. 1905, 2, 356.
[268] See criticism by Droz, *Jurisclasseur de droit international* fasc. 557-B, No 224, who points out that these courts wrongly applied the French notion of *'saisine héréditaire'* instead of the English rules on succession.
[269] *Trib. de grande instance Bayonne,* 28 April 1975, R. 1976, 330, note Necker *(Dame B).*
[270] See Part I, No 55.

tribunaux hollandais et italiens en feront autant, non seulement si l'Anglais est mort à Londres, mais même s'il est mort à Amsterdam ou à Rome.
En général, en Europe, les tribunaux ont reconnu la validité d'un trust testamentaire portant sur des meubles lorsque la succession est régie par la loi d'un «pays de trust». Comme l'a déclaré la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 août 1883[264], *«il n'appartient pas aux tribunaux français d'annuler une disposition prise régulièrement dans le pays où s'est ouverte la succession qui a été sanctionnée par l'autorité compétente».* Les tribunaux ont, par conséquent, refusé d'accueillir les arguments des proches parents du défunt, qui soutenaient que le trust devait être déclaré nul parce qu'il portait atteinte à la structure du droit du forum régissant les biens et parce qu'il enfreignait la règle qui interdit les substitutions fideicommissaires, etc.[265]. Le droit de prélèvement (qui permet en pratique aux héritiers de nationalité française de faire appliquer la loi française à la succession) a été refusé à un conjoint survivant français qui voulait invoquer à l'encontre d'un trust[266].

171 Des incertitudes semblent encore planer, cependant, au sujet des rapports entre le *trustee* et le bénéficiaire.
Une affaire classique est celle d'un trust testamentaire crée par le premier *baronet* Robert Pell, qui portait notamment sur un château en Angleterre qui contenait une splendide collection de tableaux. La succession était régie par la loi anglaise[267]. Le quatrième *baronet* Robert Pell, un des bénéficiaires du trust, préleva cinq toiles de grande valeur de la collection et les vendit à Paris à un marchand de tableaux. Les *trustees* demandèrent au tribunal de Paris d'annuler la vente et d'ordonner la restitution des tableaux. Le tribunal refusa de reconnaître le trust, qu'il jugea contraire à la règle impérative du droit français qui interdit l'inaliénabilité des biens, et il déclara que les tableaux appartenaient au quatrième *baronet* en sa qualité d'héritier du premier *baronet,* et que la vente était valable[268].
Le tribunal de Bayonne a récemment adopté le point de vue contraire. Ce tribunal a jugé qu'un *trustee* étant *«plus qu'un administrateur ou mandataire (...) les bénéficiaires, objets du trust, n'ont dans les biens que des intérêts garantis par l'*equity*; que le* trustee *est un propriétaire dont les prérogatives sont limitées par l'acte de constitution du trust et par les règles d'*equity*»*[269]. Si on s'était rallié à cette opinion, l'affaire Pell aurait pu recevoir une solution positive: ce sont les *trustees* et non le bénéficiaire qui auraient été considérés en droit de vendre les tableaux.

172 Le point de vue allemand mérite une attention plus grande encore parce que, ainsi qu'on l'a vu[270], le droit successoral allemand admet l'institution d'un *«Testamentsvollstrecker»* qui, tout comme le *trustee,* a des pouvoirs d'administration mais, contrairement au *trustee,* n'acquiert aucun droit de propriété: celui-ci est

[264] *Journal du droit international* 1984, 192 *(Affaire Curdy).*
[265] *Cf.* p. ex. Trib . civ. Nice, 3 mai 1905. J. 1911, 279 *(Mac Calmont);* Cour d'appel Amsterdam, confirmant Rb Utrecht 10 février 1956, 18 mars 1960, résumé dans 103 *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie,* p. 169 (1972).
[266] Trib. Pau 3 juillet 1956, *Gazette du Palais* 1956, 339 *(Vrignoneaux* c. *Harris).* Pour une décision contraire, Trib. Seine 1er juillet 1949, R. 1949, 664 *(Leirens* c. *Armée du Salut)* a été critiqué (Boulanger, *op. cit., supra,* note 211, p. 247).
[267] Trib. Seine 28 juin 1901, J. 1901, 812, confirmé par Cour d'appel de Paris, 27 janvier 1904, D. 1905, 2, 356.
[268] Voir critique Droz. *Jurisclasseur de droit international* fasc. 557-B. No 224, qui fait observer que ces tribunaux ont appliqué, à tort, la notion française de la saisine héréditaire au lieu des règles anglaises en matière successorale.
[269] Trib, de grande instance Bayonne, 28 avril 1975, R. 1976, 330 note Necker *(Dame B).*
[270] Voir Partie I, No 55.

and authorities have shown a tendency, particularly in *'Erbschein'* – proceedings (proceedings concerning the issue of a certificate which legitimizes the bearer as heir) to assimilate the trustee to a *Testamentsvollstrecker,* and the beneficiaries to heirs and title holders. Several authors have pointed out, however, that particularly where the trust is discretionary, this method is not compatible with the position under English or American law, and suggested that the *Erbschein* be established in a form which corresponds better to the respective position of trustees and beneficiaries under the governing succession law.[271] Although most German authors would seem hesitant to recognize fully the relationship between trustee and beneficiary as it is according to English or American law, they tend to compare the trust to the German institution which comes very close to it, *i.e.* the *'uneigennützige Verwaltungstreuhand'* under which the *Treuhänder* acquires title of the property in order to administer it for the benefit of the beneficiary.[272]

(2) *The law of a civil law jurisdiction governs the succession*

173 Where French or Belgian law or the law of a related system governs the succession, the position of the testamentary trust becomes problematical. In an interesting decision of 27 November 1947[273] the *Tribunal de Bruxelles* upheld the validity of a testamentary trust which vested a beneficial interest in a grandchild of the testator/settlor unborn at the time of the creation of the trust. Although Belgian law governed the succession, the court rejected the arguments that the trust was contrary to the Belgian rules on inalienability and on forbidden designations of unborn children as beneficiaries. The court ruled, however, that the trust could not set aside the reserved share of the heirs. Similarly the French courts have sometimes upheld the validity of a trust even where French law governed the succession, to the extent that there were no forced heirs.[274] The problem is, however, that French law and the systems related to it do not have an adequate legal institution into which the trust may be converted. Considering the trustee as an *exécuteur-testamentaire* clearly conflicts with the position the trustee takes in a common law system, the powers of an *exécuteur-testamentaire* being much more limited in scope and in time than those of a trustee; nor may a trustee be converted into a *'légataire universel'*, if only because a *'légataire universel'* may be personally liable for the debts of the estate while a trustee is not. A number of French authors have therefore come to the conclusion that a testamentary trust cannot properly function where French law governs the succession[275]; so that other ways must be found to give effect to the testator's intentions (*e.g.* by converting the position of a spouse as beneficiary of the income from a testamentary trust into that of an *'usufruitier successoral'*).

[271] See *e.g.* Gottheiner, 'Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland, 21 *Rabels Zeitschrift,* p. 36 (1956).
[272] See Serick, *op. cit.,* (*supra,* footnote 246). See also Goldstein, *op. cit., supra,* (note 161), p. 81.
[273] 135 *Pasicrisie belge* 1948, No. 3, p. 51 (*Evans* v. *Evans*).
[274] *E.g. Trib. Nice,* 3 May 1905 (*supra,* footnote 208), *Trib. Alpes Maritimes,* 22 February 1928, (*supra,* footnote 245), *Cour de Paris,* 29 November 1952, (*supra,* footnote 245).
[275] See *e.g.* Motulsky, 'De l'impossibilité de constituer un 'Trust' anglo-saxon sous l'empire de la loi française', R. 1948, 451; Droz, *Jurisclasseur de droit international,* fasc, 557-B, *op. cit.,* No 240.

directement dévolu aux héritiers. Or, les autorités et les tribunaux allemands ont eu tendance, en particulier dans les procédures de *«Erbschein»* (procédures relatives à la délivrance d'un certificat qui confirme la qualité d'héritier de son titulaire), à assimiler le *trustee* à un *Testamentsvollstrecker,* et les bénéficiaires à des héritiers et à des titulaires. Mais plusieurs auteurs ont fait observer, tout particulièrement quand le trust est «discrétionnaire», que ce point de vue n'est pas compatible avec celui du droit anglais ou américain, et ils ont suggéré que le *Erbschein* doit prendre une forme qui corresponde davantage aux situations respectives des *trustees* et des bénéficiaires dans le droit successoral en vigueur[271]. Bien que la plupart des auteurs allemands aient semblé hésiter à reconnaître aux rapports créés entre le *trustee* et le bénéficiaire la portée que leur accorde les lois anglaises et américaines, ils sont enclins à comparer le trust à une institution allemande qui en est très proche, à savoir le *«uneigennützige Verwaltungstreuhand»,* en vertu de laquelle le *Treuhänder* acquiert un titre de propriété sur les biens du trust qu'il doit gérer pour le compte du bénéficiaire[272].

2) *La succession est régie par la loi d'un pays de droit civil*

173 Quand la succession est régie par la loi française ou belge ou par la loi d'un système qui s'en rapproche, le trust testamentaire se trouve dans une situation aléatoire. Dans une intéressante décision du 27 novembre 1947[273], le Tribunal de Bruxelles a reconnu la validité d'un trust testamentaire dont le bénéfice avait été dévolu par le testateur/*settlor* à son petit-fils qui n'était pas encore né à la date de la création du trust. Bien que la succession ait été régie par la loi belge, le tribunal rejeta les arguments selon lesquels le trust contrevenait aux règles du droit belge qui interdisent l'inaliénabilité et prohibent la désignation, comme légataires, d'enfants à naître. Le tribunal jugea, cependant, que le trust ne devait pas porter atteinte à la réserve des héritiers. De même les tribunaux français ont parfois reconnu la validité d'un trust, même quand la succession était régie par la loi française, à condition qu'il n'y ait pas d'héritiers à réserve[274]. Cependant, dans cette approche, la difficulté est qu'en droit français, et dans les droits qui s'en rapprochent, il n'existe aucune institution juridique appropriée en laquelle le trust pourrait être converti. Considérer le *trustee* comme un exécuteur testamentaire méconnaît les droits que donne au *trustee* le système de *common law,* car les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, en étendue et en durée, sont plus limités que ceux d'un *trustee.* Pas davantage ne peut-on transformer un *trustee* en un légataire universel, ne serait-ce que parce que le légataire universel peut être personnellement tenu responsable des dettes de la succession, alors que le *trustee* ne l'est jamais. Plusieurs auteurs français sont, par conséquent, arrivés à la conclusion qu'un trust testamentaire ne peut pas fonctionner régulièrement quand la succession est régie par le droit français[275]. Il faut donc trouver un autre moyen de donner effet aux intentions du testateur (par ex. en faisant du conjoint désigné comme bénéficiaire des revenus d'un trust testamentaire un «usufruitier successoral»).

[271] Voir *p.ex.* Gottheiner, «Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland», 21 *Rabels, Zeitschrift,* p. 36, (1956).
[272] Voir Serick, *op. cit.,* (*supra,* note 246). Voir aussi Goldstein, *op. cit., supra* (note 161), p. 81.
[273] 135 *Pasicrisie belge* 1948, No 3, p. 51 *(Evans* c. *Evans).*
[274] P. ex. Trib. Nice, 3 mai 1905 (*supra,* note 208), Trib. Alpes Maritimes, 22 février 1928, (*supra,* note 245), Cour de Paris, 29 novembre 1952, (*supra,* note 245).
[275] Voir p.ex. Motulsky, «De l'impossibilité de constituer un 'Trust' anglo-saxon sous l'empire de la loi française», R. 1948, 451; Droz, *Jurisclasseur de droit international,* fasc. 557-B, *op. cit.,* No 240.

174 The German position and that of systems related to German law is different to the extent that those systems offer institutions which more closely resemble the trust, and the trust may be more readily 'translated' into the comparable German, Dutch *(bewind)*, etc., institutions. Yet differences between the trust and those institutions remain and, therefore, the courts must look in each case for the most adequate way of conversion of the trust.[276]

2 *Immovables*

a Trusts inter vivos

Preponderance of the lex situs

175 We have seen that in respect of trusts of immovables the *lex situs* plays a dominant role in the private international law of common law States. This is even more so in the conflict rules of civil law States, due to the existence of the closed system of property (real) rights and the corresponding registration requirements in the interest of third parties.
It will only rarely occur that a trust *inter vivos* includes immovables in a civil law country. Trustees will be reluctant to administer immovables in a jurisdiction which does not have the trust.[277] For the problems that may arise when a trustee is registered as owner, see *infra*, No 177.

b Testamentary trusts

176 In contrast to trusts *inter vivos*, testamentary trusts more and more frequently include immovables situated in a civil law country, as citizens of common law countries more and more often acquire immovable property in those countries. When it comes to making arrangements for their succession, they will frequently set up testamentary trusts phrased in general terms without giving specific thought to their immovable assets in a civil law country. An Englishman may have created quite inadvertently a trust by will including land in France and a house in Italy. According to French conflict rules, the French courts will apply the French law of succession in respect of land in France. The problems will then be similar to those discussed above, No 173. In contrast, the Italian courts will apply English law on the succession as the national law of the decedent. A decision of the Italian *Cour de Cassation* of 21 February 1899[277A] concerned a testamentary trust for sale created by an English settlor which included a large agricultural estate in Sardinia. The High Court in London had rejected objections based on Italian law and had ordered the trustees to proceed with the sale.[278] The Italian *Cour de Cassation* considered decisive that the trust instrument ordered the trustees to liquidate the immovables immediately: the trust had only a short-term effect on the Italian system and did not, therefore, affect the Italian *'ordre public'*.

174 En Allemagne et dans les systèmes qui s'en approchent, la situation est différente, dans la mesure où le droit allemand offre des institutions qui ont une plus grande ressemblance avec le trust, et où le trust peut plus facilement être «traduit» en des institutions allemandes, hollandaises *(bewind)*, etc., comparables. Mais des différences n'en existent pas moins entre le trust et ces institutions et par conséquent, les tribunaux doivent rechercher, dans chaque affaire, le mode de conversion du trust le plus approprié[276].

2 *Immeubles*

a Trusts entre vifs

Prépondérance de la lex situs

175 Nous avons vu que lorsqu'il s'agit de trusts d'immeubles, la *lex situs* joue un rôle prépondérant dans le droit international privé des pays de *common law*. C'est encore davantage le cas pour les règles de conflits de lois des pays de droit civil, en raison d'une énumération stricte des droits réels qui doivent faire l'objet d'inscriptions correspondantes dans l'intérêt des tiers.
On verra rarement un trust entre vifs porter sur des immeubles dans un pays de droit civil. Les *trustees* seront peu enclins à gérer des immeubles dans un pays où le trust n'existe pas[277]. En ce qui concerne les problèmes qui peuvent surgir quand le *trustee* a pris une inscription en qualité de propriétaire, voir *infra*, No 177.

b Trusts testamentaires

176 Par contre, il est de plus en plus fréquent que les trusts testamentaires comprennent des immeubles situés dans un pays de droit civil, car de plus en plus souvent, les citoyens de pays de *common law* achètent des biens immobiliers dans ces pays. Quand il s'agira pour eux de régler leur succession, ils décideront probablement de créer un trust testamentaire rédigé en termes généraux, sans particulièrement se préoccuper de leurs immeubles situés dans un pays de droit civil. Ainsi, un Anglais pourrait, sans trop y réfléchir, créer par testament un trust portant notamment sur des terrains en France et une maison en Italie. Conformément aux règles françaises de conflits de lois, les tribunaux français appliqueront la loi française en ce qui concerne les terrains se trouvant en France. Les problèmes seraient alors les mêmes que ceux étudiés plus haut (No 173). Par contre, les tribunaux italiens appliqueront la loi anglaise, c'est-à-dire la loi nationale du défunt. Un arrêt de la Cour de cassation italienne du 21 février 1899[277A] concerne un «trust testamentaire de vente», créé par un *settlor* anglais, qui comprenait notamment un vaste domaine agricole en Sardaigne. La *High Court* de Londres avait rejeté la thèse des opposants qui demandaient l'application de la loi italienne, et avaient ordonné aux *trustees* de procéder à la vente[278]. La Cour de cassation italienne jugea décisif le fait que l'acte constitutif du trust ait obligé les *trustees* à procéder à la liquidation immédiate des immeubles: l'effet du trust sur le système juridique italien ne serait que de très courte durée et, par conséquent, l'ordre public italien ne serait pas atteint.

[276] See Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, Vol. VI, USA, Grdz. C111 Randziffer 62f.
[277] For an example of a trustee refusing to liquidate assets located in France, see *Tribunal de grande instance de Paris*, 22 April 1976, R. 1977, 325 note Droz *(Cons. Hall Patch* v. *Ministère public)*.
[277A] *Giurisprudenzia Italiana* 1899, I, 1, col 216 (*cf. Foro Italiano* 1900, I, col 501, note Gabba).
[278] *Re Piercy* [1895], 1 Ch. 83.

[276] Voir Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, Vol. VI, USA, Grdz. C111 Randziffer 62f.
[277] Pour un exemple de *trustee* refusant de s'occuper de la liquidation de biens situés en France, voir Tribunal de grande instance de Paris, 22 avril 1976, R. 1977, 325 note Droz *(Cons. Hall Patch* c. *Ministère public)*.
[277A] *Giurisprudenzia Italiana* 1899, I, 1, col. 216 (*Cf. Foro Italiano* 1900, I, col. 501, note Gabba).
[278] *Re Piercy* [1895], 1 Ch. 83.

A more recent Italian case involving the same Piercy family concerned a testamentary trust which had more lasting effects on the Italian system. The Court of Oristano[279] ruled that the settlor's intentions should be respected to the extent possible, that the beneficiaries should be considered as heirs and exclusive owners, but that nothing stood in the way of the trustees being considered as administrators *'sui generis'* with very large powers including power to sell the immovables. The court expressly stated that the Italian system of property law did not allow the dual system of legal and equitable interests to be recognized but added that *'there is nothing to prevent the trust having some other effects in Italy, in particular in enabling the trustees to administer or even sell the Italian property and to apply the proceeds thereof in manner directed by the testator's will'.*

177 The problems which could arise when a trustee in a testamentary trust (governed by the law of succession of a common law jurisdiction) would be registered as owner are well illustrated by the following quotation from the Swiss contribution to Verwilghen ed., *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités* [280]:

'– if the trustee were to be registered as the owner, the beneficiaries of the trust would be left without any real protection against any transfer made by the trustee to a third person who was in good faith, even though the transfer was in breach of trust. In Swiss law, there is no right to follow the property belonging to the trust, as there is in common law (...).

– if the trustee were to fall into bankruptcy, the beneficiaries could not, as they can in the common law countries, assert a right in rem *over the proceeds derived from trust property which has been transferred, or over replacement property which has been bought by the trustee. The trustee's responsibility towards the beneficiaries would be only in the nature of an obligation (creating a right* in personam*).*

Registration of the trustee as the owner in the Land Registry would result on the one hand in exorbitant estate and inheritance taxes (since the real property would be subject to Swiss taxes even though the testator died domiciled abroad) and, on the other hand, since the trustee would be fiduciary owner, even though temporarily, there would be exposure to the possibility of paying transfer taxes twice'.

The authors, therefore, recommend a 'transposition' or 'conversion' into an analogous institution of Swiss law: *substitution fideicommissaire, usufruit, institution d'héritier avec charge, fondation* or *exécution testamentaire avec administration prolongée.*

Tentative conclusions

178 As we have done with common law jurisdictions (*supra,* No 146), we may draw some tentative conclusions from the foregoing survey of the civil law approach to problems of applicable law concerning the trust.

[279] Judgment of 15 March 1956, 79 *Foro Italiano* I, col. 1019 (1956); see also 6 I.C.L.Q., 1957, 169 (note Bresch).
[280] *Op. cit.,* (*supra,* note 49), Vol. 2, pp. 717–718.

Une affaire italienne plus récente, qui intéressait la même famille Piercy, concernait un trust testamentaire qui avait un effet plus durable sur le système italien. Le tribunal d'Oristano[279] jugea que les intentions du *settlor* devaient être respectées dans toute la mesure du possible, que les bénéficiaires devaient être considérés comme des héritiers et des propriétaires exclusifs, mais que rien n'interdisait de considérer les *trustees* comme des administrateurs *sui generis* avec des pouvoirs très étendus, notamment le droit de vendre des immeubles. Le tribunal déclara expressément qu'en matière de propriété, le droit italien ne permettait pas de reconnaître le démembrement de la propriété en droit et en équité, mais il ajouta *«Rien n'empêche un trust d'avoir d'autres effets en Italie, en particulier celui d'autoriser les trustees à gérer ou même à vendre les biens italiens, et de disposer du produit de ces opérations de la manière prévue par le testament».*

177 Les problèmes qui pourraient se poser quand le *trustee* d'un trust testamentaire (régi par le droit successoral d'un pays de *common law*) est inscrit comme propriétaire, sont clairement exposés dans la citation suivante, tirée de la contribution suisse à l'ouvrage édité par Verwilghen, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités* [280]:

«– si le trustee *était inscrit comme propriétaire, les bénéficiaires du trust resteraient sans aucune protection de nature réelle contre tout acte de disposition du* trustee *à des tiers de bonne foi et contraire à ses devoirs. Il n'existe, en droit suisse, aucun droit de suite sur les biens appartenant au trust, comme dans la* common law (...).

– si le trustee *venait à tomber en faillite les bénéficiaires ne pourraient, comme dans les pays de* common law, *faire valoir une subrogation réelle sur les produits de biens du trust aliénés ou sur les biens achetés en remploi par le* trustee. *La responsabilité du* trustee *à l'égard des bénéficiaires ne serait que de nature purement obligatoire.*

L'inscription au Registre Foncier du trustee *comme propriétaire entraînerait d'une part des droits de succession exorbitants (l'assiette étant réelle en matière de biens immobiliers), et, d'autre part, le* trustee *étant propriétaire fiduciaire, donc temporaire, on s'exposerait à payer deux fois des droits de mutation».*

Les auteurs, par conséquent, conseillent de «transposer» ou de «convertir» le trust en une institution analogue du droit suisse: la substitution fideicommissaire, l'usufruit, l'institution d'héritier avec charge, la fondation ou l'exécution testamentaire avec administration prolongée.

Conclusions provisoires

178 Comme on l'a fait pour les pays de *common law* (*supra,* No 146), on tirera quelques conclusions provisoires de l'exposé qui précède sur la manière dont les systèmes de droit civil abordent les problèmes de la loi applicable en matière de trust.

[279] Décision du 15 mars 1956, 79 *Foro Italiano* I, col. 1019 (1956); voir également 6 I.C.L.Q., 1957, 169 (note Bresch).
[280] *Op cit.,* (*supra, note* 49), Vol. 2, p. 717–718.

1 The lack of the trust as an institution in the civil law has not been as such an obstacle to recognition of some of its effects in civil law systems. The trend would seem to be to 'postpone' an all too quick assimilation of the trust to a civil law institution, to try and understand the trust as it functions within its common law context and to seek harmonization of the trust with existing patterns of the laws of property succession and matrimonial property regimes.

2 Where the trust sought to achieve a legitimate purpose (notably of family estate planning), the courts have sought again and again to respect the intentions of the creators of the trust. The law of autonomy tends to become the prime connecting factor for determining the law applicable to trusts *inter vivos*

3 This trend is most pronounced in respect of trust property situated in a trust jurisdiction. However, some mandatory rules, notably those concerning the reserved shares for children and possibly some others like those in forbidden *'pactes successoraux'*, may even then affect not only testamentary trusts but also trusts *inter vivos*.

4 Where a trust includes property located in a civil law jurisdiction, more problems arise. The relatively rigid structure of the civil law of property stands in the way of a full recognition of all legal effects of the trust. For many practical purposes, however, the trustee may be regarded as the person who has power to transfer and acquire property in his own name and to pay debts and receive payments. The rights of third parties will be preserved, however.

5 In regard to testamentary trusts, the influence of the law of succession is dominant. Where the law governing the inheritance is that of a trust jurisdiction, the trend would seem to be favourable towards a broad recognition of the trust, in spite of technical difficulties. Where the succession is governed by the law of a civil law country, the position of the trust is more problematical.

6 Trusts including immovables present special problems because of the registration requirements in civil law systems. Some sort of conversion into a civil law institution may be inevitable

1 L'inexistence du trust, en tant qu'institution de droit civil, ne fait pas, en soi, obstacle à ce que certains de ses effets soient reconnus dans les systèmes de droit civil. La tendance semble être de «remettre à plus tard» une assimilation trop hâtive du trust avec une institution du droit civil, d'essayer de comprendre comment fonctionne le trust dans le contexte de la *common law* et de tenter de mettre le trust en harmonie avec les règles actuelles du droit qui régissent les biens, les successions, et les régimes matrimoniaux.

2 Lorsque le but recherché par le trust est légitime (notamment celui d'aménager une succession), les tribunaux ont constamment cherché à respecter les intentions des créateurs du trust. L'autonomie de la volonté a tendance à être considérée comme le principal facteur de rattachement pour déterminer quelle loi est applicable aux trusts entre vifs.

3 Cette tendance est la plus forte quand le patrimoine du trust se trouve dans un pays où le trust existe. Cependant les règles impératives, notamment celles qui concernent la réserve héréditaire des enfants et peut-être aussi d'autres règles, comme celles qui prohibent les pactes successoraux peuvent, même dans ce cas, affecter non seulement les trusts testamentaires mais aussi les trusts entre vifs.

4 De nouveaux problèmes s'ajoutent quand un trust comprend des biens situés dans un pays de droit civil. La structure relativement rigide du droit régissant les biens en droit civil ne permet pas de reconnaître intégralement les effets juridiques du trust. Mais, dans la pratique, le *trustee* peut, dans de nombreux cas, être considéré comme la personne qualifiée pour transférer et acquérir des biens en son propre nom, pour payer les dettes et recevoir les paiements. Cependant les droits des tiers devront être respectés.

5 A l'égard des trusts testamentaires, c'est le droit successoral qui exerce l'influence la plus forte. Quand la loi qui régit la succession est celle d'un «pays de trust», la tendance semble être favorable à une large reconnaissance du trust, en dépit des difficultés techniques auxquelles on se heurte. Quand la succession est régie par la loi d'un pays de droit civil, le sort du trust devient plus aléatoire.

6 Les trusts qui comprennent des immeubles soulèvent des problèmes particuliers, en raison des inscriptions au registre foncier imposées par les systèmes de droit civil. Une sorte de «conversion» en une institution de droit civil peut donc s'avérer inévitable.

CHAPTER VI – THE CONCEPT OF ADMINISTRATION OF TRUSTS IN THE CONFLICT OF LAWS

179 In reference to trusts of personal property, we have mentioned above[281] the distinction between the law applicable to the validity of a trust and the law applicable to its administration. This is a necessary distinction under most American and English approaches to choice of law. Considerations of the policy of the State of the domicile, of the nationality or of the habit-

[281] See No 123, *supra*.

CHAPITRE VI – LE CONCEPT DE LA GESTION DU TRUST ET LE CONFLIT DE LOIS

179 Nous avons signalé, au sujet des trusts portant sur des biens mobiliers[281], la distinction qui est faite entre la loi applicable à la validité du trust et celle applicable à sa gestion. Cette distinction est imposée par la plupart des règles de conflits de lois américaines et anglaises. Des considérations relatives aux principes de l'Etat du domicile, de la nationalité ou de la résidence habituelle

[281] Voir *supra* No 123.

ual residence of a deceased person may be relevant in determining whether a testamentary trust provided for in the will of that person should be upheld as valid but, on the other hand, the country in which the trust is to be administered has the primary interest in seeing that its law applies to the administration of the trust assets, independently of whether or not it is the State of the decedent's last domicile, nationality or habitual residence.

180 Several conceptual difficulties may arise here and therefore should be dealt with. First of all, what does the 'administration' of the trust include? The authors of this Report speak for a broad definition, going beyond investment policy, liability for breach of trust, and the appointment and installation of successor trustees. The Restatement of Conflict of Laws, Second makes what appears to us to be an unduly complex breakdown of the law of trusts, allowing for at least three different laws which may apply, one to the validity of the trust[282], another to the administration of the trust[283] and a third going to matters which it finds neither to be questions of validity nor of administration, but rather matters of construction of the trust instrument[284]: for example who is to be considered a beneficiary. Special further rules are provided for determining the validity of the trust in reference to spendthrift provisions[285] and the validity of the exercise of powers of appointment.[286] Thus, under the Restatement Second's approach, the law applicable to the validity of the trust might be that of the deceased person's domicile at the time of death, the law applicable to the trust administration might be the place of administration and the law applicable to the construction of the trust might be that of the deceased person's domicile at the time of execution of the trust instrument. A fourth category even would be created for spendthrift provisions, and a fifth for the exercise of powers of appointment.

181 We see a need for only a single dichotomy, that between the law applicable to the validity of the trust and that applicable to its administration. Once the trust has been validly established, other questions, including the question of who will be entitled to current or ultimate distributions of the trust property and questions of alienability of interests, should be treated as questions of administration. Of course, in determining what the testator's intent was as to who should be current or ultimate beneficiaries, reference should be made to the circumstances surrounding the execution of the instrument, including any circumstances which indicate that the rules of construction of the place where the instrument was executed, or of the testator's domicile or place of habitual residence, were being taken into account. But the rules of construction of the place of administration should be applied where such an intention cannot be inferred.

182 Now, the fiduciary relationship between trustee and beneficiary also tends to be a long-term relationship and a certain unity of law is needed in order to give it coherence. That unity, as with the unity of the matrimo-

[282] See *Restatement of Conflict of Laws, Second*, Vol. 2, Secs 269 and 270.
[283] *Id.*, Secs 271 and 272.
[284] *Id.*, Sec 268.
[285] *Id.*, Sec 273.
[286] *Id.*, Sec 274.

du défunt peuvent être déterminantes pour décider si un trust testamentaire créé par le défunt dans son testament doit être déclaré valable; mais d'autre part, c'est le pays où le trust doit être géré qui a le plus grand intérêt à voir sa propre loi appliquée à la gestion des biens du trust, que ce pays soit, ou non, celui du dernier domicile, de la nationalité ou de la résidence habituelle du défunt.

180 Plusieurs difficultés conceptuelles peuvent se présenter ici, et on doit donc les étudier. Et, tout d'abord, qu'entend-on par «la gestion» du trust? Les auteurs de ce Rapport plaident pour une définition large, qui va au-delà d'une politique d'investissements, de la responsabilité encourue pour une violation du trust et de la désignation et de l'entrée en fonctions de nouveaux *trustees*. Le *Restatement of Conflict of Laws, Second* est en faveur de ce qui, à nos yeux, semble constituer un dépeçage trop complexe des règles du trust permettant l'application d'au moins trois lois: la première à la validité du trust[282], la deuxième à sa gestion[283] et la troisième à des questions qui, d'après le *Restatement* ne porteraient ni sur la validité, ni sur la gestion, mais qui concerneraient plutôt l'interprétation de l'acte constitutif du trust[284]: par exemple, décider qui doit être considéré comme un bénéficiaire. D'autres règles spéciales sont prévues pour déterminer la validité du trust à l'égard des clauses de «prodigalité» *(spendhrift provisions)*[285], et du droit d'exercer la faculté de désignation *(powers of appointment)*[286]. C'est ainsi que dans l'approche préconisée par le *Restatement Second,* la loi applicable à la validité du trust pourrait être celle du domicile du défunt au moment de son décès, la loi applicable à la gestion du trust pourrait être celle du lien de la gestion, et la loi applicable à l'interprétation du trust pourrait être celle du domicile du défunt au moment de la signature de l'acte constitutif. Une quatrième catégorie serait même créée pour les clauses de «prodigalité», et une cinquième pour l'exercice du droit de désignation.

181 Une seule dichotomie nous semble nécessaire, celle entre la loi applicable à la validité du trust et celle applicable à sa gestion. Une fois la validité du trust reconnue, les autres questions, notamment celle de savoir qui aura droit aux répartitions courantes ou à la répartition définitive des avoirs du trust, ainsi que celles concernant l'inaliénabilité des droits, devraient être considérées comme des problèmes de gestion. Bien entendu, pour déterminer quelles étaient les intentions du testateur au sujet des bénéficiaires, des distributions courantes ou définitives, il faudra se référer aux circonstances dans lesquelles l'acte constitutif a été dressé, notamment toutes les circonstances qui montrent qu'il a été tenu compte des règles d'interprétation, soit celles du lieu où l'acte a été signé, soit celles du domicile du testateur, ou de sa résidence habituelle. Mais ce sont les règles d'interprétation du lieu de la gestion qui doivent être appliquées lorsque cette intention ne peut être établie.

182 Par ailleurs, le rapport fiduciaire entre le *trustee* et le bénéficiaire a tendance à être un rapport de longue durée, et une certaine unité juridique est nécessaire pour lui donner de la cohérence. Cette unité, tout comme

[282] Voir *Restatement of Conflict of Laws, Second*, Vol. 2, Sect. 269 et 270.
[283] *Id.*, Sect. 271 et 272.
[284] *Id.*, Sect. 268.
[285] *Id.*, Sect. 273.
[286] *Id.*, Sect. 274.

nial property regime, for example, depends heavily upon the locus of administration of property as the place which sets the framework of the parties' relationship. As with matrimonial property regimes, exceptionally, a change in locus of the trust administration may bring about a change of the applicable law, but such a change should not effect a change in rights which have already been acquired and these latter should include the status of beneficiary or potential beneficiary under the trust instrument.[287–291]

183 In many cases the law of the place of the trust's administration will in effect be a law designated by the settlor, for example where the settlor designates a bank or trust company to administer the trust which has its place of business for this purpose at a particular location. As a practical matter, the day-to-day administration of the trust by such a professional trustee can only be carried on under the laws of the place where it operates. Thus, the freedom of the settlor to name the trustee constitutes also a measure of autonomy for the settlor in determining which law shall govern the administration of the trust; this autonomy applies both for *inter vivos* and testamentary trusts. Of course this autonomy does not necessarily extend so far as to permit the naming of an entity located in a jurisdiction which does not know the trust institution, since that entity might not have a framework of law and judicial control within which to carry on the trust administration. The facts of such a designation might be the same as if the settlor had named as trustee a person who did not have the legal capacity to serve as trustee, for example a minor. The trusteeship would then be vacant and the designation would pass to the successor trustee named in the instrument, or failing such, a trustee could be named by a court of competent jurisdiction.

The scope of autonomy in the process of designating a trustee located in a particular place has been under discussion for more than fifty years.[292]

184 What can one say about the law governing the administration of trusts, in the light of modern developments in the conflict of laws? First, despite the tendency in the United States towards *dépeçage*, an issue-by-issue approach to the selection of applicable law in fields such as contract and tort, the essential unity of the trust relationship and the administrative need for the regulatory role of the courts to be exercised in a coherent and consistent manner provides a strong pull towards unified application of a single law. In the case of testamentary trusts, this tendency towards unity is countered by policy considerations of the place of domicile or habitual residence of the testator. If the testator's will as a whole fails, the trust created therein will fail with it. For the *inter vivos* trust, however, the connections with the domicile or habitual residence of the settlor are more tenuous. Unless the settlor has designated a specific law to govern questions of validity and construction of the trust, or unless 'mandatory' rules of the settlor's place of domicile or habitual residence override the trust provisions, validity and construction of the trust should be subsumed along with administration of the trust under

[287–291] *Cf.* Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, articles 7 and 8, in *Actes et documents de la Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, tome II, (1976), pp. 321-322.
[292] See Cavers, 'Trusts inter vivos and the conflict of laws', *Harvard Law Review*, Vol. 44, p. 161 (1930), reprinted in *Selected readings on conflict of laws* (1956), at p. 937; Note, 'Trusts of personality and conflict of laws', *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 89, p. 360 (1941), reprinted in *Selected readings on conflict of laws* (1956), at p. 1060, especially pp. 1065–1067.

celle du régime matrimonial sur les biens par exemple, dépend pour beaucoup, du *locus* de la gestion des biens, c'est-à-dire du lieu où les rapports entre parties sont organisés. Comme c'est exceptionnellement le cas dans les régimes matrimoniaux, un changement du lieu de la gestion du trust peut apporter un changement de la loi applicable, mais ce changement ne devrait pas porter atteinte aux droits déjà acquis, parmi lesquels doit figurer la qualité de bénéficiaire – ou de bénéficiaire éventuel – qui découle de l'acte constitutif du trust[287–291].

183 Très souvent, en fait, la loi du lieu de la gestion du trust sera la loi désignée par le *settlor*; c'est le cas, par exemple, lorsqu'il désigne une banque, ou une *trust company* pour gérer le trust, et que l'établissement désigné exerce son activité, en ce domaine, dans un lieu déterminé. Dans la pratique, la gestion quotidienne d'un trust ne peut être assurée que si elle est soumise à la loi du lieu où le *trustee* exerce son activité professionnelle. Par conséquent, la faculté donnée au *settlor* de désigner le *trustee* lui donne aussi une certaine liberté pour déterminer la loi qui régira la gestion du trust; cette liberté de choix s'applique tant aux trusts *inter vivos* qu'aux trusts testamentaires. Bien entendu, cette liberté ne va pas nécessairement jusqu'à l'autoriser à désigner comme *trustee* une entité située dans un pays qui ignore l'institution du trust, puisque cette entité n'y trouverait pas le cadre organisé de lois et de contrôles judiciaires sans lesquels elle serait incapable d'assurer la gestion du trust. Une telle désignation serait, en fait, semblable à la désignation par le *settlor* d'une personne qui n'aurait pas la capacité juridique pour être *trustee*, un mineur, par exemple. Dans ce cas, le *trusteeship* (la fonction de *trustee*) serait vacant, et la désignation incomberait au *successor trustee* (*trustee* remplaçant) que l'acte constitutif aurait désigné; à défaut, c'est le tribunal compétent qui pourrait nommer le *trustee*.
Quand il s'agit de la désignation d'un *trustee* qui se trouve dans un lieu déterminé, l'étendue de la liberté du choix fait l'objet de discussions qui n'ont pas cessé depuis plus de cinquante ans[292].

184 Que peut-on dire de la loi qui régit la gestion du trust, à la lumière des développements récents en matière de conflits de lois? Tout d'abord, en dépit de la tendance vers un dépeçage qui se constate aux Etats-Unis, c'est-à-dire une manière de choisir, cas par cas, la loi applicable, dans des domaines tels les contrats et la responsabilité civile, l'unité essentielle créée par le trust et la nécessité, pour assurer sa gestion, que les tribunaux puissent exercer leur rôle de contrôle d'une manière cohérente et logique, tout cela fait fortement pencher en faveur d'une application unifiée d'une loi unique.
Dans le cas de trusts testamentaires, cette tendance vers l'unité est battue en brèche par des considérations particulières, reposant sur le lieu du domicile ou de la résidence habituelle du testateur. Si le testament est totalement annulé, le trust créé par ce document disparaît avec lui. Cependant, pour les trusts *inter vivos*, les liens de connexité avec le domicile ou avec la résidence habituelle du *settlor* sont plus ténus. Sauf si le *settlor* a désigné une loi déterminée pour régir les questions de validité et d'interprétation du trust, ou si des règles «impératives» du lieu du domicile ou de la résidence habi-

[287–291] *Cf.* Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, articles 7 et 8, dans *Actes et documents de la Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, tome II, (1976), p. 321-322.
[292] Voir Cavers, «Trusts inter vivos and the conflict of laws», *Harvard Law Review*, Vol. 44, p. 161 (1930), repris dans *Selected readings on conflict of laws* (1956), p. 937; Note, «Trusts of personalty and conflict of laws», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 89, p. 360 (1941), repris dans *Selected readings on conflict of laws* (1956), p. 1060, spécialement pages 1065–1067.

a single law: that of the situs[293], or principal place of administration of the trust.[294]

185 To borrow an analogy from the conflict of laws of contracts, the administration of property carried out by the trustee or trustees is the 'characteristic performance'[295] under the trust instrument. Therefore it would normally be the law of the domicile or principal place of business or place of habitual residence of the trustee which would govern the initial validity of an *inter vivos* trust, unless 'mandatory rules'[296] of an interested jurisdiction, such as the settlor's domicile or place of habitual residence, have an overriding interest in being applied. For an *inter vivos* trust, the existence and validity of the trust, or of any term thereof, could appropriately be determined by the law which would govern if the trust or term were valid[297], subject once more of course to the possible application of 'mandatory rules' of the law of another country with which the situation has a close connection.

186 The unity of the trust then is derived from unified administration of the property constituting the trust *res* for a set of objectives which are established in the instrument constituting the trust.[298] The trust *res* is a grouping of property around certain objectives; the *res* constitutes the aggregate or entirety of the trust property and it derives its integrity from unified administration by the trustee in pursuit of the trust purposes. Property which does not contribute to the current objectives of the trust may be disposed of and perhaps replaced by other property more appropriate to the trust objectives, unless for reasons of the settlors's long-term objectives he or she has directed that the specific item of property not be sold or otherwise disposed of.

The trust's objectives may change during the term of the trust. For example, in a trust for a child of the settlor, the first objective may be to ensure that the child's education will be paid for; once the child's formal studies have been terminated, the purpose may convert to the accumulation of a patrimony for that child and his children, promoting the child's self-reliance by accumulating income, instead of distributing it. Promotion of the child's self-reliance (*i.e.* self-support) in this way may be tempered by a provision which will allow the trustee to expend income or principal on behalf of the child in the case of an emergency, such as serious illness.

A change in the objectives of the trust – or at least some alteration thereof – may come about as a result of changes in the trust *res*. For example, given four children as beneficiaries, two of whom are still pursuing their formal studies and two of whom have finished their

[293] See Scott, *op. cit.*, Vol. V, Sec 555, p. 3777 and Sec 562, p. 3799.
[294] See *Uniform Probate Code*, Art. 7, Part I: 'Trust Registration', Section 7-101, for an extended definition of this concept. The trust registration system of the Uniform Probate Code is designed to concentrate jurisdiction over a trust's administration in a single court. A similar line of thinking has led some continental European States to adopt as the law applicable to corporations or limited companies the laws of their '*sièges réels*'. See Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun* (Paris, 1972), Nos 385-392.
[295] *Cf.* 'Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations', signed at Rome on June 19, 1980, cited *supra*, note 237, art. 4, para 2.
[296] *Cf. id.*, art. 7.
[297] *Cf. id.*, art. 8.
[298] *Cf.* B. Teyssié, *Les groupes de contrats* (Paris, 1975), p. 6, note 33: '*The concepts of family patrimony and of business capital show a clear tendency to substitute for a grouping of goods around the person, a grouping around certain objectives*' (translation by the Permanent Bureau). The reflections of these tendencies however have not yet taken concrete form in the positive law of France. Teyssié also mentions, on p. 7, the concept recognized in German law of the *Sachengesamtheit*, an aggregate or entirety of things.

tuelle du *settlor* font écarter les dispositions du trust, la validité et l'interprétation du trust devraient être soumises, avec la gestion à une loi unique, celle de son *situs* [293] ou celle du lieu où sa gestion est principalement assurée[294].

185 Pour emprunter un exemple aux règles de conflits de lois en matière contractuelle, c'est la gestion des biens assurée par le, ou les *trustees*, qui représente «la prestation caractéristique»[295] de l'acte constitutif du trust. Ce sera donc la loi du domicile, ou celle du principal centre des activités, ou encore celle de la résidence habituelle du *trustee* qui régira la validité initiale d'un trust *inter vivos*, sauf si des «règles impératives»[296] d'un des pays intéressés, par exemple celui du domicile ou de la résidence habituelle du *settlor*, doivent nécessairement être appliquées. Dans le cas d'un trust *inter vivos*, l'existence et la validité d'un trust, ou d'une de ses clauses, pourraient fort justement être déterminées par la loi qui serait applicable si ce trust, ou cette clause, était valable[297], sous réserve, une fois encore, de l'application possible des «règles impératives» de la loi d'un autre pays avec lequel des liens de connexité étroits existent.

186 L'unité du trust découle donc d'une gestion unifiée des biens qui représentent son patrimoine afin d'atteindre l'ensemble des objectifs fixés par son acte constitutif [298]. Le patrimoine du trust est un groupement de biens en vue d'atteindre certains objectifs; ce patrimoine constitue l'ensemble, ou la totalité, des biens du trust, et son intégrité découle d'une gestion unifiée assurée par le *trustee* pour chercher à atteindre les objectifs du trust. On peut se défaire des biens du trust qui ne contribuent pas à atteindre les objectifs visés; ils pourraient peut-être être remplacés par d'autres biens plus appropriés à cet objet, sauf si, en raison des objectifs à long terme du *settlor*, celui-ci ait prévu que certains éléments déterminés du patrimoine ne devraient pas être vendus, ni autrement aliénés.
Les objectifs d'un trust peuvent changer au cours de son existence. S'il s'agit, par exemple, d'un trust primitivement destiné à pourvoir aux frais d'éducation de l'enfant du constituant, l'objectif du trust, quand l'éducation de l'enfant sera achevée, pourrait alors être de constituer un patrimoine qui permettra à l'enfant (et aux enfants de celui-ci) d'assurer sa propre subsistance, en accumulant les revenus au lieu de les distribuer. Cette aide apportée à l'enfant pour qu'il puisse pourvoir à ses propres besoins, peut être tempérée par le droit donné au *trustee* de disposer au profit de l'enfant d'une partie des revenus, ou même du capital, en cas de nécessité, une grave maladie par exemple.
Un changement dans les objectifs du trust – ou, tout au moins, une certaine modification de ceux-ci – peut être le résultat de changements dans le patrimoine du trust. Imaginons, par exemple, le cas de quatre enfants qui sont les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire. Deux

[293] Voir Scott, *op.cit.*, Vol. V, Sect. 555, p. 3777 et Sect 562, p. 3799.
[294] Voir *Uniform Probate Code*, art. 7, Partie I: «Trust Registration», Section 7-101, pour une définition élargie du concept. Le système d'enregistrement du trust prévu par l'*Uniform Probate Code* est fait pour concentrer au sein d'une juridiction unique la compétence sur la gestion du trust. Un raisonnement identique amène certains Etats continentaux européens à adopter comme loi applicable aux sociétés la loi de leur siège réel. Voir Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun* (Paris, 1972), Nos 385-392.
[295] *Cf.* «Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles», signée à Rome le 19 juin 1980, citée *supra* note 237, art. 4, alinéa 2.
[296] *Cf. id.*, art. 7.
[297] *Cf. id.*, art. 8.
[298] *Cf.* B. Teyssié, *Les groupes de contrats* (Paris, 1975), p. 6, note 33: «*Les notions de patrimoine familial, de fonds de commerce ... révèlent une nette tendance à substituer à une articulation des biens autour de la personne, une articulation autour de certains objectifs.*» Toutefois le reflet de ces tendances n'a pas encore pris une forme concrète en droit positif français. Teyssié mentionne aussi, p. 7, le concept reconnu en droit allemand du *Sachengesamtheit* (ensemble de choses).

studies and are expected to be self-supporting, the trustee of a discretionary trust with a comparatively limited trust *res* may wish to pay only for the absolutely necessary educational expenses of the younger children, and to make no distributions to or for the older children. Suppose, however, that the trust investments are unusually successful, for example the trustee invests in the stocks of oil companies which reap windfall profits during an energy shortage; now, with a largely augmented trust *res* the trustee may consider modest distributions in aid of the older children, without compromising the ability of the trust to achieve its primary objective, the education of the younger children.

187 The trustee then becomes the continuing interpreter of the settlor's objectives as set out in the trust instrument. Not only does the trustee have the responsibility to manage the trust property as a 'prudent man' would do, but also the trustee of a discretionary trust takes on a certain obligation to watch over the needs of the beneficiaries and to minister to those needs within the framework of the trust's purposes.[299] This is also a part of the trustee's administration of the trust property: not only should the trustee invest the trust assets as a prudent man would do in view of the trust's objectives, he or she should also wisely distribute the trust's assets in furtherance of those same objectives.

188 The reader of this Report will now be aware that we have put forward in this Part possible analogies between trusts and other legal relationships, including those between the administration of a matrimonial property regime and the administration of a trust, and between the administration of contracts or groups of contracts and the administration of one or more related trusts. Not all of these analogies are new; the analogy to contracts has already been drawn by Dreyer.[300] In addition, other authors have drawn analogies between the trust, particularly the charitable trust, and the association or foundation as conceived under the laws of several continental European countries.
The authors of this Report have no pat answers to the question of what is the best analogy, nor to the question as to what law should apply. Much depends on the function of the trust which is under consideration. Those functions have been set out in broad catalogue and perspective in Chapter III of this Report. We submit here only a number of possible analogies and a number of possible views as to the applicable law for consideration by our readers. The discussions of the Special Commission which will hold its first meeting in the month of June 1982 should do much to elucidate the analogies and the other questions raised here.

[299] *Cf.* Teyssié, *op. cit.*, pp. 200–211. The obligation of '*surveillance*' described by Teyssié remains at this time somewhat futuristic. Likewise, the 'personal caretaker' role of the discretionary trustee is as yet rather undeveloped in comparison with his duties as a financial manager.
[300] *Le trust en droit suisse, op. cit.*, p. 115 *et seq.*

d'entre eux poursuivent encore leurs études, et les deux autres ont achevé les leurs, et devraient être capables de subvenir à leurs propres besoins. Le *trustee,* ne disposant que d'un patrimoine relativement modeste, peut décider de n'exposer que les dépenses absolument nécessaires pour assurer l'éducation des deux plus jeunes enfants et de ne rien verser aux deux aînés. Mais supposons que les investissements du *trustee* aient été exceptionnellement heureux – qu'il ait acheté, par exemple, des actions de sociétés pétrolières qui ont réalisé de superbénéfices imprévus en raison d'une pénurie d'énergie pendant une certaine période. Le *trustee* disposant alors d'un patrimoine fortement accru, pourra envisager de faire de petits versements aux autres enfants, sans pour cela compromettre la possibilité pour le trust d'atteindre son premier objectif, c'est-à-dire d'assurer l'éducation des plus jeunes enfants.

187 Le *trustee* devient, dans ce cas, l'interprète permanent des intentions du *settlor,* telles qu'elles sont énoncées dans l'acte constitutif du trust. Non seulement le *trustee* a-t-il la responsabilité de gérer les biens du trust en «bon père de famille» *(prudent man),* mais une autre obligation incombe au *trustee* d'un trust discrétionnaire, celle de se tenir au courant des besoins des bénéficiaires, et d'y pourvoir dans les limites fixées par les objectifs visés par le trust[299]. Cela aussi entre dans la gestion du patrimoine du trust confiée au *trustee;* il doit, non seulement investir les avoirs en «bon père de famille» compte tenu des objectifs du trust, mais il doit également distribuer avec sagesse les avoirs du trust, mais sans jamais perdre ces objectifs de vue.

188 Tout lecteur du présent Rapport se sera maintenant rendu compte que, dans cette Partie, nous avons montré toutes les analogies que l'on peut trouver entre le trust et autres rapports juridiques y compris celles entre la gestion des biens matrimoniaux et la gestion des biens d'un trust, et entre la gestion de contrats ou de groupes de contrats et la gestion d'un trust, ou de plusieurs trusts groupés. Toutes ces analogies ne sont pas nouvelles: Dreyer a déjà mis en lumière l'analogie avec les contrats[300]. De plus, certains auteurs ont découvert des analogies entre le trust (surtout le trust de charité) et l'association ou la fondation, telles qu'on les conçoit dans le droit de plusieurs pays de l'Europe continentale. Les auteurs du présent Rapport n'ont pas de réponse toute prête à la question suivante: quelle analogie faut-il préférer? Ils n'en ont pas non plus à la question: quelle loi devrait s'appliquer? Beaucoup dépend de la fonction du trust qui est en cause. Ces fonctions ont été longuement énumérées et exposées dans le chapitre III du présent Rapport. Dans ce chapitre on s'est borné à soumettre à la réflexion des lecteurs, un certain nombre d'analogies possibles et un certain nombre de points de vue défendables au sujet de la loi applicable. Les débats de la Commission spéciale qui tiendra sa première réunion au début du mois de juin 1982 devraient permettre, dans une large mesure, d'élucider ces analogies et les autres problèmes soulevés ici.

[299] *Cf.* Teyssié, *op. cit.*, p. 200–211. L'obligation de surveillance décrite par Teyssié reste pour l'instant *de lege ferenda.* Le rôle de «curateur à la personne» du *trustee* discrétionnaire est jusqu'à présent peu développé par comparaison avec ses obligations de gestion des biens.
[300] *Le trust en droit suisse, op. cit.*, p. 115 et s.

A *Multilateral treaties*

189 The discussion of the 'domicile' or 'situs' of a trust set out in the preceding Chapter leads naturally into consideration of the several international treaties which have expressly mentioned trusts, or which implicitly cover them. We shall see however that the language used fluctuates between implicit acknowledgment of the trust's legal personality and more or less clear denial of such personality.

190 The Brussels Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters, as amended by the Luxemburg Convention of Accession to that Convention of 9 October 1978 of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, contains in article 5(6), the following provisions:

'Special Jurisdiction

Article 5

A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued:

...

6. as settlor, trustee or beneficiary of a trust created by the operation of a statute, or by a written instrument, or created orally and evidenced in writing, in the courts of the Contracting States in which the trust is domiciled ...'

As regards trusts which contain a choice of court provision, the following provisions of the same treaty are relevant:

'Article 17

...

The court or courts of a Contracting State on which a trust instrument has conferred jurisdiction shall have exclusive jurisdiction in any proceedings brought against a settlor, trustee or beneficiary, if relations between these persons or their rights or obligations under the trust are involved.

Agreements or provisions of a trust instrument conferring jurisdiction shall have no legal force if they are contrary to the provisions of Article 12 or 15, or if the courts whose jurisdiction they purport to exclude have exclusive jurisdiction by virtue of Article 16.[300A]*...'*

Finally in its General Provisions, article 53 of the same Treaty provides as follows:

'For the purpose of this Convention, the seat of a company or other legal person or association of natural or legal persons shall be treated as its domicile. However, in order

[300A] Article 12 of the Brussels Convention deals with jurisdiction in matters relating to insurance and article 15 deals with jurisdiction over consumer contracts. Article 16 lists five specific bases for assigning exclusive jurisdiction, regardless of domicile, to the courts of a particular State. Article 16(1) assigns such jurisdiction, for *in rem* proceedings concerning real property or cases involving tenancies, to the courts of the Contracting State in which the property is situated. Thus the trustee or the settlor or a beneficiary may be sued in such a State in these cases, despite the provisions of article 17. Article 16(1) presumably also overrides the provisions of article 5(6) in real property cases involving *in rem* claims or tenancies; but the determination of what constitute 'proceedings which have as their object rights *in rem* in ... immovable property', within the terms of article 16(1), may cause problems because of differing views among States as to the nature of rights *in rem*, and even as to the characterization of property as movable or immovable.

A *Traités multilatéraux*

189 L'exposé relatif au «domicile» ou au *«situs»* d'un trust, que l'on a trouvé dans le chapitre précédent, conduit tout naturellement à examiner les traités internationaux qui mentionnent expressément les trusts, ou dans lesquels le trust est implicitement visé. On verra, cependant, que les termes utilisés vont d'une reconnaissance implicite de la personnalité juridique du trust à un refus plus ou moins clairement exprimé d'admettre cette personnalité.

190 La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle qu'elle a été modifiée par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion à cette Convention du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, contient dans son article 5, point 6, les dispositions suivantes:

«Compétences spéciales

Article 5

Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait, dans un autre Etat contractant:

...

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

En ce qui concerne les trusts qui contiennent une disposition relative au choix du tribunal, les dispositions suivantes du même Traité sont applicables:

«Article 17

...

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

Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust *sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 12 et 15 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16*[300A]*...».*

Enfin, dans ses dispositions générales, l'article 53 du même Traité prévoit:

«Le siège des sociétés et des personnes morales est assimilé au domicile pour l'application de la présente convention. Toutefois, pour déterminer ce siège, le juge saisi

[300A] L'article 12 de la Convention de Bruxelles concerne la compétence en matière d'assurances et l'article 15 a pour objet la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs. L'article 16 énumère cinq chefs de compétence exclusive des tribunaux d'un Etat particulier qui s'appliquent sans considération du domicile. L'article 16(1) attribue une telle compétence en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, aux tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé. Par conséquent, le *trustee*, le *settlor* ou un bénéficiaire peuvent être attraits en pareil cas dans un tel Etat nonobstant les dispositions de l'article 17. Il est à présumer que l'article 16(1) l'emportera également sur les dispositions de l'article 5(6) dans les cas où il s'agit de droits réels immobiliers ou de baux d'immeubles; cependant la question de savoir s'il s'agit de «droits réels immobiliers et de baux d'immeubles» au sens de l'article 16(1) peut soulever des difficultés étant donné les vues différentes des Etats concernant la nature des droits réels, et même en ce qui concerne la qualification d'un bien comme meuble ou immeuble.

to determine that seat, the court shall apply its rules of private international law.
In order to determine whether a trust is domiciled in the Contracting State whose courts are seised of the matter, the court shall apply its rules of private international law...'.

It can be seen from the above that the Brussels Convention as amended by the Accession Convention of 1978 assumes that courts in the Member States of the European Economic Community will have rules of private international law which can be used in order to determine whether a trust is 'domiciled' in one of those States. This will pose at least a theoretical problem for those States which do not have trusts in their own legal systems. Perhaps they can draw a negative inference, simply ruling that because the trust is not known in their laws, a trust *ipso facto* cannot be domiciled in their State. This however begs the question. The courts of such a State may in any event be asked to recognize and enforce a judgment rendered against a person in the capacity of settlor, trustee or beneficiary of a trust by the courts of a Contracting State which claims to be that of the trust's 'domicile'. The failure to have a private international law rule which could be used to determine the domicile of the trust might in the end be prejudicial to such State in the operation of that Treaty.[300B]

Since all the Member States of the EEC are also Members of the Hague Conference on private international law, it obviously would be useful if the international instrument to be prepared by the Conference were to supply an answer to the question: where is the 'domicile' of a trust?

191 The question raised by the Brussels Convention seems to imply that a trust has legal personality, although most common law theoreticians would probably disagree with this premise. Indeed, the term 'domicile' is not currently applied to trusts in England, although it is a known term in Scotland.[301] The opinion has been ventured that in the lack of a clear indication as to what constitutes the 'domicile' of a trust, that idea might be deemed to refer to the countries whose law governs the trust.[302] This approach would help to depersonalize the trust, *i.e.* to eliminate the implication of legal personality for the trust which could cause significant complications in other contexts. Indeed if the place of administration of the trust were taken to be the key connecting factor for determination of the trust's proper law, then the same connecting factor might be extended to determine the 'domicile' of the trust. This is the meaning most generally given to the term 'situs' of the trust which is used from time to time in writings in the United States.[303] The term 'situs' moreover has the advantage that it does not imply the existence of legal personality.

It might be argued that the failure to attribute legal personality to trusts, particularly charitable trusts, may hinder the lawful activities of such institutions. There is indeed a serious question as to whether countries which do not have trusts in their own legal systems will recognize the capacity of trustees to institute or to defend

[300B] See Droz. 'Les règles du traité C.E.E. sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale'. in *The Influence of the European Communities upon Private International Law of the Member States* (Brussels 1981), pp. 56 and 61–62.
[301] See A. L. Diamond, 'The trust in English law', *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, pp. 302–304; A. E. Anton, *Private International Law – A treatise from the standpoint of Scots law*, (Edinburgh 1967), p. 470.
[302] See Diamond, *op. cit.*, p. 304.
[303] See No 128, *supra*.

applique les règles de son droit international privé.

Pour déterminer si un trust a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant dont les tribunaux sont saisis, le juge applique les règles de son droit international privé...»

On le voit, dans la Convention de Bruxelles, telle que modifiée en 1978, il est présumé que les tribunaux des Etats membres de la Communauté Economique Européenne disposeront de règles de droit international privé qui leur permettront de déterminer si un trust est «domicilié» dans un de ces Etats. Cela posera peut-être un problème, tout au moins en théorie, à ceux des Etats dont le système juridique ignore le trust. Ils pourront peut-être en tirer une conclusion négative, tout simplement en décidant que, puisque leur droit ignore le trust, aucun trust ne peut, *ipso facto*, être domicilié dans leur pays. Mais il s'agit là d'une pétition de principe. Les tribunaux de ces pays pourront, en tout état de cause, être saisis d'une action en reconnaissance ou en exécution d'un jugement rendu à l'encontre d'une personne, prise en sa qualité soit de *settlor* soit de *trustee* ou de bénéficiaire d'un trust par un tribunal d'un Etat contractant, qui déclare être celui du «domicile» du trust. L'absence d'une règle de droit international privé permettant de déterminer le domicile du trust pourrait en définitive nuire à la mise en application du Traité dans ce pays[300B].

Comme tous les Etats membres de la CEE sont aussi Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, il est évident qu'il serait utile que l'instrument international, dont la Conférence assure la préparation, apporte une réponse à la question suivante: où se trouve le «domicile» d'un trust?

191 La question que pose la Convention de Bruxelles semble impliquer qu'un trust possède la personnalité juridique, une prémisse avec laquelle la plupart des théoriciens de *common law* seraient probablement en désaccord. D'ailleurs, le mot «domicile» n'est pas couramment employé en Angleterre au sujet du trust, bien qu'il soit connu en Ecosse[301]. L'opinion a été avancée qu'en l'absence d'une précision sur ce qui est le «domicile» d'un trust, on pourrait présumer que cette notion fait référence au pays dont la loi régit le trust[302]. Cette approche aiderait à «dépersonnaliser» le trust, c'est-à-dire à détruire l'idée que le trust possède une personnalité juridique, ce qui pourrait faire naître de sérieuses difficultés dans d'autres contextes. A vrai dire, si le lieu où le trust est géré est considéré comme le facteur de rattachement essentiel pour déterminer la loi applicable au trust, ce facteur de rattachement pourrait servir aussi à déterminer le «domicile» du trust. C'est la signification que l'on donne le plus souvent à l'expression «*situs* du trust» que l'on rencontre parfois aux Etats-Unis dans des écrits juridiques[303]. Le mot *«situs»* a en plus l'avantage de ne pas impliquer l'existence d'une *personnalité juridique*.

On pourrait soutenir que le refus d'accorder la personnalité juridique aux trusts, surtout les trusts de charité, apporterait une entrave aux activités légales de ces organismes. On peut sérieusement se demander si dans les pays dont le système juridique ignore le trust, les *trustees* se verraient reconnaître la capacité d'ester en justi-

[300B] Voir Droz, «Les règles du traité C.E.E. sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», dans *L'Influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres* (Bruxelles 1981), p. 56 et 61–62.
[301] Voir A.L. Diamond, «The trust in English law», *Rivista di diritto internazionale private e processuale* 1981 p. 302–304; A. E. Anton, *Private International Law-A treatise from the standpoint of Scots law*, (Edimbourg 1967), p. 470.
[302] Voir Diamond, *op. cit.*, p. 304.
[303] Voir *supra* No 128.

suits as such. However we should note that the Hague Convention of June 1, 1956 concerning recognition of the legal personality of foreign companies *(sociétés)*, associations and foundations, in article 6 envisages in particular the case of companies, associations and foundations to which the law which governs them does not grant personality, granting them within the territory of the other Contracting States *'the legal situation which such law accords to them, notably as respects capacity to proceed in court and relations with creditors'*.[304] Although this Convention never has entered into force, it reflects an international negotiation on this subject which might envisage trusts among the 'foundations' mentioned in article 6. In other words, there are possible ways of dealing with the question of ability of a trustee to sue in that capacity, even on behalf of a charitable trust, without necessarily attributing legal personality to the trust.[305]

192 Recent Conventions on the law applicable to contractual relationships have in one way or another excluded trusts, for the good reason that trusts are not contracts. For example, the Hague Convention of March 14, 1978 on the Law Applicable to Agency provides in article 3*b* as follows:

'Article 3

For the purposes of this Convention –

...

b *a trustee shall not be regarded as an agent of the trust, of the person who has created the trust, or of the beneficiaries.'*

The Rome Convention of June 19, 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations provides in article 1:

'Article 1 – Scope of the Convention

1 The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries.

2 *They shall not apply to:*

...

(g) *the constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries;...'*

B *Bilateral treaties*

193 The classical bilateral treaties for the reciprocal recognition and enforcement of judgments in civil matters entered into by the United Kingdom pursuant to the Reciprocal Enforcement of Judgments Act 1933 have not expressly mentioned trusts. However, the Treaty of January 18, 1934 with France and the Treaty of November 17, 1967 with the Netherlands, for example, provide that the Convention will not apply to *'judgments in matters of succession or the administration of estates of deceased persons'*.[306] Obviously, this exclusion will eliminate judgments concerning testamentary trusts, and it may also be construed as eliminating those which

ce, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs. Il faut cependant relever que la Convention de La Haye concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères du 1er juin 1956, prévoit, dans son article 6, que *«Les sociétés, les associations et les fondations, auxquelles la loi qui les régit n'accorde pas la personnalité, auront, dans le territoire des autres Etats contractants la situation juridique que leur reconnaît cette loi, notamment, en ce qui concerne la capacité d'ester en justice et les rapports avec les créanciers»*.[304] Bien que cette Convention ne soit jamais entrée en vigueur, elle reflète l'état des négociations internationales sur cette question, qui permettraient de considérer que les «fondations» mentionnées à l'article 6 comprennent les trusts. Autrement dit, il existe d'autres moyens de résoudre le problème de la capacité pour un *trustee* d'ester en justice en cette qualité, même dans le cas d'un trust de charité, sans nécessairement reconnaître au trust la personnalité juridique[305].

192 Les trusts ont en général été exclus des Conventions récentes sur la loi applicable aux rapports contractuels, pour la bonne raison que les trusts ne sont pas des contrats. Ainsi, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, prévoit ce qui suit, en son article 3*b*:

«Article 3

Aux fins de la présente Convention:

...

b *le* trustee *n'est pas considéré comme un intermédiaire agissant pour le compte du trust, du constituant ou du bénéficiaire.»*

La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la Loi applicable aux obligations contractuelles a prévu, dans son article premier:

«Article premier – Champ d'application

1 *Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.*

2 *Elles ne s'appliquent pas:*

...

(g) *à la constitution des trusts, aux relations qu'ils créent entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires;...»*

B *Traités bilatéraux*

193 Les traités bilatéraux classiques sur la reconnaissance réciproque et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclus par le Royaume-Uni à la suite du *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* 1933, ne font pas expressément mention des trusts. Cependant, le Traité du 18 janvier 1934 avec la France, et le Traité du 17 novembre 1967, avec les Pays-Bas, prévoient, par exemple, que la Convention ne sera pas applicable aux «décisions relatives à la succession ou à l'administration des successions de personnes décédées»[306]. Il est hors de doute que cette exclusion écartera les décisions relatives aux trusts testamentaires, et elle

[304] English translation from the *American Journal of Comparative Law*, Vol. I, 1952, p. 278.
[305] See Ehrenzweig and Jayme, *Private International Law*, Vol. II, 1973, Section 230 and note 6, Section 241 and references cited in note 26.
[306] Convention between France and the United Kingdom, article 3(b), published in *The practical guide to the recognition and enforcement of foreign judicial decisions in civil and commercial law*, Council of Europe, Strasbourg, 1975, at p. 275; Convention between the Netherlands and the United Kingdom, article 2(d), *id.*, p. 479.

[304] *Actes de la Septième session*, 1951, p. 385; voir aussi *Recueil des Conventions* (1951–1980), p. 28.
[305] Voir Ehrenzweig et Jayme, *Private International Law*, Vol. II, 1973, Section 230 et note 6, Section 241 et références citées dans note 26.
[306] Convention entre la France et le Royaume-Uni, article 3(b), publiée dans le *Guide pratique de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires étrangères en matières civiles et commerciales*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1975, p. 275; Convention entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni, article 2(d), *id.*, p. 479.

concern *inter vivos* trusts – particularly trusts which remain revocable up until the death of the settlor.

194 In negotiating bilateral tax treaties, the United Kingdom tends to maintain as an exception to the general principle that miscellaneous income will be taxed only by the State of residence of the recipient, *'the right to tax income paid by residents of the United Kingdom to non-residents of the United Kingdom in the form of income from a trust'*.[307]

CHAPTER VIII – THE MOBILE TRUST

195 Trusts which provide for the possibility that the situs or centre of administration may be changed during the terms of their existence are referred to in this Report as 'mobile trusts'. The instrument may expressly provide that the law applicable to the validity of the trust, or to its administration, or to both, may change upon a change in the situs of administration.[308]

196 The mobile trust is not a completely new phenomenon. This practice was identified (although not under this catchy name) by Cavers more than 50 years ago.[309] But Cavers still conceived of all the involved jurisdictions as being significantly, if not fully, related to the substance of the transaction. And he assumed that a change of situs achieved through a change in the residence of the trustee would not alter the law governing the trust.[310]

197 Current developments show a trend towards the 'offshore' trust. Bermuda and Jersey are the tax havens of choice. Even though these islands are small, the developments are important financially and involve leading banks, not only of Britain or the United States, but also of continental European countries. While the 'thatched-roof tax shelter' may be the mode, the reality is that non-fiscal considerations also frequently play a major part in the estate-planning decisions of the participants.

198 In principle, mobility of a trust which is foreseen by the settlor should not cause any serious problems. However, as we have discussed above in Chapter VI on the concept of administration of trusts, questions may arise as to what constitutes 'administration'. A change in the situs of administration should not change the rules for interpreting the trust to determine who are the beneficiaries, or what will be their shares. The Delaware

[307] Model Double Taxation Convention on Income and Capital (Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs, 1977), p. 142, No 9. *Cf.* Convention between the Government of the Netherlands and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and capital gains, concluded 7 November 1980, article 21, paragraph 1, in *Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 1980, No 205, p. 37.

[308] See, generally, R. A. Hendrickson, 'Change of Situs of a Trust', Part I, in *Trusts and Estates*, January 1979, pp. 19–20.

[309] See Cavers, 'Trusts inter vivos and the conflict of laws', *Harvard Law Review*, Vol. 44 (1930), p. 161, reprinted in *Selected Readings on Conflict of Laws* (1956), p. 937, especially p. 956.

[310] *Id.*, p. 956. The question raised is that which is referred to by continental European authors as the *conflit mobile*. See Batiffol/Lagarde, *Droit international privé*, tome I (7th ed. 1981), Nos 318 *et seq.* The mobile conflict results when, through a change in the connecting factor (in this case the place of the trustee's residence), the legal situation is subjected successively to two different legal systems. See also M. Verwilghen, Explanatory Report on the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes in *Actes et documents de la Douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, tome IV, at p. 442. *Cf.* A. E. von Overbeck, Explanatory Report on the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes in *Actes et documents de la Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, tome II, Nos 160–174, pp. 364–368.

pourrait aussi être interprétée comme écartant les décisions qui concernent les trusts entre vifs, en particulier les trusts qui restent révocables jusqu'au décès du constituant.

194 Dans ses négociations au sujet de traités bilatéraux en matière fiscale, le Royaume-Uni, par exception au principe général selon lequel les revenus sont *seulement* imposés dans l'Etat de la résidence du contribuable, a tendance à insister sur «le droit d'imposer le revenu payé par des résidents dans le Royaume-Uni à des non-résidents dans le Royaume-Uni, sous la forme des revenus d'un trust»[307].

CHAPITRE VIII – LE TRUST MOBILE

195 Dans ce Rapport, le trust qui prévoit la possibilité de changer au cours de son existence, le lieu principal de sa gestion *(situs)*, sera appelé «trust mobile». L'acte constitutif peut prévoir expressément que la loi applicable à la validité du trust, ou à sa gestion, ou aux deux, pourra être changée en cas de changement du lieu de la gestion[308].

196 Le trust mobile ne constitue pas un phénomène entièrement nouveau. Cette pratique a été identifiée (mais pas sous ce nom imagé) par Cavers, voici plus de cinquante ans[309]. Mais Cavers pensait que tous les pays concernés devaient avoir un lien substantiel, sinon total, avec l'opération elle-même. Et il croyait qu'un changement de *situs*, résultant du changement de la résidence du *trustee*, n'aurait pas pour effet de modifier la loi régissant le trust[310].

197 La situation actuelle montre une tendance en faveur des trusts «au grand large». Les Bermudes et l'île de Jersey sont les paradis fiscaux préférés. Même s'il s'agit de petites îles, cet état de chose est important d'un point de vue financier et il concerne de grandes banques, non seulement en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, mais aussi dans des pays de l'Europe continentale. Même si ces «abris anti-percepteurs» sont à la mode, en réalité, des considérations non fiscales jouent souvent un rôle majeur dans les décisions d'accommodements successoraux prises par les intéressés.

198 En principe, la mobilité d'un trust prévue par le *settlor* ne devrait pas soulever de sérieuses difficultés. Cependant, ainsi qu'on l'a vu plus haut, dans le chapitre VI au sujet du concept de la gestion du trust, on peut s'interroger sur ce qui constitue cette «gestion». Un changement dans le *situs* de la gestion ne devrait pas entraîner un changement des règles qui permettent d'interpréter le trust, afin de décider quels en sont les béné-

[307] Convention modèle double imposition sur les revenus et le capital (Rapport du Comité de l' OCDE sur les affaires fiscales, 1977), p. 142, No 9. *Cf.* Convention entre le Gouvernement des Pays-Bas et le Gouvernement de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord pour éviter les doubles impositions et pour prévenir l'évasion fiscale en matière de revenus et plus-values en capital, conclue le 7 novembre 1980, article 21, alinéa 1, dans *Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 1980, No 205, p. 37.

[308] Voir, en général, R. A. Hendrickson, «Change of Situs of a Trust», Partie I, dans *Trusts and Estates*, Janvier 1979, p. 19–20.

[309] Voir Cavers, «Trusts inter vivos and the conflict of laws», *Harvard Law Review*, Vol. 44 (1930), p. 161, repris dans *Selected Readings on Conflict of Laws* (1956), p. 937, spécialement p. 956.

[310] *Id.*, p. 956. La question soulevée est celle à laquelle se réfèrent les juristes continentaux sous le nom de «conflit mobile». Voir Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, tome I (7e éd. 1981), Nos 318 et s. Le conflit mobile se présente lorsque à la suite d'un changement dans le facteur de rattachement (en l'espèce le lieu de résidence du *trustee*) la situation juridique est soumise successivement à deux systèmes juridiques différents. Voir aussi M. Verwilghen, Rapport explicatif sur la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires *dans Actes et documents de la Douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, tome IV, p. 442. *Cf.* A. E. von Overbeck, Rapport explicatif sur la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux *dans Actes et documents de la Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, tome II, Nos 160–174, p. 364–368.

case[311] mentioned in an early casenote on this subject, where a change in situs of administration, with the settlor's consent, was followed by execution of a power of appointment altering what would otherwise have been the final distributions under the trust, was a marginal case. Consent to the change by the settlor effected a novation, in fact a new trust. And the question over the power of appointment involved formalities not realities.

199 Changes in situs which have been envisaged in the trust instrument should be deemed to effect a change in the law applicable to the trust's administration (unless the instrument clearly states the contrary) but should not be deemed to affect the formal or essential validity of the trust, nor to change the construction of language dealing with the rights of beneficiaries.

Mutability of the law applicable to a long-term property relationship is not unknown. The example which springs to mind is the matrimonial property regime.[312]

The fact that an additional character, such as the 'protector' or 'advisor', may step on stage in order to effect a change of situs (and therefore of applicable law) should not change the position on this point. As mentioned earlier in this Report[313], the cast of the trust drama is not fixed and immutable for all time. Whether the protector is an agent for the settlor, or a kind of 'super trustee', his intervention will not change the basic nature of the trust's characteristic obligation, that of the trustee towards the beneficiaries. Changes in the details of trust administration do not alter this essential relationship.

200 Mobile trusts are an integral feature of the mobility of modern business and personal life. Like businesses, they seek relief from red tape of pressure on the part of authorities, both administrative and fiscal. Like individuals, they may migrate in order to retain flexibility in the face of induly rigid or outdated legal controls – which sometimes make it impossible to meet the challenges of modern economic and social conditions. However, the concept of the trust is unchanging – a relationship of confidence and a duty of impeccable honesty, even honour, in dealings of the trustees towards the beneficiaries.

CHAPTER IX – FISCAL CONSIDERATIONS AND TAX TREATMENT TO BE SET APART

201 We have discussed in several places in Part I of this Report the tax considerations attendant upon certain functional uses of the trust device.[314] Those sections of the descriptive part of this Report were included in order to provide background information concerning the trust institution, so that the influence of fiscal con-

[311] Wilmington Trust Co., 180 A. 597 (Del. Ch. 1935), rehearing 186 A. 903 (Del. Ch. 1936), second hearing 15 A.2d 153 (Del. Ch. 1940); discussed in Note: 'Trusts of Personalty and Conflict of Laws', *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 89 (1941), p. 360, reprinted in *Selected Readings on Conflict of Laws* (1956), p. 1060, especially pp. 1064–1065.
[312] See the Convention of March 14, 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, articles 6–8. (This analogy has already been drawn in No 182, *supra*).
[313] See Part I, No 72, *supra*.
[314] See Nos 74-75, 83-86 and 91, *supra*.

ficiaires, ou quelle part revient à ceux-ci. L'affaire *Delaware*[311], commentée par la doctrine et dans laquelle le changement du *situs* de la gestion, décidé avec l'accord du *settlor*, a été suivi par la signature d'un *«power of appointment»* qui modifiait ce qui aurait autrement été la répartition définitive du trust, était une affaire marginale. L'accord donné par le *settlor* au changement avait eu l'effet d'une novation, c'est-à-dire qu'un nouveau trust avait été créé. Et la question que posait le *«power of appointment»* portait sur des formalités, et non sur la substance.

199 Si le changement du *situs* a été prévu dans l'acte constitutif du trust, il doit être considéré comme apportant un changement à la loi applicable à la gestion du trust (sauf si l'acte affirme clairement le contraire), mais ne devrait pas être considéré comme touchant à la validité du trust, tant sur la forme que sur le fond, ni comme modifiant l'interprétation donnée aux clauses relatives aux droits des bénéficiaires.
La mutabilité de la loi applicable à un rapport de longue durée concernant des biens n'est pas inconnue. On pense immédiatement au régime matrimonial sur les biens.[312].
Le fait qu'un nouveau personnage, par exemple le *«protector»* ou l'*«advisor»* (protecteur ou conseiller) entre en scène pour effectuer un changement de *situs* (et, par conséquent, de la loi applicable) ne devrait pas modifier la situation. Nous l'avons montré plus haut[313], au théâtre du trust, la distribution des rôles n'est pas immuable et fixée une fois pour toutes. Que le «protecteur» soit un représentant du *settlor* ou une sorte de *«super trustee»*, son intervention n'apportera pas une modification fondamentale à l'obligation la plus caractéristique née du trust, celle que le *trustee* assume envers les bénéficiaires. Des changements de détails dans la gestion du trust ne modifient pas ce rapport essentiel.

200 Le trust mobile s'intègre parfaitement dans la mobilité actuelle de la vie des affaires comme de la vie privée. Tout comme les entreprises commerciales, les trusts cherchent à se soustraire aux tracasseries ou pressions des autorités, tant administratives que fiscales. Tout comme les individus, ils peuvent émigrer, afin de garder une certaine souplesse pour faire face à des contraintes exagérément rigides ou démodées – qui empêchent parfois de relever le défi lancé par les conditions économiques et sociales actuelles. La notion du trust demeure néanmoins inchangée – celle d'un rapport de confiance et une obligation d'honnêteté scrupuleuse, d'honneur même, dans les rapports des *trustees* envers les bénéficiaires.

CHAPITRE IX – MISE A L'ÉCART DES CONSIDÉRATIONS FISCALES ET DU RÉGIME DES IMPÔTS

201 On a exposé, dans plusieurs passages de la Première partie de ce Rapport, les considérations fiscales qui découlent de l'utilisation fonctionnelle du trust[314]. Ces passages dans les parties descriptives du Rapport avaient pour but de fournir quelques informations générales sur l'institution du trust, afin que l'influence des

[311] Wilmington Trust Co., 180 A. 597 (Delaware Court of Chancery 1935), nouvelle instance 186 A. 903 (Del. Ch. 1936), seconde instance 15 A.2d 153 (Del. Ch. 1940); discuté dans la Note: «Trusts of Personalty and Conflict of Laws», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 89 (1941), p. 360, repris dans *Selected Readings on Conflict of Laws* (1956), p. 1060, spécialement p. 1064–1065.
[312] Voir la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, articles 6 à 8. (Cette analogie a déjà été signalée *supra* No 182).
[313] Voir Première Partie, *supra* No 72.
[314] Voir *supra* Nos 74–75, 83–86 et 91.

siderations would not be ignored in the work on this project. However, it is also not our intention to overstress the importance of the tax aspects of this subject, which coexist and sometimes combine with important practical and legal considerations.[315]

202 Tax law in any event is public law and treaties dealing with taxation are normally negotiated on a bilateral basis.[316] The Hague Conference on Private International Law is essentially concerned with the preparation of multilateral treaties dealing with the international aspects of private law topics. Thus, it is probable that the instrument prepared by the Conference on the subject of trusts will not deal with recognition or treatment of trusts for tax purposes.

considérations fiscales ne soit pas perdue de vue. Cependant on se gardera de trop souligner cet aspect fiscal de la question, aspect qui coexiste et parfois se conjugue avec des considérations pratiques et juridiques de grande importance[315].

202 Le droit fiscal, en tout état de cause, fait partie du droit public, et les traités relatifs à la fiscalité sont, en règle générale, négociés sur une base bilatérale[316]. La Conférence de La Haye de droit international privé s'occupe principalement de la préparation de traités multilatéraux, portant sur les aspects internationaux de matières de droit privé. Il est donc probable que l'instrument que la Conférence prépare en matière de trusts ne portera pas sur la reconnaissance et le traitement des trusts du point de vue fiscal.

[315] For interesting suggestions for the treatment of the irrevocable *inter vivos* trust in connection with taxation of estates governed by the French law of succession, see Delattre and Tripet, article 56091 – 'Trust inter vivos irrévocable et succession à la loi française, considérations civiles et fiscales', 174 *Journal des notaires et des avocats et journal du notariat*, p. 521 (1981).
[316] *Cf.* No 194 and footnote 307, *supra*.

[315] Pour d'intéressantes suggestions pour le traitement du trust irrévocable entre vifs en relation avec les droits de successions soumis à loi française, voir Delattre et Tripet, article 56091 – «Trust inter vivos irrévocable et succession à la loi française, considérations civiles et fiscales», 174 *Journal des notaires et des avocats et journal du notariat*, 1981, p. 521.
[316] *Cf. supra* No 194 et note 307.

Annex/Annexe

Bibliography/Bibliographie

Books and articles/Livres et articles

Actes et documents, see/voir HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

AMERICAN LAW INSTITUTE (Willis L. M. Reese, Reporter) – *Restatement of Conflict of Laws, Second,* Vol. 2: **154, 162, 164, 176, 187, 282, 283, 284, 285, 286***

AMOS, M. S. – The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations; *Harvard Law Review,* Vol. 50, 1937: **51**

ANDERSON, J. D. N. – Islamic Law; *International Encyclopedia of Comparative Law,* Vol. VI: **68**

ANTON, A. E. – *Private International Law,* Edinburgh, 1967: **162, 171, 301**

AUBERT, J. F. – *in Dalloz Répertoire de droit international,* Vol. II: **252, 260**

BATIFFOL, H. – Trusts – the trust problem as seen by a French lawyer; *Journal of Comparative Legislation and International Law:* **58, 147** – *Choix d'articles,* 1976: **58**

BATIFFOL, H. ET LAGARDE, P. – *Droit international privé,* 7e éd., Vol. I, 1981: **310**

BEEKHUIS, J. H. – *in International Encyclopedia of Comparative Law,* Vol. VI: **7B, 9**

BEINART, B. – Trusts in Roman and Roman-Dutch Law in WILSON W.A. (ed.) *Trusts and Trust-Like Devices,* 1981: **50**

BERLE, A. A. AND MEANS, G. C. – *The Modern Corporation and Private Property,* New York, 1933: **23**

BERNARDI, P. – *Il trust nel diritto internazionale privato,* 1957: **223A**

BIEDERMANN, K. – *Treuhänderschaft im Liechtensteinischen Recht,* 1981: **49** *Black's Law Dictionary:* **135,136**

BOGERT, G. – *Trusts and Trustees,* 2nd ed., 1964: **26**

BOLGAR, V. – Why no trusts in the civil law?; *American Journal of Comparative Law,* Vol. 2, 1953: **38**

BOULANGER, F. – *Les successions internationales,* 1981: **211, 266**

BREDIN, J. D. – *in Travaux du Comité français de droit international privé* (1973-1975): **219, 224**

BRESCH, M. H. – Note *in International and Comparative Law Quarterly,* 1957: **279**

BRIERLEY, J. E. C. – Editor's Post Scriptum to CARON, Y., The Trust in Quebec; *McGill Law Journal,* Vol. 25, 1980: **36**

BROWN, JR., W. H. – The Mortgage Bond Indenture Form – 1981 (American Bar Foundation, Charles H. Jagow, Project Director) reviewed by W. H. Brown, Jr.; *The Business Lawyer,* Vol. 35: **121**

CARON, Y. – The Trust in Quebec; *McGill Law Journal,* Vol. 25, 1980: **36**

CASTEL, J.-G. – *Canadian Conflict of Laws,* Vol. 2, 1977: **165**

CAVERS, D. F. – Trusts *inter vivos* and the conflict of laws; *Harvard Law Review,* Vol. 44, 1930: **292, 309, 310**

CHESTERMAN, M. R. – Charities, trusts and social welfare; excerpt *in* NATHAN and MARSHALL, *Cases and Commentary on the Law of Trusts,* 7th ed., 1980, by D. J. Hayton: **101**

COLLING, D. – *cf.* HERZEL, L.

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ – see/voir HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

COONEY, M. – Succession and Judicial Discretion in Ireland: the Section 117 Cases; *The Irish Jurist,* Vol. XV, 1980: **28K**

Corpus Juris Secundum, Vol. 89, *Trusts:* **25**

DICEY, A. V. AND MORRIS, J. H. C.– *The Conflict of Laws,* 10th ed., Vol. 2, 1980: **162, 169, 185, 189, 194, 316**

DIAMOND, A. L. – Security over Corporeal Movables in England and Wales in SAUVEPLANNE, J. G.(ed.) *Security over Corporeal Movables,* 1974: **115, 129**
– The trust in English law; *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 1981: **149, 178, 215, 301, 302**

DICKENS, C. – *Bleak House,* 1852: **10**

DREYER, D. A. – *Le trust en droit suisse,* 1981: **155, 156, 161, 203, 211, 223A, 230, 236, 250, 251, 258, 300**

DROBNIG, U. – Security over Corporeal Movables in Germany *in* SAUVEPLANNE, J. G. (ed.) *Securities over Corporeal Movables,* 1974: **130**

DROZ, G. A. L. – *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun,* Paris, 1972: **294**
– Note *in Revue critique de droit international privé,* 1971: **218, 277**
– *in Jurisclasseur de droit international* (fasc. 557–B, No 224): **268, 275**
– Les règles du traité C.E.E. sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale; *The Influence of the European Communities upon Private International Law of the Member States,* Brussels, 1981: **300B**

DUKEMINIER, J. AND JOHANSON, S.– *Family Wealth Transactions: Wills, Trusts and Estates,* 2nd ed., 1979: **70, 72, 73, 80, 89**

* Numbers referring to footnotes.
Les chiffres renvoient aux numéros des notes figurant en bas de page.

EHRENZWEIG A. A. – *Conflict of Laws*, 1962: **158**

EHRENZWEIG, A. A. AND JAYME, E.– *Private International Law*, Vol. II, 1973: **226, 305**

FERID, M. AND FIRSCHING, K. – *Internationales Erbrecht*, Vol. VI: **276**

FIRSCHING, K. – *cf.* FERID, M.

FRATCHER, W. F. – *in International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VI: **34, 42, 52A, 64, 65**

FRIEDMAN, L. – *A History of American Law*, 1973: **20, 21**
– The dynastic trust; *Yale Law Journal*, Vol. 73, 1964: **21**

GABBA, C. F. – *in Foro Italiano*, 1900: **277A**

GANSHOF, L. F. – *Le droit de la faillite dans les Etats de la C.E.E.*, 1969: **137**

GIVNER, R. P. – ESOPS and the Federal Securities Law; *The Business Lawyer*, Vol. 31, 1976: **113**

GOLD, J. – Trust Funds in International Law; *American Journal of International Law*, Vol. 72, 1978: **128, 303**

GOLDSTEIN, H. – *Trusts of Movables in the Conflict of Laws*; thesis, Köln, 1966: **161, 223A, 272**

GORDLEY, J. – *cf.* VON MEHREN, A T. AND GORDLEY, J.

GOOP, A. P. AND MARXER, P. – *Company Law in Europe*, 1975: **49**

GOTTHEINER, H. G. – Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland; 21 *Rabels Zeitschrift*, 1956: **271**

GRAVESON, R. H. – *Conflict of Laws*, 7th ed., 1974: **157, 163**

GRAY – *Rule Against Perpetuities*, 4th ed., 1942: **13**

GUMMOW, W. M. C. – *cf. Jacobs*

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW – *Actes et documents de la Douzième session* (1972), Vol. II, *Administration des successions*: **248, 263**
– *id.*, Vol. IV, *Obligations alimentaires*: **310**
Actes et documents de la Treizième session (1976), Vol. II, *Régimes matrimoniaux – Matrimonial property regimes*: **287–291, 310**
– *id.*, Vol. IV, *Contrats d'intermédiaires – Agency*: **2**

HAYTON, D. J. – *cf.* NATHAN AND MARSHALL

HEFTI, P. – Trusts and Their Treatment in the Civil Law; *American Journal of Comparative Law*, Vol. V, 1956: **225**

HENDRICKSON, R. A. – *Trusts and Estates*, Part I, January 1979: **85, 308**
– *id.*, Part X, October 1979: **85**

HENRIQUEZ, E. C. – De Trust in het IPR; *Netherlands International Law Review*, 1965: **227**

HERZEL, L. AND COLLING, D. – The Chinese wall and conflict of interests in banks; *The Business Lawyer*, Vol. 34, 1978: **77**

International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VI: **7, 7B**

The International Herald Tribune, Monday, April 5, 1982, p. 10S: **148**

Jacobs' Law of Trusts in Australia, 4th ed. by R. P. MEAGHER AND W. M. C. GUMMOW, 1977: **18, 28E, 127, 141**

JAYME, E. – *cf.* EHRENZWEIG, A. A. AND JAYME, E.

JOHANSON, S. – *cf.* DUKEMINIER, J.

Jowitt's Dictionary of English Law, Vol. II: **4, 135**

KAHN, PH. – Lex Mercatoria et Euro-obligations; *Law and International Trade/Recht und Internationaler Handel*, 1973 *Festschrift für Clive M. Schmitthoff*: **133,150**

KÖTZ, H. – *Trust und Treuhand*, 1963: **67**
Cf. also ZWEIGERT, K.

KUHN, G. – *cf.* MENTZEL, F.

LAGARDE, P. – *in Travaux du Comité français de droit international privé* (1973–1975): **247**
Cf. aussi BATIFFOL, H. ET LAGARDE, P.

LALIVE, P. – Note *in Journal du droit international*, 1976: **212, 221, 225, 241**

LATHAM, V. – The Creation and Administration of a Trust in the Conflict of Laws; 6 *Current Legal Problems*, 185, 1953: **173**

LAWSON, F. H. – *in International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VI: **7, 8, 59**

LEPAULLE, P. – *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, 1932: **226**

LEVAN, G. – *Forum juridicum*, Louisiana Counterparts to Legal and Equitable Title; *Louisiana Law Review*, Vol. 41, 1981: **40**

LIMPENS, J. – *cf.* DE WULF, C.

LOUSSOUARN, Y. – Note *in Gazette du Palais*, Paris, 1970: **218, 230**

MAITLAND, F. W. – *Equity, a course of lectures*: **69**

MALAURIE, PH. – Note *in Recueil Dalloz Sirey*, 1972: **218, 224, 255, 255A**

MARSHALL, O. R. – *cf.* NATHAN, J. A.

MARXER, P. – *cf.* GOOP, A. P.

MEAGHER, R. P. – *cf. Jacobs'*

MEANS, G. C. – *cf.* BERLE, A. A.

VON MEHREN, A. T. – Civil law analogues to consideration: an exercise in comparative analysis; *Harvard Law Review*, Vol. 72: **94**

VON MEHREN, A. T. AND GORDLEY, J.– *The Civil Law System*, 2nd ed., 1977: **94**

MELLOWS, A. R. – *Taxation for Executors and Trustees*, 5th ed., 1981: **88, 91**

MENTZEL, F. AND KUHN, G. – *Konkursordnung*, 8th ed., 1976: **138**

MORRIS, J. H. C. – Intestate Succession in the Conflict of Laws; 85 *Law Quarterly Review*, 1969: **197**
Cf. also DICEY, A. V.

MOTULSKY, H. – De l'impossibilité de constituer un «Trust» anglo-saxon sous l'empire de la loi française; *Revue critique de droit international privé*, 1948: **275**

NAST, M. – Note *in Revue de droit international privé*, 1907: **220**

NATHAN, J. A. AND MARSHALL, O. R.– *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, 7th ed., 1980, by HAYTON, D. J.: **11, 79, 83, 87, 96, 97, 98, 99, 108**

NECKER, A. – *in Revue critique de droit international privé*, 1976: **269**

NUSSBAUM, A. – Sociological and Comparative Aspects of the Trust; *Columbia Law Review*, Vol. 38, 1938: **48, 57**

NYGH, P. – *Conflict of Laws in Australia*, 1971: **162, 177, 196**

OOSTERHOFF, A. H. – *Cases and Materials on the Law of Trusts*, Toronto, 1980: **28A, 28B**

OPPENHEIM, L. – The drafting of a trust code in a civil jurisdiction *in* WILSON, W. A.(ed.) *Trusts and Trust-Like Devices*, 1981: **26, 41**

OPPETIT, B. – Le «trust» dans le droit du commerce international; *Revue critique de droit international privé*, 1973: **217, 223A**

POLLOCK, F. AND MAITLAND, F. W.– *The History of English Law before the time of Edward I*, 2nd ed., 1898 (1952 Cambridge reprint), Vol. II: **6**

POLUBINSKI JR., E. – The Effect of State Securities or Blue Sky Law Regulation upon the Organizational Structure and Operations of Real Estate Investment Trusts; *The Business Lawyer*, Vol. 30, 1974: **112**

POSNER, L. S. – The Trustee and the Trust Indenture: A Further Study; *Yale Law Journal*, Vol. 46, 1937: **120**

RAISER – *Dingliche Anwartschaften*, 1961: **131**

Régimes matrimoniaux, successions et libéralités, (M. VERWILGHEN, éd.), Vol. II, 1979: **49, 241A, 249**

REYMOND, C. – Note *in Journal des Tribunaux*, I, 1971: **221, 223A**

RICE, R. S. AND RICE, T. R. – *Family Tax Planning*: **88, 90, 92**

RYAN, K. W. – The Reception of the trust; *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 10, 1961: **35, 37, 42A, 44**

SAUVEPLANNE, J. G. – *cf.* DIAMOND, A. L., DROBNIG, U.

SCHNITZER, A. F. – Le trust et la fondation dans les conflits de lois; *Revue critique de droit international privé*, 1965: **225**

SCHÖNLE – Die Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen in Deutschland; *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965: **259**

SCOTT, A. W. – *Scott on Trusts*, 3rd ed., Vol. I, 1967: **2, 28H, 125, 144, 145, 170, 179, 183, 193**
– *id.*, Vol. V: **293**

SERICK, R. – Zur Behandlung des Anglo-Amerikanischen Trust im kontinentaleuropäischen Recht; *Festschrift Nipperdey*, Band II, 1965: **246, 272**

SHATTER, A. J. – *Family Law in the Republic of Ireland*, 1977: **28K**

SMITH, R. B. *et al.* – The Trust Indenture Act needs no Conflict of Interest Revision; *The Business Lawyer*, Vol. 35, 1979: **120**

A Statement of the Laws of Venezuela in Matters affecting Business, Organization of American States publication, 1977: **45**

STOCKING, G. W. AND WATKINS, M. W.– *Monopoly and Free Enterprise*, 1951: **22**

SWEENEY, J. – Presumed Resulting Uses and Trusts: survivals – and a new arrival?; *The Irish Jurist*, Vol. XIV, 1979: **28J**

TAKAYANAGI, K. – La fiducie en droit japonais contemporain; *Semaine internationale de droit*, 1937: **48**

TAYLOR III, J. – The financial collapse of the REIT industry: an analysis and proposed regulatory framework; *Texas Tech Law Review*, Vol. 9, 1978: **27, 107, 111**

TEYSSIÉ, B. – *Les groupes de contrats*, Paris, 1975: **298, 299**

THIEME, J. – Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980; *Rabels Zeitschrift*, 1981: **139**

UNIKEN VENEMA, C. AE. – Trust-Like Devices under Dutch Law; *Trusts and Trust-Like Devices*, 1981 (edited by W. A. Wilson): **114**
– *Van Common Law en Civil Law*, 1971: **213, 223A, 227, 254**

VISCHER, F. – Note *in Annuaire suisse de droit international*, 1976: **221, 225, 239**

WADE, W. – Bank-sponsored Collective Investment Funds: An Analysis of Applicable Federal Banking and Securities Laws; *The Business Lawyer*, Vol. 35, 1980: **28**

WALKER, D. M. – *Principles of Scottish Private Law*, Vol. II: **30**

WATERS, D. – Trusts and trustees – a *cause célèbre*: measure of damages for breach of trust – duties and liabilities as co-trustees – professional trustees – standard of care; *Canadian Bar Review*, Vol. 55, 1977: **78**

WATKINS, M. W. – *cf.* STOCKING, G. W.

WEBER, R. H. – Parteiautonomie im Internationalen Sachenrecht?; 44 *Rabels Zeitschrift*, 1980: **243A**

WEISER, F. – *Trusts on the Continent of Europe*: **61**

WEISMAN, J. – Shortcomings in the Trust Law, 1979; *Israel Law Review*, Vol. 15, 1980: **46, 47**

WENGLER, W. – *Internationales Privatrecht*, 1981: **246**

WILLE, H. – *in* VERWILGHEN, M. (ed.) *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Vol. II, 1979: **49**

WILSON, W. A. – The Trust in Scots Law *in* WILSON, W. A. (ed.) *Trusts and Trust-Like Devices*, 1981: **29, 32, 33**

WISDOM, J. – A Trust Code in the Civil Law; *Tulane Law Review*, Vol. 13, 1938: **39**

WOLF, M. – Personalstatut für Gesellschaften, Vereine und Stiftungen; *Festschrift für Martin Wolf*, 1952: **227**

WITZ, C. – *La fiducie en droit privé français*: **62, 132**

DE WULF, C. – *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Brussels, 1965: **3**

ZIEGEL, J. S. – Canadian Chattel Security Law: Past Experience and Current Developments; *Security over Corporeal Movables* (J. G. Sauveplanne ed.), 1974: **119**

ZWEIGERT, K. AND KÖTZ, H.– *An Introduction to Comparative Law*, Vol. II: The Institutions of Private Law, 1977: **143**

Selected readings on conflicts of laws, 1956: **292, 309, 311**

Reports/Rapports

DROZ, G. A. L. – Commentary on the Questionnaire on succession in private international law/Commentaire du Questionnaire sur le droit international privé des successions; *Actes et documents de la Douzième session* (1972), Vol. II, *Administration des successions:* **263**

HORNSEY, G. – Report on the possible uses of certain principles of the trust in civil law countries/Rapport sur les possibilités d'utiliser certains principes du «trust» dans les pays dits de droit civil; *UNIDROIT Yearbook/ Annuaire*, 1957/1958: **52**

KARSTEN, I. G. F. – Explanatory Report on the Convention on the Law Applicable to Agency/Rapport explicatif sur la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation; *Actes et documents de la Treizième session* (1976), Vol. IV, *Agency – Contrats d'intermédiaires:* **2**

LALIVE, P. –Explanatory Report on the Convention Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons/Rapport explicatif sur la Convention sur l'administration internationale des successions; *Actes et documents de la Douzième session* (1972), Vol. II, *Administration des successions:* **248**

VON OVERBECK, A. E. – Explanatory Report on the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes/Rapport explicatif sur la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux; *Actes et documents de la Treizième session* (1976), Vol. II, *Régimes matrimoniaux – Matrimonial property regimes:* **310**

VERWILGHEN, M. – Explanatory Report on the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations/Rapport explicatif sur la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires; *Actes et documents de la Douzième session* (1972), Vol. IV, *Obligations alimentaires:* **310**

Official journal of the European Communities/Journal officiel des Communautés Européennes, L 266, Vol. 23, 23e année, 9 October/octobre 1980 (Reporters Professors Giuliano and Lagarde): **237**

Scottish Law Commission No 68, 1982 – *Report on Bankruptcy and related aspects of insolvency and liquidation:* **135A**

Travaux du Comité français de droit international privé (1973–1975): **219, 247**

Periodicals/Revues

American Journal of Comparative Law: **255, 304**

American Journal of International Law, Vol. 72, 1978: **128**

The Business Lawyer, Vol. 30, 1974: **112**
– *id.*, Vol. 31 (Special Issue of October 1975) on Fiduciary Responsibilities under the Pension Reform Act: **26**
– *id.*, Vol. 31, 1976: **113**
– *id.*, Vol. 34, 1979: **105, 106, 110**
– *id.*, Vol. 36, 1981: **121**

Columbia Law Review, Vol. 38, 1938: **48**

Commonwealth Law Bulletin, Vol. 7, 1981: **82**

Foro Italiano, 1900: **277A, 279**

Giurisprudenzia Italiana, 1899: **277A**

Harvard Law Review, Vol. 50, 1937: **51, 94**
– *id.*, Vol. 44, 1930: **292, 309**

International and Comparative Law Quarterly (I.C.L.Q.), Vol. 10, 1961: **35**
– *id.*, Vol. 2, 1953: **256**
– *id.*, Vol. 6, 1957: **279**

The Irish Jurist, Vol. XIV, 1979: **28J**

Israel Law Review, Vol. 15, 1980: **46**

Journal du droit international, 1884: **264**
– *id.*, 1976: **221**
– *id.*, 1981: **257**

Gazette du Palais, Paris, 1970: **218**

Journal des Tribunaux, 1971, I: **221**

Netherlands International Law Review, 1965: **227**

Neue Juristische Wochenschrift, 1959: **63**
– *id.*, 1965: **259**

Pasicrisie belge, 1948: **273**

Rabels Zeitschrift, 1980: **243A, 271**

Recueil Dalloz Sirey: **218**

Revue critique de droit international privé, 1973: **151, 217, 269**
– *id.*, 1948: **275, 277**

Revue suisse de Juriprudence, 1958: **259**

Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1981: **149, 301**

Semaine internationale de droit, 1937: **48**

Tulane Law Review, Vol. 13, 1938: **39**

University of Pennsylvania Law Review, Vol. 89, 1941: **292, 311**

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie, 1972: **265**

Yale Law Journal, Vol. 46, 1937: **120**

Statutes/Statuts

Judicature Act, R.S.O., 1970: **28A**

New Zealand Trustee Amendment Act, 1935: **28I**

Projet de Loi No 2366 relatif aux organismes de placement collectif, Luxembourg: **54**

Public Trustee Act 1958 (Victoria): **82**

Uniform Commercial Code (United States) 1972: **122, 123, 124**

Uniform Probate Code: **294**

United States Internal Revenue Code: **102, 103, 104, 109**

Victoria Property Act, 1928: **28I**

Cases/Jurisprudence

AUSTRALIA/AUSTRALIE

Supreme Court of Victoria, 1980, *Milanese* v. *Harburger*, V.R. 652: **82**

AUSTRIA/AUTRICHE

Austrian Supreme Court, 27 February 1952, i Ob. 162/52; 2 *International and Comparative Law Quarterly*, 1953, 148: **256**

BELGIUM/BELGIQUE

Tribunal Bruxelles, 27 novembre/November 1947, *Evans* c./v. *Evans, Pasicrisie belge*, 1948, 51: **273**

FRANCE

(D. = *Recueil Dalloz; J.* = *Journal du droit international* (depuis/since 1915), *Journal du droit international privé* (1873–1914); R. = *Revue critique de droit international privé* (depuis/since 1947), *Revue critique de droit international* (1934–1946), *Revue de droit international privé* (1905–1933)

Tribunal Seine, 30 mai/May 1873, *Roden* c./v. *Ministère de la guerre*, confirmé par/confirmed by *Cour de Paris*, 28 janvier/January 1879, J. 1880, 472: **204**

Tribunal Seine, 10 décembre/December 1880, *Enregistrement* c./v. *Palikao*, J. 1880, 435: **204**

Cour de Paris, 7 août/August 1883, *Affaire Curdy*, J. 1884, 192: **264**

Tribunal Seine, 8 août/August 1888, *Royle* c./v. *Linton*, J. 1889, 635: **204, 252**

Tribunal Seine, 26 décembre/December 1894, *Les fils de J. Mathieu* c./v. *époux Terry*, J. 1895, 587: **206**

Tribunal Seine, 28 juin/June 1901, *Van der Heydt et Burth (Robert Peel)* c./v. *Kleinberger*, J. 1901, 812, confirmé par/confirmed by *Cour d'appel de Paris*, 27 janvier/January 1904, D. 1905, 2, 356: **204, 267**

Tribunal civil Nice, 3 mai/May 1905, *Mac Calmont*, J. 1911, 278: **208, 265, 274**

Cour de Toulouse, 18 juillet/July 1905, *Kerr* c./v. *Pyrénées Minérales*, J. 1906, 451, confirmé par/confirmed by *Cour de cassation*, 19 février/February 1908, J.1912, 243: **204, 205**

Tribunal Seine, 16 mai/May 1906, *Sohège* c./v. *Singer*, J.1910, 1229: **220**

Tribunal Seine, 22 décembre/December 1926, *Société Beer Limited* c./v. *époux Betts-Brown et Humphreys*, R.1927, 70, confirmé par/confirmed by *Cour d'appel de Paris*, 18 avril/April 1929, R.1935, 149: **204, 252**

Tribunal Seine, 23 février/February 1927, *Doeuillet* c./v. *Dame Dagmar Betts Brown* et al., R.1927, 263: **204, 244**

Tribunal des Alpes maritimes, 22 février/February 1928, *Van Allen* et al. c./v. *Conil*, J.1929, 433: **245, 274**

Tribunal Le Mans, 20 novembre/November 1934, *Milthorp* c./v. *Milthorp et Fielding*, J.1935, 651: **209**

Tribunal Seine, 1 juillet/July 1949, *Leirens* c./v. *Armée du Salut*, R.1949, 664: **266**

Cour de Paris, 29 novembre/November 1952, *André* c./v. *Mallaby Deeley* et al., J.1953, 140: **245, 274**

Tribunal Pau, 3 juillet/July 1956, *Vrignoneaux* c./v. *Harris, Gazette du Palais*, 1956, 339: **266**

Cour d'appel de Paris, 10 janvier/January 1970, *Courtois* c./v. *de Ganay*, R.1971, 518; D.1972, 122: **218, 219, 223**

Tribunal de grande instance de Bayonne, 28 avril/April 1975, *Dame B*, R.1976, 330: **269**

Tribunal de grande instance de Paris, 22 avril/April 1976 *(Cons. Hall Patch* c./v. *Ministère public)*, R.1977, 325: **277**

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY/RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

Reichsgericht, 6 March 1930, R.G.Z. 127, 341: **63**

Reichsfinanzhof, 24 September 1935, R.St.Bl.1935, 1366: **210**

Reichsgericht, 19 February 1937, R.G.Z. 153, 366: **63**

Bundesgerichtshof, 7 April 1959, N.J.W. 1959, 1223: **63**

Bundesgerichtshof, 15 April 1959, UZR 5/58: **223A**

Oberlandesgericht Stuttgart, 9 June 1964, *Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts* 1964–1965, 75: **259**

A. G. Hamburg, 31 July 1964, *Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts* 1964–1965, 109: **259**

GREECE/GRÈCE

Greek Areopagos, 1977, Judgment No 1286, *Tribune Juridique*, 1978, 1046; *Journal du droit international* (France), 1981, 94: **257**

ITALY/ITALIE

Court of Oristano, 15 mars/March 1956, 79 *Foro Italiano* I, col. 1019, 1956; 6 *International Comparative Law Quarterly*, 169: **279**

LUXEMBURG/LUXEMBOURG

Tribunal d'arrondissement, 21 janvier/January 1971,

Four Seasons Overseas c./v. *Finimtrust* et al., *Revue critique de droit international privé* (France), 1973, 51: **216**

NETHERLANDS/PAYS-BAS

Hoge Raad, 5 November 1941, B.7385: **209**

Amsterdam Cour d'appel/Court of Appeals, 18 March 1960, confirming *Rechtbank* Utrecht, 10 February 1956: **265**

SWITZERLAND/SUISSE

Tribunal de commerce de Genève, 22 janvier/January 1874, *Pugh* c./v. *Schlesinger, Journal des Tribunaux,* 1874, 334: **205**

Tribunal fédéral, 26 mai/May 1936, *Aktiebolaget Obligationsinteressenter* c./v. *Banque des Règlements Internationaux/Bank for International Settlements,* ATF 62, 1936, II, 140: **232**

Tribunal Horgen, 20 janvier/January 1956, *Revue suisse de jurisprudence,* 1958, 21: **259**

Cour fédérale, 5 avril/April 1963, *Arrêt Saunders,* ATF 89, 1963, III, 12: **253**

Tribunal fédéral, 29 janvier/January 1970, *Harrison* c./v. *Crédit suisse,* ATF 96, 1970, II, 79; *Journal des Tribunaux,* 1971, 329: **223**

UNITED KINGDOM/ROYAUME-UNI

1895, *Re Piercy,* 1 Ch. 83: **278**

1926, *Re Annesley,* Ch. 692: **192**

1932, *MacDonald* v. *MacDonald's Executrix, Scots L.T. Rep.* 381 (H.L.): **200**

1945, *Duke of Marlborough* v. *Attorney-General,* 1 All E.R. 165: **168**

1947, *Re Ridsdell,* Ch. 597, 605: **83**

1954, *Re Iveagh Trusts,* 1 All E.R. 609, 169: **168**

1963, *Wyler* v. *Lyons,* All E.R. 821: **182**

UNITED STATES/ETATS-UNIS

1904, *Matter of Totten,* 179 New York 112, 71 N.E. 748: **146**

1928, *Meinhard* v. *Salmon,* 249 N.Y. 458, 464, 164 N.E. 545, 546: **80**

1940, *Wilmington Trust Co.,* 180 A. 597 (Del. Ch. 1935), rehearing 186 A. 903 (Del. Ch. 1936), second hearing 15 A. 2d 153 (Del. Ch. 1940): **311**

Supreme Court of Illinois, 1975, In *Re Estate of Gerbing,* 61, Ill. 2d 503, 337 N.E. 2d 29: **75**

Appellate Division, First Department (New York), 21 January 1982, *Goodman* v. *Goodman:* **142**

Contents of the Report

page

Part one: The trust – Development and functional uses with some analogies 10

CHAPTER I – INTRODUCTION 10

CHAPTER II – HISTORICAL DEVELOPMENT AND GEOGRAPHICAL EXPANSION OF THE TRUST, WITH SOME ANALOGIES 12

A *The trust in English equity practice* 12

B *The trust in other jurisdictions which have adopted English common law and equity* 21

C *The trust as adopted in systems not based on English law and equity* 27

D *Analogous institutions in systems not based on common law and equity* 35

CHAPTER III – MODERN FUNCTIONAL USES OF THE TRUST DEVICE 40

A *Estate planning* 40

Legal considerations 42

Administrative considerations 43

Custodian trustees 47

Tax considerations 47

Analogous practices in countries without the trust institution 48

B *Charitable gifts and bequests* 49

Legal and administrative considerations 50

Tax considerations 51

Analogous institutions 53

C *Pension trusts* 53

Legal considerations 53

Administrative considerations 54

Tax considerations 55

Analogous institutions 55

D *Business trusts* 55

Real estate investment trusts 55

Unit trusts (investment funds) 56

Table des matières

page

Première partie: Le trust – Description de son développement et de son emploi fonctionnel, en tenant compte de certaines de ses institutions analogues 10

CHAPITRE PREMIER – INTRODUCTION 10

CHAPITRE II – DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE ET EXPANSION GÉOGRAPHIQUE DU TRUST ET DE CERTAINES FORMES ANALOGUES 12

A *Le trust dans la pratique de l'*equity *anglaise* 12

B *Le trust dans les autres Etats qui ont adopté la* common law *et l'*equity *anglaises* 21

C *Le trust tel qu'il a été adopté dans des systèmes qui ne reposent pas sur le droit anglais et d'*equity 27

D *Des institutions analogues dans les systèmes qui ne reposent pas sur la* common law *et l'*equity 35

CHAPITRE III – LES EMPLOIS FONCTIONNELS MODERNES DU TRUST 40

A *Accommodements successoraux* (estate planning) 40

Considérations juridiques 42

Considérations relatives à la gestion 43

Custodian trustees (trustees conservateurs) 47

Considérations fiscales 47

Procédés analogues utilisés dans certains pays où l'institution du trust fait défaut 48

B *Donations et legs de charité* 49

Considérations juridiques et administratives 50

Considérations fiscales 51

Institutions analogues 53

C *Trusts de retraite* 53

Considérations juridiques 53

Considérations relatives à la gestion 54

Considérations fiscales 55

Institutions analogues 55

D *Trusts d'affaires* 55

Trusts d'investissements immobiliers 55

Unit trusts (trusts de placements) 56

Employee stock ownership plans and trusts (ESOPs) 56
Voting trusts 56
Analogous institutions 57

E *Trusts for the creation and enforcement of security interests* 58
Deeds of trust and trust indentures 58
Analogous institutions 60

F *Trusts for liquidation: trustees in bankruptcy and assignments for the benefit of creditors* 62
Analogous institutions 62

G *Constructive and resulting trusts* 63
Constructive trusts 63
Analogous institutions 64
Resulting trusts 64

GG *Bank account trusts* 65

H *Other uses of the trust device* 65

Part two: Trusts in the conflict of laws 65

CHAPTER IV – INTRODUCTION 65

CHAPTER V – THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS 69

A *Common law jurisdictions* 69
1 *Movables* 69
a *Trusts* inter vivos 70
b *Testamentary trusts* 74
2 *Immovables* 75
a *Trusts* inter vivos 75
b *Testamentary trusts* 76
Tentative conclusions 76

B *Civil law jurisdictions* 77
1 *Movables* 77
a *Trusts* inter vivos 77
(i) Characterization of the trust 77
(ii) Applicable law 81
b *Testamentary trusts* 86
2 *Immovables* 90
a *Trusts* inter vivos 90
b *Testamentary trusts* 90
Tentative conclusions 91

CHAPTER VI – THE CONCEPT OF ADMINISTRATION OF TRUSTS IN THE CONFLICT OF LAWS 92

CHAPTER VII – INTERNATIONAL TREATIES 97

CHAPTER VIII – THE MOBILE TRUST 100

CHAPTER IX – FISCAL CONSIDERATIONS AND TAX TREATMENT TO BE SET APART 101

Annex–Bibliography 103

Employee stock ownership plans and trusts (ESOPs) 56
Trusts de vote 56
Institutions analogues 57

E *Les trusts destinés à créer et exécuter des sûretés* 58
Deeds of trust and trust indentures (actes de trust et trusts de sûretés) 58
Institutions analogues 60

F *Trusts de liquidation des biens: syndic de la faillite ou concordat par abandon d'actifs* 62
Institutions analogues 62

G *Constructive and resulting trusts* 63
Constructive trusts 63
Institutions analogues 64
Resulting trusts (trusts par implication) 64

GG *Les trusts de comptes en banque* 65

H *Autres usages du trust* 65

Deuxième partie: Les trusts et les conflits de lois 65

CHAPITRE IV – INTRODUCTION 65

CHAPITRE V – LA LOI APPLICABLE AUX TRUSTS 69

A *Pays de* common law 69
1 *Meubles* 69
a *Trusts entre vifs* 70
b *Trusts testamentaires* 74
2 *Immeubles* 75
a *Trusts entre vifs* 75
b *Trusts testamentaires* 76
Conclusions provisoires 76

B *Pays de droit civil* 77
1 *Meubles* 77
a *Trusts entre vifs* 77
i) Qualification du trust 77
ii) Loi applicable 81
b *Trusts testamentaires* 86
2 *Immeubles* 90
a *Trusts entre vifs* 90
b *Trusts testamentaires* 90
Conclusions provisoires 91

CHAPITRE VI – LE CONCEPT DE LA GESTION DU TRUST ET LE CONFLIT DE LOIS 92

CHAPITRE VII – TRAITÉS INTERNATIONAUX 97

CHAPITRE VIII – LE TRUST MOBILE 100

CHAPITRE IX – MISE A L'ÉCART DES CONSIDÉRATIONS FISCALES ET DU RÉGIME DES IMPÔTS 101

Annexe – Bibliographie 103

Study on business trusts and charitable trusts

PREPARED BY DONALD T. TRAUTMAN
PROFESSOR OF LAW
HARVARD UNIVERSITY

Document préliminaire No 2 de mai 1982

Preliminary Document No 2 of May 1982

The purpose of this study is to provide the basis for deciding whether the proposed treaty for the recognition of private trusts in civil law countries should include business trusts and charitable trusts. A related purpose is to provide appropriate language to accomplish whatever decisions are made on inclusion or exclusion of such trusts. In addition, an objective is to provide an explanation of the conception, structure, and workings of these institutions for civil law jurists, who may find it helpful for their participation in a meaningful fashion in the drafting of a treaty.

A *Preliminary issues*

Some preliminary issues require decision; the questions to which this study is addressed may well be resolved or at least immeasurably simplified if some clarity could be achieved about the purposes and premises of the basic treaty. These issues of the purposes and premises of the treaty may well be the ones which will call for discussion among the advisers here and later with the representatives of other common law countries.

These preliminary issues can be stated quite simply and resolve themselves into a question of whether the treaty has a relatively narrow and specific purpose or a more general and perhaps more expansive one. The former would presumably be the case if the basic concern is to single out the trust because it has been a particularly troublesome device for civil law countries and provides a promising subject for a symbolic step toward cooperation. On this view, the treaty would be limited to those ordinary forms of trust that visibly are a problem; it might in this situation be thought that the effort would be impeded by introducing the refinements and complications involved in the more exotic forms of organization, as for example could be thought to be the case of the business trust. A more expansive view of the treaty would proceed from the premise that some forms of association, like the corporation and partnership, are sufficiently similar to civil law forms that no acute difficulties arise but that some forms of organization, like the trust, involve conceptual distinctions and difficulties for the civil law that it would be useful to address in a treaty. On this view, the treaty might well include any organization that makes use of the trust form with its conceptual snares, with a view to achieving improvement in civil law treatment of all forms of private association, so that charitable and business trusts should clearly be included to whatever extent they possess some of the troublesome attributes of private trusts.[1]

B *Organization of the study*

First, if the answers to the above questions lead toward more expansive views of the scope of the treaty, presumably charitable trusts and business trusts should be included because, as organizations that might well create no difficulty abroad if cast in the corporate form, they present for civil law countries the same formal difficulties that the private trust presents. Thus, the study must address the question of the soundness of the premise that charitable trusts and business trusts do present the same formal difficulties as the private trust. Consequently, in the following study this is the first question sought to be answered.

Second, if either charitable or business trusts involve additional formal difficulties, that factor would become relevant even if very expansive views of the treaty were taken; civil law countries must be made aware of those special problems, and presumably the treaty should specifically address them so that fair notice is given to all of what the treaty encompasses. *A fortiori*, if less expansive views are taken of the scope of the treaty, any special difficulties presented by the charitable or business trust should be assessed to determine whether it is worthwhile to ask for inclusion of these trusts in the treaty. Thus, in the following study the second general question sought to be answered is that of the extent to which these two types of trusts involve additional difficulties of a formal nature beyond those presented by the private trust.

Third, on the assumption that more limited views are taken of the scope of the treaty, some consideration should be given to the purposes and functions of the charitable and business trust in modern affairs so that some fair answer is possible to the question whether a treaty dealing with trusts should on some practical or functional view of their significance include the charitable trust and the business trust.

Fourth, the study will attempt to suggest language for identifying the charitable trust and the business trust, on the assumption that whether one or the other or both should be included or excluded, or whether its inclusion or exclusion is to be left open, these decisions should be reflected by appropriate language in the body of the treaty.

Finally, the study will address choice-of-law questions. Presumably other work now under way will address the appropriate choice-of-law treatment for private trusts, so that, for example, issues concerning the powers or authority of the trust or trustee can be resolved by reference to the choice-of-law provisions of the treaty. Until it is known what form and content those provisions are likely to have, all it seems possible for this study to undertake at present is to identify any particular choice-of-law problems that charitable and business trusts present and, if possible, to suggest appropriate solutions within the traditional patterns of choice-of-law for trusts. In particular, it may safely be assumed that the primarily concerned jurisdictions in the case of private trusts will be those of the community of the settlor of the trust and of the community where the trust is administered. For any problems of validity that might present partic-

[1] An even more expansive view would be to consider all unusual devices for private association as between civil law and common law countries, with the two-way potential of providing also for recognition in common law countries of civil law devices with which common law countries are unfamiliar. This study assumes that such an expansive view will not be adopted and in any event that such a view would go beyond the functions of this study.
A middle position might be to consider those forms of trust that present particular problems internationally. It may well be that only the private trust, which mobile members of society may desire to establish outside the jurisdictions in which trusts are normally used, would meet this pragmatic test; no evidence has been uncovered at this preliminary stage that there is a substantial interest in establishing charitable or business trusts to be administered in civil law countries.

ular problems for civil law countries, presumably the place of administration of the charitable and business trust will play a dominant role, and the only problem of significance to be addressed is identification of that place for charitable and business trusts.

The following is written on the assumption that it will supplement a general study of the private trust being made by others. When that study is available, it may be necessary to supplement or modify this study. In the interim, we assume (1) that the general study will deal with the following problems that private trusts may present for civil law countries and (2) that no independent discussion of these problems is needed except to the extent that charitable and business trusts present these problems in special or different ways:

1 legal personality;
2 split ownership of property;
3 fiduciary obligations of trustee;
4 duration of trust; and
5 establishment and regulation by public authority.

THE BUSINESS TRUST

Introduction. Functionally a business trust is like a corporation, but in form it has many characteristics of the trust. Following a brief summary of the principal features of a business trust, this part of the study will examine the formal characteristics of the business trust and compare them with those of the private trust; the objective is to determine the extent to which a treaty overcoming objections to the private trust could or should also deal with the business trust.

In a typical business trust[2], individual shareholders contribute assets to the trust, the legal title to which assets is vested in the trustees. The shareholders are given certificates of beneficial interest in the trust, which are transferable in the same way as stock in a corporation. The rights and liabilities of the shareholders, trustees, and third parties with whom the trust does business are set forth in an instrument called a declaration of trust.

The business trust has its roots in the unincorporated joint stock company and the trust.[3] The joint stock company itself strongly resembled a corporation: under a joint stock organization the shareholders received transferable certificates representing their fractional interests in the enterprise. The business was conducted by a board of directors whom the shareholders elected. The shareholders, however, were held by the courts to be personally liable for the debts of a large partnership of which they were members, because the joint stock company as such was not a corporate entity sanctioned by the legislature. Nor was there a trustee to interpose a shield between the shareholders and the world at large. The shareholders were regarded as principals conducting a business through their appointed agents.

The other parent of the business trust was the simple trust. The proprietors of a business placed the business in trust for their ultimate pecuniary benefit. Under this arrangement, a trustee would manage the property, and his personal liability would act as a shield against the individual liability of the owner/beneficiary.[4] This shield was good, moreover, against suits in tort as well as in contract.

The combination of multiple certificate holders contributing to a single enterprise, and the enterprise itself being placed in trust, resulted in the business trust.

The central purpose of the business trust is the achievement of limited liability of the shareholders. The alternative solution for obtaining limited liability – and the one which historically most state legislatures prescribe – is incorporation. Incorporation, however, carries with it certain disadvantages which burden the venture unnecessarily – at least in the eyes of some. Thus the organization of a corporation may involve heavy expense in the form of lawyers' fees, filing fees[5], and organization taxes. Once it has been formed, the corporation is again subject to special taxes or to less favorable tax treatment than business trusts.[6] Because the corporation is organized under state statutes, it is subject to regulation by the state: it must submit detailed reports and open itself up to investigation. Its purposes, powers, and term of existence may be so restricted that its desired objectives may be frustrated.

A business trust, on the other hand, may side-step these burdens, or some of them, because it is a creature of common law contract between private parties rather than of state statutory law. Many courts, on the other hand, regard the over-all entity as so resembling a corporation that they treat it as such, or as a partnership.[7]

1 *Formal characteristics of business trust also presented by private trust*

a *Absence of legal personality.* Like a private trust, the business trust as such generally lacks legal personality, so that such powers as capacity to sue and be sued, and capacity to hold, receive and transfer title to property, to name what presumably are some of the most sensitive questions for civil law countries, are in the trustee, not the trust.[8]

In these respects, then, the business trust differs entirely from the corporation and might well be thought to require the same assistance from a treaty as the private trust. Immediately presented is the question of the purpose of the treaty discussed in the introduction. Clearly if it is assumed that the trust has been selected for inclusion in a treaty because, unlike other forms of organization such as the corporation, it involves legal arrangements unfamiliar to civil law countries, the business trust should also be included. On the other hand, if the trust has been selected because it presents a significant problem which can be dealt with because it can readily be understood and regulated in a treaty, the case for business trusts is probably weak. From all indications, it seems unlikely that international incidents involving business trusts are of much significance in the general picture.

---

[2] The literature on business trusts is relatively sparse, but enough has been found to give assurance that all the basic features of the business trust have been considered. The most general treatments found are G. G. Bogert and G. T. Bogert. *The Law of Trusts and Trustees* § 247 (*Rev.* 2d ed., 1977. Supp. 1981). (hereinafter cited Bogert), and Annot., Modern Status of the Massachusetts or Business Trust, 88 *A.L.R.* 3d 704 (1978, Supp. 1981), superceding Annot., Massachusetts or business trusts, 156 *A.L.R.* 22 (1945). Other treatments found especially useful include E. Latty and G. Frampton, *Basic Business Associations*, 589–593 (1963) and some earlier Law Review pieces: [C.] Magruder, The Position of Shareholders in Business Trusts, 23 *Colum. L. Rev.* 423 (1923); Note, The Business Trust as a Means of Securing Limited Liability, 29 *Mich. L. Rev.* 1052 (1932); Barret and deValpine, Taxation of Business Trusts and Other Unincorporated Massachusetts Entities with Transferable Shares, 40 *B.U.L. Rev.* 329 (1960).

[3] See *e.g.*, Margruder, *op. cit., supra* n. 2, at 424–426.

[4] See Bogert, 163 at nn. 61, 62; Note, 29 *Mich. L. Rev.* 1052 (1931); Magruder, *op. cit., supra* n. 2; 3 *Scott on Trusts* § 274.1 (3d ed. 1967). See generally Bogert §§ 247E-H.

[5] There are, however, filing requirements for business trusts in some states. *E.g. Mass. Gen. Laws Ann.*, ch. 182 § 2 (West 1958); see Bogert § 247Q.

[6] Considerable impetus has been given to business trusts as a result of favorable federal tax treatment since 1960 of Real Estate Investment Trusts, comparable to the treatment of investors in mutual funds. For references, see B. Bittker & J. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, § 1.06 (1979, Supp. 1981); Halpern, Real Estate Investment Trusts and the Tax Reform Act of 1976, 31 *Tax Law.* 329 (1978); Phillips & Cowen, Tax Reform Implications for Real Estate Investment Trusts, 55 *Taxes* 84 (1977); Bogert 230–236.

Since 1976, the federal tax law has provided the same treatment even if the *Reit* is incorporated. For a discussion, see Halpern, *id.* at 334, 383–385.

[7] For a general discussion and references, see Bogert §§ 247C, 247D, 247Q.

[8] In some states, statutes or judicial decision may allow suit against, *e.g., Mass. Gen. Laws Ann.*, ch. 182, § 6 (West 1958), and sometimes by, the trust itself, at times only in limited circumstances. See generally Bogert §§ 247M-N.

Trautman Study

b *Split ownership of property.* Again, like the private trust, the business trust does present the phenomenon of a division of legal and equitable ownership of property, a phenomenon which has proved troublesome to civilians. Presumably, whether the difficulties are conceptual or more a practical inability to appreciate the common law's mechanisms for dealing with the division of responsiblility for and enjoyment of property, the business trust and the private trust stand on the same footing in this regard.
Likewise, as with the problem of lack of legal personality, whether the treaty should deal with the business trust depends primarily on the purpose of the treaty: should the treaty deal with unfamiliar concepts prototypically presented by the private trust, or is the purpose to resolve difficulties with a significant institutional arrangement like the private trust?

c *Fiduciary obligations.*[9] These issues derive directly from the lack of legal personality of the trust and perhaps also from the splitting of ownership of the property. In principle they are presented as much with the business trust as with the private trust. In practice, however, one would suppose – although verification of this supposition would require data not available to us – that in several respects the ways in which these problems are likely to arise in business trusts might well differ from ways in which they would arise in more informal private trusts. Mingling of bank accounts, for example, seems unlikely to arise in any well-managed organization, whether it is a private trust, a business trust, or any other form of private association. Rules of good accounting, privately inspired, can be relied on to achieve separation of funds. Public control, however, is in principle absent, both for private trusts and business trusts, to an extent that it may not be for incorporated associations.
Self-dealing of a more sophisticated nature than mingling of funds may also present problems of public concern that are less well resolved for private trusts and business trusts, on the one hand, than they may be for corporations. No case law has been found distinguishing the fiduciary duty of a trustee of a private trust from that of a fiduciary of a business trust, but the substantive law of corporations on the fiduciary duty of directors is an obvious source of experience and thinking from which it could easily be reasoned by analogy that the fiduciary duty of the trustee of a business trust might be less rigorous – or more regardful of the private interests of the trustee – than for trustees of private (and charitable) trusts.[10]
Just what conclusion to reach on these issues is a matter for further study, both of the general position of the trust on these questions and of the civil law's response to these issues. Certainly the civil law must face comparable questions both in its corporate institutions and in its specific institutions that mirror the common law trust. There is no apparent reason, at least *prima facie,* for not dealing with the issue as it arises in business trusts unless the treaty's scope is to be a narrow one of dealing only with the significant issues presented by private trusts.

d *Duration of trust.* So far as can be ascertained, the issue of the perpetual existence of a business trust is not entirely settled.[11] Just what position needs to be taken on this issue can await the general study of the private trust and of civil law reaction to the private trust. As a question of first impression, the issues here are ones of mortmain and the dead hand, issues dealt with at common law by The Rule Against Perpetuities. Presumably there is no such policy problem with business trusts, so that even if they are conceived to have perpetual existence no difficulty should arise on the score of reception of the business trust in the civil law, any more than with reception of the corporation, with perpetual existence, in the civil law.

e *Establishment and regulation by public authority.* Clearly a principal difference in theory between the trust, including business trusts, and the corporation is the absence of a mechanism for regularizing its establishment and for exercising regulatory control. Just how meaningful this difference is in practice is hard to assess, especially in light of American practice with corporations which permits incorporation in states like Delaware having no real ties with the business of the corporation. Again, the theoretical difference may to some extent be mitigated by federal tax controls, which clearly have an impact on the business trust and private trusts.
Whatever difficulties civilians have with the absence of public controls over private trusts would also presumably arise with business trusts, although the actual (as distinguished from the formal) extent of control may differ as between the private trust and the business trust. As a result, a treaty of broad scope dealing with trusts should probably be expansive enough to deal with business trusts.

2 *Formal characteristics of business trust presenting difficulties in addition to those of private trust*

Trusts as the product of private ordering without special enabling legislation presumably present a conceptual difficulty that many other common institutions, such as contract and partnership, in principle also present for civil law thinking.[12] Business trusts may present that problem in acute form, since everywhere in the United States enabling legislation does exist for the creation of business corporations; failure to comply with this legislation might seem to a civilian, and has seemed to some American courts,[13] to result simply in a defectively organized corporation.
This consideration, coupled with the rarity with which business trusts are used, may suggest that inclusion of business trusts in a treaty on trusts is unwise. On the other hand, where there is no choice-of-law difficulty and it is clear that the business trust is an accepted form of business organization, as in Massachusetts, it may seem strange not to ask civil law countries to accept the business trust once they have become willing to accept comparable formal difficulties with the private trust.

3 *Purposes and functions of business trust in modern affairs*

Although it would be useful to have much more insight than library research has provided, it seems fair to con-

[9] For references, see Bogert § 247U.
[10] *Cf.* Barret and deValpine, *op cit. supra* n.2, at 331 n. 16; Bogert 211.
[11] Many business trusts avoid the problem by providing for a termination date short of the period permitted under the Rule against Perpetuities. See Bogert 196. There has been discussion of the problem, see Whiteside, Restrictions on the Duration of Business Trusts, 9 *Cornell L.Q.* 422 (1924), and the better view is clearly that the Rule does not apply since all the interests are vested. 1 *Scott on Trusts* 606 (3d ed. 1967); Whiteside, *op. cit. supra* at 436. The authorities, it seems, are somewhat divided. Compare E. Latty and G. Frampton. *op. cit. supra* n.2, at 593 (*semble,* that the Rule applies to business trusts); with Bogert § 247P (persuasive position that Rule does not apply); Barret and deValpine, *op. cit. supra* n.2, at 331, 331 n.18a (citing Massachusetts cases holding valid business trusts whose duration is longer than the period of the Rule). Statutory prescriptions may be read as calling for somewhat different results from those reached under the common law Rule. See Bogert § 247P at nn. 2–4, and some statutes specifically fix the duration of business trusts or specifically permit unlimited duration. See Bogert 195 nn.13, 14.
[12] Compare C. de Wulf, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law,* 72–74 (1965).
[13] See E. Latty & G. Frampton, *op. cit. supra* n.2, at 592–593.

Trautman Study

clude tentatively that the business trust is a significant institution in some practical situations in which for one reason or another incorporation has distinct disadvantages, such as undesirable federal tax consequences. For example, the business trust has become a useful device for real estate investment because one layer of taxation is thereby avoided. At the same time, nothing has been found to indicate whether any international problems are likely to be presented by business trusts.

From the perspective of civil law countries there seems no particular reason why the business trust should present any serious questions of policy, as civil law countries generally recognize at least two forms of business organization; it may well be, when questionnaires from civil law countries come in, that the business trust has closer analogues in the civil law than the trust itself.

The only problem of any significance that might arise is simply one of understanding; the business trust even to American lawyers seems not to 'belong' in the category of trusts but, because its purposes are so much a matter of commercial enterprise for profit rather than the holding and preservation of property, to business associations.

If treaties both on trusts and business associations were contemplated, the business trust would doubtless seem more appropriately comprehended in the latter. Nevertheless, the formal attributes of the business trust – as distinguished from its functions and purposes – are sufficiently similar to private trusts in those conceptual respects that seem to have been the occasion for the civil law's difficulty with private trusts that in the end it does seem sensible to include business trusts in the treaty on trusts. That conclusion seems correct particularly if it is a premise of the treaty that most American business associations command respect in civil law countries because there are civil law analogues, and only the business trust encounters difficulty because of difficulties in general with some of the conceptual attributes of trusts.

4 *Definitional questions*

There seems to be enough consensus on the meaning of the term 'business trust' or 'Massachusetts or business trust' that the term 'business trust' should be sufficient for American purposes to identify what is meant.[14] Whether, then, the ultimate decision is to include or exclude business trusts, the scope section of the treaty could simply use that term.

It is recommended, however, that a more complete definition be included in the treaty so as to obviate the possibility of misunderstanding by civil lawyers. In particular, if business trusts are to be excluded, it may be useful to have a clear enough definition so that private trusts with some profit-making aspect (*e.g.*, trusts to manage a family business) do not invite litigation on the question whether they were intended to be included in the treaty, as presumably they are. With that in mind, it is suggested that a definition of the business trust be included which focuses on the following aspects of the business trust: (1) its creation by contract by the beneficial owners, (2) the transferability of its shares[15], (3) the profit-making purposes of the trust.[16] An example is provided by a 1959 statute of the State of Washington, which defines the business trust as follows:[17]

> *...an unincorporated business association created at common law by an instrument under which property is held and managed by trustees for the benefit and profit of such persons as may be or may become the holders of transferable certificates evidencing beneficial interests in the trust estate, the holders of which certificates are entitled to the same limitation of personal liability extended to stockholders of private corporations.*[18]

5 *Choice of law*

The choice-of-law questions presented by business trusts are likely not to be as difficult as those presented by private trusts, for which the domicile (or other community to which a person belongs, *e.g.*, of which he is a citizen) of the creator of the trust may often be important. Inasmuch as private trusts today are to a considerable extent governed by the law of the place of administration of the trust, that difference disappears, of course. The remaining difficulty, as with private trusts and with corporations, will arise only where the trust is created under the law of one jurisdiction but is administered or has its principal place of business elsewhere. No special choice-of-law problems seem to be presented by the business trust, and stipulations for governing law are likely to be respected as much for business trusts[19] as they are for private trusts.[20] It has been suggested that uniform treatment of the certificate holders and their expectations are both reasons for referring to the law of the place of organization of the trust,[21] as of course is the case also with corporations.[22]

Similar choice-of-law approaches can be expected to be found in civil law countries, [23] and no special difficulty ought to be encountered for business trusts.

THE CHARITABLE TRUST

Introduction. The distinguishing feature[24] of the charitable trust is that the trust property is devoted not to the use of designated beneficiaries but to 'the accomplishment of purposes which are beneficial or may be supposed to be beneficial to the community.'[25] The absence in principle of specific beneficiaries has the result in our law that enforcement of the trust is taken out of private hands entirely and is left typically to the Attorney General. Although the charitable trust has its counterparts in civil law countries[26], presumably these as-

---

[14] The term 'common law trust' is also frequently used, see Bogert § 247A; although in context it may be clear enough, the term is not useful for present purposes.

[15] Voting trusts, without transferable shares, would thus be excluded. *Cf.* Barret & deValpine, *op. cit. supra* n.2, at 329 n.2.

[16] Perhaps it should be emphasized that the business trust is established or organized for profit-making purposes, to distinguish it from trusts created as a gift to manage business assets. *Cf.* Bogert § 247B; *Berry* v. *McCourt*, 1 Ohio App. 2d 172, 204 N.E. 2d 235 (1965).

[17] A similar formulation, taken from Comment, Massachusetts Trusts, 37 *Yale L.J.* 1103, 1105 (1928), is approved by Bogert, at 146; '*an unincorporated organization created for profit under a written instrument or declaration of trust, the management to be conducted by compensated trustees for the benefit of persons whose legal interests are represented by transferable certificates of participation, or shares.*'

[18] *Wash. L* 1959, c.220; *Wash. Rev. Code* § 23.90 (1974).

[19] See, *e.g.*, *Greenspan* v. *Lindley*, 36 N.Y. 2d 473, 369 N.Y.S. 2d 123, 330 N.E. 2d 79 (1975) (stipulation for law of place of organization of business trust 'prima facie' makes that law applicable, and lack of proof of New York contacts leads to conclusion that law of place of organization must govern).

[20] See, in general, *Restatement, Second, Conflict of Laws* §§ 270, 272; 5 *Scott on Trusts* §§ 598, 606 (3d ed. 1967).

[21] *Rottenberg* v. *Pfeiffer*, 59 A.D. 2d 756, 398 N.Y.S. 2d 703 (1977).

[22] See *Restatement, Second, Conflict of Laws* § 302, comment e; Reese and Kaufman, The Law Governing Corporate Affairs: Choice of Law and the Impact of Full Faith and Credit, 58 *Colum. L. Rev.* 1118 (1958).

[23] See, in general, Latty, Pseudo-Foreign Corporations, 65 *Yale L.J.* 137, 166–173 (1955); 2 Rabel, *Conflict of Laws*, 33 ff (2d ed. 1960).

[24] Another distinction which may become important in this study is that charitable trusts are not limited in duration; the role of the Rule against Perpetuities in charitable trusts will be addressed at an appropriate point.

[25] 4 *Scott on Trusts* 2770 (3d ed. 1967) (hereinafter cited as Scott). In addition to Professor Scott's treatise, a study of American foundations has proved particularly useful in providing information on the legal, economic and social aspects of charitable dispositions: M. Fremont-Smith, *Foundations and Government* (Russell Sage 1965) (hereinafter cited as Fremont-Smith).

[26] See E. Annaheim, 'The European System of Charitable Foundations' (unpublished manuscript in Harvard Law School Library, January 1982) (hereinafter cited as Annaheim): E. Annaheim, id. Appendix, 'Specific Aspects of Charitable Dependent Foundations and Charitable Trusts – A Functional Comparison' (unpublished manuscript in Harvard Law School Library, March 1982) (hereinafter cited as Annaheim Appendix); see also A. Daubert, 'Charitable Trusts and the Civil Law' (unpublished manuscript in Harvard Law School Library, December 1981).

pects of the charitable trust will be the most troublesome ones in addition to the general problems presented by the private trust.

For purposes of an introductory description of the charitable trust, it is useful to begin with the definition provided in the Restatement of Trusts.[27]

A charitable trust is a fiduciary relationship with respect to property arising as a result of a manifestation of an intention to create it, and subjecting the person by whom the property is held to equitable duties to deal with the property for a charitable purpose.

This definition is explained by Professor Austin W. Scott, Reporter for the Restatement, as follows[28]:

A charitable trust, like a private trust, is a fiduciary relationship. The relationship in the case of a private trust is between the trustee and the beneficiaries. In the case of a charitable trust there is ordinarily no definite beneficiary, but the trust is enforceable at the suit of the Attorney General or other public officer. The trustee of a charitable trust is subject to duties as fiduciary similar to those to which the trustee of a private trust is subject, such as the duty of loyalty and the duty not to delegate. Thus a trustee of a charitable trust, like a trustee of a private trust, violates his duty if he permits his self-interest to conflict with his duties as trustee, as, for example, where he sells trust property to himself individually, or purchases his individual property for the trust. It is difficult, if not impossible, in dealing with charitable trusts to employ the terminology of the late Professor Hohfeld, who insisted that all legal relations are relations between persons, and that where one person is under a duty the duty is always owing to another person who has a correlative right. A trustee of a charitable trust is clearly under a duty properly to administer the trust, but it is difficult to see who has the correlative right. The duty can be enforced, as has been stated, in a proceeding brought by the Attorney General, but the duty is not owing to him. It can hardly be said that the duty is owing to the state. Certainly the state as such is not the beneficiary of a charitable trust, except in rare cases; and it has been held that the legislature has no power to destroy or to vary the terms of a valid charitable trust. The truth seems to be that the trustee of a charitable trust owes duties, but the duties are not owing to any person or persons in particular, although they are enforceable at the suit of a public officer for the benefit of the community.

A charitable trust is a relationship 'with respect to property.' Neither a charitable trust nor a private trust can be created unless there is some property which is the subject of the trust...

The trustees of a charitable trust are under a duty 'to deal with the property for a charitable purpose.' In the case of a private trust it is the duty of the trustees to deal with the property for the benefit of the designated beneficiary or beneficiaries. In the case of a private trust, property is devoted to the use of specified persons who are designated as beneficiaries of the trust. In the case of a charitable trust, property is devoted to the accomplishment of purposes which are beneficial or may be supposed to be beneficial to the community. This, indeed, is the fundamental distinction between private trusts and charitable trusts.

Functionally it is difficult to see important differences today between the charitable corporation and the charitable trust[29]; one might well reason that civil law countries, all of which among those examined[30] provide for a form of charitable corporation, ought to find no difficulty of policy in accepting the charitable trust unless the formal attributes of the trust device itself are seen as problems[31] or the combined features of the charitable trust's unlimited duration and of the indefiniteness of beneficiaries become especially troublesome when employed with the other formal aspects of the trust.

It should perhaps be noted that historically a distinction was made in some jurisdictions, notably New York, between charitable corporations and charitable trusts. Presumably it was thought that incorporation necessitated approval and oversight by the legislature and was in those ways more likely to facilitate public control than would be the case for the trust, which in principle was subject to control only at the instance of the Attorney General. In time this supposed distinction appears to have disappeared, as legislative oversight became less of a reality, but it was not until just before the turn of the century that New York, following a celebrated failure of a charitable trust sought to be set up by a former Governor of the State[32], made it possible to establish a charitable trust under New York law.[33]

1 *Formal characteristics of charitable trust also presented by private trust*

a *Absence of legal personality.* Like the private trust, the charitable trust lacks legal personality; the legal capacity to sue and be sued, and to deal with property, for example, is in the trustee. Presumably this aspect of the charitable trust presents a conceptual difficulty for civil law countries comparable to that presented by the private trust. As the supporting comparative memorandum seems to suggest[34], however, the difficulty – if any – is one that has been faced and resolved in a similar way in the apparently comparable civil law device of the dependent foundation. As found at least in France, Germany and Switzerland, the dependent foundation involves a gift for charitable purposes to an existing legal entity or natural person. Perhaps the civil law representatives will demonstrate that the arrangements are not comparable in concept, but at least so far as now appears the absence of legal personality in the charitable trust ought to present no problem of policy.

b *Split ownership of property.* The charitable trust appears to stand on the same footing as the private trust and the business trust so far as the common law conception of division of title into legal and equitable interests is concerned. This aspect of trusts, as it emerges in charitable dispositions, may prove particularly difficult.[35]

[27] *Restatement of Trusts Second* § 348.

[28] Scott 2769–2770 (footnotes omitted).

[29] There are of course differences in form, and to an uncertain extent courts may impose fewer restrictions on charitable corporations, but, as Professor Scott observes, *'It is problably more misleading to say that a charitable corporation is not a trustee than to say that it is, but the statement that it is a trustee must be taken with some qualifications.'* 4 Scott 2778; see, generally, *id.* § 348.1; see also Fremont-Smith 154–156.

[30] For example, Annaheim's supporting study (see footnote 26 *supra*) describes the independent foundation provided for in French, German and Swiss law.

[31] Indeed, charitable dispositions are possible, in all civil law countries examined, in some form other than the independent foundation. Like the trust, these other forms rely more on private ordering, such as contract, than on the specific public approval involved in incorporation. See Annaheim Appendix. Compare C. Dewulf, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, 154–159 (1965).

[32] See Fremont-Smith 39–40; A. von Mehren & D. Trautman, *The Law of Multistate Problems*, 309 q.3 (1965); Scott, Charitable Trusts in New York, 26 *N.Y.U.L. Rev.*, 251 (1951). Even then, the New York courts found ways of validating trusts sought to be established by New Yorkers in other jurisdictions by choice-of-law manipulations. See, *e.g.*, *Hope* v. *Brewer*, 136 N.Y. 126, 32 N.E. 558 (1892).

[33] N.Y. Laws 1893, c. 701; Personal Property Law § 12; Real Property Law § 113.

[34] See Annaheim Appendix 63 n.2.

[35] The dependent foundation in civil law countries apparently has difficulty in the areas in which the conception of split ownership becomes relevant, as for example upon bankruptcy of the holder of the property or transfer to a bona fide purchaser. See Annaheim Appendix 63–69. At the same time, the creator or donor of the charitable gift has a recognized interest in enforcing the terms of the gift.

It will be worth exploring with the civil law representatives the question of the extent to which, as a practical matter, some functionally similar arrangement has developed with respect to the property involved in a dependent foundation. It is a question whether as a practical matter the civil law achieves roughly comparable results.

c *Fiduciary obligations; prohibitions against mingling and self-dealing.* In principle the charitable trust and the private trust stand on the same footing with regard to these issues.[36] What distinguishes the charitable trust is the absence of beneficiaries entitled to enforce the trustee's fiduciary obligations, a matter to be addressed separately. Apart from this problem of enforcement, which in principle is in the hands of the Attorney General in common law countries, one could expect to find comparable obligations in the civil law dependent foundation and perhaps in the independent foundation as well. It hardly seems likely that there would be objections of policy to these obligations that in any way differ from objections, if any, to the enforcement of fiduciary duties of the trustee of a private trust.

d *Duration of trust.* As noted at the outset, one of the distinguishing features of the charitable trust is that its duration is not limited by the Rule against Perpetuities. In this respect it is more like the business trust than the common law trust. It is not clear how the civil law deals with the duration of dependent foundations and whether unlimited life presents issues of difficulty.[37] On this point some support may have to be drawn from a quite general argument beginning with the premise that the unlimited life of a common law country's charitable corporation is presumably not objectionable to civil law countries, much as that feature of a business corporation is not objectionable; presumably the civil law counterparts enjoy unlimited duration. If these premises hold, then the argument can be made that the charitable trust ought in policy to be looked upon like a charitable corporation, because of the community's interest in its existence and the absence of the central objections to perpetual life embodied in the Rule against Perpetuities. A completed gift has occurred, and no postponement of the possibility of enjoyment by a private individual is involved.[38] In the absence of more knowledge about the civil law position, especially with respect to the dependent foundation, it is difficult to say more at this time.

e *Establishment and regulation by public authority.* One question that at first glance might seem troublesome is the almost total lack of public controls over or restrictions on the creation and administration of charitable trusts. In a few states there are restrictions on gifts within a short period of time preceding the death of the settlor or on gifts exceeding a specified proportion of the settlor's estate[39] but otherwise no legislative, judicial or administrative approval is required so long as the trust qualifies as a charitable trust. The only controls are at the instance of the Attorney General[40], except under the general rules applicable to testamentary trusts for which judicial approval of accounts may be required from time to time. The extent of the absence of control in fact because of inadequate supervision and oversight by the Attorney General or other public agency is well known.[41] Indeed, for situations in which the lines between charitable trusts and trusts for preservation of private or family interests become blurred, the federal tax laws may provide the most effective tools for control through taxation and publicity.[42] Whether this state of affairs has its parallel in civil law countries, especially with dependent foundations, is not clear; from what is known[43], it may well be that control and public supervision are also rather casual in civil law countries and that no serious policy disagreements will emerge with respect to these questions.

2 *Formal characteristics of charitable trust presenting difficulties in addition to those of private trust*

Although charitable foundations or associations may presumably take the corporate form, they also so regularly take the trust form that the notion of charitable trust does not present, at least in the modern period[44], a situation in which one might view the charitable trust like the business trust, as a defectively organized entity.[45]

Undoubtedly the feature of the charitable trust that is most troublesome is one already mentioned, the fact that unlike the private trust the charitable trust ordinarily involves no definite or ascertained beneficiaries entitled to sue to enforce the trust. The result is that in many situations, despite the potential right of the Attorney General to sue to enforce the provisions of a charitable trust, the charitable trust lacks a mechanism for private enforcement and in reality is not subject to review and oversight by public administration or judicial authority. Whether this aspect of the charitable trust will prove troublesome in negotiations with civil law countries for a treaty is unclear. From what is known, the situation in civil law countries in the case of the so-called dependent foundation is not dissimilar, so that in concept there may not be as much difficulty as might at first appear. Should, however, this aspect of the charitable trust prove difficult to manage in treaty negotiations, one presumably would then want to consider again the question put at the outset of this study as it bears on charitable trusts – whether the basic purpose of the treaty is to facilitate recognition of the private trust and to avoid disabling complications, or to attempt to deal with all private associations involving the basic formal difficulties presented by the trust.

3 *Purposes and functions of the Charitable Trust in modern affairs*

There can be no doubt of the enormous significance to American society and to the economy and political life of charitable organizations, many of which – although perhaps not the largest – are organized in the trust form.[46] No elaboration of this point seems necessary. What may be a question – one to which so far the answer has been elusive – is the extent to which charitable trusts ever face difficulties with foreign law. A limited attempt has been made, both through library research and through inquiry, to identify specific instances of

[36] See 4 Scott 2769, quoted in text *supra; id.* §§ 379, 386, 389; Fremont-Smith 93–103; Annaheim Appendix 69.
[37] Annaheim Appendix 72–73. In France, perpetual life of dependent foundations is evidently possible to achieve under specific provisions of law of 1971. *Id.* at 73.
[38] If this point comes into the discussion, further consideration should perhaps be given to the reasons why the Rule against Perpetuities applies to private trusts, at least in those cases in which the Trustee has power to sell the trust property. This issue is beyond the scope of this study, and it seems unlikely to cause concern among civil lawyers; nothing more needs to be said at this time.
[39] See 4 Scott § 362.4.
[40] See 4 Scott § 391.
[41] See generally Fremont-Smith, c. VI, 436–443.
[42] U.S. Senate Comm. on Finance, 'Treasury Department Report on Private Foundations'. 89 Cong., 1st Sess. (1965); see generally Fremont-Smith, c. V, 436–440.
[43] See Annaheim.
[44] But contrast the view taken in New York during the Nineteenth Century, *supra* at p. 115.
[45] Contrast the discussion *supra* at pp. 112, 113.
[46] See Fremont-Smith, c. I. Mrs. Fremont-Smith states: *'It has been estimated that three-fourths of all foundations have been created as corporations; and of the 13 largest in the United States today, each with assets of more than $ 100 million, 10 were created as corporations, and only 3 as trusts.' Id.* at 43 (citations omitted).

Trautman Study

difficulty. It has seemed appropriate, in light of the negative results achieved so far, to recommend distribution of this study at a later date, or perhaps of a proposal for a treaty, to members of the advisory committee or other interested groups in an effort to arrive at an opinion on this question.

It would be anomalous to produce a convention under which the final result would be recognition in civil law countries of charitable trusts but not charitable foundations. If the assumption proves correct, however, that foundations may be recognized in the corporate form without the aid of a treaty, what is needed is a treaty dealing solely with difficulties created by use of the trust form, if indeed there is a need for international protection of foundations in any form.

4 *Definitional questions*

In the introduction[47] the definition given by the Restatement of Trusts is quoted; no particular difficulty is anticipated in using that formulation, and more particularly the phrase 'a charitable purpose', for purposes of either excluding charitable trusts from the treaty or including them in it. Some thought would have to be given to the question whether it will be sufficient to refer to an appropriate body of law through choice-of-law rules to give content to the term 'charitable purpose' or whether for some reason it may be desirable for the treaty to contain its own definitions. Presumably if charitable trusts are to be included, choice-of-law treatment is preferable, as it seems unlikely that there could be a fundamental objection of policy to charitable dispositions valid under the appropriate law but not under the law of the country called upon to recognize the charitable trust.

5 *Choice of law*

The choice-of-law questions presented by charitable trusts are likely to be about the same as those presented for private trusts. Like the private trust and unlike the business trust, the charitable trust can involve issues of concern to the community to which the creator of the trust belongs, especially when questions of validity, as distinguished from administration, are presented. It is not useful at this time, when the choice-of-law approach for private trusts is not known, to attempt anything much more detailed for charitable trusts.[48]

[47] *Supra* p. 114.

[48] Professor Scott's third edition was written at the time he was serving as Associate Reporter for the second Restatement of Conflict of Laws, and in that edition he included an invaluable major section on choice of law for trusts. See 5 Scott 3766–4159. It presumably can be relied on extensively for many aspects of the treaty.

Comments on business and charitable trusts in Canada

PREPARED BY D.W.M. WATERS
PROFESSOR OF LAW
UNIVERSITY OF VICTORIA
(BRITISH COLUMBIA)

Preliminary Document No 3 of June 1982

The writer has been asked to comment on Professor Trautman's paper, 'Business Trusts and Charitable Trusts', from the Canadian perspective. Two things are to be emphasized; first, the law on these subjects in Canada, and, secondly, the economic significance of such trusts in this country. It is therefore the third of Professor Trautman's concerns (page 1 of his study (*supra*, p. 111)) which will principally occupy the present writer.

However, Professor Trautman's (hereafter 'the author') first two purposes are to isolate the issues involved in the question whether the proposed Convention should cover business and charitable trusts, and to determine the definitional or descriptive language in which inclusion or exclusion, as the case may be, should be expressed. Some short comment on these points may be of service.

In the question which he puts concerning the scope of the proposed Convention, and the possible responses he offers, the author has us indebted to him. Indeed, he has provided an excellent working paper. By presupposing another paper concerned with the issues surrounding the private trust, however, the author excludes from his own paper consideration of the issues that may well dominate the June discussions. These issues, subsumed under the general headings of 'legal personality' and 'split ownership of property', are listed on page 5 of the paper (*supra*, p. 112) and shortly considered thereafter. No doubt the author could only usefully proceed in this way, but it has been the experience of the present writer, as a common law consultant to the Quebec Civil Code Revision Committee on Trusts, 1973-77, that the formulation of these issues, and the subsidiary issues contained within them, is crucial. The success that attaches to these primary discussions may well determine how inclusive the ultimate Convention will be, and how far the effort at The Hague to proceed beyond the testamentary trust and the *inter vivos* settlement is likely to produce further convention provisions that are worthwhile or commend themselves for adoption by Member States. The present writer looks forward to seeing how the issues referred to on page 5 (*supra*, p. 112) are presented and subdivided for discussion purposes. It is very much to be hoped that the Conference will not wish to debate at length such unanswerable issues as whether the trustee or the beneficiary owns the trust property.

One must also have some hesitation as to the definition of 'business trust' offered in the author's paper. The term is surely a North American coinage, and its meaning today extends – certainly in Canadian usage – beyond the 'Massachusetts business trust' or business organizational trust. The present writer attaches a copy of a chapter from his own work, *The Law of Trusts in*

Observations sur les trusts d'affaires et les trusts de charité au Canada

SOUMISES PAR M. D.W.M. WATERS
PROFESSEUR DE DROIT
UNIVERSITÉ DE VICTORIA
(COLOMBIE BRITANNIQUE)

Document préliminaire No 3 de juin 1982

Nous avons été invité à commenter le document du professeur Trautman intitulé *«Business Trusts and Charitable Trusts»*. Deux aspects importants doivent être soulignés: d'abord, le droit applicable en la matière au Canada et ensuite, l'importance économique de ces trusts dans ce pays. Nos commentaires porteront principalement sur la troisième question soulevée par le professeur Trautman (à la page 1 de son étude (*supra*, p.111)).

Il serait d'abord utile de faire quelques brefs commentaires sur les deux premières questions traitées par le professeur Trautman (ci-après «l'auteur»). Ce dernier cherche d'une part, à identifier les questions afférentes à la décision d'inclure les trusts d'affaires et les trusts de charité dans le projet de Convention et d'autre part, à formuler des textes portant inclusion ou exclusion, selon le cas, de ces catégories de trusts.

Nous sommes très reconnaissant à l'auteur de son excellente étude des questions afférentes à la portée du projet de Convention. En tenant pour acquis qu'un autre document portant sur les questions relatives au trust privé serait présenté, l'auteur a ainsi exclu de son propre document tout examen des questions qui pourraient dominer les discussions du mois de juin. Ces questions, regroupées sous les titres généraux de «personnalité juridique» et «démembrement de la propriété», sont énumérées à la page 5 de son document (*supra*, p. 112) et examinées rapidement par la suite. Il ne fait aucun doute que l'auteur ne pouvait procéder efficacement que de cette façon; mais notre expérience de conseiller en *common law* auprès du Comité de révision du Code civil du Québec sur les trusts (1973–1977), nous a démontré que ces questions ainsi que les questions subsidiaires qu'elles impliquent sont très importantes. Le résultat de ces discussions préliminaires peut déterminer la portée de la Convention finale et les possibilités d'élaborer à La Haye des dispositions conventionnelles ne portant pas seulement sur les notions de trust testamentaire et de règlement entre vifs. Nous aimerions voir comment seront présentées et divisées, pour la discussion, les questions mentionnées à la page 5 (*supra*, p. 112). Il est souhaitable que la Conférence ne débatte pas en détail de questions sans réponse, comme celle de savoir qui du *trustee* ou du bénéficiaire possède les biens constitués en trust.

On peut avoir également quelque hésitation à accepter la définition du «trust d'affaires» donnée par l'auteur. Le terme est évidemment d'origine nord-américaine; son sens s'est aujourd'hui élargi, certainement dans l'usage canadien, et dépasse celui de l'expression *«Massachusetts business trust»* ou *«business organizational trust»*. Nous joignons au présent document la copie

Canada (Carswell, Toronto, 1974)* to demonstrate what use can be made of the term in Canada. These pages follow the terminology of trust company officers, not of the present writer's predilections.

Professor Trautman's paper so well presents the issues peculiar to business and charitable trusts that the following material need only take the form of general comment.

1 *Business Trusts*

From the present writer's point of view it would seem to make good sense if the so-called business trusts were covered by a convention, because the business trust, whatever its degree of usage, is closely related conceptually to the theory of the private trust, as the author suggests, and the opportunity for The Hague to return to the subject may not occur again for a long period of time. Subject to what it is hoped to achieve with the Convention, it would be a pity if the opportunity were allowed to pass. One also suspects that inclusion would be of value to the United Kingdom within the EEC context. It would be of particular interest to Canadians to witness the terms of a Hague Convention on this subject, because business trusts cannot validly be created in Quebec, and the issue has not been canvassed, and therefore solved, in this country as to how Quebec would approach a business trust created in a common law province with its administrative centre in Quebec.

The Quebec *fiducie* (which is not exactly the common law trust, but a comparable institution) appears solely in that part of the Civil Code which concerns gifts *inter vivos* and by will. It follows that no form of business trust – *e.g.*, real estate investment trusts, (*Crown Trust Co.* v. *Higher*, (1977) 1 S.C.R. 418, 69 D.L.R. (3d) 404) and voting trusts (*Birks* v. *Birks*, (1980) C.S.730) – can be created in the Province; those who conceive the corporate structure to be unsuitable to their purposes, and are unwilling to accept the alternative or reciprocal contractual obligations, must seek the enactment of private legislation in the Quebec legislature. Such Acts are by no means unfamiliar. McGill University, for instance, traces its origins to such a statutory trust of 1820; indeed, the *fiducie* itself was only adopted in Quebec laws in 1879. (See *Report on Trusts and Analogous Institutions*, Part One, p. 46 (*supra*, p. 30)).

The problems which Canadians would associate with business trusts would therefore in all likelihood, because of the Quebec situation, concern the conflict of laws. Indeed, even the private investment trust can run into conflict of law difficulties. It has been possible in recent years to invest moneys 'on trust'[1] with financial institutions operating in Montreal, and to receive in return an instrument declaring itself to be a 'trust governed by the laws of Ontario'.[2] No one is quite sure whether on a challenge Quebec law would recognize such a designation when the beneficiary and the trustee are resident in Quebec, and the funds can be recovered in

d'un chapitre de notre ouvrage intitulé *The Law of Trusts in Canada* (Toronto, Carswell, 1974)*, pour montrer comment ce terme est utilisé au Canada. La terminologie est identique à celle qu'utilisent les dirigeants de trust; elle ne reflète pas nécessairement notre préférence personnelle.

Le professeur Trautman présente si bien les questions particulières aux trusts d'affaires et aux trusts de charité que nous nous contenterons de faire des commentaires généraux.

1 *Les trusts d'affaires*

Il nous semble tout à fait logique d'adopter une convention portant sur les «trusts d'affaires», car la notion de trust d'affaires, quel que soit le degré d'utilisation de ce type de trust, est étroitement liée à la théorie du trust privé, comme l'auteur le suggère, et il se pourrait que la Conférence de La Haye n'ait pas l'occasion avant longtemps de se repencher sur ce sujet. Sous réserve des buts que l'on espère atteindre avec cette Convention, il serait dommage de laisser passer une telle occasion. On peut également supposer que l'inclusion de ces trusts serait utile au Royaume-Uni dans le cadre de la C.E.E. Le Canada s'intéresse particulièrement aux clauses d'une Convention de La Haye à ce sujet, car les trusts d'affaires ne peuvent être valablement créés au Québec; en effet la question de savoir comment le Québec traiterait un trust d'affaires créé dans une province de *common law* et dont le centre administratif se trouverait au Québec n'a pas été examinée, ni par conséquent résolue au Canada.

La fiducie du Québec (qui n'est pas exactement le trust de *common law*, mais une institution comparable) figure seulement dans la partie du Code civil qui traite des donations entre vifs et par testament. Il s'ensuit qu'aucune forme de trust d'affaires, par exemple, les sociétés d'investissement immobilier (*Crown Trust Co.* v. *Higher*, (1977) 1 S.C.R. 418, 69 D.L.R. (3d) 404) et les trusts de droits de vote** (*Birks* v. *Birks*, (1980) C.S.730), ne peut être créée dans cette province; ceux qui estiment que la constitution en corporation ne convient pas à leur objet et qui ne veulent pas accepter l'autre solution des obligations contractuelles réciproques, doivent faire adopter une loi privée par l'Assemblée nationale du Québec. Ces lois ne sont pas du tout rares; l'origine de l'Université McGill remonte à un trust établi en 1820 par une loi avant que la fiducie ne soit adoptée en droit québécois en 1879. (Voir *Rapport sur les trusts et institutions analogues*, Partie I, p. 46 (*supra*, p. 30)).

Il est donc probable que les problèmes associés par les Canadiens aux trusts d'affaires relèvent, en raison du système juridique du Québec, du droit international privé. Il est certain que même la société d'investissement privée peut connaître des problèmes de droit international privé. Depuis quelques années, il est possible d'investir des fonds «en trust»[1] auprès d'institutions financières fonctionnant à Montréal et de recevoir en retour un document portant la mention «trust régi par les lois de l'Ontario»[2]. On ne peut soutenir sans hésitation que le droit québécois, en cas de contestation, reconnaîtrait une telle désignation, lorsque le bénéficiaire et le *trustee*

* The attachment, consisting of a copy of Chapter 12, entitled 'Personal and Business Trusts', pp. 367–380, has not been reproduced in this volume.

[1] A retirement savings-plan trust, registered with the federal government. Payments into the trust by the beneficiary during his working life are tax-free, and the receipts from the trust do not become taxable until the retirement of the beneficiary, and the commencement of payments to him.

[2] This practice is probably accounted for by the fact that the trust companies operate nationally. The trust in common law Canada is, of course, a well-developed and well-known concept. The Quebec *fiducie* on the other hand is not widely used outside the island of Montreal, and the Civil Code *fiducie* articles are both sketchy and in part enigmatic.

* Le document joint, copie du Chapitre 12, intitulé «Personal and Business Trusts», p. 367–380, n'a pas été reproduit dans ce tome.

** «voting trusts».

[1] Un trust, administrant un régime d'épargne-retraite enregistré auprès du gouvernement fédéral. Les paiements versés au trust par le bénéficiaire, pendant sa vie active, ne sont pas imposables et les revenus versés par le trust ne sont imposables qu'au moment de la retraite du bénéficiaire et dès le premier versement fait à ce dernier.

[2] Cette pratique s'explique peut-être par le fait que les trusts constitués en compagnie fonctionnent au Canada seulement. Le trust régi par la *common law* du Canada est naturellement un concept bien établi et très connu. La fiducie du Québec, d'autre part, n'est pas très utilisée à l'extérieur de l'Ile de Montréal, et les articles traitant de la fiducie dans le Code civil sont très courts et en partie énigmatiques.

Montreal (should the trust be terminated by the beneficiary). For the same reason the control of a Montreal business owned by a family, whose members decide the shares of the company shall in future be held by a trust corporation as a voting trustee, could experience difficulties if the family avoids the limitations of Quebec law by adopting the law of Ontario as the governing law, possibly spending the day in Ontario when and where they are to sign the trust instrument. The *situs* of the trust assets, the place of residence of the beneficiaries, the location of the head office of a corporate trustee, and the *situs* of actual (as opposed to formal) administration, have all been canvassed in litigation as determining the governing law. Such litigation has usually arisen in the context of provincial constitutional taxing powers.

Professor Trautman's point on page 17 (*supra*, p. 114) is surely well taken that choice-of-law problems are likely to be the same whether private trusts or business trusts are in question. This is also the Canadian experience. However, the complete silence of the Quebec Civil Code as to business trusts merely makes the conflict of rules touching such trusts all the more important. Would Quebec, and if so how would it, condone and assimilate such foreign 'entities' on its soil?

In the remainder of Canada – where the common law prevails – the Massachusetts business trust is well understood, but, even in the large business centres of Toronto, Vancouver, and Calgary, it is rarely found. Investment trusts are very familiar, especially pension plans, and the Toronto Stock Exchange lists two or more sizeable real estate investment trusts which have survived from the enthusiasm of the early '70s for this form of investment. However, the rarity of the business organizational trust is primarily due to the fact that no federal (or provincial) tax advantages attach to the trust mode of business organization over the corporate form. Indeed, Canada has a less integrated system of taxation as between trustee and beneficiary than exists between corporation and shareholder. Canadian integration, such as it is, was designed essentially for the private trust. Moreover, Canadians appear to prefer the corporate form of business organization which is so familiar to lawyers who spend their lives in commercial practice, and the expenses of incorporation in Canada are not high.

There is another factor which may have affected these trends. Because of the decision of the Privy Council in *Hardoon* v. *Belilios*, (1901) A.C. 118, Canadians cannot be certain of acquiring through the trust the limited liability which Professor Trautman sees as an attraction in the U.S.A. This apprehension was evident in the promotional literature which accompanied the launching of the first real estate investment trusts in Ontario in 1973.

Canadians employ the trust much more in business as a security device, and there are many examples of this device in operation. Civilians would probably see the relationships created by security transactions as contractual, *i.e.*, *pignus* and *depositum*. On the other hand, there are classification difficulties with this approach, and no doubt the Conference will wish to discuss these matters. Do these transactions belong to the law of trusts at all? A Canadian of the common law tradition would say, yes.

résident au Québec et que les fonds peuvent être remboursés à Montréal (si le bénéficiaire met fin au trust). Pour la même raison, le contrôle d'une entreprise montréalaise exercé par une famille, dont les membres décident qu'à l'avenir les actions de l'entreprise seront détenues par un trust agissant comme *trustee* de droits de vote, pourrait connaître des difficultés si la famille passait outre aux restrictions de la loi québécoise, en adoptant la loi ontarienne comme loi applicable (même en passant en Ontario la journée de la signature du document constitutif du trust). Le lieu des biens en trust, le lieu de résidence des bénéficiaires, l'adresse du siège social de la compagnie agissant comme *trustee* et le lieu de l'administration réelle (par opposition à l'administration formelle) déterminent, d'après les tribunaux canadiens, le droit applicable. Ces questions ont été pour la plupart décidées par les tribunaux canadiens à l'occasion de litiges portant sur le partage des pouvoirs fiscaux entre le fédéral et les provinces.

A la page 17 (*supra*, p. 114), le professeur Trautman souligne à bon escient que les difficultés de choix du droit applicable sont les mêmes qu'il s'agisse de trusts privés ou de trusts d'affaires. Telle est également la situation au Canada. Cependant, le silence total du Code civil du Québec en matière de trusts d'affaires amplifie d'autant les problèmes de droit international privé. Pourrait-on en droit québécois, accepter et assimiler de telles «entités» étrangères, et comment le ferait-on?

Dans le reste du Canada, qui est régi par la *common law*, le *Massachusetts business trust* est bien compris, mais même dans les grands centres commerciaux comme Toronto, Vancouver et Calgary, on en trouve peu. Les sociétés d'investissement sont très connues, en particulier les régimes de retraite. Sont inscrites à la Bourse de Toronto au moins deux sociétés d'investissement importantes qui ont survécu à l'enthousiasme du début des années 1970 pour cette forme d'investissement. Cependant, la rareté des trusts d'affaires est surtout attribuable au fait qu'aucun avantage fiscal, tant fédéral que provincial, n'est attaché à ce type particulier d'organisation d'entreprise. En effet, le système fiscal canadien est moins intégré entre le *trustee* et le bénéficiaire qu'entre la société commerciale et l'actionnaire. L'intégration canadienne, telle qu'elle existe, vaut essentiellement pour le trust privé. Par ailleurs, les Canadiens semblent préférer la constitution en corporation des entreprises commerciales, bien connue des avocats spécialisés en droit commercial, d'autant plus que les frais de constitution en corporation sont peu élevés au Canada.

Un autre facteur peut intervenir. Par suite de la décision du Conseil privé dans l'affaire *Hardoon* v. *Belilios*, (1901) A.C. 118, les Canadiens ne sont pas sûrs d'obtenir par le trust la limitation de leurs responsabilités, caractéristique que le professeur Trautman relève comme avantage aux Etats-Unis. Les documents publicitaires qui accompagnaient en 1973 le lancement de la première société d'investissement en Ontario trahissaient cette crainte.

Les Canadiens ont recours au trust dans les affaires surtout comme mécanisme de garantie, les exemples de ce phénomène abondent. Les civilistes estimeraient probablement que les liens créés par ces transactions de garantie sont de nature contractuelle, à savoir le *pignus* et le *depositum*. Par ailleurs, cette approche pose des problèmes de classification et il ne fait aucun doute que la Conférence souhaitera discuter ces questions. Ces transactions relèvent-elles en fait du droit des trusts? Un Canadien de formation de *common law* répondrait par l'affirmative.

2 *Charitable Trusts*

Professor Trautman's paper presents an excellent analysis of the charitable trust phenomenon from the point of view of the proposed Hague discussions, and there is little that need be added from the Canadian perspective to that analysis. However, the writer is of the view that for reasons previously given, namely, the fact that the occasion for an examination by The Hague of the law of trusts may not arise again for a long time, and also the fact that public trusts are a significant part of the common law on this subject, charitable trusts should be covered by the proposed Convention, if that can be attained. The argument on the other side is that for tax reasons Canadians probably prefer to donate today to Canadian resident charities whose work is off-shore rather than set up charitable trusts or corporations off-shore. From a practical point of view, therefore, Professor Trautman's question on page 26 (*supra*, p. 116) (and in footnote 1) of his paper as to whether 'charitable trusts ever face difficulties with foreign law' is a real one for Canadians also.

As to regulation by public authority (page 23 (*supra*,p. 116)), no province or territory in Canada possesses a body like the Charities Commission in England and Wales, but on the other hand the lack of any public control of the administration of charities is not quite so uniformly lacking across Canada as it would appear to be in the United States. While in Canada, as south of the border, the federal taxing authority is by far the main force in the approval and administrative control of charitable organizations, some provinces possess control devices of their own. Notably is this true of Ontario. Under the *Charitable Gifts Act* (R.S.O. 1980, c.63), no charity, other than religious charities, may own or control more than a 10% interest in a business carried on for profit or gain, and the Act provides for the disposition by charities of the gift of excess interests. Prior to the disposition the Public Trustee of Ontario has an extensive control in the conduct by the charity donee of such an interest. The *Charitable Institutions Act* (R.S.O. 1980, c.64), gives the provincial government extensive control over charities offering accommodation to the homeless, and specialised care to the sick, but perhaps the most significant piece of Ontario legislation is the *Charities Accounting Act* (R.S.O. 1980, c.65). The primary purpose of this Act is to secure the reporting to the Public Trustee of all testamentary gifts to charities, and, secondly, of all intended passing of accounts by charities before the courts.

Most provinces, including Quebec, now have a senior civil servant, normally the Public Trustee, with jurisdiction over charities operating in its territory, but the effective degree of public control over charities which in fact results can and does differ from province to province. The need for closer public control in every province of Canada has been advocated for some years, and this includes Ontario, where the Acts already spoken of appear to produce only a desultory public review of, and influence over, the administration by charities of their funds. However, it has to be said that there are no signs any province is about to increase its control machinery or practices, and that *de facto*, as in the U.S.A., the most far-reaching control over charities' activities

2 *Les trusts de charité*

Dans son document, le professeur Trautman présente une excellente analyse du phénomène des trusts de charité, dans l'optique des discussions prévues à La Haye. Il y a fort peu de choses à ajouter du point de vue canadien. Cependant, nous estimons que pour les raisons déjà données, à savoir le fait que l'occasion offerte à La Haye d'un examen du droit des trusts ne se représentera peut-être pas avant longtemps et que les trusts publics constituent une partie importante de la *common law* dans ce domaine, le projet de Convention devrait inclure, si cela est possible, les trusts de charité. On peut opposer à cet argument que les Canadiens préfèrent probablement, pour des raisons fiscales, faire aujourd'hui des donations à des organismes de charité qui sont résidents canadiens et dont les oeuvres sont à l'étranger, plutôt que créer des trusts ou des corporations de charité à l'étranger. D'un point de vue pratique, la question que pose le professeur Trautman à la page 26 (*supra*, p. 116) et à la note 1 de son document sur les «difficultés que les trusts de charité pourraient rencontrer avec les lois étrangères» existe également pour les Canadiens.

Quant à la réglementation par les autorités publiques (page 23 (*supra*, p. 116)), il faut noter qu'aucune province ou territoire canadien n'a d'organisme comme la *Charities Commission* en Angleterre et au Pays de Galles. L'absence de tout contrôle de l'administration des organismes de charité par l 'Etat n'est pas totale au Canada, comme cela est le cas aux Etats-Unis. Bien qu'au Canada, comme aux Etats-Unis, les autorités fiscales fédérales sont de loin les plus actives pour ce qui est de l'approbation et du contrôle administratif des organismes de charité, certaines provinces ont des mécanismes de contrôle qui leur sont propres. Cela est en particulier le cas de l'Ontario. En vertu de la Loi sur les dons de bienfaisance (*Charitable Gifts Act*, R.S.O. 1980, c. 63), aucun organisme de charité, autre que religieux, ne peut posséder, ni contrôler plus de 10% d'une entreprise à but lucratif. D'après la loi, les organismes de charité doivent se départir de la portion des dons qui dépasse la limite permise; le Curateur public de l'Ontario a un pouvoir de contrôle très étendu sur la façon dont l'organisme de charité donataire gère entretemps de tels dons. La Loi sur les établissements de charité (*Charitable Institutions Act*, R.S.O. 1980, c. 64), donne au gouvernement provincial un pouvoir de contrôle étendu sur les organismes de charité qui offrent le gîte aux sans-logis et des soins spécialisés aux malades. La Loi ontarienne la plus importante dans ce domaine est peut-être la Loi sur la comptabilité des fondations de bienfaisance (*Charities Accounting Act*, R.S.O. 1980, c. 65). Le but de cette loi est de s'assurer que seront déclarées au Curateur public, premièrement toutes les donations par testament faites aux organismes de charité et, deuxièmement, tous les comptes que les organismes de charité ont l'intention de faire approuver par les tribunaux.

La plupart des provinces, y compris le Québec, ont maintenant un haut fonctionnaire, normalement le Curateur public, dont relèvent les organismes de charité oeuvrant sur son territoire, mais le degré réel de contrôle public sur les organismes de charité diffère d'une province à l'autre. Des recommandations visant à assurer un contrôle public qui soit plus effectif ont été faites dans chaque province du Canada, notamment en Ontario où il semble que les lois, mentionnées ci-dessus, n'ont permis aux autorités publiques qu'un examen et une influence minimes sur l'administration des fonds par les organismes de charité. Néanmoins, il faut admettre qu'aucune province ne semble prête à améliorer l'efficacité de ses mécanismes de contrôle, et qu'en fait,

remains, and is likely to remain, the Income Tax Act (Canada) (S.C. 1970–71–72, c.63, as amended), and the tight regulation applied under that Act by the federal government. Indeed, so far as Canada is concerned, such is the extent of the control by the *fiscus* of the operation of charitable corporations and trusts – *e.g.*, as a practical matter no charity can exist in Canada without it being registered with the Department of National Revenue, whether or not it is soliciting funds from the public, or its funds originated from the public – that it would be wrong simply to say, whatever the character of the private law of charity in Canada, that charitable trustees are not as subject to accountability as trustees of private trusts (*Canadian Tax Treatment of Charities and Charitable Donations*, A.B. Drache (De Boo, Toronto; 2nd ed., 1980)).

There has been very little litigation in Canada concerning choice of law and charitable trusts, but *The Jewish National Fund* v. *Royal Trust Co.*, (1965) S.C.R. 784, 53 D.L.R. (2d) 577, would certainly suggest to Canadians that an international convention would be valuable for those instances where the law governing the essential validity of the trust is different from the law of the place of intended trust administration. Professor Trautman's remarks on page 27 (*supra*, p. 117) raise this issue, and the writer associates himself with those remarks.
Charitable 'trusts' do exist in Quebec, but they derive their validity from another part of the Civil Code than that which validates gifts in *fiducie* form by will or *inter vivos* act (articles 981a – 981n C.C.). Article 869 permits gifts by will to fiduciaries for charitable purposes[3], and there is some difference of opinion as to whether these 'trusts' have a root in the old French law (the *coutume de Paris*) which prevailed in Quebec prior to the 1866 codification. Somewhat anomalously, Revenue Canada applies the common law test as to what is charitable for the purpose of these article 869 'trusts'. No doubt the practice derives from the fact that in order to circumscribe the meaning of 'charity' the common law offers a ready and convenient solution which the Civil Code does not gainsay by any definition or description of its own.

Over and above supplying some account of the Quebec position, these comments demonstrate that Quebec has not been faced with the problem other civil law jurisdictions know of how to deal with the purpose trust of the common law tradition. The phenomenon is known to Quebec. However, an *inter vivos* trust in favour of a charitable purpose would have to be created by a private Act of the Quebec legislature. There is also the question of whether an *inter vivos* gift to an article 869 'trust', or to a charitable trust created in a common law jurisdiction, is valid, but that question need not be pursued here.

In the common law provinces, as in the United States, charitable trusts are not as numerous as charitable corporations, and the great majority of foundations are incorporated. On the other hand, the number of trusts is such as to make their existence highly significant, even though the incidence of their usage is nowhere near so high as in England and Wales. Finally, it is a

[3] The language of the article, having authority in both tongues, is *'pour des fins de bienfaisance ou autres fins permises et dans les limites voulues par les lois'*; 'for charitable or other lawful purposes within the limits permitted by law'.

au Canada comme aux Etats-Unis, le système de contrôle le plus poussé des activités des organismes de charité est constitué par la *Loi de l'impôt sur le revenu (Canada)* (S.C. 1970–71–72, c. 63, modifiée) et l'application stricte de cette loi par le gouvernement fédéral. Au Canada, la portée du contrôle exercé par le fisc sur le fonctionnement des corporations et des trusts de charité est telle qu'aucun organisme de charité ne peut exister sans avoir été au préalable enregistré auprès du ministère du Revenu national, qu'il sollicite des fonds auprès du public ou que ses fonds viennent du public. Il serait donc inexact de dire simplement que, quelle que soit la nature du droit privé des organismes de charité au Canada, les *trustees* chargés de ces organismes ne sont pas aussi responsables de leurs actes que les *trustees* des trusts privés. (*Canadian Tax Treatment of Charities and Charitable Donations*, A.B. Drache (De Boo – Toronto: 2e éd., 1980)).
Au Canada, il y a eu fort peu de litiges en matière de conflits de lois pour les trusts de charité, mais à la lumière de l'affaire *The Jewish National Fund* v. *Royal Trust Co.*, (1965) S.C.R. 784, 53 D.L.R. (2e) 577, on peut supposer qu'une convention internationale serait très utile dans les cas où la loi régissant la validité du trust est différente de la loi du lieu où il est administré. Le professeur Trautman soulève ce point dans ses remarques à la page 27 (*supra*, p. 117) et nous sommes totalement d'accord avec lui.
Les «trusts» de charité existent au Québec, mais leur validité s'appuie sur une autre partie du Code civil que celle qui régit les donations en fiducie par testament ou entre vifs (articles 981a–981n du Code civil). D'après l'article 869, il est permis de faire des donations par testament à des fiduciaires dans un but de bienfaisance[3]; mais tous ne s'accordent pas sur l'origine de ces trusts qui, pour certains, remonterait à l'ancien droit français (la coutume de Paris) en vigueur au Québec avant la codification de 1866. Le ministère du Revenu national applique le critère de *common law* pour savoir si les «trusts» de l'article 869 sont des trusts de charité. Il ne fait pas de doute que cette pratique légèrement irrégulière découle du fait qu'on trouve en *common law*, pour déterminer le sens de «charité», une solution pratique et rapide que le Code civil ne fournit pas.

En plus de fournir certains éclaircissements sur la situation juridique au Québec, ces commentaires montrent que le Québec n'a pas été confronté, contrairement à d'autres pays de droit civil, au problème des biens constitués en trust selon la tradition de *common law*. Le phénomène est connu au Québec. Il n'en demeure pas moins que le trust entre vifs en faveur d'un organisme de charité doit être créé par une loi privée adoptée par l'Assemblée nationale du Québec. On pourrait aussi se demander si une donation entre vifs à un «trust» de l'article 869 ou à un trust de charité créé dans une juridiction de *common law* est valide, mais il est inutile de poursuivre ici la discussion sur ce point.
Dans les provinces de *common law*, comme aux Etats-Unis, les trusts de charité ne sont pas aussi nombreux que les corporations de charité, et la grande majorité des fondations sont constituées en corporation. Par ailleurs, le nombre de trusts est tel qu'on doit en tenir compte, même si le recours à cette forme d'organisme n'est nulle part aussi grand qu'en Angleterre et au Pays

[3] Le texte de l'article, qui fait loi dans les deux langues, est le suivant: «pour des fins de bienfaisance ou autres fins permises et dans les limites voulues par les lois»; *«for charitable or other lawful purposes within the limits permitted by law.»*

matter of no significance in terms of public control as to whether a charity takes the form in common law Canada of a corporation or of a trust.

de Galles. Enfin, qu'un organisme de charité soit structuré en corporation ou en trust selon la *common law* du Canada n'a aucune importance du point de vue du contrôle exercé par les autorités publiques.

A trustee in Continental Europe: The experience of the Bank for International Settlements*

BY G. K. SIMONS AND L. G. RADICATI**

Document préliminaire No 4 de juin 1982

Preliminary Document No 4 of June 1982

1 *Introduction*

One of the objects of the Bank for International Settlements, as laid down in Article 3 of its Statutes, is 'to act as trustee or agent in regard to international financial settlements entrusted to it under agreements with the parties concerned'. This text was adopted pursuant to the Final Act of the Hague Conference of 20th January 1930, and has remained unaltered since then. In fact it formed an annex to the Constituent Charter of the Bank, the text of the Constituent Charter being itself embodied in the Convention respecting the Bank for International Settlements entered into at The Hague between the Governments of Germany, Belgium, France, the United Kingdom, Italy and Japan of the one part and the Government of the Swiss Confederation of the other part. This Convention was one of the many separate but related agreements which were simultaneously executed, or approved in form, at The Hague on 20th January 1930 to give effect to the Young Plan and thus settle the reparations question.

The purpose of this study is twofold. It will first examine the question why the state treaties which were concluded at The Hague in January 1930, and certain related agreements and documents executed pursuant to the Young Plan adopted at the Hague Conference, expressly required the Bank to act as *trustee*. This question is especially relevant because the seat of the Bank is in Switzerland, a civil law country in which the common law concept of trusts is largely unknown. The study will then give closer attention to the trustee or quasi-trustee functions undertaken by the Bank in 1954 in accordance with the Act of Pledge concluded with the High Authority of the European Coal and Steel Community (ECSC). As the Act of Pledge was in many senses a traditional common law trust indenture for the purpose of creating and enforcing security interests, the study will then attempt to show how the underlying trust concept of the rôle of the BIS, which was named 'Depositary' in the Act of Pledge, was adapted to the differing legal requirements of the civil law countries in continental Europe in which the ECSC granted loans to corporate enterprises from the funds borrowed by the ECSC and secured under the Act of Pledge.

2 *The background to the trusteeship rôle of the Bank as laid down in the Hague Agreements of 1930*

One of the initial reasons for the creation of the Bank, but by no means the only reason, was the carrying into effect of the proposals of the Young Plan of 1929 for a complete and final settlement of the German reparations question. In the Report of the Committee of Experts, under the chairmanship of the American expert, Mr Owen D. Young, which was delivered in Paris on 7th June 1929[1] (Young Plan), the key innovation, as compared with the earlier Dawes Plan of 1924, was the creation of an international banking organisation, commercial in character and independent of political influence,[2] which would execute the Young Plan as the agent or trustee of the governments concerned. Paragraph 38 of the Report of the Committee of Experts expressed this proposal in the following terms:

In the exploration of the problem of substituting the authority of an external, financial and non-political character for the present machinery and controls of the Dawes Plan (viz., the administration of the Agent General and of the various Commissioners in Berlin, and those functions of the Reparation Commission which were involved), they immediately met with the necessity for a Trustee *to whom the payments in foreign currencies and Reichsmarks should be made by Germany, and by whom the distribution to the appropriate recipients should be managed.*

The succeeding five paragraphs of the Report proposed that the newly-created organisation should handle problems of mobilisation and commercialisation of the annuities to be paid by Germany, exercise control over deliveries in kind, take action in the event of postponement of the postponable part of the annuity, act as intermediary between the creditor governments and the Reichsbank regarding obligations to be discharged in Reichsmarks within Germany and undertake the task of transferring the payments due into foreign currencies. These additional tasks were to be performed as agent of the creditor powers, and this is one reason why the Statutory objects of the Bank, referred to above, require the Bank to act both as trustee and as *agent* in regard to international financial settlements.

At the time when the experts were drawing up their report, and determining which documents would be needed to give effect to the Young Plan it had not been decided where the proposed new financial institution, the Bank for International Settlements, should have its seat. It was only in January 1930 that the Swiss city of Basle was finally chosen from among several possible sites, which included such other cities as London, Paris, Brussels and Zurich, in accordance with the decision taken on 9th November 1929 at the Conference of Baden-Baden.

The Baden-Baden Conference, which took place from 4th October until 13th November 1929, was attended by representatives from the central banks of the seven countries directly concerned with the Young Plan[3] and acted as an organisation committee. Its purpose was to take the preliminary steps necessary for the creation of the Bank[4], in particular the drawing up of a Charter for the Bank consistent with the Young Plan[5] and the draft-

* This document is a revised and slightly expanded version of the document originally submitted by the Bank for International Settlements.

** Members of the Legal Service of the Bank for International Settlements.

[1] See Cmnd. 3343.

[2] See paragraph 21 of the Young Plan.

[3] These countries were Belgium, the United Kingdom. France, Germany, Italy. Japan and the United States of America.

[4] See paragraph 12 of Annex 1 to the Young Plan.

[5] See paragraph 13 of Annex 1 to the Young Plan.

ing of the final version of the Statutes of the Bank.[6]
So far as the proposed trustee functions of the Bank were concerned, the mandate given to the organisation committee was in the following terms:

The Bank shall be Trustee of the Creditor Governments in dealing with the German annuities and shall have such general powers of administration consistent with the Plan as are necessary to the prompt and complete exercise of its duties in that respect. The Organisation Committee shall draw up appropriate forms of trust agreement *between the Creditor Government and the Bank.*[7]

It is interesting to note that the 'form of trust agreement' drawn up by a sub-committee of the Baden-Baden organisation committee (the final text of which formed Annex VIII to the Agreement with Germany executed at The Hague in January 1930) was in the *French* language and was entitled *'Contrat de Mandat (Trust)'*.[8] Furthermore, unlike the majority of the documents drawn up at The Hague, where the English and French texts were expressed to be equally authentic, the binding language of the trust agreement was French, even though it was clearly a translation from an English draft[9] and its terminology was largely based on anglo-saxon drafting techniques for trust deeds securing corporate borrowing operations.
Under this trust agreement, which was executed by the parties on 17th May 1930, the Bank was appointed by the creditor governments[10] to act as their joint and sole trustee (*'commun et seul mandataire* (trustee)') in the execution of the Young Plan. As a corollary to this function, the Bank also held a Certificate of Debt of the German Government *('Schuldbescheinigung des Deutschen Reichs')* dated 8th April 1930, together with the annuity coupons relating to the annuity payments due from Germany under the Young Plan. The Bank also held a Certificate of the German Railway Company acknowledging the latter's liability under the Young Plan.
Finally, in connection with the plan for partial mobilisation of the annuities due by Germany which was put forward by the Young Plan, it should be recalled that early in 1930 the Bank was appointed as Trustee for the German Government International Loan 1930 (the Young Loan). The functions to be performed by the Trustee were laid down in the General Bond entered into between the Government of the German Reich and the Bank in its capacity as Trustee. The Bank's primary duties in this connection were to receive from the debtor government the funds required to service the Loan and to distribute these funds to the various paying agents in the countries in which bonds had been issued.

3 *The subsequent experience of the Bank when its functions as Trustee for the Young Loan had to be examined by Swiss Courts of Law*

Although the major part of the Bank's trustee functions pursuant to the Hague Agreements were those, described above, as trustee and agent of the creditor governments, these duties proved in practice to be shortlived. The Hoover Moratorium of 20th June 1931 and the subsequent London Conference of July 1931 brought the reparations mechanism of the Young Plan to a standstill. As a consequence, the Bank's principal function of distributing the payments received to the various creditor countries was suspended. It was only after the Second World War that, as a result of a series of arrangements made by the Bank with the creditor countries and with the Federal Republic of Germany, the outstanding questions relating to the Bank's suspended functions under the Young Plan were settled. The final step in this procedure was not reached until April 1966, whereupon the Bank ceased publishing a separate section in its annual balance sheet dealing with the special long-term deposits made with the BIS by the creditor governments and their investment by the Bank in Germany in execution of the Young Plan.[11]
It was with respect to its functions as Trustee for the Young Loan of 1930 that the Bank obtained experience of the difficulties to which the common law concept of trusteeship can give rise in civil law jurisdictions. In 1935–36 the Swiss courts had to consider the concept of trusteeship when dealing with a claim brought by a Young Loan bondholder against the Trustee with respect to the amounts payable on his bond. The claim in question arose because the 1930 Young Loan bonds had a gold clause, but from May 1933 the German Government only paid to the Trustee the nominal value of the coupons of bonds whose currencies of issue had left the gold standard.[12] The bondholder, who held bonds of the Swedish issue of the Young Loan, demanded that the Trustee should pay out a much higher Swedish Krona amount than that actually received by the Trustee from the principal debtor, the German Government, with respect to the Swedish issue.
It was not without some difficulty that the court of first instance,[13] the appeal court[14] and finally the *Tribunal fédéral* in Lausanne[15] dismissed the claim against the Bank. Since neither the General Bond nor the individual Young Loan bonds themselves determined which law was to be applied as between the Trustee and the bondholder, the Swiss courts decided, in accordance with the conflict rules of the *lex fori*, that Swiss law applied, as this was the law of the place of performance (Basle) of the Trustee's obligation to transfer to the respective paying agents the amounts due to individual bondholders.
Furthermore, in determining the nature of the duties of the Bank as Trustee for the Loan, the Swiss courts came to the conclusion that, unlike a trustee under common law, the Bank was merely an intermediary between the principal debtor and the bondholders and that its duty was limited *(a)* to passing on to the bondholders the payments in respect of their bonds which had actually been received by the Trustee from the principal debtor, and *(b)* to reserving the rights of the bondholders to any additional amounts which might be due to them under the terms of the Loan. In dismissing the bondholder's claim, the Swiss courts thus refused to determine that anglo-saxon legal principles and practice as regards the concept of trusteeship should govern their decision, partly for the good reason that English or American trust law could not be properly applied in Switzerland in the absence of the Swiss equivalent of an anglo-saxon Equity Court.
The experience underlined the inescapable fact that, in undertaking any functions as trustee or agent under Ar-

[6] See paragraph 14 of Annex I to the Young Plan.
[7] See paragraph 64 of Annex I to the Young Plan.
[8] See 'Agreements concluded at the Hague Conference, January 1930' Pub. H. M. Stationery Office, 1930; 104 *League of Nations Treaty Series* 244.
[9] See F. Weiser, *Trusts on the Continent of Europe* (1936) at p. 73.
[10] The creditor governments in the Trust Agreement were Belgium, the United Kingdom, Canada, Australia, New Zealand, South Africa, India, France, Greece, Italy, Japan, Poland, Portugal, Rumania, Czechoslovakia and Yugoslavia.
[11] See the Annual Reports of the Bank from 1930 to 1966.
[12] Although the gold clause of the Young Loan was duly enforced when the United Kingdom and Sweden left the gold standard in September 1931, it ceased to be applied by the German Government after the USA left the gold standard in April 1933.
[13] Judgment of the Civil Court of Basel-Stadt of 20th April 1935. See F. Weiser, *op. cit.*, p. 80.
[14] Judgment of the Court of Appeal of the Canton of Basel-Stadt of 29th November 1935. See F. Weiser, *op. cit.*, p. 81.
[15] Judgment of the Swiss Federal Court (Lausanne) 26th May 1936 (BGE 62 II 140).

ticle 3 of the Statutes, it was advisable for the mandate given to the BIS to be defined as clearly as possible and for the functions taken on by the Bank to be, so far as possible, functions of a *technical* nature clearly defined in advance. The Bank has consequently preferred, when agreeing to take on new functions in accordance with its Statutory objects, to avoid entering into arrangements which did not comply with these criteria. This attitude reflects the problems which can arise when the common law concept of trusteeship has to be applied in civil law countries and, in particular, the consequent difficulty of knowing the full extent of the Bank's responsibilities as trustee when viewed from a civil law system.

4 *The Bank as Depositary under the Act of Pledge concluded with the* ECSC *in 1954*

The rôle of Depositary undertaken by the Bank in 1954 for the ECSC is a good example of how the Bank continues to perform trustee or quasi-trustee functions, but takes care to define as clearly as possible the nature of the duties involved and the legal responsibility to which they give rise.

The ECSC was established by a Treaty dated 18th April 1951[16] between Belgium, France, the Federal Republic of Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands with a view to establishing a common market in coal and steel. This supranational entity, the forerunner of the European Economic Community, had power to borrow and to apply the proceeds of such borrowing in granting loans to enterprises within the member countries with a view to modernising and developing the latter's natural resources. The first substantial borrowing operation was concluded by the ECSC[17] with the United States Government in April 1954. Under this arrangement the Export-Import Bank of Washington (Eximbank), acting as agent for the Government of the USA, provided a 25-year loan of US$ 100 million carrying interest at 3⅞ per cent per annum. This was the first time that a loan had been extended to the ECSC, as distinct from the separate sovereign states which were its founders and members.

In exchange for each advance made to the ECSC by Eximbank pursuant to the Loan Agreement,[17] the ECSC was to issue its Notes to Eximbank in an aggregate principal amount equal to the amount of the advance. The Loan Agreement also provided that the Notes would be secured by the *pledge* of all obligations, and any related security, issued by borrowing enterprises for loans they received from the ECSC out of the funds obtained from the US Government. Since it was recognised that the ECSC might deem it advisable to obtain additional funds for the purpose of making such loans to Community enterprises, it was decided to find a way to create a common pledge of all obligations, and the security therefor, issued by Community enterprises for loans granted by the ECSC, whether from the initial US dollar borrowing or from the proceeds of any future borrowings from the same or other sources. Such a *common pledge* would be for the *equal pro rata benefit of all lenders to the ECSC.*

To bring this common pledge into being, the Act of Pledge[17] was executed by the ECSC and the Bank for International Settlements on 28th November 1954, the Bank being appointed 'Depositary'. The rôle of the Depositary was to receive for the account of the ECSC all funds borrowed by the ECSC and to hold such funds in pledge until their disbursement by the ECSC in the form of loans to Community enterprises.[18] Each time the ECSC decided to grant such a loan, the borrowing enterprise was required to deliver to the Depositary the instrument or instruments constituting the ECSC's claim[19] against that enterprise for repayment of the principal of the loan and interest thereon, to be held in pledge by the Depositary. The Depositary was also required to hold in pledge the security required by the Act of Pledge to be given by borrowing enterprises for project loans from the ECSC. This security was either a 'negative pledge' regarding subsequent indebtedness of the enterprise, whereby any future security granted by such enterprise would also be extended to the ECSC loan, or a mortgage or other lien in favour of the ECSC precluding the issue of other security in priority to that granted to the ECSC, or a guarantee issued by a government, or by a recognised community banking institution or business or industrial concern.

The whole portfolio thus held by the Depositary, consisting of borrowed funds yet to be disbursed, the enterprise obligations deriving from project loans together with the security therefor, and all moneys and any other property delivered to the Depositary, was thus the 'pledged property' for the purposes of the Act of Pledge, and it was to be held by the Depositary for the equal pro rata benefit of all lenders, present and future, to the ECSC under the Act of Pledge.

In other words, the purpose of the Act of Pledge, and of the appointment of the Bank as Depositary with respect to the pledged property, was to enable the ECSC to treat all past and future lenders of funds alike as to the security they received from the ECSC for the financing provided. All the ECSC's borrowing was thus to be conducted within the framework of the Act of Pledge, and a separate portfolio was to be held by or on behalf of the Depositary as a common pledge in the favour of all the ECSC's creditors under the Act of Pledge. This framework enabled the ECSC to obtain further funds, both from the United States of America and from Europe,[20] for its programme of project loans in member countries. By 1961, when borrowing operations secured by the Act of Pledge ceased, the ECSC had raised a total amount (on the basis of the rates of exchange prevailing in August 1961) equivalent to US$ 268 million.

With a view to bringing all the lenders of future funds to the ECSC within the scope of the Act of Pledge, thereby granting them the equal pro rata benefit of the security provided by the pledged property, provision was made for 'supplemental indentures' to be entered into by the ECSC and the Depositary on each occasion when further finance was obtained by the ECSC.[21] By way of example, the Eighth Supplemental Indenture was a notarial act dated 10th April 1957 and executed by the ECSC and the Depositary before a Luxembourg notary for the purpose of granting the 7th, 8th and 9th Series of Secured Notes of the ECSC[22] the protection of the Act of Pledge. These supplemental indentures also enabled the Depositary to appoint sub-depositaries in the countries in which project loans were granted by the ECSC. The function of such sub-depositaries was to retain in

[16] The French and German texts of the Treaty of 18th April 1951 were published, *inter alia*, in the Federal Republic of Germany in Part II of the *Bundesgesetzblatt* on 6th May 1952 (*Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 1952, Teil II, pp. 447-504).

[17] The Loan Agreement of 23rd April 1954 between the USA and the ECSC contained, in an Annex, the original text of the Act of Pledge. See 238 *United Nations Treaty Series* pp. 340–405.

[18] Loans made by the ECSC to such enterprises under the Act of Pledge were defined as 'project' loans.

[19] The instrument or instruments constituting the claim of the ECSC against borrowing enterprises were defined as 'enterprise obligations' by the Act of Pledge.

[20] See the attached table, which sets out the position as at 1st April 1981 and gives details of the 16 separate fund-raising operations carried out by the ECSC between 1954 and 1961 and secured by the Act of Pledge.

[21] Section 8.01.(b) of the Act of Pledge.

[22] See the attached table referred to in footnote 20 above.

safekeeping, for the account of the Depositary, the original copies of the enterprise obligations relating to such loans and to confirm in a legal opinion issued to the Depositary that domestic legal requirements, particularly so far as the pledging of the resulting claims was concerned, had been fully complied with.
In addition to bringing the subsequent borrowings of the ECSC within the scope of the Act of Pledge, the procedure of executing supplemental indentures was also available for the following purposes:[23]

a transferring and assigning to the Depositary, to be held as part of the pledged property, and enterprise obligation and any security therefor,

b adding further covenants, restrictions or conditions for the protection of the ECSC's creditors, and

c 'to cure any ambiguity or to correct any defect or inconsistent provision' contained in the Act of Pledge itself or in a supplemental indenture.[24]

This procedure of executing supplemental indentures proved to be of great importance to the Depositary in connection with the creation of a valid pledge of the enterprise obligations issued by the various recipients of project loans from the ECSC in the different European countries which were the members of the ECSC. As the legal systems in these countries did not by any means have an identical approach to the question of how this could be done the Depositary was frequently obliged to find a way in which the strict requirements of the Act of Pledge could be reconciled with those of the laws of the Continental European countries in which project loans were granted by the ECSC. The way in which this was done will be described later in this study.
So far as the duties of the Depositary regarding the disbursement of loans by the ECSC were concerned, these consisted of ensuring, in the light of accompanying legal opinions, that all documents relating to the project loan complied with the requirements of the Act of Pledge. When so satisfied, the Depositary executed the order of the ECSC to make payment to the enterprise receiving the project loan. The Depositary also received all sums paid by borrowing enterprises in respect of principal and interest on their loans. The sums so received were held by the Depositary as part of the pledged property until they were applied either in reimbursing the creditors of the ECSC who had provided the funds out of which the loans had been granted, or for such other purposes as were provided for in the Act of Pledge. Furthermore, the Depositary's prior consent was required in the event of any proposed modification in the enterprise obligations, or the security therefor, held as part of the pledged property.
It is evident from the above summary that the basic philosophy of the Act of Pledge was to create machinery which was in all respects equivalent to that to be found under an American Trust Indenture securing the financing of a large corporate enterprise. When approached by the US Government and the ECSC to hold the pledged property, the Bank was naturally willing to lend its assistance but made it clear that it preferred not to take on a 'trusteeship' function as understood by common law systems. It is for this reason that the Bank preferred to be designated as 'Depositary' and insisted that its duties should be expressly stated and its liability clearly limited by the Act of Pledge itself. The key provisions of the Act of Pledge which achieved these two latter requirements are to be found in Section 10.03, paragraphs (d), (f) and (g), which read as follows:

(d) *The Depositary shall not be responsible for the performance of any duties under this Indenture except such duties as are specifically set forth in this Indenture, and no implied covenants or obligations shall be read into this Indenture against the Depositary, but the duties and obligations of the Depositary* shall be determined solely by the express provisions *of this Indenture.*

(f) *The Depositary shall not be responsible or accountable to anyone, either by reason of its execution of this Indenture or any indenture supplemental hereto or any certificate of authentication on any Note or for any other reason whatsoever, with respect to the validity of this Indenture or of any indenture supplemental hereto or of the Notes, or for the validity or value of any Pledged Property..... or for any act done or omitted by it in good faith, or for anything whatever in connection with this Indenture or any indenture supplemental hereto or any Note,* except for its own wilful misconduct or failure to exercise reasonable care *in the performance of its duties hereunder.*

(g) *In acting hereunder, the* Depositary may advise with legal counsel *and (subject to the provisions of subparagraph* (f) *above)* shall be fully protected with respect to any action taken or suffered by it in good faith in accordance with the opinion of such counsel.

These provisions reflected the previous experience of the Bank, referred to in Section 3 above, when its rôle as trustee had to be examined by Swiss courts of law. The most important element was, however, the unfettered power of the Depositary to seek a legal opinion whenever it required the adjudication which would, under a common law system, have been provided by an Equity Court. This power was designed to give to the Depositary the right to obtain a binding independent opinion whenever necessary, in the same way as a trustee under the common law can seek direction, aid and protection in the proper performance of his trust by applying to the Court.[25]
It may thus be said that the Act of Pledge was intended to provide trusteeship machinery for the *pari passu* protection of the creditors of the ECSC whose funds were used in making loans to Community enterprises. The pledged property in the hands or under the control of the Bank in its capacity as Depositary was the key element of such protection, while at the same time the Bank itself was shielded from the onerous duties normally assumed by a trustee and from the considerable financial risks which could have resulted from any act or failure to act on its part which, from the viewpoint of common law, might have been considered as a breach of trust.

5 *How the underlying trust concept of the rôle of the Depositary and of the 'pledged property' under the Act of Pledge was implemented in the different legal systems of the civil law countries in which loans were granted by the ECSC*

Under common law legal systems the execution of the Act of Pledge and of the supplemental indentures, together with the delivery to the Depositary of the instru-

[23] Section 8.01.(a), (d) and (f) of the Act of Pledge.
[24] The First, Sixth and Eleventh Supplemental Indentures, dated 25th May 1955, 16th May 1956 and 27th July 1960, respectively, amended the original text of the Act of Pledge of 28th November 1954.

[25] *Cf.* Sections 57, 61 and 63 of the English Trustee Act. 1925. Sections 167 and 259 of the American Restatement of the Law of Trusts (2nd) 1959 and the US Trust Indenture Act of 1939.

ments mentioned therein, would have sufficed to create the security envisaged by the Act of Pledge. By contrast, under the civil law legal systems by which the security was actually to be governed this was not the case.

In civil law systems, the classic way to achieve the security provided for by the Act of Pledge in favour of the lenders to the ECSC – and the one that was initially envisaged in all the countries where the security was to be constituted – was the creation of a pledge in the technical sense.

Under continental law, however, a pledge is an 'accessory' security, *i.e.* one that can secure only a well determined claim – either already existing or future – which implies, first of all, that the creditor must be known as of the moment of the creation of that claim. In order for the pledge to come into being it is necesssary that the debtor cease to exercise full control over the assets intended to serve as security. Consequently, these must either be placed under the joint control of the pledger and of another party or, more simply, they must be delivered to the pledgee or to a third party agreed upon by both the pledger and the pledgee; in the case of a pledge of a claim, the debtor must have knowledge of the pledge of the claim against him. Moreover, being a *ius in rem,* a pledge cannot be created by means of a contract for the benefit of a third party. And, finally, the rule *prior tempore potior iure* applies to pledges: this means that, where the same assets have been pledged in favour of more than one creditor, the one in whose favour the pledge was first constituted has a prior right to full satisfaction from the pledged assets before the other pledgees may be so satisfied.[26]

Given this situation, neither the Act of Pledge nor the supplemental indentures were alone sufficient to create a pledge. First of all, in fact, the creditors whose claims were meant to be secured thereby, viz. the lenders to the ECSC, were not parties to those instruments which, as mentioned above, were entered into only by the ECSC and the Depositary. Furthermore, the property to be subsequently delivered to the Depositary for inclusion in the portfolio of pledged property was not identifiable at the moment of the conclusion of the Act of Pledge and of the supplemental indentures, and could not, therefore, be validly pledged in favour of creditors who had already lent to the ECSC. Nor was it possible, as it would have been under common law, to create a pledge for the benefit of future, and as yet unidentified, lenders and to ensure that all present and future lenders would benefit equally and ratably from the security.

It follows that, from the viewpoint of continental law, at the time of its execution the Act of Pledge could only be considered as constituting an undertaking on the part of the Depositary towards the ECSC to hold the pledged property delivered to it and a parallel undertaking towards the future lenders to the ECSC to act for the benefit of third parties.[27]

The creation of a pledge in the technical sense, capable of ensuring the equal and ratable protection of all lenders to the ECSC provided for in the Act of Pledge, would have required a fairly complex procedure. On each occasion when the ECSC disbursed funds in connection with project loans, it would have been necessary for the resulting claims against the borrowing enterprises, together with the related security, to be pledged in favour of all the lenders to the ECSC at that moment holding Secured Notes. Moreover, any property already pledged to secure previous issues of Notes would have had to be pledged anew in favour of the latest issue. For this to be possible, the lenders in whose favour that property had previously been pledged would have had to waive the priority of their claims on the pledged property vis-à-vis the new lenders.

It was also necessary that the Depositary – which, not being a creditor of the ECSC, could not itself be the pledgee – be empowered by the lenders to the ECSC to fulfil on their behalf the tasks envisaged by the Act of Pledge. To this end, on the occasion of each issue of Notes by the ECSC, the new lenders to the latter specifically agreed that their rights would be governed by the Act of Pledge, authorised the Depositary to take all measures provided for thereunder in respect of the security for their credit and ratified all pledges accepted by the Depositary and all the steps taken by it to ensure that all the ECSC's previous and subsequent obligations would share equally and ratably in the security.[28] In effect the lenders thereby not only appointed the Depositary their agent to create the pledge and to hold the pledged property on their behalf, but also authorised it, in the event of a further issue of Secured Notes by the ECSC, to renounce on their behalf the priority of their claims on the pledged property vis-à-vis subsequent lenders, *i.e.* to their rights stemming from the rule *prior tempore potior iure.*

At the beginning, this rather cumbersome mechanism was resorted to in all the countries in which project loans were granted. However, with respect to the loans granted in Germany[29] it was subsequently felt that recourse could be had to a different technique which was not only considerably simpler than the one required for the creation of a pledge *(Pfand),* but which was also closer to the spirit of the Act of Pledge. This technique was the *Sicherungsabtretung, i.e.* the transfer of security on a fiduciary basis, which is commonly used under German law.[30] By means of a *Sicherungsabtretung* whenever it granted a project loan to a German enterprise the ECSC could simply assign to the Depositary its claim to repayment, with the express proviso that such assignment was for the sole purpose of providing security for the ECSC's present and future creditors in accordance with the Act of Pledge. The security for the claims – in the form of mortgages, negative pledges, guarantees, etc. – was assigned to the Depositary in the same way, while the promissory notes issued by the enterprise in connection with the loan received were issued directly in its favour. The Depositary's acceptance of the rights conferred or to be conferred on it and its undertaking to exercise them in the interest of the lenders to the ECSC resulted from a contract with its sub-depositary and agent in Germany, whose task it also was to conclude the loan contracts on behalf of the ECSC.[31]

This solution had the advantage of not giving rise to any difficulties with respect to the creditors' priorities and it did away with the need to inform the borrowing enterprises of the repledging of the ECSC's claims against them every time a new series of Secured Notes

[26] *Cf* for instance. F. Baur, 'Lehrbuch des Sachenrechts' (9th edn., 1977). p. 532; J.-C. Groslière, 'Gage', in *Juris-Classeur droit civil* and F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale* (1952), par. 104, for the law in Germany, France and Italy respectively.

[27] In respect of the relations between the ECSC and the future lenders the Act of Pledge constituted an undertaking by the ECSC for the benefit of third parties to create a pledge in their favour.

[28] The authorisation to act on behalf of each of the new lenders to the ECSC under the Act of Pledge was accepted by the Depositary in the related supplemental indentures.

[29] The project loan contracts, as well as those providing for the creation of the security, all contained clauses designating the law of the country where the loan was granted as the applicable law. For a discussion of some of the problems to which the implementation of the Act of Pledge gave rise *cf.* J. L. Blondeel and H. Vander Eycken 'Les emprunts de la CECA in *Revue de la Banque,* 1955, p. 250 ff.: J. Salmon. *Le rôle des organisations internationales en matière de Prêts et d'Emprunts, problèmes juridiques* (1958) p. 282 ff. and S. Wittig, *Die Sicherung der Anleihegläubiger der Montanunion* (1964).

[30] *Cf.* K. Larenz. *Lehrbuch des Schuldrechts* (12th edn., 1979) Vol. 1. p. 479 ff.

[31] For the Text of this contract *cf.* S. Wittig, *op. cit.,* p. 284 ff.

was issued. Its effect was that the Depositary, which was referred to as *Pfandhalter,*[32] acquired full title to the ECSC's claims against the borrowing enterprises in Germany and to the related security; it was thereby in a position directly to exercise against the borrowers all the rights in respect of such claims in the interest of the lenders to the ECSC. At the same time, it was bound by a fiduciary – *i.e.,* under German law, contractual – obligation vis-à-vis the ECSC and the noteholders to exercise those rights in compliance with the Act of Pledge.

Is so far as German law applied, therefore, the Depositary's position was in a way similar to that of a trustee under anglo-saxon law. It should be noted, however, that the ECSC did not maintain, and the lenders to it did not acquire, any of the real rights in the secured property that they would have maintained or acquired had a mere pledge *(Pfand)* been created.

Because the validity of fiduciary transfers for security is far from undisputed in the legal systems of the other countries in which project loans were granted,[33] this system could not be adopted there and the only solution was thus to continue to use the traditional instrument of the pledge. However, while in France, Belgium and Luxembourg this instrument was used throughout in the same way, in Italy at one point a variation was introduced.

Since in the first three countries mentioned above the solution was the same, only that applied in France will be discussed here. The contracts relating to project loans granted in France provided that the ECSC's claims resulting therefrom and the related security would be pledged in favour of the Depositary (referred to in this connection as *tiers convenu*) acting as agent for the present and future holders of Secured Notes of the ECSC. The actual creation of the pledge was achieved by means of subsequent contracts to this effect (*actes constitutifs de gage*) between the ECSC and the Depositary as agent for the lenders.[34] Moreover, pursuant to article 2075 of the French Civil Code, the borrowing enterprises had to be served notice of the pledging of the ECSC's claim against them by a *huissier, i.e.* a judicial official.

Since, as already mentioned, the pledge could be constituted only to secure effectively issued and existing Notes, and not future ones, upon each issue of new Notes by the ECSC it was necessary to extend to that issue the benefit of the pledge of the property securing the previous issues, and thus to arrange for the prior rights of the holders of Notes of previous issues to be renounced. This procedure was facilitated by the fact referred to previously that upon each issue of Secured Notes by the ECSC the lenders to the ECSC agreed that the loan in question would be governed by the Act of Pledge and empowered the Depositary to take such action as was required for the purposes of the Act of Pledge. As regards the creation of the pledge itself, the Depositary and the ECSC entered into a fresh *acte constitutif de gage,* whereupon a further service of notice was immediately made on all the borrowing enterprises in France at that time.

As regards the promissory notes issued by the borrowing enterprises in respect of the amounts owed to the ECSC, these were endorsed to the Depositary by means of an *endossement pignoratif.* These notes, together with the documents relating to the ECSC's claims against the borrowing enterprises and the security therefor, were entrusted to the Depositary.[35]

From a purely legal viewpoint, the effect of this solution was essentially the opposite of that of the arrangement adopted in Germany. In France, since there was no assignment of title but only a pledge, the ECSC retained, and the holders of Secured Notes acquired, rights *in rem* in respect of the pledged property, which meant that they could be asserted vis-à-vis third parties. At the same time, the Depositary had a contractual obligation to act in respect of the pledged property in the interest of the lenders to the ECSC.

In Italy, after an initial period in which the same system as in France was used, a somewhat different method for creating the pledge in favour of the holders of Secured Notes was devised. Under this system the ECSC no longer entered into loan agreements with the borrowing enterprises. The latter simply issued to the order of the ECSC a set of promissory notes, guaranteed by a third party, as consideration for the loan received. These notes were then endorsed in blank by the ECSC. This procedure had the effect that the ECSC's claims against the borrowing enterprises were represented by bearer notes, which could be treated as movable assets for the purposes of the creation of the pledge.

The pledge in favour of the lenders was accordingly created by a contract between the ECSC and the Depositary acting as agent for the lenders, and by the delivery of the promissory notes to the Depositary. The latter was thus in all respects acting as *tiers convenu.*[36] This system had the advantage over the one used in France and, initially, also Italy that the borrowing enterprises did not have to be served with notice of the creation of the pledge. As in France, however, each time the ECSC borrowed fresh funds a waiver of the earlier borrowers' priority with respect to the pledged property and a new *acte constitutif de gage* were required in order to extend the benefit of the pledge to the holders of the latest issue of Secured Notes.

Because there was no loan agreement as such, the issue of promissory notes by Italian borrowing enterprises was accompanied by the conclusion of a supplemental contract between the enterprise and the ECSC (*'contratto integrativo di prestito cambiario'*) which set out the parties' respective rights and obligations regarding the loan granted by the ECSC.

This contract provided that, upon the endorsement in blank of the promissory notes and their delivery to the Depositary, the latter would acquire all the ECSC's rights and obligations vis-à-vis the enterprise arising under the contract. The Depositary gave the required assent to this provision. The contract also empowered the Depositary (or, in case of a previous retransfer of the notes to it, the ECSC) to transfer the promissory notes to a third party provided that the *contratto integrativo* itself was simultaneously assigned to that party, *i.e.* that the latter accepted all the rights and obligations arising therefrom. This same condition applied to any subsequent transfer of the promissory notes. By virtue of this arrangement, all the ECSC's rights and obligations vis-à-vis the borrowing enterprise were effectively attached to the promissory notes as such; as a result they necessarily accrued to any

[32] In view of the solution adopted in Germany the term *Pfandhalter* (as to which *cf.* F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts, op. cit.,* p. 540 ff.) to describe the Depositary is somewhat misleading: it is appropriate only insofar as documents relating to the claims had to be deposited with it to comply with the formal requirements of the Act of Pledge.

[33] In France the validity of fiduciary assignments of claims for security has been defended by the author of a recent publication (C. Witz, *La fiducie en droit civil français* (1981)), but this view is not yet supported by case law. For the situation in Italy *cf.* R. Nitti, 'Negozio fiduciario', in Novissimo Digesto. vol. XI.

[34] For the standard text of these contracts, as well as of a *contrat de prêt* between the ECSC and borrowing enterprise. *cf.* S. Wittig, *op cit.,* p 304 ff.

[35] The lodging of these notes and documents with the Depositary was not essential to the actual constitution of the Pledge, whence the term *tiers convenu* was not technically appropiate to describe the Depositary's functions. In practice the notes and documents were held in the name of the Depositary by a sub-depositary appointed by it.

[36] *I.e.* as *terzo designato* according to article 2787.2 of the Italian Civil Code. In this country too the notes were actually held in the name of the Depositary by a sub-depositary.

holder of the notes. The rights of the ECSC were thus pledged together with the notes.

The mere fact of holding the promissory notes entitled the Depositary to exercise vis-à-vis the borrowing enterprises all the rights connected with those notes. As regards its relations with the ECSC and the holders of Secured Notes, the Depositary's power to exercise these rights was of a contractual nature, as was its duty to exercise such rights in the interests of the holders of Secured Notes. This result, albeit from a different approach, resembled the system initially envisaged by the Act of Pledge, under which the mere possession of the instruments representing the ECSC's claim empowered the Depositary to act in the interest of the lenders to the ECSC.

The foregoing study shows that, although the concept of trust, which was the basis on which the Act of Pledge was drawn up, has no equivalent in continental law, in all the civil law countries in which project loans were granted by the ECSC it nonetheless proved possible to create a mechanism whereby all the lenders to the ECSC in effect benefited to the same degree from the security required by the Act of Pledge. It also shows that the same practical result can be reached in several ways and that even within a given legal system different tools may be available to achieve the same end. It is clear, however, that under continental law an extremely complex procedure is often required in order to achieve what under common law can be achieved relatively easily by means of a trust.

Annex *Secured loans of the European Coal and Steel Community*

Series of Secured Notes	Dates of issue	Countries of issue	Lenders	Original amounts of loans		Amounts unredeemed on 1st April 1981	Rates of interest %	Year of final maturity or redemption
1st	1954	United States	US Government	$	100,000,000	–	3⅜	1979
2nd	1955	Belgium	Caisse Générale d'Epargne et de Retraite, Brussels	B.fr.	200,000,000	23,600,000	3½	1982
3rd	1955	Germany	Westdeutsche Landesbank Girozentrale, Düsseldorf[1]	DM	50,000,000	3,000	3¼	1981
4th	1955	Luxembourg	Caisse d'Epargne de l'Etat, Luxembourg	B.fr. L.fr.	20,000,000 5,000,000	2,360,000 –	3½ 3½	1982 1961
5th	1956	Saar	Landesbank Saar Girozentrale, Saarbrücken	DM	2,977,450[2]	–	4¼	1977
6th	1956	Switzerland	Public issue	Sw.fr.	50,000,000	–	4¼	1974
7th	1957	United States	Public issue	$	25,000,000	–	5½	1975
8th			Public issue	$	7,000,000	–	5	1962
9th			Bankloans	$	3,000,000	–	5	1962
10th	1957	Luxembourg	Etablissement d'Assurance contre la Vieillesse et l'Invalidité, Luxembourg	L.fr.	100,000,000	14,905,905	5⅜	1982
11th	1958	United States	Public issue	$	35,000,000	–	5	1978
12th			Public issue	$	15,000,000	–	4½	1963
13th	1960	United States	Public issue	$	25,000,000	–	5⅜	1980
14th			Public issue	$	3,300,000	–	4¼	1963
				$	3,300,000	–	4⅞	1964
				$	3,400,000	–	5	1965
15th	1961	Luxembourg	Etablissement d'Assurance contre la Vieillesse et l'Invalidité, Luxembourg	L.fr.	100,000,000	34,278,002	5¼	1986
16th	1961	Netherlands	Public issue	Fl.	50,000,000	3,100,000	4½	1981

[1] The original lenders, Rheinische Girozentrale und Provinzialbank and Landesbank für Westfalen Girozentrale, were merged on 1st January 1969 under the name Westdeutsche Landesbank Girozentrale.
[2] This loan, which was contracted in French francs, was converted into Deutsche Mark in 1959. The original amount was 350,000,000 old French francs.

B.I.S. Report

Unit trusts in the United Kingdom

DOCUMENT SUBMITTED BY THE EXPERTS
OF THE UNITED KINGDOM

Document préliminaire No 5 de juin 1982

Preliminary Document No 5 of June 1982

A unit trust is constituted by vesting property, such as cash and stocks and shares, in a Trustee (invariably a large banking or insurance company) which is bound by a trust deed to deal with it as directed by the Manager (invariably a company dealing in stocks and shares). The trust property is held for the benefit of persons called 'unitholders' whose interest in the trust is evidenced by the issue of unit certificates.
Where units are to be sold to the public, authorisation by the U.K. Department of Trade is necessary. It exercises a rigorous control in ensuring that the trust deed satisfies all its requirements for authorisation *e.g.* as to the management charges, calculation of the price of units, and supervisory control of the Manager by the Trustee. Authorisation may subsequently be revoked. The unit trust industry also has its own association, The Association of Unit Trust Managers, with its own code for upholding standards of unit trust practice.

The types of unit trust

The first unit trusts were ones where the Manager purchased a portfolio of investments which was fixed and certain or only variable subject to very strict conditions. These 'fixed' unit trusts have long been replaced by 'flexible' unit trusts where the Manager can vary the nature and proportions of the investments, usually within defined percentage limits.
Flexible unit trusts are normally cash unit trusts where units are created and issued against the deposit of cash by the Manager with the Trustee. The cash so received is either applied for the purchase of investments forthwith or is placed on current account or short-term deposit pending its application. Only a cash unit trust can be quoted on the Stock Exchange.

The Manager's functions

The Manager, besides managing the portfolio of investments, is also responsible for promoting the sale of units in the unit trust. Their price is fixed by reference to the market value of the portfolio (based on offer prices) and the amount of any uninvested cash, with the addition of a service charge to cover the expenses of, and provide a small profit for, the Manager. A market in the units is provided by the Manager being bound to repurchase units from unitholders at prices calculated by reference to the market value of the portfolio (based on bid prices) and the amount of any uninvested cash. The Manager may either sell the repurchased units to new investors or cancel them, in which case the Manager will receive payment out of the trust property of a sum equivalent to the value of the cancelled units. Many authorised cash unit trusts are also quoted on the Stock Exchange. Unitholders, thus, have no difficulty in buying and selling units at prices closely related to the current value of the trust property.

The Trustee's functions

The Trustee has to approve all advertising material of the Manager and can require the Manager to retire if certifying that such is in the interest of the unitholders. No unit certificates can be issued until steps have been taken to the Trustee's satisfaction to ensure that the trust property has been or will be vested in the Trustee. The Trustee is responsible for the safe custody of the trust property, for the collection of the income arising therefrom and for the distribution (or accumulation) of such income to unitholders in accordance with the trust deed.

The duration of unit trusts

The rule against accumulations and the rule against perpetuities do not apply to unit trusts since the whole body of unitholders can collectively at any time bring the trust to an end by demanding the trust property for themselves. In practice the trust deed fixes a period for the life of the trust (usually 25 years) but usually empowers the Manager to extend or reconstitute the trust with the consent of a certain proportion of the unitholders. Otherwise, at the end of the period the trust property will be sold and the proceeds divided between the unitholders. Towards the end of the period the Manager on repurchasing units will usually refrain from reselling them.

The advantage for the small investor

It is currently estimated that the total funds of U.K. unit trusts amount to over 6,200 million pounds. Most unitholders are persons who have a small amount of capital and who wish to spread their investment risk and to take advantage of professional management. The advantage of the unit trust over the investment trust company is that the unitholders are, collectively, the beneficial owners of the securities held by the unit trust and any unitholder can easily sell his units at a price corresponding to the current value of those securities. A shareholder in an investment trust company has no legal or beneficial interest in the stocks, shares and other assets of the company, and the current value of the shareholder's interest will depend not only on the current value of the company's securities but also on the investment and dividend policy of its board of directors, who are subject to fewer controls than the Manager of a unit trust.

Commission spéciale

Note du Bureau Permanent

Conformément à la tradition ne sont pas reproduits les Documents de travail et Procès-verbaux des séances de la Commission spéciale.
Bien que le Rapport du Professeur Alfred E. von Overbeck et les Observations des Gouvernements fassent parfois référence à de tels Documents et Procès-verbaux, ces citations, destinées aux experts gouvernementaux en vue de la préparation de la Session plénière, n'ont plus une grande importance pour le lecteur des Actes et documents et elles n'ont été maintenues dans le texte que pour signaler les endroits où le Rapporteur et les Gouvernements ont évoqué expressément les travaux de la Commission spéciale.

Notice by the Permanent Bureau

As in the past, the Working Documents and the Minutes of the Special Commission's meetings have not been reproduced in this volume.
Although Professor von Overbeck's Report and the Comments of the Governments refer to such Documents and Minutes, these citations, which were intended to assist the governmental experts in preparing for the Plenary Session, are not essential for the reader of the Acts and Documents; they have been retained in the text in order to indicate the places where the Rapporteur and the Governments made specific reference to the Special Commission's discussions.

Liste des participants à la Commission spéciale*

List of participants in the Special Commission's meetings*

La Commission spéciale a siégé du 21 au 29 juin 1982, du 28 février au 11 mars 1983 et du 24 au 28 octobre 1983.

The Special Commission met from 21–29 June 1982, from 28 February – 11 March 1983 and from 24–28 October 1983.

EXPERTS DES ÉTATS MEMBRES
EXPERTS OF THE MEMBER STATES

République fédérale d'Allemagne/Federal Republic of Germany

M. *H. Kötz,* Professor of Law at the University of Hamburg, Director of the Max-Planck-Institute of Foreign and International Private Law, Hamburg

Argentine/Argentina

M. *E. M. Curia,* First Secretary, Observer of the Embassy of Argentina at The Hague
M. *E. A. Sadous,* First Secretary, Observer of the Embassy of Argentina at The Hague

Australie/Australia

M. *H. T. Bennett,* Deputy Secretary, Attorney-General's Department, Canberra
M. *R. A. I. Bell,* M. Sc., D. Phil., LL.B., Principal Legal Officer, Business Affairs Division, Attorney-General's Department, Canberra
M. *L. G. Glanfield,* Legal Assistant, N.S.W. Attorney-General's Department, Sydney

Autriche/Austria

M. *B. Wiesbauer,* State Prosecutor, Federal Ministry of Justice, Vienna

Canada

M. *M. L. Jewett,* Q.C., General Counsel, Constitutional and International Law Section, Department of Justice, Ottawa
M. *D. W. M. Waters,* Professor at the University of Victoria

Danemark/Denmark

M. *A. Troldborg,* Under-Secretary, Ministry of Justice, Copenhagen
M. *L. L. Andersen,* Head of Section, Ministry of Justice, Copenhagen

Espagne/Spain

Mlle *E. Pérez-Vera,* professeur de droit international privé, recteur de l'Université nationale de l'Education à Distance, Madrid

Etats-Unis d'Amérique/United States of America

M. *P. H. Pfund,* Assistant Legal Adviser for private international law, Department of State, Washington D.C.
M. *D. T. Trautman,* Henry L. Shattuck Professor of Law, Harvard University, Cambridge, Massachusetts

France

M. *J.-P. Beraudo,* magistrat, Bureau du droit européen et international, Ministère de la Justice, Paris
Mme *M. Revillard,* expert notarial, Centre de recherches, d'information et de documentation notariales (CRIDON), Lyon
M. *J.-L. Wertheimer,* secrétaire adjoint des Affaires étrangères, Service des accords de réciprocité, Ministère des Relations Extérieures, Paris

Grèce/Greece

M. *Ph. Francescakis,* directeur de recherche honoraire au Centre national (français) de la recherche scientifique, ancien professeur à l'Université de Thessalonique

Irlande/Ireland

M. *R. Hayes,* Commissioner, Law Reform Commission, Dublin

Israël/Israel

M. *A. Yoran,* Professor at the Hebrew University of Jerusalem

Italie/Italy

M. *A. Gambaro,* Professor of comparative law, University of Turin

Japon/Japan

M. *Y. Tanaka,* Director of the Second Division, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
M. *Y. Hamasaki,* Counsellor, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
M. *T. Inaba,* Counsellor, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
M. *K. Taki,* First Secretary, Embassy of Japan, The Hague
M. *S. Hiroki,* Third Secretary, Embassy of Japan, The Hague

Luxembourg

M. *H. Delvaux,* procureur général d'Etat honoraire
M. *M. Mathékowitsch,* attaché de Gouvernement premier en rang, Ministère de la Justice, Luxembourg

Pays-Bas/Netherlands

M. *J. C. Schultsz,* avocat, président de la Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé

* Figurent dans cette liste tous ceux qui ont participé aux travaux qu'ils aient assisté à toutes les réunions ou à certaines d'entre elles.

* This list includes all persons who participated in the discussions, whether they attended all the meetings or only one or two.

M. *C. D. van Boeschoten*, avocat à la Cour de cassation des Pays-Bas, vice-président de la Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé
M. *C. A. Uniken Venema*, Professor at the University of Groningen
M. *W. Westbroek*, notaire à Rotterdam

Portugal

M. *C. Fernandes*, directeur des Services juridiques et de Traités, Ministère des Affaires Etrangères, Lisbonne
M. *R. Vieira Miller Simões*, adjoint du procureur général de la République, Lisbonne
M. *R. Ventura*, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lisbonne

Royaume-Uni/United Kingdom

M. *A. E. Anton*, CBE, FBA, Hon. Professor
M. *D. J. Hayton*, M.A., LL.B., LL.D., Barrister, Lincoln's Inn, London, Fellow, Jesus College, Cambridge

Suède/Sweden

M. *S. Magnusson*, Under-Secretary for Legal Affairs, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland

M. *A. E. von Overbeck*, professeur à la Faculté de droit de Fribourg, directeur de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne-Dorigny

Venezuela

M. *G. Parra-Aranguren*, Professor of private international law at the University of Caracas

OBSERVATEURS/OBSERVERS

Institut international pour l'unification du droit privé
International Institute for the Unification of Private Law
(UNIDROIT)

M. *M. J. Stanford*, Research Officer

Banque des Règlements Internationaux
Bank for International Settlements

M. *F.-E. Klein*, professeur, conseiller juridique de la Banque des Règlements Internationaux

Commonwealth Secretariat

M. *J. D. McClean*, Professor at the University of Sheffield

Union internationale du Notariat latin
International Union of Latin Notaries

Mme *A. H. M. de Jong*, notaire à Haarlem, représentante permanente de l'Union auprès de la Conférence
M. *V. L. Simó Santonja*, notaire, docteur en droit, professeur à l'Université de Valencia, représentant permanent de l'Union auprès de la Conférence
M. *J. Aussedat*, notaire, chargé des relations internationales, Conseil supérieur du Notariat, Paris
M. *J. Agier*, notaire à Paris
M. *F. Dupré*, notaire à Paris
M. *A. Gobin*, notaire à Meudon
M. *B. Hohl*, notaire à Nice
M. *T. Lacourte*, notaire à Paris
M. *G. Laurini*, professeur à l'Université de Naples
M. *A. Schwachtgen*, notaire à Luxembourg

BUREAU DE LA COMMISSION SPÉCIALE
OFFICERS OF THE SPECIAL COMMISSION

Président – Chairman

M. *C. D. van Boeschoten* (Pays-Bas/Netherlands)

Vice-président – Vice-Chairman

M. *D. T. Trautman* (Etats-Unis d'Amérique/United States of America)

Rapporteur – Reporter

M. *A. E. von Overbeck* (Suisse/Switzerland)

SECRÉTARIAT/SECRETARIAT

M. *G. A. L. Droz*, secrétaire général
M. *M. L. Pelichet*, secrétaire général adjoint
M. *C. A. Dyer*, premier secrétaire au Bureau Permanent
M. *J. H. A. van Loon*, secrétaire au Bureau Permanent

Secrétaires rédacteurs/Recording Secretaries

M. *P. Drager*, Second Secretary, Embassy of Canada, The Hague
M. *E. Gaillard*, professeur de droit international privé à l'Université de Lille II
M. *P.-Y. Gautier*, avocat à la Cour de Paris
Mlle *H. Muir-Watt*, assistante à l'Université de Paris XI
Mlle *E. Vink*, assistante de recherches, T.M.C. Asser Institut, La Haye
Mlle *K. S. Williams*, Lecturer in Law, University of Liverpool

Conclusions tirées des discussions de la Commission spéciale de juin 1982 sur les trusts et institutions analogues

ÉTABLIES PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 6 de septembre 1982

Introduction

La première Commission spéciale sur les trusts s'est réunie au Palais de la Paix à La Haye du 21 au 29 juin 1982. Elle avait comme base de travail le Document préliminaire No 1, *Rapport sur les trusts et institutions analogues, Première* et *Deuxième parties*, établi par Adair Dyer et Hans van Loon du Bureau Permanent; le Document préliminaire No 2, *Study on Business Trusts and Charitable Trusts*, établi par l'Expert américain, le professeur Donald T. Trautman; le Document préliminaire No 3, *Observations sur les trusts d'affaires et les trusts de charité au Canada*, soumises par l'Expert canadien, le professeur D. W. M. Waters; le Document préliminaire No 4, *A trustee in Continental Europe: The experience of the Bank for International Settlements*, établi par M. G. K. Simons et M. L. G. Radicati, soumis par la Banque pour les Règlements internationaux; le Document préliminaire No 5, *Unit Trusts in the United Kingdom*, soumis par les Experts du Royaume-Uni, M. A. E. Anton et M. D. J. Hayton.

Il fut admis que la prochaine réunion de la Commission spéciale devrait avoir lieu du 28 février au 11 mars 1983. Avant cette réunion, un groupe de travail spécial, qui devra se réunir en novembre 1982, et sera formé des Experts autrichien, français et britannique, se réunira avec les membres du Bureau Permanent afin d'établir une esquisse de projet de convention.

La Commission a considéré que les trusts créés sous l'empire du droit des pays anglo-américains dans des buts familiaux, commerciaux, financiers, et autres, présentent de plus en plus d'éléments de connexité avec les pays de droit civil, où le trust en général n'est pas connu. Tandis que dans certains cas un trust peut plus ou moins facilement être «adapté» aux institutions juridiques du droit civil, généralement la situation juridique existante n'est pas satisfaisante et soulève de nombreux problèmes juridiques et pratiques: une grande incertitude règne souvent sur les effets s'il en existe, donnés à un trust dans un pays de droit civil, ou sur la reconnaissance de la validité d'un trust; c'est pourquoi des droits tout à fait légitimes des parties à un trust ont été souvent contrecarrés par l'application de règles peu appropriées.

La Commission s'est mis d'accord pour admettre qu'une solution à de tels problèmes de droit international privé liés au trust, ainsi qu'à d'autres, devrait être recherchée par une convention internationale.

Les présentes conclusions ont été rédigées par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé dans le but de réaliser une synthèse du résultat des discussions tenues lors de la Commission spéciale de juin 1982.

Conclusions drawn from the discussions of the Special Commission of June 1982 on trusts and analogous institutions

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 6 of September 1982

Introductory Note

The first Special Commission on trusts met at the Peace Palace at The Hague from June 21 to 29, 1982. It had before it Preliminary Document No 1, *Report on Trusts and Analogous Institutions, Parts One* and *Two*, prepared by Adair Dyer and Hans van Loon of the Permanent Bureau; Preliminary Document No 2, *Study on Business Trusts and Charitable Trusts* by the American Expert, Professor Donald T. Trautman; Preliminary Document No 3, *Comments on Business and Charitable Trusts in Canada*, by the Canadian Expert, Professor D. W. M. Waters; Preliminary Document No 4, *A trustee in Continental Europe: The experience of the Bank for International Settlements*, prepared by G. K. Simons and L. G. Radicati, submitted by the Bank for International Settlements; Preliminary Document No 5, *Unit Trusts in the United Kingdom*, submitted by the Experts of the United Kingdom, Mr A. E. Anton and Mr D. J. Hayton.

It was agreed that the Special Commission will meet again from February 28 to March 11, 1983. Prior to that meeting a special Working Group, which is to meet together with members of the Permanent Bureau in November 1982, and consisting of delegates from Austria, France and the United Kingdom, will meet to draw up a tentative draft Convention.

The Commission considered that trusts created under the laws of Anglo-American jurisdictions for family, business, financial, and other purposes, increasingly present connecting factors with civil law countries, where the trust is generally not known. While in some instances a trust may be more or less readily 'adapted' to a legal institution of the civil law, by and large the existing legal situation is not satisfactory and gives rise to numerous legal and practical problems: it is often highly uncertain what effects, if any, will be given to a trust in a civil law country, or whether it will be held valid there, and as a result sometimes legitimate interests of the parties to a trust have been frustrated by application of inapt rules.

The Commission agreed that a solution for these and other problems of private international law connected with trusts should be sought through an international convention.

The following conclusions have been drawn up by the Permanent Bureau of the Hague Conference on private international law in order to provide a synthesis of the results of the discussions held by the Special Commission of June 1982.

I CONCLUSIONS GÉNÉRALES

1 Il est utile d'essayer d'établir une Convention internationale sur les trusts, qui pourrait éventuellement couvrir certaines institutions analogues.

2 Cette Convention devrait traiter en particulier de la reconnaissance des pouvoirs du *trustee*. Elle pourrait inclure des règles de conflit concernant la validité des trusts ou, plus généralement, concernant la loi applicable à l'administration des trusts.

3 La Convention devrait inclure une définition précise des éléments essentiels d'un trust.

Comme la plupart des types de trusts soulèvent des problèmes juridiques identiques sur le plan conceptuel ou technique, il paraît justifié de donner un domaine large à la Convention. En général, tous les trusts exprès volontaires devraient être inclus, qu'ils soient conclus *inter vivos* ou par testament et qu'ils soient de nature privée ou de charité, ou créés dans des buts commerciaux ou d'investissement, pour protéger des droits de retraite, dans le but d'établir un arrangement avec des créanciers, ou afin de garantir une dette. Par contre, les purs *«voting trusts»* devraient probablement être exclus, mais cela pourrait être effectué en établissant une définition qui supposerait un transfert de propriété au nom du *trustee*. Les *«constructive»* et *«resulting»* trusts devraient être exclus par une limitation de la définition aux seuls trusts *volontaires* pour les besoins de la Convention. De même, les «trusts légaux» devraient être exclus par la définition (pour une description détaillée de ces types divers de trusts, voir Rapport, Document préliminaire No 1, chapitre III).

4 Dans la mesure du possible, la Convention devrait séparer les problèmes de droit international privé concernant les trusts de ceux concernant d'autres domaines du droit, comme par exemple le droit des successions ou des régimes matrimoniaux. Le trust devrait être considéré comme étant de caractère *sui generis*, même dans des pays qui n'ont pas le trust dans leurs systèmes juridiques.

5 Pour la plupart des pays qui n'ont pas le trust dans leurs systèmes juridiques, l'admissibilité et la publicité sont essentielles. La Convention pourrait permettre à ces pays de demander une certaine publicité, notamment en ce qui concerne des biens pour lesquels un système d'enregistrement de propriété existe, pour qu'effet soit donné au trust.

6 Il n'est pas nécessaire d'inclure nommément des institutions spéciales qui, d'une manière ou d'une autre, présentent des analogies avec le trust. Cependant, certaines institutions pourraient être couvertes par la définition du trust à établir.

II CONCLUSIONS SPÉCIFIQUES

7 *Définition*

A ce stade des travaux les attributs suivants paraissent essentiels: 1) il y a un trust lorsqu'un propriétaire *(settlor)* se dessaisit d'une partie ou de tous ses biens et les confie à un *trustee* ou des *trustees*, à charge pour ce ou ces derniers de les administrer non pas dans un intérêt propre, mais dans l'intérêt d'une ou d'autres personnes *(beneficiaries)*; – 2) les biens du trust ne se confondent en aucune façon avec les biens propres du *trustee*. Ils ne peuvent donc pas être saisis par les créanciers du *trustee*, et ne tombent ni dans sa faillite, ni dans sa succession; – 3) les *trustees* ne peuvent administrer les

I GENERAL CONCLUSIONS

1 It is useful to attempt to prepare an international Convention on trusts, possibly covering some analogous institutions.

2 That Convention should deal in particular with the recognition of trustees' powers. It may contain conflict rules concerning the validity of trusts, or more generally concerning the law applicable to the administration of trusts.

3 The Convention should contain a precise definition of the essential elements of a trust.

As most types of trusts present identical conceptual or technical legal problems, there would seem to be justification for a wide scope of the Convention. In general, all voluntary express trusts should be included, both *inter vivos* and testamentary, whether private in nature or charitable, whether for a business or investment purpose, for use in securing pension rights, to effect an arrangement with creditors, or for use in securing an indebtedness. Pure voting trusts, however, should probably be excluded but that may be achieved by drafting the definition so as to require a transfer of title to or investiture in the trustee of property constituting the trust *res*. Certain types of 'constructive' and 'resulting' trusts should be excluded by extending the definition for purposes of the Convention only to *voluntary* trusts. Likewise, trusts created by statute should be excluded by the definition (for a detailed description of these various types of trusts, see Report, Preliminary Document No 1, Chapter III).

4 In so far as possible, the Convention should keep problems of private international law concerning the trust separate from those connected with other areas of the law, such as the law of succession or of marital property. The trust should be viewed as *sui generis*, even in those countries which do not have provision for trusts within their legal systems.

5 The need for openness and publicity is important for most countries which do not have trusts in their legal systems. The Convention could allow those countries to require some form of publicity, notably in respect of those goods for which a system of registration of ownership exists, as a condition for giving effect to trusts.

6 It is not useful to include particular institutions by name which are in some way analogous to the trust. However, some such institutions may fall within the definition of the trust as it is to be drafted.

II SPECIFIC CONCLUSIONS

7 *Definition*

The following elements would at this stage seem to be essential – (1) the trust involves a voluntary divestiture by an owner (settlor) of assets to one or more trustees for the holding and administration of such assets, not for themselves but for the benefit of another person or persons (beneficiaries); – (2) the assets of the trust do not constitute part of the trustee's patrimony. They are, therefore, outside the reach of a trustee's creditors, do not fall into his bankruptcy nor into his estate upon his death; – (3) the trustees can administer the assets in trust only under the terms and for the purposes desig-

biens que dans les termes et en vue du but désignés par le *settlor*, ou prévus par la loi ou par une décision d'un tribunal compétent.

8 *Le trust et autres domaines de la loi, réserve des dispositions impératives; problèmes de frontière*

La Convention ne doit porter aucune atteinte aux dispositions impératives du for concernant d'autres domaines du droit, comme par exemple la succession (notamment la *réserve*); les régimes matrimoniaux (notamment la communauté de biens entre les époux); les contrats et les donations interdits entre époux; les relations de propriété découlant d'un divorce; la protection des créanciers; ou la loi sur la faillite, etc.
D'autre part, certains experts ont suggéré que des problèmes de frontière résultant du fait qu'un problème déterminé peut être considéré tant comme un sujet de trust que du droit des successions, devraient être résolus de préférence par une classification de tels problèmes dans la catégorie du trust.

9 *Pouvoirs et obligations du trustee*

a Les pouvoirs des *trustees* devraient être largement reconnus. Il importe surtout que la capacité dont jouit le *trustee* selon la loi applicable du pays d'origine du trust soit reconnue dans les pays qui ne connaissent pas le trust dans leurs systèmes. Cependant, une telle reconnaissance peut donner lieu à un processus d'adaptation, au cours duquel les tribunaux et autorités dans ces pays peuvent transposer les pouvoirs et les obligations du *trustee* dans leurs propres institutions afin de créer des effets équivalents.

b Les experts des pays de droit civil furent généralement prêts à donner effet aux pouvoirs des *trustees* relevant de la loi applicable du pays du trust portant sur la *gestion* et la *disposition* des biens du trust. La Convention pourrait permettre à ces pays de demander certaines mesures de publicité, notamment concernant les biens pour lesquels un système d'enregistrement de propriété existe comme condition de reconnaissance des pouvoirs du *trustee*. Une formule délivrée par une autorité compétente du pays du trust certifiant les pouvoirs du *trustee* pourrait être utile; une telle formule ne devrait pas être impérative, mais facultative.

c Les pouvoirs «dispositifs» du *trustee*, par exemple consistant à *déterminer l'identité* des bénéficiaires et l'*étendue de leurs droits* et les pouvoirs de *mettre fin* au trust devraient être reconnus dans l'opinion de la majorité des experts. On pourrait faire dépendre une telle reconnaissance d'une consécration de l'exercice d'un tel pouvoir par une autorité compétente de l'Etat d'origine du trust.

d Les pouvoirs d'un *trustee-successeur*, nommé par un *trustee* précédent ou par un tribunal compétent, devraient être reconnus. Dans ce contexte, selon l'opinion de la majorité des experts, la Convention pourrait inclure des règles concernant la reconnaissance des décisions judiciaires en matière des pouvoirs des *trustees* (voir également *infra* 10, *e*).

e Le *statut indépendant* des biens du trust, selon la loi applicable au trust, séparés des biens personnels du *trustee*, devrait être reconnu.

f Dans la mesure du possible, et tenant compte des principes fondamentaux du droit des biens du pays de reconnaissance, effet devrait être donné aux pouvoirs des *trustees* de suivre *(to trace)*, conformément à la loi applicable au trust, les biens du trust contre les tiers de mauvaise foi. Dans les mêmes conditions, les pouvoirs

nated by the settlor, or provided by law or by the decision of a competent court.

8 *The trust and other fields of the law; reservation of mandatory provisions; borderline issues*

The Convention should not affect any mandatory provisions of the forum in other areas of the law, such as those in respect of succession (notably: the reserved share); matrimonial property regimes (notably: community of property between the spouses); forbidden transactions or gifts between spouses; property relationships between ex-spouses; protection of creditors; or the law of bankruptcy, etc.
On the other hand, it was suggested by some experts that borderline issues, resulting from the fact that a given problem may sometimes be viewed both as a trust matter and *e.g.* a matter of succession, should preferably be solved through characterization of such issues in terms of the law of trusts.

9 *Powers and duties of trustees*

a Wide scope should be provided for giving effect to the powers of trustees. The most important step is to give recognition to the trustee's capacity under the applicable law of a trust jurisdiction, in countries which do not have provision for trusts in their laws. Such recognition may however give rise to an adaptation process, by which courts and authorities in such countries may transpose the trustee's powers and duties into the terms of their own institutional possibilities in order to produce equivalent effects.

b There was general willingness among experts from civil law countries to give effects to powers of trustees relating to the *administration* and *management* of the trust assets under the applicable law of a trust jurisdiction. The Convention could allow those countries to require some form of publicity, notably in respect of those goods for which a system of registration of ownership exists as a condition for the recognition of a trustee's title. A form, delivered by some competent authority in the trust jurisdiction showing a trustee's powers, could be useful; such a form should not be mandatory, but optional.

c Dispositive powers of trustees, such as those relating to the *determination of the identities* of beneficiaries and the *scope of their interests* and those relating to *termination* of a trust, should in the opinion of the majority of the experts also be recognized. Such recognition might perhaps be made subject to approval of the exercise of the power by a competent authority in the trust jurisdiction.

d The powers of a *successor trustee*, whether appointed by a prior trustee or by a competent court, should be recognized. In this connection, in the view of some experts, the Convention should possibly include rules on recognition of judicial decisions concerning powers of trustees (see also below 10, *e*).

e Effect should be given to the *independent status*, under the law applicable to the trust, of the trust assets, separate from the personal property of the trustees.

f Effect should be given, where possible, taking into account overriding principles of the property law of the recognizing State, to the powers of trustees under the law applicable to the trust to *trace* trust assets in the hands of a third party, not being a *bona fide* purchaser for value. Under the same conditions, powers of a ben-

du bénéficiaire de suivre les biens du trust contre un *trustee* ou un tiers devraient être reconnus dans la mesure du possible.

10 *Règles de conflit*

Généralités

a En principe, la même loi devrait régir les trusts entre vifs et testamentaires, ainsi que les meubles et immeubles constituant les biens du trust. Des opinions divergentes furent exprimées concernant la question de savoir s'il fallait distinguer entre validité et administration du trust aux fins de la loi applicable; le groupe de travail restreint devrait élaborer sur ce point plusieurs propositions alternatives à examiner lors de la deuxième réunion de la Commission spéciale.
Les problèmes de qualification pour distinguer entre les trusts, les successions, les donations et les régimes matrimoniaux ne furent pas encore considérés comme suffisamment mûrs pour être élucidés et devraient par conséquent être examinés plus tard.

b Le facteur de rattachement subjectif

Une majorité des membres de la Commission spéciale estima que l'autonomie devrait prévaloir, c'est-à-dire que le constituant du trust devrait pouvoir choisir la loi applicable. Les opinions furent partagées sur la question de savoir si l'autonomie devrait être absolue ou limitée d'une manière ou d'une autre aux seuls pays intéressés ou ayant une connexion avec le constituant, ou avec les biens du trust, ou avec les bénéficiaires. Le choix de la loi applicable par le constituant doit être exprès ou répondre aux critères d'une disposition comme celle du deuxième alinéa de l'article 5 de la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (No XXVII du Recueil des Conventions). Par conséquent, le trust doit être établi par écrit.

c Le facteur de rattachement objectif

La majorité des membres de la Commission estima que, en l'absence de choix de la part du constituant, la loi du lieu principal de gestion du trust au moment de sa constitution devrait être applicable. Plusieurs formules furent suggérées, parmi lesquelles le «lieu principal d'administration», «lieu central d'administration», «domicile» ou «site» du trust.

d Domaine de la loi applicable

A part la question de savoir s'il faut distinguer entre validité et administration du trust, on évoqua le problème de l'exercice du droit de suite *(tracing)* des biens du trust. Certains membres de la Commission spéciale estimèrent que ce problème devrait être régi par la loi applicable, dans les limites des lois du lieu du transfert des droits réels. Dans ce contexte et plus généralement, certains experts émirent l'opinion que le trust devrait être envisagé comme s'il était une personne morale propre.

e Reconnaissance des jugements

Un expert suggéra l'élaboration de règles concernant la reconnaissance de décisions portant sur le trust. Il fit observer que de pareilles règles naissent pour les Etats membres de la Communauté Economique Européenne de la Convention de Bruxelles de 1968, telle qu'elle a été modifiée par la Convention d'adhésion du 9 octobre 1978. A ce stade des travaux, la question ne fut pas approfondie mais on évoqua que la Convention d'adhésion de 1978, dans son article 5, se réfère au concept du «domicile» d'un trust, concept qui n'existe pas encore pour la plupart des Etats.

eficiary to trace trust assets in the hands of a trustee or a third person should to the extent possible be recognized.

10 *Conflict rules*

In general

a In principle the same law should apply both to *inter vivos* and testamentary trusts, as well as to movables and immovables forming part of the property of a trust. Views were divided as to whether there should be a distinction between validity and administration of the trust, for purposes of the applicable law; the small Working Group should prepare alternative drafts on this point for consideration at the second meeting of the Special Commission.
Problems of characterization between trusts, estates of deceased persons, gifts and matrimonial property were not yet ripe for solution and should therefore be held over to be reviewed later.

b The subjective connecting factor

A majority of the Special Commission members thought that autonomy should apply, *i.e.* that the settlor of the trust should be able to choose the applicable law. Opinions were divided as to whether such autonomy should be absolute, or should be limited in some way to the laws of countries which had an interest in or a connection with the settlor or the trust assets or the beneficiaries. The settlor's choice of the applicable law should be express, or otherwise meet the criteria of a provision along the lines of the second paragraph of article 5 of the Convention on the Law Applicable to Agency (No XXVII in the Collection of Conventions). The trust therefore must arise from an instrument in writing.

c The objective connecting factor

In the absence of a choice of law made by the settlor, a majority of the Special Commission's members thought that the law of the place of administration of the trust at the time of its establishment should be applicable. This formulation has several variants, such as 'principal place of administration', 'central place of administration', 'domicile' or 'situs' of the trust.

d Scope of the applicable law

Aside from the question of whether to draw a distinction between validity and administration of the trust, the matter of 'tracing' of trust property was mentioned. Some members of the Special Commission thought that this matter should be governed by the applicable law, within the limits of local laws governing transfer of property interests. In this connection, as well as more generally, some of the experts expressed the opinion that the trust should be viewed as though it were an entity in its own right.

e Recognition of judgments

One expert proposed that rules for recognition of decisions concerning trusts be elaborated. He noted that such rules would arise for States Members of the European Economic Community under the Brussels Convention of 1968, as amended by the Accession Convention of October 9, 1978. At this stage of the work this question was not pursued further, though it was noted that the Accession Convention of 1978, article 5, referred to a concept of the 'domicile' of a trust which did not yet exist for most States.

11 *Publicité*

Quelques experts estimèrent que la tendance vers une distinction entre biens *enregistrés* et *non enregistrés* débordait dans une certaine mesure la distinction traditionnelle entre *meubles* et *inmeubles*. Ils soulignèrent l'importance de la publicité qui constitue un aspect important des systèmes d'enregistrement; cette publicité est un élément fondamental de la protection des tiers qui acquièrent des biens d'un propriétaire ou des personnes ayant des droits réels enregistrés. Par conséquent, vu sous un angle pratique, afin de donner effet au trust, il serait important de prévoir qu'un *trustee* puisse être enregistré en tant que tel, ou que l'existence du trust puisse être enregistrée dans les pays qui n'ont pas le concept du trust dans leur droit.
De nombreux pays de *common law* connaissent certaines formes de propriété enregistrée pour immeubles ou pour divers types de meubles. Les pratiques varient en ce qui concerne l'enregistrement de la capacité du *trustee*. Les devoirs du *trustee* consistant à séparer les biens du trust de ses propres biens indiquent souvent qu'il devrait faire enregistrer sa capacité par prudence ou dans un souci de bonne pratique fiduciaire. Dans d'autres cas cependant, le besoin de préserver la liberté du marché de certains types spéciaux de biens mène à l'idée que la qualité du *trustee* ne doit pas faire l'objet d'une publicité.

12 *Institutions analogues*

Il n'est pas ressorti des discussions que les institutions analogues connues dans les pays qui n'ont pas le trust nécessitent des règles spéciales de reconnaissance.
Toutefois, la définition adoptée par la Convention devrait être basée sur un concept de base du trust et pourrait couvrir d'autres institutions dans la mesure où celles-ci tombent dans la définition fondamentale. Ainsi certaines institutions présentant des analogies structurelles avec le trust pourraient être incluses.

13 *Conséquences fiscales*

Le traitement fiscal des trusts ne devrait pas être directement réglé par la Convention. Cependant le système général de la Convention pourrait servir aux autorités fiscales des pays qui n'ont pas le trust en facilitant une pratique rationnelle en matière fiscale.

14 *Caractère de la Convention*

La Convention devrait avoir un caractère *universel* plutôt que *réciproque*.

11 *Publicity*

Some experts expressed the opinion that the trend towards drawing a distinction between *registered* and *unregistered* property is to some extent overshadowing the traditional distinction between *movables* and *immovables*. They stressed the importance of publicity, which is an important feature of registration systems; this is a key element in protecting third persons who acquire property from the registered owner or from the person having registered title. An important practical element in giving effect to a trust, therefore, would be to provide that a trustee may be registered as such, or that the existence of the trust might be noted on the register, in a civil law country which does not have the concept of the trust in its law.
Many common law countries have forms of registered ownership for real property, or registered title for various types of personal property. The practices vary as to whether the capacity of the trustee may be noted on the register. The trustee's duty to keep the trust property separate from his own frequently indicates that he should, as a matter of caution and good fiduciary practice, indicate his capacity on the register. In some cases, however, concern for maintaining an unimpeded market in the particular type of property leads to the imposition of the general rule that such capacities will not be indicated on the register.

12 *Analogous institutions*

There was no significant indication that there was a need to provide for recognition of analogous institutions known in countries which do not have trusts.
The definition adopted in the Convention should however be based upon a 'core concept' of the trust and should be capable of covering other institutions if they fall within the basic definitional framework. Thus, some structurally analogous institutions might be covered.

13 *Fiscal consequences*

The tax treatment of trusts should not be dealt with directly in the Convention. However the analysis upon which the Convention is to be founded may well be useful to the fiscal authorities of countries which do not have trusts in developing a practical and rational approach to their taxation.

14 *Character of the Convention*

The Convention should have a *universal* rather than a *reciprocal* character.

Projet d'articles sur la loi applicable et la reconnaissance du trust*

ÉTABLI PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION *AD HOC*

Document préliminaire No 7 de novembre 1982

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et organise sa reconnaissance [dans les rapports entre les Etats contractants].

Article 2

1 Au sens de la Convention, l'expression *«trust»* vise la relation juridique qui existe lorsque des biens sont transférés à ou retenus par une personne, le *trustee* [que le titre de propriété soit ou non établi en son nom], à la condition

a de maintenir séparés les biens du trust de ses biens personnels ou de son patrimoine, et

b d'utiliser les biens du trust à des fins *fiduciaires*, dont il est responsable.

2 La Convention ne s'applique qu'aux trusts constitués de manière expresse et dont on doit pouvoir présenter la preuve par écrit.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

Le trust est régi par la loi [interne] de l'Etat [contractant] choisie par la personne qui le constitue (le constituant).

Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions de tout instrument créant le trust ou en établissant la preuve [et des circonstances de la cause].
[Il peut ne pas être tenu compte de ce choix, lorsque ni le constituant, ni l'objet du trust n'ont de liens réels avec la loi choisie.]

Article 4

Dans la mesure où la loi n'a pas été valablement choisie dans les conditions prévues à l'article 3, le trust est régi par la loi [interne] de l'Etat où son administration principale a été établie en premier lieu, [à moins qu'il ne résulte clairement des circonstances que le trust a des liens plus étroits avec la loi d'un autre Etat, notamment

* Ce projet a été établi par un Comité *ad hoc* qui s'est réuni au Bureau Permanent du 3 au 5 novembre 1982. Les membres de ce Comité étaient MM. Anton (Royaume-Uni), Beraudo (France) et Wiesbauer (Autriche) qui furent assistés par les membres du Secrétariat.

Draft articles on the law applicable to trusts and their recognition*

DRAWN UP BY THE *AD HOC* DRAFTING COMMITTEE

Preliminary Document No 7 of November 1982

CHAPTER I – SCOPE

Article 1

This Convention specifies the law applicable to trusts and makes provision for their recognition [in relations between Contracting States].

Article 2

1 For the purposes of this Convention the term 'trust' refers to a legal relationship which arises when assets are transferred to or retained by a person, the trustee [whether or not the title to them stands in his own name], subject to the conditions –

a that the trust assets be kept separate from his personal estate or patrimony, and

b that the trust assets be employed for fiduciary purposes in respect of which he is accountable.

2 The Convention shall apply only to trusts which are constituted expressly and of which written evidence can be adduced.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

A trust shall be governed by the [internal] law of the [Contracting] State chosen by the person who created the trust (the settlor).
This choice should be express or should be such that it may be inferred with reasonably certainty from the terms of any instrument creating or evidencing the trust [and the circumstances of the case].
[The choice may be disregarded where neither the settlor nor the trust purposes have a substantial connection with the chosen law.]

Article 4

In so far as a law has not been validly chosen under article 3, the trust shall be governed by the [internal] law of the State of its principal place of administration at the time of its coming into operation [except where it clearly appears from the circumstances that the trust is more closely connected with the law of another State,

* This draft was prepared by an *ad hoc* Committee which met at the Permanent Bureau 3–5 November 1982. The members were Messrs Anton (United Kingdom), Beraudo (France) and Wiesbauer (Austria), who worked with the assistance of members of the Secretariat.

l'Etat dans lequel l'objet principal du trust doit être accompli ou l'Etat de la résidence habituelle du constituant].

Article 5

[Si la loi désignée conformément aux articles 3 et 4 ne contient pas de dispositions internes sur le trust, celui-ci est régi par la première des lois suivantes qui connaît de telles dispositions:

a dans le cas de l'article 3, la loi de l'Etat où l'administration principale du trust a été établie en premier lieu;

b dans tous les cas:

1 la loi de l'Etat dans lequel l'objet principal du trust doit être accompli, ou

2 la loi de l'Etat de la résidence habituelle du constituant.]

Article 6

La loi applicable en vertu des articles 3, 4 et 5 régit notamment:

a la désignation, la démission et la révocation du *trustee,* ainsi que la transmission de ses fonctions en cas de mort, d'incapacité ou de faillite;

b les droits et obligations des *trustees* entre eux;

c la faculté pour le fiduciaire de déléguer tout ou partie de ses pouvoirs et de se faire représenter;

d les pouvoirs d'administrer, d'aliéner ou d'investir les biens du trust et d'acquérir des biens nouveaux;

e les limitations légales aux pouvoirs du *trustee* d'investir ou de conserver les revenus du trust, ainsi que les limitations légales portant sur la durée du trust;

f la responsabilité personnelle du *trustee* à l'égard du constituant et des bénéficiaires, ainsi que la ratification des actes accomplis au-delà de ses pouvoirs;

g l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion;

h la modification ou la cessation du trust.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE

Article 7

Lorsque le trust a été créé conformément à la loi d'un Etat [contractant] désignée par les articles 3, 4 ou 5, il sera reconnu dans tous les Etats contractants, avec les conséquences qui y sont attachées par cette loi. Cette reconnaissance implique notamment un régime particulier pour les biens du trust et leur séparation du patrimoine personnel du *trustee.*

Article 8

Lorsqu'un trust a été reconnu conformément à l'article 7, le *trustee* est habilité à agir en justice comme demandeur ou défendeur en sa qualité de *trustee* et, d'une façon générale, à accomplir les actes qui relèvent de sa fonction.

Article 9

Variante A

Lorsque la loi d'un Etat exige l'immatriculation ou l'enregistrement d'un bien, meuble ou immeuble, ou d'un

in particular the State where the primary objects of the trust are to be fulfilled, or the State of the habitual residence of the settlor].

Article 5

[If the State designated by article 3 or 4 does not make provision for trusts within its internal law, the trust shall be governed by the first of the following legal systems which does make such provision, namely –

a in cases falling within article 3, that of the State of the principal place of administration of the trust;

b in all cases,

1 that of the State where the primary objects of the trust are to be fulfilled; or

2 that of the State of the habitual residence of the settlor.]

Article 6

The applicable law under articles 3, 4 and 5 shall govern, *inter alia* –

a the appointment, resignation and removal of the trustee and the devolution of his office following death, incapacity or bankruptcy;

b the rights and duties of co-trustees *inter se*;

c the right of a trustee to delegate all or a part of the performance of his duties, and to appoint agents;

d the power of the trustee to administer, alienate or invest the trust assets, or to acquire new assets;

e legal restrictions on the powers of investment of the trustee, and on his power to accumulate the income of the trust, as well as legal restrictions relating to the duration of the trust;

f the personal liability of the trustee to the settlor and beneficiaries and the validation of *ultra vires* acts;

g the duty of the trustee to account for his administration;

h the variation or termination of the trust.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 7

Where a trust has been created under the law of a [Contracting] State designated under articles 3, 4 or 5, it shall be recognized in all Contracting States with the incidents attaching to it under such law. Such recognition shall imply, in particular, giving an independent status to the trust assets, and their separation from the patrimony of the trustee.

Article 8

Where a trust has been recognized under article 7, the trustee shall be entitled to sue and liable to be sued in his capacity as trustee, and generally to take any steps which fall within the scope of his duties.

Article 9

Variant A

Where the law of a State requires registration of an asset, movable or immovable, or of a document of title

titre, le *trustee* sera habilité à l'immatriculer ou l'enregistrer sous sa qualité de *trustee*.

Variante B

Lorsque la loi d'un Etat exige l'immatriculation ou l'enregistrement d'un bien, meuble ou immeuble, ou d'un titre, cet Etat, pour autant que cela soit possible compte tenu de son système de publicité, s'efforcera de prendre les mesures nécessaires pour donner effet au régime particulier des biens en trust.

[CHAPITRE IV – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE TRUST]

CHAPITRE V – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article W

[Cette Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats contractants en matière fiscale.]

Article X

Variante A

Nonobstant les dispositions de cette Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit.

Variante B

La présente Convention ne porte pas atteinte aux dispositions impératives d'une autre loi normalement compétente selon les règles de conflit de lois en vigueur dans l'Etat du for.

Article Y

(clause d'ordre public)

Article Z

(droit transitoire)

to it, the trustee shall be entitled to proceed to such registration in his capacity as trustee.

Variant B

Where the law of a State requires the registration of an asset, movable or immovable, or of a document of title to it, that State will endeavour, so far as practicable within its system of registration, to take such measures as will give effect to the independent status of the trust assets.

[CHAPTER IV – RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS RELATING TO TRUSTS]

CHAPTER V – GENERAL CLAUSES

Article W

[Nothing in this Convention shall prejudice the powers of Contracting States in fiscal matters.]

Article X

Variant A

Notwithstanding the remaining provisions of this Convention, effect may be given to the mandatory rules of the law of any State with which the trust has a significant connection, if and so far as, under the law of that State, those rules must be applied whatever the law specified by its choice of law rules.

Variant B

This Convention shall not restrict the application of the mandatory rules of any law which would otherwise be applicable under the choice of law rules in force in the State of the forum.

Article Y

(public policy clause)

Article Z

(clause on application of the Convention in time)

Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur le Document préliminaire No 7

Comments of the Governments and International Organizations on Preliminary Document No 7

Document préliminaire No 8 de février 1983

Preliminary Document No 8 of February 1983

Argentine/Argentina

I It would be desirable to eliminate the texts between brackets in article 1.

II As to the definition of trust one could accept one that is sufficiently ample without implying a recognition judgement of any trust defined in the Convention. That is to say, that the concrete application of the qualification norm remains subordinated to the general rule on public order foreseen in article Y.
The qualification conflicts between trusts and other subjects (*e.g.* successions) should be solved through the interpretation of the definition of trust, which will be made by the competent tribunals for application of the Convention.

III With relation to the applicable law, it is desirable to admit the choice of same by the creator of the trust. Therefore, it is not adequate to keep the words between brackets in the first paragraph of article 3.
Moreover, it would be desirable that the creator of the trust should be able to choose the submission of different aspects of the trust to different laws or to just one, being able to incorporate substantial derogatory clauses for some imperative norms in force in the same chosen law.
Therefore, the last paragraph between brackets of article 3 should be suppressed.
On the other hand, the formula between brackets in article 3, second paragraph, should be included.

IV As to the objective connecting factor, a preference order should be established in which the law of the State or central administration site of the trust, at the moment of its being put into effect, should prevail.
Nevertheless, it should be convenient to accept the inclusion of the text between brackets of article 4, last part, although its adequate formulation should be reconsidered.

V The inclusion of rules, such as the ones of the projected article 5 between brackets, offers doubts of convenience and reasonableness. An analysis of the subject should be followed in order to justify a rule of conflict inspired not on a criterion of spatial localization, but by means of a connection with the law that materially best regulates the trust.

VI The acknowledgement of the trust established according to articles 3 or 4 should obviously be subordinated to that trust not affecting the public order of the State where the acknowledgement is being sought.
As to the registry of the goods subject to the regime of the trust, variant B of article 9 seems to be more in accordance with the principle of major respect to the characteristic nature of the trust.

VII With reference to the mandatory rules contemplated in article X, variation A seems more oecumenical and just. Article 1208 of the Argentine Civil Code is a considerable precedent which permits the respect of the efficacy not only of the Argentine forum mandatory rules but also of the mandatory rules of a foreign international law significantly related to the case. The codificator's note at the foot of the mentioned article 1208 illustrates the spirit of the rule and its possible harmonization with variation A of article X of the draft under study.

Pays-Bas/Netherlands

Preliminary observations of the Netherlands delegation:

Article 1

The words between brackets should probably be included. This would enhance the Convention's chances for ratification. The inclusion of these words either in Chapter IV or in article 1 would be necessary, if there were to be a Chapter IV on recognition and enforcement of decisions relating to trusts.
We do not believe that inclusion of the words between brackets would jeopardize the interests of countries which are not Members of the Hague Conference. First, to the extent that the Convention deals with the trust device as such, it is more than likely that in practice its rules will be applied by analogy to trusts other than those expressly covered by the Convention. Second, we see no reason why the Convention should not provide for easy accession by non-Member countries.

Article 2

Paragraph 1

A substantive definition of the trust would indeed seem to be desirable. The definition should concentrate on the 'true' Anglo-American trust. The question whether the definition, and the Convention as a whole, should be extended to cover analogous institutions should be examined at a later stage.
The following points would seem to require further attention:

1 Is it necessary for the definition to include those cases where the trustee does not acquire title to the trust assets? In any case, the words 'when assets are transferred to a person' are likely to give rise to uncertainty in civil law countries. They should be replaced by language to the effect that as a result of the trust creation the trust assets are no longer part of the estate or patrimony of the original owner.

2 The words 'subject to the conditions' are ambiguous; they could suggest that the conditions are determined by the settlor alone, whilst we presume that they refer to what the law on trusts prescribes.

3 Condition *a* is not clear either. It would be preferable to indicate what the *effects* are of the separate status of the trust assets, the main effect being that there should be no recourse by personal creditors of the trustee to the trust assets.

4 Condition *b*: the term 'for fiduciary purposes' is not helpful without further clarification. It would be preferable to state in the definition that the trust assets must be administered not in the trustee's own interest but for the benefit of beneficiaries (of which he himself may be one), or if there are none, for some other purpose which the law will enforce.

Paragraph 2

The question whether trusts arising when the settlor declares *himself* trustee should be included merits further study.

Characterization

During the first Special Commission the illuminative image of 'the rocket' and 'the launcher' was used to refer to those situations where the creation of a trust ('the rocket') forms part of another act, a contract or will ('the launcher'). Whereas 'the rocket' is to be governed by the rules of this Convention, the Convention would not affect the law applicable to 'the launcher' which will still be determined by the conflict rules of the forum. It would be helpful, especially for those countries whose law does not provide for trusts, if this idea were in some form or another reflected in the Convention.

Article 3

We suppose that this article refers only to the choice of a law which provides for trusts. It might be useful to state this in so many words.

Paragraph 1

In conformity with the tradition of the Hague Conventions, we would rather not have a renvoi in the Convention. We do understand that one should sometimes refer to the private international law rules of the law initially chosen by the settlor, *e.g.* in order to determine whether a clause whereby the settlor chooses an alternative law, or whereby he allows the trustee to do so, is valid or not. But those cases should be dealt with in a separate article.
The word 'Contracting' in the first line should be deleted because we see no reason why the choice of law should be limited to the law of the Contracting States.

Paragraph 2

The words between brackets should be included.

Paragraph 3

A provision of this kind is necessary, and therefore the brackets should be omitted. However, we prefer some formula like:

'The choice may be disregarded if, apart from the choice of law, the trust has no substantial connection with the chosen law, taking into account, in particular, the situs *of the trust assets, the trust purposes, the settlor'.*

Article 4

The first line should preferably read: *'If the law applicable to the trust has not been chosen in accordance with article 3, ...'*
The brackets in the second line should be deleted (see comments article 3, paragraph 2).
Instead of the words between brackets in the fourth – eighth line, we suggest: '*Except where the circumstances clearly require that the trust be governed by the law of another State'.*
Such a provision would serve two functions: it would allow for those cases where the trust is clearly more closely connected with the law of a State other than that of its principal place of administration and, second, it would provide an escape clause for those cases where the law of the principal place of administration were the law of a State whose law does not provide for trusts but the trust has a (substantial) connection with a State whose law does provide for trusts.

Article 5

This provision should be deleted if our suggestions for articles 3 and 4 were accepted.

CHAPTER III – RECOGNITION

It is not clear how this chapter, in particular articles 7 and 8, relates to the preceding Chapter II on applicable law. In fact, articles 7 and 8 seem to be superfluous and the words 'with the incidents attaching to it' may give rise to confusion in view of article 6.

Article 9

Instead of variants A and B we suggest the following language:

'If the law of a State requires registration of an asset, movable or immovable, or of a document of title to it, that State shall, insofar as it is consistent with its system of registration, take such measures as will enable the trustee to proceed to register as trustee so as to give effect to the independent status of trust's assets.'

Article X

What seems to us most important is that the Convention should make it clear that it does not affect the application of the mandatory provisions of any law applicable under the rules of private international law in force in the State of the forum, in particular those on the law of inheritance, and on gifts, on matrimonial property regimes, the *lex societatis,* and those provisions of the *lex rei sitae,* in particular on the transfer of assets, which are not set aside by Chapters II-III.
Variant A like article 7, paragraph 1, of the EEC Convention on the law applicable to contractual obligations, probably refers to mandatory provisions of third States (other than those of the forum and the *lex causae*), in particular rules of public law. The question whether inclusion of such a rule is necessary or not should be further discussed.

Royaume-Uni/United Kingdom

In view of the preliminary nature of these draft articles there is little we would like to say at the moment, especially as we anticipate further and full consultation on the articles when they reach a further stage. For the moment we would confine ourselves to the following brief observations on article 2, articles 3 to 5 and article 9.

Article 2

We are not happy with the definition of trust in article 2(1).
Although the purpose behind article 2(1)(*a*) may well be to show that when assets are retained by a trustee, that does not itself give him any other interest, the wording presents a misleading picture. A trustee can also be a

beneficiary of the trust and one example will show why article 2(1)(*c*) is unhelpful. If a husband and wife own their house jointly under English law they are both trustees, they are both beneficiaries and obviously the trust asset is not kept apart from their personal estate.
I do not think the phrase 'fiduciary purposes' in article 2(1)(*b*) is very helpful, as it requires definition itself. However I understand the phrase has a specific meaning in a number of legal systems.
As for article 2(2) we are of the opinion that it would be highly desirable for trusts other than express trusts evidenced in writing to be governed by the Convention. So much of English property law is bound up with the non-express class of trust. It is particularly unfortunate if statutorily imposed trusts are to be excluded. If Parliament says that the trust is to exist, is it appropriate for this Convention not to recognize it? One example of such exclusion is that a trust may be recognized, but not the whole purpose of it. The husband and wife referred to above are statutorily held to be trustees of a trust for sale. As a result although the trust will be recognized (I assume it will, despite article 2(1)(*a*)) the fact that it is a trust for sale will not.

Articles 3 to 5

We are not too happy that there are three articles governing applicable law. Is there not some way of at least combining articles 4 and 5. If the settlor's choice is to be disregarded, is it not then sufficient to look first for the State of the principal place of administration of the trust (I am not sure if the addition of 'at the time of coming into operation' in 4 does more than add another complication) or then the State where the primary objects of the trust are to be fulfilled. I do not think that the State of the habitual residence of the settlor is relevant. The settlor may not wish it to apply. He may have set up his trust and then retired to Monte Carlo, Jersey or anywhere. He may have died long before in a State which no longer exists.
My main worry about these provisions – and I must confess that it has not been possible to consider them in as much detail as we would like – is that they set up a complex and difficult structure which might involve a good deal of argument and might result in a significant departure from the wishes of the settlor. For the moment may we just indicate our doubts about them and add also that there is nothing, as far as we can see, to resolve the position when a trust has an equal connection with two States.

Article 9

We prefer variant A which is more in accordance with English law. 'Provides' may be a better word than 'requires'. Variant B is objectionable as our Land Registration system does not wish to concern itself with what lies behind a title.

Suède/Sweden

A Swedish Government Committee is studying the Swedish legislation concerning a type of legal person that is nearly equivalent to 'trust' as defined in the draft. It is too early to have an opinion on what might be the result of the Committee's work. However, the Swedish Government has no objection to the suggestion that rules on the law applicable to trusts and on the recognition of trusts are laid down in a convention.

Article 2

It is important that the article be drafted in such a way that the Convention will not apply to custody and guardianship under family law. Neither should the Convention apply to agency as defined in the Hague Convention on the Law Applicable to Agency (article 3b) or in the UNIDROIT draft Convention on Agency in the International Sale of Goods (article 4b). Therefore it is advisable that the article expressly exclude these forms of legal representation.

Article 3

As proposed in the draft, the applicable law is the law which has been chosen by the settlor. Even if this choice may be disregarded (as is alternately suggested) it is doutbful whether the settlor should be given such an unlimited choice. The choice could be limited to the alternatives mentioned in article 4. Those alternatives are also those which the settlor in most cases will choose between.

Article 6

The relationship between these provisions and those concerning the applicable law is not quite clear.

Article 9

Variant B is to be preferred. Problems are likely to arise if the article does not provide for the possibility of taking into account the system of registration of the country in question.

Commonwealth Secretariat

Comments submitted by the Observer for the Commonwealth Secretariat

Article 1

I hope very much that the Special Commission will delete the words in square brackets, '[in relations between Contracting States]'. This was the subject of specific discussion at the first meeting and there was general agreement that the Convention should be universal in character. You may recall that I intervened to urge this point of view having in mind particularly the interests of some of the smaller Commonwealth countries, most of which have a clear interest in the subject-matter but not all of which can actually be expected to become Parties to a Hague Convention on the topic.

Article 2, first paragraph

I assume that 'person' and 'he' include 'persons' and 'they'; trustees are very frequently groups of people.

Second paragraph

The Special Commission was agreed at its first meeting that 'trusts created by statute' were to be excluded from the scope of the Convention. By this, we had in mind, I think, those cases in which a trust is *implied* by statutory provision (certain co-ownership cases, for example). If that is agreed, the present text is satisfactory; it does *include* those charitable trusts established by specific statutory provision.

Article 3, third paragraph

On a drafting point, I am not sure why 'the trust purposes' is used here, rather than 'the primary objects of the trust' as in later articles. (I note that the contrast is less marked in the French text were *objet* is the noun in each case.)
For myself, I would *include* this paragraph, *i.e.* remove the square brackets.

Articles 4 and 5

I suggest that the time-factor needs to be examined. It is presumably the intention that the governing law should remain unchanged throughout the existence of the trust for the purposes of the Convention. Perhaps this needs to be stated, as 'variation' could conceivably include a change in the chosen governing law.
On a detailed point related on this, *article 4* should end with a phrase indentifying a point in time, *e.g.* 'habitual residence of the settlor at the date on which the trust was created'. I am not sure if even that is satisfactory in the case of deceased settlors creating a trust in a will; but some phrase is needed. The same point arises in *article 5b, 2.* In *article 5a,* the words 'at the time of its coming into operation' should be repeated from article 4.

Article 7

As variation of trusts is referred to in article 6*h*, I suggest an additional provision here: 'A trust which has been varied in accordance with the applicable law shall be recognized as so varied'.

Union internationale du Notariat latin
International Union of Latin Notaries

Observations soumises par l'Observateur de l'Union internationale du Notariat latin, M. Vicente L. Simó Santonja

Article 3

Toute convention doit fixer avec clarté quelle sera la loi qu'on appliquera, de façon que le praticien du droit auquel se posera le problème n'ait pas le moindre doute pour résoudre le cas, cette solution devant être acceptée par tous les intéressés.
Si le constituant peut choisir la loi qui régira le trust, expressément ou tacitement, mais qu'il résulte qu'on ne tiendra pas compte de ce choix «lorsque ni le constituant, ni l'objet du trust n'ont de liens réels avec la loi choisie», le juriste praticien qui doit chercher la loi applicable pourra se trouver devant les deux problèmes suivants que seule l'instance judiciaire pourra résoudre:

1 Comment doit-on apprécier et évaluer «une certitude raisonnable des dispositions»? Que faire si le client fiduciaire comprend la certitude raisonnable d'une façon et le juriste praticien d'une autre?

2 Qui détermine et décide que «ni le constituant, ni l'objet du trust n'ont de liens réels avec la loi choisie»? Quels liens réels et combien ou avec quelle vigueur doit-on en tenir compte?

Tenant compte de l'incertitude possible que produirait, en certains cas, l'application de l'article 3, nous proposons, en tant que juristes praticiens, une rédaction plus directe, plus précise et moins diffuse.

«Le trust est régi par la loi interne de l'Etat contractant, choisie expressément par la personne qui le constitue (le constituant), à condition que cette loi soit une des suivantes: la loi nationale du constituant, la loi de son domicile ou de sa résidence habituelle, la loi du lieu où s'établira l'administration principale des biens ou la loi de situation des biens ou la loi de l'Etat où doit s'exercer l'objet principal du trust».

Article 4

On peut faire les mêmes considérations que celles exposées plus haut et que nous répétons en posant ces deux questions: Qui décide qu'il résulte clairement des circonstances que le trust a des liens plus étroits avec d'autres lois? Et quels sont les critères de clarté que doit suivre le juriste praticien?
Pour éviter cette incertitude, l'article 4 doit être rédigé de telle façon que, si le choix n'est pas exprimé, une seule loi soit applicable, une seule loi entre toutes celles que le constituant aurait pu choisir.
On peut conserver sur ce point la rédaction du projet qui penche pour la loi interne de l'Etat où est établie l'administration principale. L'article 4 serait rédigé ainsi:

«Dans la mesure où la loi n'a pas été valablement choisie dans les conditions prévues à l'article 3, le trust est régi par la loi interne de l'Etat où son administration principale a été établie en premier lieu».

Article 5

On peut conserver cet article parce qu'il apporte des critères suffisamment clairs pour que le juriste praticien n'ait pas de doute sur la loi à appliquer. Mais, la rédaction serait plus concrète, bien que réitérative, si l'on disait:

«Si la loi désignée conformément aux articles 3 et 4 ne contient pas de dispositions internes sur le trust, celui-ci est régi par la première des lois suivantes qui connaît de telles dispositions:

a Dans le cas de l'article 3:

1 la loi de l'Etat où l'administration principale a été établie en premier lieu,
2 la loi de l'Etat dans lequel l'objet principal du trust doit être accompli, ou
3 la loi de l'Etat de la résidence habituelle du constituant.

b Dans le cas de l'article 4

1 la loi de l'Etat dans lequel l'objet principal du trust doit être accompli, ou
2 la loi de l'Etat de la résidence habituelle du constituant»,

Article 9

Du point de vue pratique cet article est, avec celui sur la matière fiscale que nous verrons ensuite, l'un des plus importants, car nous partons de la base certaine que chaque Etat a un système d'enrègistrement, indépendamment de ce qu'on reconnaisse ou non la forme du trust ou qu'on reconnaisse dans son droit des institutions similaires.
La position de cette problématique pourrait se préciser par cette question: Quelle attitude adopte le préposé à l'enregistrement quand un trust se présente à lui pour être inscrit, si sa loi interne ne reconnaît pas cette forme juridique?
Dans le cas que je connais le mieux, celui de l'Espagne, où j'exerce la charge de notaire, il n'est pas douteux que je puisse maintenant, et je suppose que je pourrais si on

arrivait à une convention, légaliser un acte se rapportant à un trust. Mais le problème ne finit pas avec la légalisation de l'acte. Le problème commence quand cet acte est présenté après le paiement des impôts (matière fiscale que nous verrons plus loin) au Registre immobilier (par exemple) pour qu'il y soit inscrit. Comment le conservateur des hypothèques réalisera-t-il l'inscription si le droit espagnol ignore la forme du trust?
Je tente de répondre à cette question par les variantes A et B qui sont proposées à l'article 9. La variante B me semble plus complète peut-être avec une rédaction plus précise ou, si l'on veut, plus directe, mentionnant non l'Etat, mais le fonctionnaire de l'Etat:

«Lorsque la loi d'un Etat exige l'immatriculation ou l'enregistrement d'un bien, meuble ou immeuble, ou d'un titre, le fonctionnaire du Registre de cet Etat, pour autant que cela soit possible, compte tenu de son système de publicité, s'efforcera de prendre les mesures nécessaires pour donner effet au régime particulier des biens en trust en attendant des institutions similaires de son droit interne».

Article W (matière fiscale)

Comme nous l'avons dit plus haut, c'est sans doute l'un des principaux problèmes, peut-être le principal, parce que ce à quoi tout constituant d'un trust aspire logiquement c'est de laisser un avantage effectif et réel à la personne avantagée et non que cela lui soit coûteux, ce qui priverait d'intérêt l'opération.
L'immense problème de la double imposition en matière fiscale est particulièrement présent en matière de trust, parce que, dans certains cas, il peut arriver à une triple imposition qu'il faut éviter. C'est ainsi qu'en Espagne, une fois l'acte légalisé et avant de le présenter au Registre immobilier, on doit se présenter au Bureau de perception des Impôts. Comment paie-t-on un impôt que doit acquitter le trust qui n'est pas propriétaire, mais fiduciaire de biens qui auront un jour un autre destinataire final et définitif, cette fois? Si, à ce moment, on paie l'impôt en considérant le fiduciaire comme propriétaire et que, plus tard, le propriétaire définitif l'acquitte de nouveau, nous nous trouverons avec une double imposition dans l'Etat qui ne reconnaît pas la forme du trust.
Pour éviter ce cas, la rédaction de l'article W devrait être plus complète. Ainsi, sans attenter à la compétence de l'Etat en matière fiscale et, faute de Traités de double imposition internationale, on corrigerait l'injustice de la double imposition interne. Ledit article W pourrait être rédigé ainsi:

«Il serait souhaitable que par voie conventionnelle les Etats contractants résolvent le problème de la double imposition internationale. Malgré cela, la présente Convention ne concerne pas la compétence des Etats contractants en matière fiscale, mais le fonctionnaire de l'Etat qui devra percevoir un impôt déterminé s'efforcera de prendre les mesures nécessaires pour que sa perception, vu le régime particulier des biens du trust, se fasse en tenant compte des institutions similaires de son propre droit interne».

Texte revisé présenté par le Comité de rédaction comprenant les amendements adoptés par la Commission spéciale le 11 mars 1983

Document préliminaire No 8bis de mars 1983

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

Variante A

La présente Convention détermine la loi applicable au trust; elle organise également sa reconnaissance dans les rapports entre les Etats contractants.

Variante B

[La présente Convention détermine la loi applicable au trust et organise sa reconnaissance.]

Article 1A

La présente Convention ne s'applique qu'aux trusts établis par écrit.

Article 2

Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant, ou par une décision de justice. Le trust a pour effet de placer des biens sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire, ou dans un but déterminé.
Le titre relatif aux biens du trust n'est pas nécessairement établi au nom du *trustee*.
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.
Les biens du trust constituent une masse distincte; ils ne font pas partie du patrimoine du *trustee*.
Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Article 2A

La présente Convention ne s'applique pas lorsque la loi déterminée par l'article 3, ou, à défaut de choix par le constituant, par l'article 4, ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

Le trust est régi par la loi choisie expressément par le constituant.
A défaut de choix exprès, le choix du constituant doit résulter des dispositions de l'acte créant le trust, interprétées, au besoin, à l'aide des circonstances de la cause.

Revised text proposed by the Drafting Committee as amended by the Special Commission on 11 March 1983

Preliminary Document No 8bis of March 1983

CHAPTER I – SCOPE

Article 1

Variant A

This Convention specifies the law applicable to trusts: it also makes provision for their recognition in relations between Contracting States.

Variant B

[This Convention specifies the law applicable to trusts and makes provision for their recognition.]

Article 1A

This Convention applies only to trusts created in writing.

Article 2

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to a legal relationship created by a person, the settlor, or by a judicial decision. A trust has the effect of placing assets under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

The title to the trust assets does not necessarily stand in the name of the trustee.
The trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.
The assets constitute a separate trust fund, and are not a part of the trustee's own estate.
The fact that the settlor reserves to himself certain rights and powers is not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Article 2A

The present Convention shall not apply when the law specified by article 3, or in the absence of a choice by the settlor, article 4, contains no provisions relating to trusts or to the category of trust envisaged by the trust instrument.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

A trust shall be governed by the law expressly chosen by the settlor.
In the absence of an express choice, the choice of the settlor may be inferred from the terms of the trust instrument interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case.

Ce choix peut porter sur la totalité ou une partie seulement du trust.

Article 4

Dans la mesure où la loi applicable n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.
Cette loi est présumée être la loi du lieu de l'administration principale du trust au moment de sa création, à moins qu'il ne résulte clairement des circonstances que le trust présente des liens plus étroits avec une autre loi.
[Toutefois, si une partie du trust est séparable du reste du trust et présente un lien plus étroit avec une autre loi, il pourra être fait application de cette loi, à titre exceptionnel, à cette partie du trust.]

Article 5

Lorsque le lieu d'administration du trust est déplacé, le fonctionnement ultérieur du trust est régi par la loi de l'Etat du nouveau lieu d'administration, dans la mesure où la loi initiale le permet ou l'exige.

Article 6

La loi applicable selon la présente Convention régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que le fonctionnement du trust.
Cette loi régit en particulier:

a la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, ainsi que la transmission de ses fonctions;

b les droits et obligations des *trustees* entre eux;

c la faculté pour le *trustee* de déléguer tout ou partie de ses fonctions et de se faire représenter;

d les pouvoirs d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;

e les pouvoirs du *trustee* d'investir ou de mettre en réserve les revenus du trust;

f les restrictions relatives à la durée du trust;

g la responsabilité personnelle du *trustee* à l'égard des bénéficiaires;

h la modification ou la cessation du trust;

i la répartition des biens du trust;

j l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Au sens du présent article, le terme «validité» vise la validité en la forme et au fond des dispositions relatives au trust à l'exclusion de celle des testaments prévoyant des trusts et d'autres actes attribuant des biens au trust.

CHAPITRE III – [EFFETS DE] RECONNAISSANCE

Article 7

Lorsqu'un trust a été créé conformément à la loi d'un Etat [contractant] déterminée par les articles 3 ou 4, il sera reconnu comme tel dans tous les Etats contractants.
La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir en justice, comme deman-

This choice may extend to the whole or to a part only of the trust.

Article 4

To the extent that the applicable law has not been chosen by the settlor in accordance with article 3, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.
This law shall be presumed to be the law of the place of the principal administration of the trust at the time of its creation, unless there are circumstances clearly indicating a closer connection with another law.

[Nevertheless, a severable part of the trust which has a closer connection with another law may by way of exception be governed by that other law.]

Article 5

Where the place of administration of the trust has been changed, matters relative to the administration of the trust shall be governed, to the extent that the original applicable law so directs or permits, by the law of the new place of administration of the trust.

Article 6

The law applicable under this Convention shall govern the validity of the trust, its construction and effects, and the administration of the trust.
In particular that law shall govern –

a the appointment, resignation and removal of the trustee and the devolution of his office;

b the rights and duties of trustees among themselves;

c the right of a trustee to delegate all or a part of the performance of his duties, and to appoint agents;

d the powers of the trustee to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;

e the powers of investment of the trustee, and his power to accumulate the income of the trust;

f restrictions upon the duration of the trust;

g the personal liability of the trustee to the beneficiaries;

h the variation or termination of the trust;

i the distribution of the trust estate;

j the duty of the trustee to account for his administration.

In this provision the term 'validity' extends to questions relating to the formal and essential validity of the trust, but not to the formal and essential validity of testaments containing trust provisions and other instruments subjecting assets to the trust.

CHAPTER III – [EFFECTS OF] RECOGNITION

Article 7

Where a trust has been created under the law of a [Contracting] State specified by articles 3 or 4, it shall be recognized as such in all Contracting States.
Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property is separate from the trustee's own estate, that the trustee may sue and be sued in his capacity as

deur ou défendeur, ou se présenter en cette qualité devant toute autorité publique.
Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert et pour autant que ce ne soit pas incompatible avec la loi de l'Etat de reconnaissance, cette reconnaissance implique notamment:

a que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;

b que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;

c que les biens du trust ne fassent pas partie de la succession du *trustee*;

d que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé.

Article 8

Lorsque la loi d'un Etat exige ou permet l'inscription dans un registre d'un bien, meuble ou immeuble, ou d'un titre s'y rapportant, le *trustee* sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu, ou incompatible avec cette loi.

[CHAPITRE IV – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE TRUST]

CHAPITRE V – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article V

Au sens de la Convention, les termes «loi d'un Etat» désignent les règles de droit en vigueur dans cet Etat à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article W

La présente Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats contractants en matière fiscale.

Article X

L'application de la présente Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article Y

La présente Convention ne porte pas atteinte aux dispositions impératives n'ayant pas trait au trust d'une loi applicable selon les règles de conflit de lois en vigueur dans l'Etat du for.

Article Z1

(Cette disposition pourrait être placée à la fin du Chapitre II)

Le choix par le constituant d'une loi étrangère ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions impératives de la loi de cet Etat.

Article Z2

(Cette disposition pourrait être placée à la fin du Chapitre III)

Aucun Etat contractant n'est tenu de reconnaître un

trustee, and that he may appear or act in this capacity before any public authority.
In so far as the applicable law requires and so far as this is not inconsistent with the law of the recognizing State, such recognition shall imply in particular –

a that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;

b that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

c that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his death;

d that the trust assets may be recovered where the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets.

Article 8

Where the law of a State requires or permits the registration of assets, movable or immovable, or of documents of title to them, the trustee, so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of that State, shall be entitled to register such assets or documents in his capacity as trustee, or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

[CHAPTER IV – RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS RELATING TO TRUSTS]

CHAPTER V – GENERAL CLAUSES

Article V

For the purposes of this Convention, the words 'law of a State' refer to the law in force in that State, other than its rules of private international law.

Article W

Nothing in this Convention shall prejudice the powers of Contracting States in fiscal matters.

Article X

The application of this Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy *(ordre public)*.

Article Y

This Convention shall not restrict the application of any mandatory rules, relating to matters other than trusts, of a law which is applicable under the choice of law rules of the State of the forum.

Article Z1

(This provision might be inserted at the end of Chapter II)

The choice by a settlor of a foreign law shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one State only, prejudice the application of the mandatory rules of the law of that State.

Article Z2

(This provision might be placed at the end of Chapter III)

No Contracting State shall be bound to recognize a trust

trust soumis par le constituant à une loi étrangère alors que tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans cet Etat.

(Dispositions transitoires, dispositions sur les relations avec d'autres conventions, systèmes non-unifiés et autres dispositions finales à établir ultérieurement)

which the settlor has subjected to a foreign law, where all the other elements of the situation are at the time of the choice connected only with that State.

(Clauses on application in time, relations with other conventions, non-unified systems, and final clauses to be drafted later)

Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur le texte revisé

Comments of the Governments and International Organizations on the revised text

Document préliminaire No 8ter de septembre 1983
Preliminary Document No 8ter of September 1983

Australie/Australia

General

It appears to us that the Convention as presently drafted would, in practice, have a quite limited operation. One reason for this is that article 2A will limit the Convention to trusts for which the applicable law under articles 3 and 4 contains provisions relating to trusts; another reason is that the Convention will be limited to trusts created in writing and will therefore not be applicable to a wide range of implied and resulting trusts.
These restrictions in the scope of the proposed Convention have taken account of, *inter alia*, the fact that the reason for having a Convention is itself a limited one, *i.e.* a need to provide for common law trusts to be recognised in civil law countries.
Nevertheless it appears to us that there is a need to keep in mind the likely implications of a Convention which would deal only to a limited extent with trusts. We need to consider this now because it could have a significant bearing on the later consideration which will take place with a view to determining whether the benefits flowing from the Convention would be such as to make ratification of it desirable.
A common law country may at that stage feel that if it were to ratify the Convention there would be compelling arguments for applying the Convention conflicts regime to *all* trusts, including trusts originating in countries which have not ratified the Convention and trusts of a kind excluded from the Convention. So far as the applicable law is concerned, our present view is that a country which ratified the Convention would in practice have to apply it as a Convention of universal operation.
More specifically we would need to approach the question of possible ratification on the basis that if we were to ratify we would need to apply the applicable law provisions in relation to trusts emanating from *all* common law countries. The significance of this is that we are unaware of problems arising as between common law jurisdictions.
We would also need, in considering the question of ratification, to keep in mind that it would be undesirable for the law applied by common law countries which do not ratify the Convention to get out of line with the law applied by us as a Party to the Convention. In short, there will be a need for us to be satisfied that in providing for trusts to be recognised in civil law countries we do not create problems as between common law countries.
We have given some thought to whether it would be practicable to have a Convention providing for common law trusts to be 'recognised' without facing up to the question of what law is to govern the trusts. At this stage, however, we have not been able to see how this could be done.
We will be interested to hear at the October meeting of the Special Commission whether the experts from other common law countries share our concerns and whether they see any alternative approach which would achieve the limited objectives of the Convention without giving rise to those concerns.
I shall now comment on particular provisions in the draft Convention.

Article 1

Our view has already been mentioned that the Convention should have a universal operation in relation to the applicable law. The provisions of recognition appear to be of a different character, and to need to have a reciprocal operation. We accordingly favour Variant A. To make the matter quite clear it might be desirable to include a provision similar to article 11 of the Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents.

Article 2

We would omit the fourth paragraph of article 2. The aim of the article is to give to lawyers and judges in civil law countries sufficient indications of what constitutes a trust, and this is admirably done in the first three paragraphs of the article. The fourth paragraph, however, does not give that sort of indication; it indicates how in one respect a trust operates. There is no doubting that the matter dealt with by the paragraph is a matter of importance, going as it does to one of the basic objectives of the Convention. But we see it as a matter which should more appropriately be included in article 7, which sets out what is involved in recognition of a trust. Indeed, the matter is already provided for in that article. We think that if it is included as well in article 2, there is a danger that courts in civil law countries may wrongly conclude in some circumstances that what they have before them is not a trust within the meaning of the Convention.
We think an additional paragraph should be added to the article to make it clear that it is not necessarily inconsistent with the existence of a trust for a trustee to be one of the beneficiaries under the trust. We see the same sort of need to make this clear as is recognised in the existing draft in relation to where the settlor reserves certain rights and powers to himself. As a matter of drafting it may be desirable to deal with both points in a single paragraph.

Article 3

While this article presently permits a settlor to choose a separate law to apply to a part of the trust, for this purpose a part of the trust appears to refer to a part of the trust assets. The article does not appear to permit a choice of one law to apply to, say, validity and another law to administration. This seems clear from article 6 and it differs from the existing common law position. No justification for restricting the settlor's existing freedom having been advanced, we consider that article 3 should be amended to provide that a settlor can exercise his autonomy of choice so as to provide for different laws to apply in relation to various aspects of a trust. This will, of course, call for consequential amendments particularly to article 6.

Article 4

We have difficulty with the third paragraph of this article and propose that it be omitted.

It is inappropriate that in the context of article 4 such a provision be expressed in a permissive form (*i.e* by the word 'may'). If included, the provision would need to be made mandatory, but we doubt whether a mandatory provision to the effect of the paragraph would be justified.

Article 5

We have difficulty with several matters of detail in this article. More fundamentally we have reservations about the inclusion of the article at all.
If the article is to be retained, there is a need to refer in its opening words to the place of the *principal* administration, not just the place of administration. The article would be appropriate only for trusts for which the applicable law at the outset is governed by the principal place of administration. On this basis it is not appropriate for -

- trusts for which the applicable law is chosen under article 3;

- trusts which, under the second paragraph of article 4, have a closer connection with a law other than that of the principal place of administration;

- a severable part of a trust which fell within the third paragraph of article 4 (if retained).

Our basic reservation concerning article 5 is that its rationale is unclear. It does not, as we read it, produce a change of the applicable law of a trust, but provides for a new law to govern matters of administration 'to the extent that the original applicable law so directs or permits'. Reference would have to be made to the two laws and this will add to complexity.

Article 6

We have some reservations about the present provisions in this article for the law applicable under the Convention to govern the validity of a trust.
One concern is that the absolute terms in which this is expressed might have the effect of restricting the present freedom of courts to apply to a trust, particularly a testamentary trust, the law of the State which makes the disposition valid.
We are also troubled that article 6 would require the validity of a testamentary trust to be governed by a law the selection of which would not take into account the domicile of the testator at the date of death.
Our existing position is that we regard the validity of a testamentary trust of moveables as generally governed by the law of that domicile – there is some doubt whether the concept of 'proper law' has any application in wills.
It appears from Scott on Trusts, 3rd edn., that in the United States, the position is more flexible in this regard but that, even so, considerable significance still normally attaches there to the domicile of the deceased at the date of his death. Thus, at S.390 it is said –

'Ordinarily the law governing the validity of a trust of moveables created by will, like the validity of the will itself, is determined by the law of the testator's domicile at death. There are, however, two situations in which the law of another state may determine the validity of the trust. The first is where the testator has designated the law of another state as the governing law. The second is where the testator has fixed the administration of the trust in a state other than that of his domicile at death.'

As a matter of drafting, and subject to the foregoing considerations, we suggest that –

1 the words 'formal and essential' be inserted in line 1 before the word 'validity',

2 the word 'effects' in line 2 be amended to 'effect',

3 the last four lines be replaced by the following –

'Where a trust is created by a will or an instrument of conveyance or transfer, the law applicable under this Convention will govern the validity of the trust provided the will or instrument of conveyance or transfer is not invalid by virtue of any other law which is applicable to it.'

This formulation would, we think, derive support from the following passage in Scott, S.588:

'Here we must distinguish, however, between the validity of the will as such, and the validity of the provisions therein for the creation of a trust. If the will is invalid, the intended trust will fail. If the will is valid there still remains the question as to the validity of the trust.'

It would also remove doubts as to whether the applicable law under the Convention governs the validity of a declaration of trust.

Article 7

We have difficulty with the words 'created under' in the first paragraph of this article. We do not know what meaning these words are intended to have, but our impression is that the aim of the paragraph is merely to indicate that the trust to which the article applies must be one for which the applicable law is governed by article 3 or 4.
The word 'requires' in line one of the third paragraph appears to us to be inappropriate. The applicable law may not *require* all or any of the four implications listed in sub-paragraphs *a* to *d* but it may make provision for those matters or some of them. We would accordingly replace the word 'requires' with the word 'provides'.

Article Y

We view this article as dealing with a matter of considerable importance and have reservations as to whether it is satisfactory in its present form. We would like to see the article make it clearer that it covers mandatory rules of testamentary and proprietary law without a need such as exists in the present draft for those matters to be 'other than trusts'. We think these matters should not be treated as falling within separate compartments from trusts to which they are related.
We also think it unsatisfactory that the present draft of this article depends entirely on the choice of law rules of the State of the forum. We think it should depend upon which law has the closest connection with the particular matter in question.
We accordingly propose that the article be amended to read as follows:

'This Convention shall not restrict the application of any mandatory rules of a law which relates to –

a the validity, construction or effect of wills or testaments or the administration of deceased estates;

b the validity, construction or effect of conveyances or transfers of assets;

c the regulation of relations between persons and their spouses, children or dependants, especially restrictions on the right to dispose of assets to other persons; or

d matters other than trusts;

and which is applicable to a matter arising in relation to a trust by reason of it being a law of the place having the closest real connection with that matter.'

Retrospectivity

We suggest the inclusion of an article providing that the Convention will apply only to trusts which come into existence after ratification by the relevant State.

Additional provisions needed for non-unified States

We propose the inclusion of two provisions as under:

A *Where a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to trusts, any reference to the law of that State in connection with the recognition of the validity of a trust shall be construed as referring to the law of the territorial unit in which recognition is sought.*

B *Where a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to a trust this Convention need not be applied to the recognition in one territorial unit of the validity of a trust created in another territorial unit.*

cf. Articles 19 and 20 of the Convention on the Celebration and Recognition of the Validity of Marriages. We will not be seeking the inclusion of a federal clause in this Convention.

Canada

We welcome the considerable strides forward which are made by the draft Convention, particularly after so many years of attempts by common and civil law jurisdictions to reach a recognition accord on this subject. Especially we welcome articles 3, 4 and 7.

The suggestions made here are intended only to assist in the clarification of matters that we feel continue to remain in some doubt.

Article 1

If variant A is chosen by the Special Commission, we will seek a clarification of the words, 'their recognition in relations between Contracting States'. If the forum is Contracting State X, and a trust beneficiary domiciled in Contracting State Y sues the trustee in respect of trust property in X, will the Convention be inapplicable if the applicable law is the law of State Z, which is not a Contracting State?

Article 1A

We think further clarity is needed as to the types of trust to which the Convention does *not* apply. Though Article 2 is only a 'gateway' provision, we assume that in its first two lines it is defining the meaning of 'in writing' in article 1A. Statutory trusts would appear to be excluded, but concern has been expressed over the term, 'a judicial decision'. It does not appear to exclude the constructive trust, though the Canadian delegation is aware that that is the intent, and doubt has been expressed as to the status of a resulting trust. In some Canadian provinces the court is statutorily empowered to create a trust where none existed before (*e.g.*, an outright legacy to an incapacitated person), and to rewrite the terms of a trust despite the fact that thereby a new trust comes into existence. We would suggest that the words, 'or by a judicial decision', be omitted. We realise that this creates non-recognition *inter alia* of the two Canadian types of trusts we have mentioned, but we think this may have to be the price of clarity in the scope of the Convention.

Article 2

Though the Special Commission has decided in general on the content of this article, and we do not seek to

Nous sommes très heureux du progrès considérable que représente le Projet de convention, surtout parce que, depuis de nombreuses années, des juridictions de *common law* et de droit civil tentent d'en arriver à un accord de reconnaissance à ce sujet. Les articles 3, 4 et 7 nous semblent particulièrement importants.
Les présentes propositions ont pour seul but d'aider à éclaircir des questions qui, à notre avis, soulèvent encore des doutes.

Article 1

Si la Commission spéciale choisit la variante A, nous tenterons d'obtenir l'éclaircissement des termes «sa reconnaissance dans les rapports entre les Etats contractants». Dans le cas où le tribunal compétent est celui de l'Etat contractant X et que le bénéficiaire d'un trust domicilié dans l'Etat contractant Y poursuit le *trustee* concernant les biens du trust situés dans l'Etat X, la Convention sera-t-elle inopérante si la loi applicable est celle de l'Etat Z, qui n'est pas un Etat contractant?

Article 1A

Nous sommes d'avis qu'il faudrait définir plus clairement les genres de trusts auxquels la Convention *ne s'applique pas*. Bien que l'article 2 ne soit qu'une disposition établissant des conditions préliminaires, nous supposons qu'il définit, dans ses deux premières lignes, le sens de l'expression «par écrit» de l'article 1A. Les trusts statutaires semblent exclus, mais l'expression «décision de justice» a cependant soulevé certaines questions. Cette disposition ne semble pas exclure le *«constructive»* trust, bien que la délégation canadienne sache que c'est le but recherché, et des doutes ont été exprimés quant au statut du *«resulting»* trust (trust par implication). Dans certaines provinces canadiennes, la loi donne au tribunal le pouvoir de créer un trust où il n'y en a pas (par exemple: dans le cas d'un legs pur et simple fait à un incapable), et d'adapter les modalités d'un trust même si cela entraîne la création d'un nouveau trust. Nous proposons que les termes «ou par une décision de justice» soient retranchés. Nous sommes conscients que cela entraîne, entre autres choses, la non-reconnaissance des deux types de trusts canadiens que nous avons mentionnés, mais nous croyons que c'est le prix qu'il faut payer pour s'assurer que le champ d'application de la Convention soit clair.

Article 2

Bien que la Commission spéciale ait décidé de façon générale du contenu de cet article, et nous ne voulons

re-open this issue, concern has been expressed that a civil law authority may not recognise the existence of a trust if the trustee is also a beneficiary, and has extensive powers with respect to the distribution of the trust fund and its income, as well as to the administration of the trust. *I.e.*, the 'gateway' does not alert the civil law authority to the fact that a trust may exist in these circumstances. The Australian delegation may also be concerned with this matter, we understand, and we would welcome the opinion of civil law experts as to whether this concern is justified.

Article 3, paragraph 3

We do not find the meaning clear, particularly given the fact that in article 4, paragraph 3, the word 'part' is used to refer to what would appear to be the assets of the trust. We would suggest the following alternative:

This choice may extend to the formal validity, the essential validity, and the administration of the trust, and a different choice may be made with respect to each.

Article 5

Though we do not have strong views on the matter, we suggest that a re-wording of the first line of this article to read – *'Where the administration of a trust is changed from one place to another'* – would remove any doubt whether the first eleven words are referring to a change in the law of the place of administration.

We would also draw attention to the fact that this article does not assist the civil law authority to determine what are matters of administration. By making no statement on this issue, the draft Convention might appear to leave it to 'the original applicable law' to determine what administration means. We doubt whether this is intended, because the forum must decide whether the issue in question is one of administration before it will turn to 'the original applicable law'. However, if the 'original applicable law' is intended to determine the matter, we think article 5 should say so. See below for alternatives.

Article 6

This article can be read as requiring that all matters of validity, construction and administration be governed by the laws of a single jurisdiction. If article 3, paragraph 3, is amended (as we suggest) to make it clear that this is not intended, we think it advantageous to have a cross-reference to that article and paragraph.

We would suggest two possible alternative provisions to appear at the close of this article dealing with the distinction between matters of administration, and other matters. They are as follows:

For the purposes of this Convention matters relative to the administration of the trust concern the management, including the investment, of the trust property, except where the instrument otherwise provides.

or

For the purposes of this Convention matters relative to the administration of the trust concern the management of the trust, including paragraphs b, c, d, e *and* f *of this article, except where the instrument otherwise provides.*

pas soulever de nouveau cette question, certaines personnes ont indiqué qu'il est possible qu'une juridiction de droit civil ne reconnaisse pas l'existence d'un trust si le *trustee* est aussi bénéficiaire et s'il a des pouvoirs étendus au titre de la distribution du *«trust fund»* et de ses recettes ainsi que de l'administration du trust. C'est dire que la disposition établissant des conditions préliminaires ne prévient pas les juridictions de droit civil qu'un trust peut exister dans ces circonstances. Nous croyons qu'il est possible que la délégation australienne s'intéresse aussi à cette question et nous apprécierions l'avis des spécialistes du droit civil quant à la pertinence de ces préoccupations.

Article 3, paragraphe 3

Cette disposition peut porter à confusion, spécialement parce qu'au paragraphe 3 de l'article 4, l'expression «une partie» sert à désigner ce qui semble être les biens placés en trust. Nous proposons la solution suivante:

Ce choix peut porter sur la validité formelle, la validité essentielle, et l'administration du trust, et un choix différent peut être exercé pour chacun.

Article 5

Bien que nous n'ayons pas d'idées bien arrêtées à ce sujet, nous proposons que la première ligne de cet article soit remplacée par *«Lorsque le lieu d'administration du trust a été remplacé par un autre lieu»;* ceci éliminerait tout doute sur la question de savoir si les neuf premiers mots renvoient ou non à un changement dans la *loi* de l'Etat du lieu d'administration.
Nous aimerions aussi souligner que cet article n'aide pas les juridictions de droit civil à déterminer quelles sont les questions d'administration. En ne précisant rien à ce sujet, le projet de Convention semble laisser à la loi initiale applicable le soin de définir «administration». Il nous semble douteux que tel soit le but visé car le tribunal compétent doit d'abord décider si la question soulevée en est une d'administration avant de se référer à la loi initiale applicable. Cependant, si la loi initiale applicable doit trancher la question, nous croyons qu'il faut que l'article 5 l'indique. Voir plus loin les solutions proposées.

Article 6

La lecture de cet article peut nous porter à croire que toutes les questions relatives à la validité, à l'interprétation et à l'administration du trust doivent être régies par les lois d'une même juridiction. Si l'article 3, paragraphe 3, est modifié (comme nous le proposons) pour préciser que ce n'est pas le but visé, nous croyons qu'il serait avantageux de faire un renvoi à l'article 3, paragraphe 3.
Nous proposons deux solutions possibles. Cette nouvelle disposition pourrait être insérée à la fin de cet article et porter sur la distinction entre les questions d'administration et les autres questions. Nous vous proposons donc les textes suivants:

Aux fins de la présente Convention, les questions relatives à l'administration du trust se rapportent à la gestion, incluant l'investissement, des biens placés en trust, sauf lorsque l'acte stipule le contraire.

ou

Aux fins de la présente Convention, les questions relatives à l'administration du trust se rapportent à la gestion du trust, notamment les paragraphes b, c, d, e *et* f *du présent article, sauf lorsque l'acte stipule le contraire.*

However, a problem already experienced by common law jurisdictions is the position of the law of the place of administration concerning the variation or termination of the trust (paragraph *h* of this article).
We would welcome a discussion of this issue at the October meeting, and the reaching of a consensus on the matter.

Article 7

Concern has been expressed in Canadian circles about the wording of the first paragraph of this article. Should the word 'Contracting', at present in square brackets, be accepted, the paragraph would appear to restrict severely the list of possible applicable laws under articles 3 and 4. If this is the correct interpretation of the paragraph, it has been suggested that without apparent need many trusts would be prejudiced in the process of recognition in civil law jurisdictions.

One suggestion made to us is that the words 'as such', be omitted. Our preference, however, is for the following words:

Where the law or those laws governing a trust have been determined in accordance with the requirements of article 3 or article 4, that law or those laws shall be recognised in all Contracting States.

Article 7, paragraph 3

We are concerned with the words, 'so far as this is not inconsistent with the law of the recognising State'. Does this mean that, if the recognising jurisdiction does not have a doctrine of trusts, and registered title holders (and other trustees) are regarded as owners, the trust property would be subject to the personal bankruptcy of the trustee? Or is some more fundamental inconsistency required in the law of the recognising State?

It has been suggested to us that the word 'expressly' might be introduced into this language (*i.e.*, 'so far as this is not expressly inconsistent with the law of the recognising State'). However, if the recognising State has no doctrine of trusts, we are not sure that this will add very much, though it may serve to underline that fundamental inconsistency is the intended meaning.

We would much prefer to see the elimination of these words altogether, but we recognise that their introduction at the last meeting arose from a real concern in at least one civilian quarter. We are therefore reluctant to thrust forward our preference. At the same time we should say that we see these words as permitting the whole purpose of the Convention to be undermined. We wonder, therefore, whether the civilian jurisdictions might be able to suggest at least some more specific language.

Les juridictions de *common law* ont cependant déjà eu un problème en ce qui a trait au droit de l'Etat du lieu d'administration qui s'applique à la modification ou à la cessation du trust (paragraphe *h* de cet article).
Nous aimerions discuter de ce problème lors de la rencontre d'octobre et en arriver à un consensus sur ce sujet.

Article 7

Certains milieux canadiens ont fait connaître leurs préoccupations en ce qui a trait au libellé du premier paragraphe de cet article. Si l'on acceptait le terme «contractant», qui est présentement entre crochets, le paragraphe semblerait limiter d'une façon stricte la liste des lois qui peuvent être appliquées en vertu des articles 3 et 4. S'il s'agit de la bonne interprétation du paragraphe, on a indiqué que de nombreux trusts perdraient de leurs effets dans le processus de reconnaissance par les juridictions de droit civil, sans raison apparente.
Une proposition a été mise en avant visant à supprimer les termes «comme tel». Nous préférerions toutefois le libellé suivant:

Lorsque la loi ou les lois régissant un trust ont été déterminées conformément à l'article 3 ou à l'article 4, cette loi ou ces lois doivent être reconnues dans tous les Etats contractants.

Article 7, paragraphe 3

Les termes «pour autant que ce ne soit pas incompatible avec la loi de l'Etat de reconnaissance» nous préoccupent. Cela signifie-t-il que, dans les cas où le droit de l'Etat de reconnaissance n'inclut pas le concept du trust et où les détenteurs de titres inscrits (et autres *trustees)* sont considérés comme des propriétaires, les biens placés en trust seraient inclus dans la faillite personnelle du *trustee*, ou exige-t-on une incompatibilité plus grande dans la loi de l'Etat de reconnaissance?
On nous a proposé d'insérer le terme «expressément» dans ce libellé (c.-à.-d. «pour autant que ce ne soit pas expressément incompatible avec la loi de l'Etat de reconnaissance»). Toutefois, si l'Etat de reconnaissance n'a pas de droit ayant trait aux trusts, nous croyons que cela ne changera pas grand chose bien que l'expression puisse servir à souligner que l'incompatibilité fondamentale constitue le sens que l'on a voulu donner à ces dispositions.
Nous préférerions de beaucoup que tous ces termes soient éliminés, mais nous reconnaissons que leur inclusion lors de la dernière rencontre faisait suite à une préoccupation réelle exprimée par un représentant d'une juridiction de droit civil. Nous hésitons par conséquent à insister sur l'adoption de nos suggestions. Nous devons néanmoins dire que nous considérons que l'inclusion de ces termes met en cause le but principal de la Convention. Nous vous demandons en conséquence si les juridictions de droit civil pourraient au moins proposer quelques formules plus précises.

Etats-Unis d'Amérique/United States of America

[Delete present articles 3 and 4 and substitute:]

Article 3

The law chosen by the settlor shall apply to matters of construction, to matters of administration, and to matters of the validity of the trust, subject to the provisions of article [M]. In the absence of an express choice, the choice of the settlor may be inferred from the terms of the trust instrument interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case. The choice may extend to the whole or any part of issue arising under the trust.

Article 4

To the extent that the applicable law has not been chosen by the settlor in accordance with article 3, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected. As to matters of construction affecting administration of the trust, and as to matters of administration, this law shall be presumed to be the law of the place where the trust is to be administered at the time of its creation. As to other matters, including other issues of construction and issues of validity, this law shall be presumed to be the law of the place where the trust is to be administered at the time of its creation, unless there are circumstances clearly indicating a closer connection with another law. In particular, a trust valid under the law of any jurisdiction having a close, real connection with the trust will be held valid unless it is invalid under the provisions of article [M].

Article [M] (mandatory rules)

This Convention shall not restrict the application of a mandatory rule of a place having a close, real connection with the trust or with any particular provision of a trust. For purposes of this Convention, a mandatory rule is a prohibitory or restrictive rule reflecting a strong fundamental policy. Such mandatory rules may relate to

a wills or testaments, or the estates of decedents;

b conveyances or transfers of assets;

c relationships between persons and their spouses, children or dependents, especially when the right to dispose of assets to other persons is in question; or

d any other matter affecting the validity of the trust or of a particular provision of the trust.

In deciding whether a mandatory rule should be invoked, the court shall consider its nature and purpose and shall determine whether its fundamental purpose could be effectuated by application of any similar prohibition or restriction in the law that would otherwise govern the trust or the particular provision of the trust in question.

Commonwealth Secretariat

Comments of the Observer for the Commonwealth Secretariat

Article 1 A

I would support the proposal recorded in the report in place of *procès-verbal* No 32 that this text should be extended, principally to ease the drafting of article 2.

I suggest:

'This Convention applies only to trusts created in writing by a person (the settlor) or by a judicial decision.'

Article 2

The present draft is part definition and part description. I would suggest a reformulation of paragraphs 1 to 4:

'For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to a set of legal relationships arising when

a assets are placed under the control of a trustee, (whether or not the trust assets stand in his name) for the benefit of a beneficiary or for a specific purpose;

b the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, use or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the duties imposed by law upon him in his capacity as trustee; and

c the assets constitute a separate trust fund and are not part of the trustee's own estate.'

Article 3

In paragraph 2 the words 'if necessary' should be suppressed. It is difficult to envisage any process of interpretation which did not pay some attention to the context and circumstances of the case.

Article 5

As article 4 uses the phrase 'the place of the *principal* administration of the trust' should not the same be used here at both references to 'the place of administration'?

Article 6

A number of drafting points:

a In paragraph 1 insert *'formal and essential'* before 'validity'; and

b (linked to that) In paragraph 3 amend the text to read:
'This Convention shall not affect questions relating to the formal and essential validity of testaments...'

c At the end of that paragraph should 'the trust' be 'an existing trust'? The present text is not quite clear.

d Paragraph 2 (*e*) could be expressed:
'the power of the trustee to invest the trust assets and to accumulate...'

e Paragraph 2 *(i): 'trust assets'* rather than 'trust estate'.

Article 7

I do not think 'as such' is required in paragraph 1; pure drafting.

Article V

Delete 'the words 'law of a State' refer' and substitute *'a reference to the law of a State refers'*.
The actual phrase 'law of a State' is not used in, *e.g.*, articles 3 and 4, to which article V is clearly meant to apply.

Article Y

Here and in *article Z 1* there are references to 'mandatory rules'. It seems necessary to define this term, as being *'rules of the law of the relevant country which cannot be derogated from by act of any person'* (a formula based upon article 3,3 of the Rome Convention of 1980 on Contractual Obligations).

Articles Z 1 and Z 2

In *article Z 2* 'foreign' means 'other than of the forum'. The word does not bear this meaning in *article Z 1*, where it means 'other than that of the State about to be referred to'! Article Z 1 would need redrafting to avoid this. *E.g.*

'This choice by a settlor of a governing law shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one other State...'

However, the relationship between article Z 1, however

drafted, and article Y is far from clear. Does article Z 1 refer to mandatory rules *as to trusts*?

Union internationale du Notariat latin
International Union of Latin Notaries

Article premier

La variante A limite la reconnaissance des effets du trust à la condition de réciprocité, et aux seules lois des Etats parties à la Convention.
Cette variante limitera donc beaucoup les effets de la Convention; l'extension de son application ne sera atteinte qu'après une longue période.
Pour les praticiens du droit, dans les pays parties à la Convention, la distinction entre les cas auxquels la Convention s'applique et ceux auxquels la Convention ne s'applique pas, est compliquée et peu pratique.
C'est pourquoi l'UINL plaide l'adoption de la variante B.

Article 2

La rédaction actuelle est le compromis entre plusieurs textes proposés et essaye de définir la notion du trust anglo-saxon, de manière à ce que cette définition couvre cette notion d'après les systèmes juridiques nationaux.
La rédaction actuelle pourrait couvrir certaines institutions analogues de droit civil telles que le *Treuhand* ou le *bewind*. Les observateurs ont cru comprendre que les experts étaient d'avis que ces institutions ne seraient pas comprises dans les effets de la Convention. L'UINL a demandé l'avis des notaires des pays concernés, notamment de l'Allemagne et des Pays-Bas.

En ce qui concerne l'*Allemagne*, il a été observé ce qui suit: «En effet, la rédaction actuelle couvre à première vue la notion du *Treuhand* allemand; pourtant l'alinéa 4 de l'article 2, parlant de masse distincte séparée du patrimoine du *trustee* est contraire à la situation allemande; la relation entre *Treuhänder* et *Treugeber* est une relation obligatoire, et les biens mis en *Treuhand* appartiennent au patrimoine du *Treuhänder*.
Afin d'éviter tout malentendu, il serait souhaitable que la définition du trust soit plus distincte. Il ne nous paraît pas nécessaire que les effets du *Treuhand* allemand soient reconnus, justement parce qu'il s'agit d'une relation obligatoire»

En ce qui concerne les *Pays-Bas*, la pratique notariale s'est heurtée à la situation dans laquelle les effets d'un *bewind*, valablement institué par testament et sans présence d'héritiers réservataires pouvant le contester, n'ont pas été reconnus en France.
Aussi la rédaction actuelle qui, d'après sa formule, s'applique également au *bewind*, pourra couvrir ces cas. Il serait souhaitable que le rapport explicatif mentionne expressément que le *bewind* rentre dans la définition.
Cette opinion des Pays-Bas est différente de celle de l'Allemagne; il faut cependant discerner que les biens mis sous *bewind* n'entrent pas dans le patrimoine personnel du *bewindvoerder*.

Article 3

Juncto article 7 alinéa premier, et article X.
Dans la rédaction actuelle, l'autonomie de la volonté en ce qui concerne le choix de la loi applicable au trust est limitée seulement par:

- «incompatibilité avec l'ordre public» (article X);
- en matière de trusts testamentaires par la loi applicable à la dévolution successorale.

Ce n'est qu'à défaut de choix par le constituant que les dispositions de l'article 4 peuvent réduire l'effet de trusts sans aucun élément d'extranéité.
L'alinéa 2 de l'article 7 soumet la reconnaissance de certains effets du trust à la condition de compatibilité avec la loi interne, mais cela sans égard aux éléments d'extranéité du trust.
La pratique notariale se heurte régulièrement à la question de savoir si un certain effet désiré par le client pour couvrir ses besoins, mais non réalisable selon le droit national de ce client, pourra être atteint en soumettant l'acte juridique à un droit étranger.
La fuite vers les paradis fiscaux en est un exemple; un autre exemple est de se soustraire aux mesures préventives et aux prescriptions légales concernant la constitution de sociétés anonymes et de sociétés à responsabilité limitée, en constituant une personne morale de droit étranger – sur la validité de laquelle le contrôle est difficile sinon impossible – à laquelle ces mesures et prescriptions ne s'appliquent pas. De même, la limitation de la responsabilité envers ses créditeurs par l'utilisation du trust d'un droit étranger pourrait être désiré.
Ces cas se trouvent dans une zone grise où l'incompatibilité avec l'ordre public n'est souvent pas évidente.
C'est pourquoi l'UINL s'est posée la question de savoir si l'application de la Convention ne doit pas être soumise à la condition d'un élément d'extranéité autre que le seul choix d'un droit étranger applicable, et même si, au moment de la constitution du trust, l'élément d'extranéité dans la seule personne du *trustee* suffisait.

Exemple: un Français transmet des biens situés en France à un *trustee* aux Bahamas afin de les gérer pour lui et pour ses descendants, en soumettant le trust aux droits des Bahamas. Ce trust est valable et doit être reconnu en France suivant le texte actuel. Il ne sera valable que lorsque les biens transférés seront situés hors de France, si on exige l'élément d'extranéité autre que la nationalité ou le domicile du *trustee*.

Cependant il faudrait que le texte soit clair afin que le doute sur la validité des effets du trust soit évité.
A ce sujet, l'UINL reprend la suggestion de la *Law Society of England & Wales*, faite dans son commentaire annexé au présent rapport:
le choix du *settlor* devrait être réduit aux lois avec lesquelles le trust a une relation substantielle.

Article 7

Le Document préliminaire No 8*bis* n'a pas tenu compte de ce qu'on a dit dans le Procès-verbal No 30 (séance du matin du 10 mars 1983), qui dit littéralement: «Le texte est renvoyé au Comité de rédaction afin qu'il soit précisé que la reconnaissance du trust implique que le *trustee* puisse apparaître en tant que tel dans certaines procédures administratives ou devant les notaires». Notamment pour l'Espagne, la notion «toute autorité» ne couvrirait pas les notaires ou pourrait laisser un doute. Nous demandons donc de reconsidérer ce qui est dit dans le Procès-verbal No 30.

Article 8

Plusieurs pays ont rapproché l'article 1A, – exigence du trust établi par écrit – et la technique de la publication dans les registres fonciers; ils demandent un document authentique ou authentifié, et n'admettent pas le simple acte sous seing privé («incompatible avec la législation»). Il faudrait bien prévoir et éviter que la rédaction de la Convention ne crée pas deux catégories de trusts.

A l'égard de l'article 1 A, l'UINL fait remarquer que la *Law Society of England & Wales* pose de nouveau la question – déjà discutée des *«trusts declared in writing by an order of court or otherwise»*.
Sa suggestion que ces trusts entrent dans le champ d'application de la Convention est appuyée par l'UINL.
A toutes fins utiles, les observations de la *Law Society of England & Wales* sont jointes au présent rapport.

ANNEXE/ANNEX

OBSERVATIONS BY THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES SUBMITTED TO THE INTERNATIONAL UNION OF LATIN NOTARIES

Proposal for a Convention on the international validity and recognition of trusts

Introduction

We have only recently obtained a copy of the draft Convention and have not had time to carry out a thorough study. Our comments on it therefore represent our initial reactions only.
We begin with comments on the draft Convention itself which are followed by comments on the Report.

DRAFT CONVENTION

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1, Variants A and B

No comment.

Article 1 A

We agree that oral declarations of trust should be excluded from the scope of the Convention. However, trusts created by operation of law should be included. This is an important category of trusts in English law, in particular, for the protection of beneficiaries and the law on this subject has the same object as the law on unjust enrichment in civil systems.
We suggest that this could be achieved by the addition, after 'created in writing', of the words 'or declared in writing, by an order of court or otherwise'. This would be consistent with article 2 which contemplates the creation of a trust by means of a judicial decision.

Article 2

This fails to recognise the need for a supervisory role, to be played by the courts – see first and second paragraphs, page 5 below (*infra*, p. 161).

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

We agree that the settlor should be entitled to choose the law which is to govern the trust. However, we do not think that this choice should be entirely free of restriction as we think that the settlor's choice should be confined to systems of law with which the trust has a substantial connection, for example, because of the domicile or residence of the settlor, or beneficiary or beneficiaries, or the place of the trust assets.

Article 4

We support the provision for determining the applicable law when no choice has been made by the settlor.

Article 5

This seems satisfactory.

Article 6

Again this seems satisfactory.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 7

The first two paragraphs are satisfactory but we suggest that the words 'subject to article 2A' should be inserted after 'shall', first paragraph, second line.
However, the third paragraph of article 7 seems to us to introduce so substantial a qualification on the obligation of the Convention's signatories to recognise trusts as to seriously diminish the Convention's value. It does not seem to us that a State which intended to make full use of so far reaching a qualification should sign the Convention at all.
As a more detailed point, the words 'except to a purchaser for value without notice of the trust' should be added after 'trust assets', sub-paragraph *d*, third paragraph.

Article 8

We find the existence of this article surprising and do not understand its purpose. It is a fundamental principle of English law that trusts are 'veiled'. The existence of a trust and the fact that the trustee is not the true owner of assets are irrelevant to the world at large and are not disclosed publicly by registration or on documents of title. A trust concerns only trustee and beneficiary (and the tax authorities).
In fact, it is regarded as desirable or even necessary for the protection of persons dealing with the trustee that they should not be concerned whether he is a trustee or the true owner of assets. For example, a buyer of assets which are in fact held by a trustee on trust must be able to enter into a transaction without regard to whether the trustee is the absolute owner or not. If a purchaser were to be obliged to enquire about true ownership and whether a trustee has authority to sell, this would often constitute a serious inconvenience. It would make trust assets less readily marketable than their non-trust equivalents, which would inevitably be reflected in a reduction in their value.

CHAPTER V – GENERAL CLAUSES

Articles V, W, X, and Y

No comment.

Articles Z 1 and Z 2

These seem fair and are consistent with our observations on article 3.

OBSERVATIONS ON REPORT

The points raised in the Report on which comments are invited, appear all to be set out in paragraph III.
Our observations are:

Paragraph III

a We suggest that the question of conflicts between rules on mandatory or compulsory portions in succession and trust law is not particularly difficult to resolve. For example, the solution adopted in Scotland is to put the beneficiary to his election: he can choose between taking absolutely the portion to which he is entitled under succession law or taking subject to restrictions the probably larger portion to which he would be entitled under the trust. We understand that other countries of which the legal systems recognise both trusts and compulsory portions have adopted the same solution.

b It is a fundamental principle of English trust law that, as far as the world at large is concerned, a trustee can deal with trust property as if he was the absolute owner. Thus, a purchaser for value without notice of the trust (and as there is no notice system such a person would not normally have notice) may enter into transactions with another person regardless of whether that other person is a trustee or absolute owner. This is an important feature of trust law for the reasons referred to in our comments on article 8 above.
As to rights, duties and powers as between trustees and beneficiaries, these depend partly on the terms of individual trusts and partly on the rules laid down by English trust law. These rules regulate trustees' and beneficiaries' rights, duties and powers in some detail and are enforced by the courts, which for this purpose have a supervisory function.
The absence of such a function in civil law jurisdictions forms one of the more serious obstacles to the recognition of trusts by those jurisdictions.

c As to methods of publicising the existence of a trust, see our comments on article 8 above.

d See our comments on article 7 above: it seems to us that, unless recognition of trusts is to extend to their validity in the event of the bankruptcy of the trustee (or liquidation if the trustee is incorporated), the value of a Convention on recognition would be so seriously reduced as to give rise to doubt about whether the project is worth pursuing.

e We think that, in developing the Convention, any attempt to harmonise tax laws on assets held in trust should be firmly avoided. We see no prospect of success and we believe that any venture into this area would be likely to prejudice the prospects of the Convention as a whole.
We do not share the fears expressed in the Report about the growth of tax havens for trusts. Tax havens are no more or less accessible and no more or less attractive for property held on trust than for property owned absolutely. It does not follow that, because a particular law is to govern the trust generally, in the sense of the law to govern the rights and duties of trustees and beneficiaries that the same law will decide how the trust capital and income is to be taxed. For example, English tax law decides the liability of U.K. resident beneficiaries of a trust and the governing law of the trust is irrelevant for this purpose.
We have said in our comments on article 3 that a settlor should not have an unrestricted freedom of choice of governing law but should have to choose a law with which the trust has some substantial connection. Even if this suggestion is not adopted, it does not follow that, because the settlor can choose a governing law without restriction, that he can by so simple a step remove the trust property and income from the tax regime or regimes to which it has hitherto been subject. Under English law, to achieve this, it would be necessary for the beneficiaries to move.
As to the point raised at the end of paragraph III about the limitation of responsibility to creditors, property cannot be put out of reach of creditors simply by transferring it to a trust, as this is strictly controlled in English law and means are provided for recovering property transferred to a trust for the purpose of defeating creditors.

Note sur les trusts et relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de trust

ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 8quater de septembre 1983

Introduction

La Commission spéciale, au cours des réunions qu'elle a tenues du 28 février au 11 mars 1983, a prévu d'inclure dans le projet (Document préliminaire No 8*bis*) éventuellement un chapitre IV intitulé «Reconnaissance et exécution des décisions en matière de trust». La Commission a mis ce texte entre crochets pour bien montrer qu'elle n'avait pas décidé si des dispositions à ce sujet devaient figurer dans la convention projetée.
Il fut demandé au secrétariat d'étudier la question avant la réunion de la Commission spéciale fixée du 24 au 28 octobre 1983 et de lui soumettre un court exposé sur ce point.

Considérations générales

Le problème de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de trust est étroitement lié à la définition donnée au trust. Dans l'article 2 du présent projet (Document préliminaire No 8*bis*) «aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant, *ou par une décision de justice*» (c'est nous qui soulignons). Les mots soulignés dans cette définition concernent les cas où la relation juridique a été créée par une décision judiciaire. Dans le texte actuel, cette décision pourrait avoir été prise, par exemple, par un tribunal dans une affaire de divorce, aux fins d'assurer le paiement d'une pension alimentaire ou l'entretien d'un enfant, comme elle pourrait être l'une des diverses formes d'un *«constructive trust»* créé par un tribunal quand il existe des relations confidentielles entre certaines personnes à l'occasion d'une opération déterminée. Il pourrait même s'agir de la relation de trust d'un «syndic de la faillite» ou encore celle de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur d'une succession, auquel la loi reconnaît les pouvoirs d'un *trustee*.
Par ailleurs, le seul fait qu'un tribunal ait désigné une personne ou une institution pour agir en tant que *trustee* en vertu d'un acte écrit, signé par le constituant (soit parce que le *trustee* désigné à l'origine a refusé d'exercer ces fonctions, soit parce qu'une vacance est survenue quand le trust était déjà en fonctionnement et que l'acte constitutif du trust n'a désigné personne pour exercer ces fonctions en cas de vacance) ne signifie pas que la décision judiciaire ait *créé* la relation juridique; la relation juridique entre le *trustee* et le bénéficiaire peut être considérée comme avoir déjà été créée en vertu de l'acte constitutif du trust, et l'intervention du tribunal a pour seul but de désigner la personne déterminée qui tiendra l'un des rôles prévus par le constituant.
De même, le fait qu'un tribunal ait homologué un testament contenant des dispositions relatives à un trust ne signifie pas que ce tribunal ait «créé» une relation

Note on trusts concerning the recognition and enforcement of decisions relating to trusts

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 8quater of September 1983

Introduction

The Special Commission in its meeting of 28 February – 11 March 1983 retained in the draft under consideration (Preliminary Document No 8*bis*) a possible place for a chapter IV entitled 'Recognition and enforcement of decisions relating to trusts'. This was placed in square brackets to indicate that the Commission had not decided whether provisions on this subject should be included in the proposed convention.
The secretariat was asked to study this question before the Special Commission's third meeting scheduled for 24–28 October 1983 and to submit a short paper on this point.

General considerations

The problem of the recognition and enforcement of decisions relating to trusts is closely tied to the definition of a trust. We have seen in article 2 of the present draft (Preliminary Document No 8*bis*) that 'For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to a legal relationship created by a person, the settlor, *or by a judicial decision*'. (Emphasis supplied). The words in italic in the definition refer to cases where the legal relationship has been created by a judicial decision. As the wording now stands, this might be a trust created by a court in a divorce decree, for example, for the purpose of securing the payment of alimony or child support, or it might be one of the several varieties of 'constructive' trusts imposed by courts where a confidential relationship exists between certain persons in connection with a particular transaction. It might even be the trust relationship of a 'trustee in bankruptcy' or of an executor or administrator of an estate vested by law with the powers of a trustee.

On the other hand, the mere fact that a court has appointed a person or institution to serve as trustee under a written trust instrument executed by a settlor (either because the trustee originally appointed refused to serve or a vacancy has occurred after the trust has entered into operation, and the trust instrument does not designate someone to fill the vacancy) does not mean that the judicial decision has *created* the trust relationship; the legal relationship between a trustee and a beneficiary may be seen as already having been created under the trust instrument, and the court's intervention only serves to designate the particular person who will hold down one end of that relationship.

Likewise the fact that a probate court has entered an order for probate of a will containing trust provisions does not mean that the probate court has 'created' the

de trust. Le testateur avait déjà établi cette relation et la décision du tribunal n'a fait que confirmer que les biens mis en trust ont été effectivement transférés de la manière prévue par le testament.
Les diverses possibilités qui pourraient se présenter s'il était fait référence à des trusts créés par une décision de justice et les ambiguïtés potentielles que soulèverait l'application de cette référence, ont amené les membres du Bureau Permanent à penser qu'il pourrait être préférable de limiter la définition aux trusts créés *volontairement* par un constituant.
Il faut dire clairement qu'après la création d'un trust, celui-ci peut fonctionner pendant de longues années sans qu'un tribunal n'ait à intervenir, ou bien qu'un tribunal peut intervenir très tôt si la nécessité s'en fait sentir. On peut vouloir obtenir une décision judiciaire pour interpréter des dispositions ambiguës du trust, pour préciser les droits de certains bénéficiaires ou pour apporter des modifications à certaines dispositions du trust. L'article 6*a-j* du projet énumère plusieurs autres points au sujet desquels il est possible de demander à un tribunal de se prononcer. On s'aperçoit donc que, selon les cas, un certain nombre d'ordonnances et de décisions judiciaires peuvent intervenir relatives au fonctionnement d'un trust, comme il est aussi possible qu'à un moment donné, il n'existe aucune décision judiciaire concernant le trust, lorsque celui-ci a été créé par un acte privé et qu'il a fonctionné sans qu'une des parties intéressées ait eu à demander à la justice d'intervenir. Quand un tribunal est intervenu, la décision qu'il a prise devient en fait partie intégrante du trust. S'il s'agit d'un jugement nommant un *trustee,* la décision du tribunal désigne la personne ou l'institution déterminée avec laquelle les bénéficiaires auront des relations. Quand la décision concerne les pouvoirs du *trustee* en matière d'investissement, elle sera déterminante pour établir plus tard, comme cela est indispensable, si le *trustee* a violé les dispositions du trust en outrepassant ses pouvoirs en matière d'investissements. Quand la décision a pour effet de modifier un trust, les nouvelles dispositions qui découlent de cette modification font désormais partie intégrante des relations créées par le trust. Si la décision judiciaire a révoqué un *trustee,* les pouvoirs de la personne qui jusque-là exerçait cette fonction prennent fin à la date où la décision devient exécutoire. Il est important que les décisions prises par les tribunaux d'un pays qui ont compétence pour connaître des affaires intérieures du trust soient reconnues, tout au moins *implicitement,* par les tribunaux et les autorités administratives d'autres pays, lorsque ceux-ci reconnaissent en soi la relation de trust. Il est également important que les décisions relatives à l'administration intérieure du trust soient, dans la mesure du possible, prononcées dans le cadre d'un seul système juridique, lequel donne compétence aux tribunaux pour statuer à l'égard des personnes intéressées par le trust, afin que la structure et le fonctionnement du trust constituent un ensemble cohérent. Nous allons voir dans la partie suivante de cet exposé que certaines dispositions d'un traité international et les dispositions d'une loi uniforme portent directement sur ces questions de compétence, en prévoyant pour l'un que la compétence du tribunal pour connaître des affaires intérieures du trust peut, à la discrétion du demandeur, dépendre du «domicile» du trust, et pour l'autre que la compétence est exclusivement attribuée au tribunal du lieu où le trust est inscrit, lequel est «le lieu de l'administration principale» tel qu'il est défini dans le texte même.

Les concepts en cause

La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 con-

trust relationship. The relationship was already envisaged by the testator, and the court's action has only confirmed the effectiveness of the transfer of assets in trust for which the will provides.
The various possibilities that are raised by inclusion of the reference to trusts created by a judicial decision, and the potential ambiguities in the application of this reference, cause the members of the Permanent Bureau to think that the definition might better be limited to trusts created *voluntarily* by a settlor.

It should be made clear that after a trust has been created it may continue in operation for many years without intervention by any court, or if the need arises a court may intervene at a very early stage. Court orders may be desired for interpretation of ambiguous provisions in the trust, for the determination of the rights of certain beneficiaries, or for variation of the trust provisions. A number of other possible matters upon which an equity court may be required to rule are listed in article 6 *a–j* of the draft. It can be seen that, depending on the case, there may be a number of judicial orders and decisions concerning the operation of a trust, or at a given point in time there may be no judicial decision concerning the trust at all, where it has been created under a private instrument and has operated without a call for judicial intervention by one of the interested parties. When a court of equity has intervened, the action taken by the court becomes in effect an integral part of the trust. In the case of a decision appointing a trustee, the court's action designates the particular person or institution with whom the beneficiaries have the relationship. In the case of a decision regarding the investment powers of the trustee, the court's decision bears on any later determination which must be made as to whether a trustee has violated his trust by exceeding his investment powers. In the case of an order varying a trust, the new provisions created by the variation become part and parcel of the trust relationship. In the case of a judicial order removing a trustee, the powers of the person who previously served will be terminated on the effective date of the order. It is important that orders entered by courts in the place which has jurisdiction over the internal affairs of the trust be recognized, at least *implicitly,* by the courts and administrative authorities of other countries when they recognize the trust relationship itself. It is also important that the orders made concerning the internal administration of the trust be handed down to the extent possible within a single legal system the courts of which have jurisdiction over the persons interested in the trust, so that there will be coherence in the totality of the trust structure and operations. As we shall see in the succeeding part of this paper, certain provisions of an international treaty and provisions of a uniform law bear directly on these questions of jurisdiction, providing in one case for jurisdiction over the internal affairs of a trust, at the plaintiff's option, at the trust's 'domicile' and in the other for exclusive jurisdiction over the trust's internal affairs at the place of registration, which follows the 'principal place of administration' as defined in the same text.

Relevant concepts

The Brussels Convention of 27 September 1968 on Jur-

cernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle qu'amendée par la Convention d'accession du 9 octobre 1978, prévoit au paragraphe 6 de l'article 5, que les actions en justice entre les constituants, les *trustees* et les bénéficiaires d'un trust peuvent être introduites au «domicile» du trust. Cette disposition, lorsqu'elle entrera en vigueur, donnera un critère aux tribunaux des pays de la Communauté Européenne pour décider s'ils sont compétents à connaître des actions portant sur les problèmes intérieurs d'un trust. La Convention a été ratifiée par l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas et d'autres pays de la CEE pourraient prochainement suivre leur exemple[1].

La compétence attribuée par l'article 5(6) de la Convention n'est pas exclusive, puisque la règle de principe établie par le traité, selon laquelle tout défendeur peut être assigné au lieu de sa résidence habituelle, reste en vigueur. Cette disposition ne fait donc qu'offrir un autre lieu facultatif où une action relative aux problèmes intérieurs du trust peut être engagée. Cependant, un constituant pourrait, dans l'acte constitutif du trust, donner valablement compétence exclusive à un tribunal déterminé pour connaître des problèmes intérieurs du trust[2].

Certains systèmes connaissent le concept du «domicile» du trust[3]. Mais ce concept est ignoré dans la plupart des autres systèmes qui connaissent le trust. D'après le professeur Diamond, ce concept pourrait se référer au «pays dont la loi régit le trust»[4]. S'il en est ainsi, et puisque la Convention de Bruxelles contient aussi des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements, il pourrait être utile, dans le contexte de la reconnaissance des trusts de lier, d'une manière ou d'une autre, ce concept du domicile à la Convention de La Haye sur la loi applicable aux trusts en cours d'élaboration. Quant à la Convention de Bruxelles, si on considère que le pays dont la loi est applicable est celui du domicile du trust, qui est par conséquent compétent pour connaître des problèmes intérieurs du trust, cela ne serait pas contraire à la disposition de la même Convention selon laquelle le constituant peut désigner un pays qui a compétence exclusive pour connaître des problèmes intérieurs du trust (article 17). La Convention de La Haye sur les trusts donnera, tout d'abord, la faculté au constituant de choisir la loi applicable. Peut-être sera-t-il nécessaire d'inclure une présomption selon laquelle le choix d'un pays auquel compétence exclusive est attribuée implique aussi le choix de la loi de ce pays. Un faible risque ne serait couru que dans le cas improbable où le constituant aurait désigné un pays ayant compétence exclusive pour connaître des problèmes intérieurs du trust, et aurait désigné la loi d'un autre pays pour être la loi applicable. Nous n'avons pas de solution toute prête à donner de ce problème, mais nous sommes persuadés que la difficulté n'est pas insurmontable et qu'en se penchant plus longuement sur le problème, une solution pourrait être trouvée.

Un autre texte qui porte sur cette situation est l'*Uniform Probate Code* (UPC), adopté aux Etats-Unis en 1969 par l'*Uniform Conference of Commissioners*. Ce *Code* est, à l'heure actuelle, en vigueur dans treize des cinquante Etats des Etats-Unis.

[1] Le Royaume-Uni a adopté le *Civil Jurisdiction and Judgments Act* 1982 à cette fin.

[2] Voir le Rapport du professeur Peter Schlosser sur la Convention du 9 octobre 1978, *Journal officiel des Communautés européennes*, C.59, Vol. 22, 5 mars 1979, No 118, p. 107, No 174, p. 123, No 178, p. 124.

[3] Voir Anton, *Private International Law*, 1967, p. 470.

[4] Voir A. L. Diamond, «The Trust in English Law», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, No 2, 1981, p. 304.

isdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, as amended by the Accession Convention of 9 October 1978, provides in paragraph 6 (of article 5) that suits between settlors, trustees and beneficiaries of a trust may be filed at the 'domicile' of the trust. This provision, when it enters into force, will provide the standard for courts in the European Community countries to follow when determining whether they have jurisdiction over suits involving the international affairs of a trust. The Convention has been ratified by Italy, Luxembourg and the Netherlands and other EEC countries may soon follow.[1]

Jurisdiction granted under article 5 (6) of the Convention is not exclusive, since the normal principle under the treaty that a defendant may be sued at his place of habitual residence still holds. Thus this provision only gives an additional optional place in which suit may be brought concerning internal trust affairs. However a settlor could effectively designate an exclusive jurisdiction for the resolution of internal trust matters by so providing in the trust instrument.[2]

The concept of the 'domicile' of a trust is known in some systems.[3] It is not known in many other systems which have the trust. Professor Diamond has suggested that this concept may refer to 'the country whose law governs the trust'.[4] If so, since the Brussels Convention also has provisions for recognition and enforcement of judgments, it might be useful in the context of recognition of trusts to tie this concept of domicile in some way to the Hague Convention on the law applicable to trusts which is under preparation. As to the Brussels Convention, if the place the law of which is applicable to the trust were taken as the domicile of the trust and therefore as the place which is given jurisdiction over the internal affairs of the trust, this would not be inconsistent with the provision of the same Convention to the effect that the settlor may stipulate a place which has exclusive jurisdiction over the internal affairs of the trust (article 17). The Hague Convention on trusts will give the settlor the option to choose the applicable law. Perhaps a presumption should be included to the effect that the choice of a place for exclusive jurisdiction implies a choice of the law of that place. The marginal danger might be the unlikely case where a settlor designated one place as having exclusive jurisdiction over the internal affairs of the trust and the law of another place as being applicable. We do not have a ready answer to this problem, but feel that it is not insurmountable and that further thought may suggest how it can be resolved.

Another text which bears on the situation is the Uniform Probate Code (UPC) adopted by the Uniform Conference of Commissioners in the United States in 1969. The Code is now in force in thirteen of the fifty states of the United States.

[1] The United Kingdom has adopted the *Civil Jurisdiction and Judgments Act* 1982 to this end.

[2] See Report by Professor Peter Schlosser on the Accession Convention of 9 October 1978, *Official Journal of the European Communities*, C.59, Vol. 22, 5 March 1979, No 118 at p. 107, No 174 at p. 123 and No 178 at p. 124.

[3] See Anton, *Private International Law* (1967) at p. 470.

[4] See A. L. Diamond, 'The Trust in English Law', *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, No 2, 1981, p. 304.

Ce *Code*, qui réglemente l'inscription des trusts, prévoit qu'ils seront inscrits au lieu de l'administration principale du trust. Le lieu visé par ce concept est tout d'abord celui désigné dans l'acte constitutif du trust et, ensuite, en l'absence d'une telle désignation, le lieu qui résulte de certains critères objectifs. Voici le texte de cette définition:

Article 7-101 [Obligation d'inscrire les trusts]

Le trustee d'un trust dont le lieu d'administration principale est dans le présent Etat fera inscrire le trust auprès du tribunal du présent Etat siégeant au lieu de l'administration principale. Sauf indication contraire dans l'acte constitutif du trust, le lieu de l'administration principale du trust est, soit le lieu où le trustee conduit généralement ses affaires et où les documents relatifs au trust sont conservés, soit la résidence du trustee s'il ne possède pas un tel lieu d'administration. Dans le cas de co-trustees, le lieu d'administration principale, s'il n'a pas été autrement désigné dans l'acte constitutif du trust, est (1) le lieu où le trustee, quand il s'agit d'une personne morale, conduit habituellement ses affaires, lorsqu'un seul des co-trustees est une personne morale, ou (2) le lieu où le trustee conduit habituellement ses affaires, ou celui de sa résidence, si ce trustee est une personne qui s'occupe par profession d'affaires fiduciaires, s'il n'y a qu'une seule personne de ce genre et qu'aucun co-trustee n'est une personne morale, et, autrement (3) le lieu où l'un quelconque des co-trustees conduit habituellement ses affaires, ou celui de sa résidence, après accord entre les co-trustees. L'obligation d'inscrire en vertu du présent chapitre n'incombe pas au trustee d'un trust, si cette inscription est incompatible avec la compétence attribuée à un tribunal étranger et à laquelle le trustee ne peut pas se soustraire.

L'*Uniform Probate Code* déclare que le tribunal du lieu où le trust est inscrit aura compétence exclusive pour connaître des actions en justice relatives aux affaires intérieures du trust. Une des règles énoncées dans la Convention de Bruxelles fait ainsi défaut, celle qui permet d'assigner tout constituant, tout *trustee* et tout bénéficiaire au lieu de son domicile. Par contre, le *Code* est parfaitement compatible avec l'idée exprimée par cette Convention selon laquelle le constituant peut désigner un pays où le tribunal aura compétence exclusive pour connaître des affaires intérieures du trust, puisque le constituant, en vertu de l'UPC, en désignant le lieu de l'administration principale peut, de ce fait, déterminer le pays ayant compétence exclusive pour connaître des affaires intérieures du trust aux termes de l'UPC.

Moyens possibles d'assurer la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière de trusts

Tout d'abord, le traité ne devrait porter que sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux *affaires intérieures* du trust. La reconnaissance et l'exécution des décisions dans des litiges opposant le *trustee* (ou le constituant ou les bénéficiaires) à des tiers doivent être soumises aux règles qui régissent normalement la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères, avec l'exception qu'il est nécessaire d'établir que la capacité du *trustee* d'agir en cette qualité dans le procès est reconnue à l'étranger (voir Document préliminaire No 8*bis*, article 7, alinéa 2).

Un des moyens possibles de traiter la question de la reconnaissance et de l'exécution de jugements relatifs aux affaires intérieures du trust serait de mettre en place la structure traditionnelle d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution de décisions. Cette approche pourrait cependant se révéler trop pesante, à moins que la Commission spéciale puisse se mettre d'accord

The Code, which provides for registration of trusts, says that they will be registered in the principal place of administration of the trust. That concept is defined first of all as the place designated in the trust instrument and secondarily, in the absence of such a designation, by certain objective criteria. The text of this definition is as follows:

Section 7-101 [Duty to Register Trusts.]

The trustee of a trust having its principal place of administration in this state shall register the trust in the Court of this state at the principal place of administration. Unless otherwise designated in the trust instrument, the principal place of administration of a trust is the trustee's usual place of business where the records pertaining to the trust are kept, or at the trustee's residence if he has no such place of business. In the case of co-trustees, the principal place of administration, if not otherwise designated in the trust instrument, is (1) the usual place of business of the corporate trustee if there is but one corporate co-trustee, or (2) the usual place of business or residence of the individual trustee who is a professional fiduciary if there is but one such person and no corporate co-trustee, and otherwise (3) the usual place of business or residence of any of the co-trustees as agreed upon by them. The duty to register under this Part does not apply to the trustee of a trust if registration would be inconsistent with the retained jurisdiction of a foreign court from which the trustee cannot obtain release.

The Uniform Probate Code indicates that the place where the trust is registered will have exclusive jurisdiction over lawsuits concerning the internal affairs of the trust. Thus it lacks one feature of the Brussels Convention, which allows any settlor, trustee or beneficiary also to be sued at the place of his domicile. On the other hand it is fully consistent with the idea expressed in that Convention that the settlor may stipulate a place of exclusive jurisdiction over the trust's internal affairs, since the settlor under the UPC, by designating the principal place of administration, may therefore fix the place of exclusive jurisdiction over the internal affairs of the trust under the UPC.

Possible methods for providing recognition and enforcement of decisions relating to trusts

First of all, the treaty should deal only with the recognition and enforcement of decisions relating to the *internal affairs* of the trust. The recognition and enforcement of decisions in lawsuits between the trustee (or the settlor or beneficiaries) and third parties should be governed by the regular rules governing recognition and enforcement of foreign decisions, with the exception that there is a need to ensure that the capacity of the trustee as such in the lawsuit is recognized abroad (see Preliminary Document No 8*bis*, art. 7, second para.).

One possible way of dealing with the recognition and enforcement of judgments dealing with the internal affairs of the trust would be to provide the traditional structure of a convention on recognition and enforcement of decisions. This approach might well be too heavy unless the Special Commission could agree on a simple provision, containing a single ground for indi-

sur une disposition simple, qui ne prévoirait qu'un seul chef de compétence indirecte, laquelle serait celle du pays dont la loi est applicable au trust en vertu des dispositions de la convention. Aucune procédure pour la reconnaissance et l'exécution des décisions ne serait prévue, de sorte que la procédure accélérée de la CEE, prévue dans les articles 33 à 41, serait applicable dans les pays qui auraient adopté la Convention de Bruxelles et la procédure normale pour la reconnaissance et l'exécution des jugements serait applicable aux autres Etats contractants.

Une autre méthode serait de prévoir tout simplement la reconnaissance *implicite* des décisions relatives aux trusts. Au lieu de prévoir qu'une procédure devra être employée pour obtenir la reconnaissance et l'exécution de chaque décision concernant le trust, on pourrait se contenter de prévoir que, lorsqu'un trust est reconnu aux termes de la Convention, cette reconnaissance impliquera la reconnaissance, et ses effets juridiques, des décisions concernant les affaires intérieures du trust prises par le tribunal ou les autorités administratives du domicile ou du lieu de l'administration principale du trust.

Conclusion

Sans rejeter catégoriquement l'idée de dispositions rigides en matière de reconnaissance et d'exécution, le Bureau Permanent penche plutôt pour l'approche moins formelle d'une reconnaissance *implicite* de ces décisions lorsqu'elles ont été prononcées dans l'Etat dont la loi est applicable au trust. La question n'en demeure pas moins posée et pourra être débattue lors de la prochaine réunion de la Commission spéciale du 24–28 octobre 1983, et la Commission n'est nullement tenue d'adopter l'une ou l'autre approche.

Au sujet de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, qu'elles soient explicites ou implicites, il faut attirer l'attention sur la nécessité de relier entre eux et de rationaliser les concepts qui sont utilisés dans divers pays pour énoncer les chefs de compétence à connaître des affaires intérieures d'un trust, et surtout le concept de «domicile», tel qu'il est utilisé dans la Convention de Bruxelles et le concept du «lieu de l'administration principale» utilisé dans l'*Uniform Probate Code* des Etats-Unis.

rect jurisdiction, which would be that of the country whose law is applicable to the trust under the terms of the convention. No procedure for recognition and enforcement of decisions would be specified, thus the expedited EEC procedure, provided in articles 33-41, would apply for those countries which had adopted the Brussels Convention, and the normal procedure for recognition and enforcement of judgments would be applied in other Contracting States.

Another technique would be simply to provide for *implicit* recognition of decisions relating to trusts. Instead of providing that a procedure would be followed to obtain recognition and enforcement of each decision concerning the trust, this might be side-stepped simply by providing that, when a trust is recognized under the Convention, that recognition will imply recognition of and the giving of legal effect to the decisions concerning the internal affairs to the trust which have been taken by courts or administrative authorities at the domicile or principal place of administration of the trust.

Conclusion

Without categorically rejecting the idea of formal recognition and enforcement provisions, the Permanent Bureau tends towards a less formal approach to *implicit* recognition of such decisions, where they have been handed down in the State whose law applies to the trust. The matter, however, is completely open for discussion at the upcoming meeting of the Special Commission 24-28 October 1983 and the Commission is not in any way bound as to the approach which will be taken.

In connection with the recognition and enforcement of decisions, whether explicit or implicit, attention needs to be paid to tying together and rationalizing the concepts which are used in various countries to describe the basis for jurisdiction over the internal affairs of a trust, mainly the concept of 'domicile' as used in the Brussels Convention and the concept of 'principal place of administration' used in the Uniform Probate Code of the United States.

Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale et Rapport de M. Alfred E. von Overbeck

Document préliminaire No 9 de mars 1984

[Avant-projet de Convention sur la loi applicable au trust et sur sa reconnaissance], texte adopté par la Commission spéciale le 28 octobre 1983

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

Variante A

La présente Convention détermine la loi applicable au trust; elle organise également sa reconnaissance dans les rapports entre les Etats contractants.

Variante B

[La présente Convention détermine la loi applicable au trust et organise sa reconnaissance.]

Article 2

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité de testaments ou d'autres actes par lesquels des biens sont transférés au *trustee*.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant, à l'effet de placer des biens sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.
Les biens du trust constituent une masse distincte; ils ne font pas partie du patrimoine du *trustee*. Le titre relatif aux biens du trust n'est pas nécessairement établi au nom du *trustee*.
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.
Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* jouisse de certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Article 5

La Convention ne s'applique pas lorsque la loi déterminée par l'article 6, ou, à défaut de choix par le constituant, par l'article 7, ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Preliminary draft Convention adopted by the Special Commission and Report by Alfred E. von Overbeck

Preliminary Document No 9 of March 1984

[Preliminary draft Convention on the law applicable to trusts and on their recognition], text adopted by the Special Commission on 28 October, 1983

CHAPTER I – SCOPE

Article 1

Variant A

This Convention specifies the law applicable to trusts; it also makes provision for their recognition in relations between Contracting States.

Variant B

[This Convention specifies the law applicable to trusts and makes provision for their recognition.]

Article 2

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other instruments by which assets are transferred to the trustee.

Article 3

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Article 4

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created by a person, the settlor, which have the effect of placing assets under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.
The assets constitute a separate trust fund; they are not a part of the trustee's own estate. The title to the trust assets does not necessarily stand in the name of the trustee.
The trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.
The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Article 5

The Convention does not apply when the law specified by article 6, or in the absence of a choice by the settlor, article 7, contains no provisions relating to trusts or to the category of trust involved.

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie expressément par le constituant.
A défaut de choix exprès, le choix du constituant doit résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.
Le constituant peut choisir différentes lois pour régir des éléments susceptibles d'être isolés au sein du trust, en particulier les questions d'administration.

Article 7

Dans la mesure où la loi applicable n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 6, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.
Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il peut être tenu compte notamment:

a des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis;

b du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;

c de la situation des biens du trust;

d de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee.*

Toutefois, si un élément du trust est susceptible d'être isolé au sein du trust et présente un lien plus étroit avec une autre loi, celle-ci pourra, à titre exceptionnel, être appliquée.

Article 8

La loi applicable désignée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.
Cette loi régit notamment:

a la désignation, la démission et la révocation du *trustee,* ainsi que la transmission de ses fonctions;

b les droits et obligations des *trustees* entre eux;

c le droit du *trustee* de déléguer tout ou partie de ses pouvoirs et de se faire représenter;

d les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;

e les pouvoirs du *trustee* d'investir ou de mettre en réserve les revenus du trust;

f les restrictions relatives à la durée du trust;

g les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee;*

h la modification ou la cessation du trust;

i la répartition des biens du trust;

j l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Article 9

La loi régissant la validité du trust dans son ensemble détermine si une question relève de l'administration du trust et si le lieu d'administration peut être déplacé.

Article 6

A trust shall be governed by the law expressly chosen by the settlor.
In the absence of an express choice, the choice of the settlor is to be inferred from the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case.
The settlor may choose different laws to govern severable aspects of the trust, in particular, matters of administration.

Article 7

To the extent that the applicable law has not been chosen in accordance with article 6, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.
In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference may be made in particular to –

a the objects of the trust and the place or places where they are to be fulfilled;

b the place of administration of the trust designated by the settlor;

c the situs of the assets of the trust; and

d the place of residence or business of the trustee.

Nevertheless a severable aspect of the trust which has a closer connection with another law may by way of exception be governed by that other law.

Article 8

The law specified by articles 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction and effects and the administration of the trust.
In particular that law shall govern -

a the appointment, resignation and removal of trustees and the devolution of their offices;

b the rights and duties of trustees among themselves;

c the right of trustees to delegate all or a part of the performance of their duties, and to appoint agents;

d the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;

e the powers of investment of trustees, and their power to accumulate the income of the trust;

f restrictions upon the duration of the trust;

g the relationship of the trustees to the beneficiaries including the personal liability of the trustees;

h the variation or termination of the trust;

i the distribution of the trust estate;

j the duty of trustees to account for their administration.

Article 9

The law governing the validity of the trust as a whole determines whether a question does or does not relate to administration and whether the place of administration may be changed.

Article 10

Lorsque le lieu d'administration du trust a été déplacé, la loi du nouveau lieu d'administration régit, dans la mesure où la loi applicable à la validité du trust dans son ensemble le permet, les questions d'administration.

CHAPITRE III – [EFFETS DE LA] RECONNAISSANCE

Article 11

Un trust créé conformément à la loi [d'un Etat contractant] déterminée par les articles 6 ou 7, sera reconnu en tant que trust dans tous les Etats contractants.
La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.
Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment, sous réserve de l'application de l'article 19:

a que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;

b que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;

c que les biens du trust ne fassent pas partie de la succession du *trustee;*

d que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee,* en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, dans un registre tenu dans un Etat contractant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 13

[La reconnaissance d'un trust en application de l'article 11 implique la reconnaissance des décisions judiciaires et administratives relatives au fonctionnement interne du trust rendues par les juridictions d'un Etat contractant:

a auquel le constituant a attribué compétence par écrit; ou

b avec lequel le trust dans son ensemble présente les liens les plus étroits; ou

c dont la loi est applicable à la question litigieuse en vertu des dispositions de la présente Convention.

Une question est considérée comme relative au fonctionnement interne du trust lorsqu'elle concerne les relations entre un constituant, un *trustee* ou un bénéficiaire ou qu'elle porte sur leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.]

Article 14

(Seule la version française des deux variantes de cet article a été examinée par la Commission spéciale, la version anglaise est une traduction du Bureau Permanent.)

Article 10

Where the place of administration of the trust has been changed, the law of the new place of administration, to the extent that the law governing the validity of the trust as a whole permits, shall apply to questions of administration.

CHAPTER III – [EFFECTS OF] RECOGNITION

Article 11

A trust created in accordance with the law [of a Contracting State] specified by articles 6 or 7 shall be recognized as a trust in all Contracting States.
Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate trust fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, subject to article 19, in particular –

a that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;

b that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

c that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his death;

d that the trust assets may be recovered where the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets.

Article 12

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, in any Contracting State, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of that State, to do so in his capacity as trustee or in such other way the existence of the trust is disclosed.

Article 13

[The recognition of a trust under article 11 implies the recognition of decisions with respect to matters internal to the trust rendered by a judicial or administrative authority in a Contracting State –

a upon which the settlor in writing has conferred jurisdiction; or

b with which the trust as a whole is most closely connected; or

c whose law is applicable to the issue by virtue of the preceding provisions of this Convention.

A matter is considered to be internal to the trust if relations between the trustee, the beneficiaries or the settlor, or their rights or obligations under the trust, are involved.]

Article 14

(The two variants of this article were provisionally examined by the Special Commission in French only. The English text is a translation prepared by the Permanent Bureau.)

Variante A

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont tous les éléments, autres que le choix de la loi ou le lieu d'administration du trust, sont situés, au moment de sa constitution, dans des Etats qui ignorent l'institution du trust ou cette catégorie de trust.

Variante B

Aucun Etat contractant n'est tenu de reconnaître un trust, lorsque le constituant a choisi une loi étrangère pour régir le trust ou a désigné un *trustee* domicilié à l'étranger, alors que tous les autres éléments de la situation étaient localisés dans cet Etat.

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à la reconnaissance par un Etat contractant d'un trust ou d'une décision relative à un trust dans des circonstances autres que celles prévues par la présente Convention.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 16

Au sens de la Convention, le terme «loi d'un Etat» désigne les règles de droit en vigueur dans cet Etat à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article 17

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats contractants en matière fiscale.

Article 18

L'application d'une des lois désignées par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des règles impératives de la loi d'un autre Etat désignée par les règles de conflit du for, régissant en particulier:

a les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;

b le transfert de propriété, spécialement à l'égard des tiers;

c les effets personnels et patrimoniaux du mariage;

d la protection des mineurs et des incapables en général;

e la protection des tiers en cas d'insolvabilité.

Une disposition impérative est une disposition à laquelle il ne peut être dérogé par une manifestation de volonté.

Article 20

La Convention ne fait pas obstacle à l'application à titre exceptionnel des dispositions impératives de la loi de tout Etat avec lequel une question qui se pose en relation avec le trust présente un lien effectif et étroit, si et dans la mesure où, selon la loi de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois de cet Etat.
Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur

Variant A

No State shall be bound to recognize a trust all of the elements of which, except for the choice of the applicable law or the place of administration of the trust, are situated, at the time of its creation, in States which do not have the institution of the trust or that category of trust.

Variant B

No Contracting State shall be bound to recognize a trust where the settlor has chosen a foreign law to govern the trust or has designated a trustee domiciled abroad, although all the other elements of the situation were localized in that State.

Article 15

The Convention does not limit the power of any Contracting State to recognize a trust or a decision relating to a trust in circumstances other than those for which the present Convention makes provision.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 16

For the purposes of this Convention, the words 'law of a State' refer to the law in force in that State, other than its rules of private international law.

Article 17

Nothing in the Convention shall prejudice the powers of Contracting States in fiscal matters.

Article 18

The application of the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy *(ordre public)*.

Article 19

This Convention does not prevent the application of a mandatory rule of the law of another State designated by the choice of law rules of the forum governing in particular –

a succession rights, testate and intestate, in particular the indefeasible shares of spouses and relatives;

b the transfer of title to property especially in relation to third parties;

c the personal and proprietary effects of marriage;

d the protection of minors and incapable parties;

e the protection of third parties in insolvency.

A mandatory rule is a rule which cannot be derogated from by voluntary act.

Article 20

The Convention does not prevent the application by way of exception of a mandatory rule of any State with which any issue arising in relation to the trust has a significant and close connection, if and so far as under the law of that State that rule applies irrespective of the law specified by the choice of law rules of that State.

In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose

objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

(Dispositions transitoires, dispositions sur les relations avec d'autres Conventions, systèmes non unifiés et d'autres dispositions finales à établir ultérieurement.)

and to the consequences of their application or non-application.

(Clauses on application in time, relations with other Conventions, non-unified systems, and final clauses to be drafted later.)

Rapport de la Commission spéciale établi par M. Alfred E. von Overbeck

Introduction

LES TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1 La Conférence de La Haye de droit international privé a décidé d'inscrire le trust à son ordre du jour lors de sa Quatorzième session de 1980[1].

2 Les travaux ont excellemment été préparés par un rapport très complet de MM. A. Dyer et H. van Loon, secrétaires au Bureau Permanent de la Conférence[2]. Ce rapport décrit en détail le fonctionnement du trust dans les pays qui le connaissent et les problèmes de droit international privé qu'il soulève. Sa lecture est indispensable pour la compréhension des travaux de la Commission spéciale et il y est expressément et une fois pour toutes renvoyé.
Le présent rapport ne peut guère entrer dans le détail des questions théoriques qui se posent et doit se borner à relater les points de vue qui se sont dégagés au cours des travaux de la Commission spéciale.

3 La Commission spéciale fut également saisie d'observations d'un certain nombre d'experts et d'organisations qui lui furent soumises sous forme de documents préliminaires[3].

4 La Commission spéciale se réunit pour une première session du 21 au 30 juin 1982. Elle appela à la présidence M. C. D. van Boeschoten (Pays-Bas), qui présida également les sessions suivantes. M. P. H. Pfund (Etats-Unis) fut nommé vice-président; étant empêché d'assister aux réunions suivantes, il devait être remplacé par M. D. T. Trautman (Etats-Unis).
Cette session fut essentiellement consacrée à une large discussion générale à partir d'une liste de problèmes soumise par la présidence (P.-v No 1).

5 Les résultats de la première session furent résumés par le document intitulé *Conclusions tirées des discussions de la Commission spéciale de juin 1982 sur les trusts et institutions analogues*.[4]
Un Comité de rédaction *ad hoc*, composé de M. A. E. Anton (Royaume-Uni), M. J.-P. Beraudo (France) et

[1] *Acte final de la Quatorzième session*, partie E.
[2] *Rapport sur les trusts et institutions analogues*, Doc. prél. No 1, mai 1982, cité «Rapport Dyer/van Loon».
[3] Doc. prél. Nos 2 à 5 et 8.
[4] Doc. prél. No 6 de septembre 1982.

Report of the Special Commission by Alfred E. von Overbeck

(TRANSLATION OF THE PERMANENT BUREAU)

Introduction

THE WORK OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

1 The Hague Conference on Private International Law decided to include the trust in its agenda at its Fourteenth Session in 1980.[1]

2 The preparatory work consisting of the very complete report by Messrs A. Dyer and H. van Loon, secretaries at the Permanent Bureau of the Conference, was excellent.[2] This report described in detail the functions of the trust in the countries which have it and the problems of private international law to which it gives rise. The reading of that report is indispensable for understanding of the Special Commission's work, and reference to it is hereby made expressly once and for all.
This report can scarcely enter into the details of the theoretical questions which arise and therefore it will be limited to recounting the points of view which were brought out in the course of the Special Commission's discussions.

3 The Special Commission also had before it comments from a certain number of experts and organizations which were submitted as preliminary documents.[3]

4 The Special Commission met for its first session from 21–30 June 1982. It elected as its President Mr C. D. van Boeschoten (Netherlands), who also presided over the subsequent sessions. Mr P. H. Pfund (United States) was elected Vice-President; when he was unable to attend the subsequent sessions, he had to be replaced by Mr D. T. Trautman (United States).
This first session was essentially devoted to a broad general discussion starting from a list of problems submitted by the President (*P.-v.* No 1).

5 The results of the first session were summarized in a document entitled *Conclusions drawn from the meeting of the Special Commission of June 1982 on trusts and analogous institutions*.[4]
An *ad hoc* Drafting Committee, composed of Messrs A. E. Anton (United Kingdom), J.-P. Beraudo (France)

[1] *Final Act of the Fourteenth Session*, Part E.
[2] *Report on Trusts and Analogous Institutions*, Preliminary Document No 1 of May 1982, referred to as Dyer/van Loon Report.
[3] Preliminary Documents Nos 2–5, and 8.
[4] Preliminary Document No 6 of September 1982.

M. B. Wiesbauer (Autriche), rédigea, du 2 au 5 novembre 1982, un *Projet d'articles sur la loi applicable et la reconnaissance du trust.*[5]

6 La deuxième session de la Commission spéciale eut lieu du 28 février au 11 mars 1983. A cette occasion, M. A. E. von Overbeck (Suisse) fut nommé rapporteur. Un Comité de rédaction, composé de M. A. E. Anton (Royaume-Uni), président, M. J.-P. Beraudo (France), vice-président, M. B. Wiesbauer (Autriche), M. D. T. Trautman (Etats-Unis) et du rapporteur, fut constitué.

Les travaux de cette session aboutirent à un avant-projet, qui fut considéré comme document interne de la Commission spéciale, destiné à être repris à la session suivante (Document préliminaire No 8*bis*).

7 La troisième session de la Commission spéciale eut lieu du 24 au 28 octobre 1983. Elle mit au point l'avant-projet dont il est question dans le présent rapport.

8 Il faut souligner ici l'importante part que les membres du Bureau Permanent, en particulier MM. Dyer et van Loon, ainsi que les secrétaires rédacteurs *ad hoc*, ont prise dans les travaux. Il convient aussi de relever les observations très utiles qui ont été faites par les observateurs de l'Union internationale du Notariat latin, ainsi que par celui de la Banque des Règlements internationaux et celui du *Commonwealth Secretariat*.

LE CARACTÈRE GÉNÉRAL ET LA STRUCTURE DE L'AVANT-PROJET

9 L'avant-projet fixe certes la loi applicable au trust et unifie ainsi les règles de conflit de toutes les Parties, qu'il s'agisse d'Etats de *common law* connaissant le trust ou d'Etats de *civil law* ignorant cette institution[6].

Mais – comme le rapport de MM. Dyer et van Loon l'a bien exposé – le principal intérêt de l'avant-projet est, pour les Etats de *common law*, de voir les trusts reconnus dans les Etats de *civil law*, et pour ces derniers de posséder un instrument permettant de saisir le trust, institution inconnue chez eux et dont les multiples facettes ne sont pas faciles à comprendre.

10 Il a fallu un certain temps aux experts des deux groupes de pays pour commencer à se comprendre et faire ensemble oeuvre constructive. On ne se dissimulera pas que la Convention, quelle que soit sa forme définitive, ne pourra en aucun cas régler tous les problèmes qui se posent. Son fonctionnement exigera de ceux qui l'appliquent une certaine générosité et la capacité d'apprécier une institution étrangère dans son ensemble plutôt que de s'arrêter à des détails.

11 L'avant-projet se compose de quatre chapitres. Le premier définit le champ d'application de la Convention et en même temps les caractéristiques du trust. Le deuxième chapitre a trait à la loi applicable, le troisième à la reconnaissance du trust. Le quatrième chapitre sur les dispositions générales contient notamment plusieurs

[5] Doc. prél. No 7 de novembre 1982, cité par la suite «Projet d'articles de novembre 1982».
[6] Pour la commodité de l'exposé, les termes Etats de *civil law* et Etats de *common law* seront utilisés par la suite, sans autre explication.

and B. Wiesbauer (Austria), drafted, from 2–5 November 1982, a set of *Draft articles on the law applicable to and the recognition of trusts.*[5]

6 The second session of the Special Commission took place from 28 February to 11 March 1983. At that meeting Mr A. E. von Overbeck (Switzerland) was elected Reporter. A Drafting Committee, consisting of Messrs A. E. Anton (United Kingdom), Chairman, J.-P. Beraudo (France), Vice-Chairman, B. Wiesbauer (Austria), D. T. Trautman (United States) and the Reporter, was appointed.
The work of this session resulted in a preliminary draft which was considered to be an internal document of the Special Commission to be taken up again at the following session (Preliminary Document No 8*bis*).

7 The third session of the Special Commission took place from 24–28 October 1983. It produced the preliminary draft which is described in the present report.

8 Stress should be given here to the important part that the members of the Permanent Bureau, in particular Messrs Dyer and van Loon, as well as the temporary recording secretaries took in the Commission's work. Note should also be taken of the very useful comments which were made by the observers for the International Union of Latin Notaries, the Bank for International Settlements and the Commonwealth Secretariat.

THE GENERAL NATURE AND THE STRUCTURE OF THE PRELIMINARY DRAFT

9 The preliminary draft specifies, to be sure, the law applicable to the trust and thus unifies the conflict rules for all the Parties whether these be common law States which have the trust or civil law States which do not have this institution.[6]
But – as the Dyer/van Loon report demonstrated – the principal benefit to be derived from the draft is, for the common law States, to have trusts recognized in civil law States, and for these latter to have an instrument which will permit them to grasp the trust, that being an institution unknown to them the multiple facets of which are not easy to comprehend.

10 Some time was necessary for the experts of the two groups of countries to begin to understand each other and to work constructively as a group. The fact cannot be hidden that the Convention, whatever form it takes in the end, will not in any event be able to deal with all the problems that arise. Its operation will require of those who apply it a certain amount of generosity and the capacity to evaluate a foreign institution in its entirety rather than being hung up on details.

11 The preliminary draft consists of four chapters. The first sets out the scope of the Convention and at the same time the characteristics of trusts. The second chapter deals with the applicable law and the third with recognition of trusts. The fourth chapter on general clauses contains in particular several savings clauses for

[5] Preliminary Document No 7, dated November 1982, hereinafter referred to as 'Draft articles of November 1982'.
[6] For convenience, the terms 'civil law States' and 'common law States' without further explanation will be used hereafter.

clauses de sauvegarde de l'ordre juridique du pays de reconnaissance d'un trust. Le titre n'a pas encore été discuté.

the legal systems of the countries where trusts are to be recognized. The title has not yet been discussed.

QUELQUES QUESTIONS NON EXPRESSÉMENT RÉGLÉES PAR L'AVANT-PROJET

La surveillance du trustee *par les tribunaux*

12 Dans les pays connaissant le trust, les tribunaux sont habitués à exercer une surveillance appropriée du *trustee*, qui doit rendre compte de sa gestion (*cf.* article 4, alinéa 3 de l'avant-projet). Les juges de la plupart des pays de *civil law* paraissent mal outillés pour exercer de telles fonctions; dans certains cas, ils n'y sont, semble-t-il, même pas autorisés.

Dans la mesure où le trust et son administration sont soumis à la juridiction d'un pays connaissant le trust, cela ne devrait pas faire de difficultés. Les décisions relatives au fonctionnement interne du trust, rendues dans un tel pays, seront reconnues (voir l'article 13 de l'avant-projet proposé à titre éventuel).

Un trust soumis d'emblée à une loi ne connaissant pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause ne tombera pas sous le coup de la Convention (article 5). En revanche, le problème de la surveillance se posera avec acuité lorsque, en raison d'un dépeçage (article 6, alinéa 3 et article 7, alinéa 3) ou d'un changement de lieu d'administration (articles 9 et 10), l'administration sera soumise à la loi d'un pays ne connaissant pas le trust. Il conviendrait d'examiner de plus près si la Convention reste applicable en pareil cas[7] et, dans l'affirmative, comment le problème doit être résolu.

La preuve des pouvoirs du trustee

13 Etant donné la grande diversité de trusts, il n'est pas facile de déterminer quels sont exactement, dans un cas d'espèce, les pouvoirs d'un *trustee* investi selon une loi étrangère. Pour parer à cette difficulté, le Bureau Permanent, dans les conclusions tirées des discussions de la première session de la Commission spéciale[8], proposait de prévoir à cet effet une formule, délivrée par les autorités du pays où le trust est constitué, spécifiant les pouvoirs du *trustee*. L'idée n'a pas été discutée par la Commission spéciale, mais elle mériterait d'être poursuivie.

La protection des tiers de bonne foi

14 Les experts et observateurs de pays de *civil law* ont signalé à diverses reprises, et avec insistance, le danger de voir des tiers de bonne foi lésés par la reconnaissance d'un trust. Une première proposition à la deuxième session prévoyait que la Convention ne s'appliquerait pas aux rapports entre le constituant, le *trustee*, et le béné-

SOME QUESTIONS NOT EXPRESSLY DEALT WITH BY THE PRELIMINARY DRAFT

Supervision of trustees by the courts

12 In the countries which have trusts, the courts are accustomed to exercise appropriate supervision over the trustee, who must account for his management (*cf.* article 4, third paragraph, of the preliminary draft). The judges in most of the civil law countries appear to be poorly equipped to exercise such functions; in certain cases they are not, it appears, even authorized to do so.

To the extent to which a trust and its administration are subject to the jurisdiction of a country which has trusts, that should not cause any difficulties. Decisions concerning the internal operation of the trust rendered in such a country will be recognized (see article 13 which has been proposed for possible inclusion in the preliminary draft).

A trust which has been submitted from the beginning to a law which does not have the institution known as the trust or the category of trust in question will not fall within the Convention (article 5). On the other hand, the problem of supervision will arise most acutely when, because of *dépeçage* (article 6, third paragraph, and article 7, third paragraph) or of a change in the place of administration (articles 9 and 10), the administration of the trust is subject to the law of a country which does not have trusts. Closer examination should be made to see whether the Convention should remain applicable in such a case[7] and, if so, how the problem should be resolved.

The proof of the trustee's powers

13 Given the great diversity of trusts, it is not easy to determine exactly what are in a particular case the powers of a trustee appointed under a foreign law. To deal with this difficulty the Permanent Bureau, in the conclusions drawn from the discussions of the Special Commission's first session[8], proposed for this purpose that a form be provided which would be delivered by the authorities of the country where the trust has been constituted, specifying the trustee's powers. The idea was not discussed by the Special Commission but it is worth pursuing.

The protection of third parties in good faith

14 The experts and observers from the civil law countries pointed out on a number of occasions insistently the danger of having third parties in good faith damaged by the recognition of a trust. A first proposal presented at the second session provided that the Convention would not apply to the relations between the settlor,

[7] Voir *infra* No 50.
[8] Doc. prél. No 6, p. 8, sous 9*b* et *c*.

[7] See *infra* No 50.
[8] Preliminary Document No 6, p. 8, under 9 *b* and *c*.

ficiaire, d'une part, le tiers de bonne foi, d'autre part (Doc. trav. No 11).

Une faible majorité se prononça en faveur d'une clause spécifique protégeant les tiers, mais la proposition elle-même fut nettement rejetée.

15 A la suite de cette discussion, le Comité de rédaction proposa une formule indiquant que la Convention ne devrait pas porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi (Doc. trav. No 16, article 6A). Une autre proposition reprit l'idée que la Convention ne devait s'appliquer qu'entre constituant, *trustee* et bénéficiaire (Doc. trav. No 20).
La Commission spéciale, après discussion, décida de remettre une décision jusqu'au moment où l'article sur la reconnaissance et éventuellement celui sur les règles impératives auraient été discutés (P.-v. No 29). Elle écarta aussi une proposition d'exclure du domaine de la loi applicable le transfert des biens du trust, qui eût aussi assuré la protection des tiers (Doc. trav. No 16, article 6, chiffre premier, deuxième phrase, P.-v. No 28).

16 Dans sa troisième session, la Commission spéciale ne fut plus saisie de clauses spécifiques relatives à la protection des tiers. Mais l'importance de la question fut soulignée lors de la discussion des règles impératives et se traduisit notamment par l'inclusion des mots «spécialement à l'égard des tiers» dans l'article 19, alinéa premier, lettre *b* (Doc. trav. No 37, P.-v. No 34). La référence à la loi de l'Etat d'inscription dans l'article 12 protège également les tiers.

L'observateur de la Banque des Règlements internationaux revint encore sur la question, à propos des droits réels, à la fin de la troisième session[9], mais la Commission d'experts estima que les dispositions de l'avant-projet et notamment l'article 19 garantissaient suffisamment les droits des tiers.

17 Etant donné l'importance du problème, il est certainement souhaitable d'examiner, du point de vue de tous les Etats membres de la Conférence, si les dispositions actuelles protègent suffisamment les tiers de bonne foi.

the trustee and the beneficiary on the one hand and the third party in good faith on the other hand (Working Document No 11).
A weak majority was in favour of a specific clause protecting third parties but the proposal itself was decisively rejected.

15 Following this discussion, the Drafting Committee proposed a formulation indicating that the Convention was not to infringe upon the rights of third persons in good faith (Working Document No 16, article 6A). Another proposal embodied the idea that the Convention should apply only among the settlor, trustee and beneficiary (Working Document No 20).
The Special Commission, after discussion, decided to postpone a decision until the time when the article on recognition and possibly that on mandatory rules had been discussed (*P.-v.* No 29). It also rejected a proposal to exclude from the scope of the applicable law the transfer of trust assets, which proposal would have also assured the protection of third parties (Working Document No 16, article 6, sub-paragraph 1, second sentence, *P.-v.* No 28).

16 In its third session the Special Commission did not have placed before it any specific clauses dealing with the protection of third parties. But the importance of the question was emphasized during the discussion on mandatory rules and was reflected in particular by the inclusion of the words 'particularly in respect of third parties' in article 19, first paragraph, sub-paragraph *b* (Working Document No 37, *P.-v.* No 34). The reference to the law of the State of registration in article 12 also protects third parties.
The observer of the Bank for International Settlements brought this question up again in respect of rights *in rem*, at the end of the third session[9], but the Commission of experts thought that the provisions of the preliminary draft and in particular article 19 sufficiently guaranteed the rights of third parties.

17 Given the importance of the problem, it is certainly desirable to enquire whether, from the points of view of all of the Member States of the Conference, the present provisions give sufficient protection to third parties in good faith.

Commentaire de l'avant-projet

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

18 Le premier chapitre délimite, à divers égards, le domaine d'application de la Convention (articles 1–3); l'article 4 décrit les éléments essentiels de l'institution visée.

Article premier

19 L'article premier indique que la Convention projetée a deux objectifs: déterminer la loi applicable au

[9] Voir *infra* No 149.

Commentary on the preliminary draft

CHAPTER I – SCOPE

18 The first chapter delimits, in various respects, the scope of the Convention (articles 1–3); article 4 describes the essential elements of the institution which is covered.

Article 1

19 The first article indicates that the Convention being drafted has two purposes: to specify the law applicable

[9] See *infra* No 149.

trust et organiser la reconnaissance de celui-ci. Les deux variantes A et B présentées se distinguent quant au caractère réciproque ou non de la Convention.

La limitation au trust de common law

20 Selon l'article premier, la Convention vise le trust, sans autre précision. Il va sans dire que le trust des pays de *common law* est visé. En revanche, la Commission a discuté, à plusieurs reprises, de la question de savoir si des institutions analogues au trust, existant dans des systèmes de *civil law*, devaient également être englobées. On a cité à ce propos, par exemple, le *bewind* du droit néerlandais, la *Treuhand* du droit allemand et la fiducie du droit québécois.
Ces échanges de vues n'ont cependant pas conduit à des conclusions très précises. On a remarqué que les pays de *common law* auraient tendance à donner à de telles institutions un effet plus large que dans leur pays d'origine, alors que, au contraire, les pays de *civil law* donneraient des effets plus restreints au trust (P.-v. No 2).

Le rapport Dyer/van Loon avait examiné de telles institutions sous divers angles. Dans les discussions de la Commission spéciale, il n'est pas apparu que des difficultés se soient présentées à leur propos dans les pays de *common law*. On peut se demander, d'autre part, si les institutions analogues au trust – qui peuvent même s'appeler «trust» comme dans le cas du Liechtenstein – peuvent vraiment être soumises aux mêmes règles que le trust de *common law* et être reconnues dans les pays de *civil law*.

21 La Commission spéciale a décidé de limiter l'avant-projet au trust «anglo-américain» (P.v. No 19). Après des efforts peu concluants de rédiger l'actuel article 4 de façon à exclure les institutions analogues (Doc. trav. No 19, P.-v. Nos 32 et 34), elle a décidé dans sa dernière séance que la restriction au trust «anglo-américain» ne figurerait que dans le préambule (P.-v. No 38), qui n'est pas encore rédigé.

La question de l'inclusion ou de l'exclusion des institutions analogues n'est donc pas définitivement tranchée, mais on peut constater que, lors de l'élaboration de l'avant-projet, l'on n'a toujours pensé qu'au trust de *common law*. Il est d'ailleurs apparu que cette institution obéit à des règles qui peuvent être assez différentes selon les pays.

La loi applicable au trust

22 Le premier objectif de la Convention – déterminer la loi applicable au trust – se comprend facilement: il s'agit de créer des règles de conflit de lois en matière de trust.
De telles règles seront particulièrement utiles pour les Etats de *civil law* qui, ne connaissant pas le trust dans leur droit interne, n'ont pas non plus de règles de conflit pour l'appréhender. Ils sont donc réduits à des constructions parfois laborieuses pour essayer de capter cette institution inconnue dans leur système de conflit de lois[10]

[10] Voir, par exemple, l'arrêt *Harrison* c. *Crédit Suisse*, rendu le 29 janvier 1970 par le Tribunal fédéral suisse ATF 96 II 79, *Journal des tribunaux* (Lausanne), 1971 I 329.

to trusts and to make provision for their recognition. The two variants presented, A and B, differ from each other in that the Convention would be reciprocal under A but not under B.

The limitation to the common law trust

20 Under article 1, the Convention deals with trusts, without any other explanation. It goes without saying that the common law trust is covered. On the other hand, the Commission discussed, on several occasions, the question of whether institutions analogous to the trust, which exist in civil law systems, should also be included. In this connection mention was made, for example, of the *bewind* of Netherlands law, the *Treuhand* of German law and the *fiducie* of Quebec law.
These exchanges of views did not however lead to very precise conclusions. It was pointed out that the common law countries would have a tendency to give such institutions broader effects than they would have in their countries of origin, while, on the contrary, the civil law countries would give more restricted effects to the trust (*P.-v.* No 2).
The Dyer/van Loon report examined such institutions from various angles. In the Special Commission's discussions, it did not seem that any difficulties had been presented concerning such institutions in the common law countries. It may be asked, moreover, whether the institutions analogous to trusts – which may even be called 'trusts' as is the case with Liechtenstein – may really be submitted to the same rules as the common law trust for recognition in civil law countries.

21 The Special Commission decided to limit the preliminary draft to the 'Anglo-American' trust (*P.-v.* No 19). After efforts which were not very conclusive to draft the present article 4 in such a manner as to exclude analogous institutions (Working Document No 19, *P.-v.* Nos 32 and 34), it decided at its last meeting that the restriction to the 'Anglo-American' trust would appear only in the preamble (*P.-v.* No 38), which has not yet been drafted.
The question of the inclusion or the exclusion of analogous institutions has not therefore been definitively resolved, but it can be observed that, during the preparation of the preliminary draft, thought was always given only to the common law trust. It appeared furthermore that this institution is governed by rules which may be rather different from country to country.

The law applicable to trusts

22 The first purpose of the Convention – to specify the law applicable to trusts – is easy to understand; what is involved is the creation of conflict of laws rules for trusts.
Such rules will be particularly useful for civil law countries which, not having the trust in their internal law, also do not have conflict rules to cover trusts. They are therefore reduced to making constructions which are sometimes forced in order to try to capture this institution that is unknown to their conflict of laws systems.[10]

[10] See, for example, the case of *Harrison* v. *Crédit Suisse*, decided 29 January 1970 by the Swiss Federal Tribunal, ATF 96 II 79, *Journal des tribunaux* (Lausanne), 1971 I 329.

C'est également à cet égard que la Convention semble avoir un intérêt pour les relations entre les Etats de *common law;* en effet, des controverses existent sur le rattachement du trust, que la Convention pourrait utilement éliminer.

La reconnaissance du trust

23 La portée du deuxième objectif de la Convention – organiser la reconnaissance du trust – est plus difficile à saisir que celle du premier objectif.

On pourrait soutenir que, du fait même qu'un trust est valable selon la loi désignée par les règles de conflit de la Convention, il doit être reconnu et déployer ses effets dans les autres Etats contractants.
La Commission spéciale s'est cependant rendu compte que, en matière de trust, la situation se présente différemment que pour des institutions, telles que le mariage ou les contrats, connues également dans le pays où le rapport juridique soumis à une loi étrangère doit déployer ses effets. Un contrat de vente, par exemple, valable selon la loi applicable en vertu de la Convention de La Haye sur la vente[11], peut sans difficultés déployer ses effets dans les Etats contractants. En revanche, un juge de *civil law* resterait perplexe devant l'affirmation pure et simple qu'un trust doit déployer des effets dans son pays. Si l'on veut que la Convention soit efficace, il faut qu'elle indique, du moins dans les grandes lignes, quels sont les effets qui doivent être reconnus.
Ajoutons que la majorité des experts a même estimé, lors de la première session, que le trust, bien qu'il ne soit pas considéré comme entité juridique dans les pays de *common law,* devait être traité pour les besoins de la Convention comme s'il possédait la personnalité morale (P.-v. No 8 *in fine*).

Les décisions étrangères relatives au trust

24 L'avant-projet ne se propose pas de régler de façon exhaustive la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères en matière de trust. Toutefois, il contient, à titre éventuel, une disposition sur la reconnaissance de décisions relatives au fonctionnement interne d'un trust reconnu selon la Convention (article 13).

Le caractère réciproque ou non de la Convention

25 Dans les deux variantes A et B, il est prévu que la Convention, à l'instar des autres Conventions modernes de La Haye, n'exigera aucune réciprocité en ce qui concerne ses règles sur la loi applicable. Elle sera appliquée dans tous les cas qui se présentent dans un Etat contractant, peu importe que l'affaire ait ou non des liens avec un autre Etat contractant.
La Commission avait décidé, à un moment donné, s'inspirant de l'article 4 de la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, du 14 mars 1978, d'inclure la précision: «La loi désignée par la Convention s'applique même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant» (P.-v. No 33). Cette règle, quelque peu pléonastique, n'a cependant pas été incluse en fin de compte.

[11] *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels,* du 15 juin 1955.

It is also in this respect that the Convention seems to have interest for the relations of the common law States among themselves; indeed, controversies exist concerning the connecting factors for trusts that the Convention might usefully eliminate.

Recognition of trusts

23 The significance of the second purpose of the Convention – to provide for the recognition of trusts – is more difficult to comprehend than that of the first purpose.
It might be argued that, by the very fact that a trust is valid under the law designated by the conflict rules of the Convention, it should be recognized and spread its effects into the other Contracting States.
The Special Commission however took account of the fact that, for trusts, the situation is different from what it is for institutions such as marriage or contracts which exist also in the country where the legal relationship subject to a foreign law is to spread out its effects. A contract of sale, for example, valid under the law applicable by virtue of the Hague Convention on Sales of Goods[11], may without difficulty spread its effects into Contracting States. On the other hand, a civil law judge would stand perplexed before the pure and simple affirmation that a trust should spread out effects into his country. If it is desired that the Convention be effective, it will be necessary for it to indicate, at least in broad lines, what are the effects which are to be recognized.
We should add that the majority of the experts even thought, at the time of the Special Commission's first session, that trusts, although not considered to be legal entities in the common law countries, should be treated for the purposes of the Convention as if they had legal personality (*P.-v.* No 8 *in fine*).

Foreign decisions concerning trusts

24 The preliminary draft does not purport to deal in an exhaustive fashion with the recognition and enforcement of foreign decisions concerning trusts. However, it contains, as a possible inclusion, a provision on the recognition of decisions dealing with the internal affairs of a trust which is recognized under the Convention (article 13).

The reciprocal or non-reciprocal nature of the Convention

25 In the two variants, A and B, it is provided that the Convention, following the example of other modern Hague Conventions, will require no reciprocity as regards its rules on the applicable law. It will be applied in all cases which arise in a Contracting State, whether or not the situation has ties with another Contracting State.
The Commission decided at a given moment, drawing its example from Article 4 of the Convention on the Law Applicable to Agency dated 14 March 1978, to include the following more precise language: 'The law specified in this Convention shall apply whether or not it is the law of a Contracting State' (*P.-v.* No 33). This rather redundant rule however was not, in the final analysis, included.

[11] *Convention on the law applicable to international sales of goods,* concluded 15 June 1955.

26 Les variantes A et B diffèrent, au contraire, en ce qui concerne la reconnaissance. Selon la variante A, celle-ci ne serait obligatoire que dans les rapports entre Etats contractants; il faudra se reporter à l'article 11 pour savoir ce que l'on entend par là[12].
Selon la variante B, au contraire, les Etats contractants reconnaîtraient tous les trusts sans égard à la question de savoir si ceux-ci sont rattachés ou non à un autre Etat contractant.

27 La Commission a préféré, à titre indicatif, la variante A à la variante B, à une faible majorité. La variante B avait notamment la faveur des experts de plusieurs Etats de *common law* et des observateurs de l'Union internationale du Notariat latin.

28 La solution de la convention d'application générale et n'exigeant aucune réciprocité a certes des avantages considérables: les juges et les praticiens sauront à quoi s'en tenir et ils attribueront les mêmes effets à tous les trusts, sans égard au cercle des Etats contractants.

Toutefois, le chapitre III de l'avant-projet demande aux Etats ne connaissant pas le trust d'attribuer à celui-ci un certain nombre d'effets qui sont assez nouveaux dans leur système juridique. Cette solution se justifie dans un cercle d'Etats connus et définis; rappelons que les clauses finales peuvent soumettre l'adhésion d'Etats non-membres de la Conférence à certaines conditions. En revanche, il paraît difficile de la prévoir en faveur de trusts en provenance de n'importe quel Etat du monde. Rien n'empêche, au contraire, de juger de tels trusts selon les règles de conflit de lois du deuxième chapitre.

Enfin, les Etats de *common law* – qui tirent de la Convention l'avantage de voir reconnaître le trust, alors qu'ils ne fournissent pas à proprement parler de contre-prestation – trouveront un intérêt à ratifier la Convention si cela est la condition de la reconnaissance des trusts les intéressant.

29 La Commission a entendu laisser à la Conférence plénière le soin de décider, sur la base des observations des Etats, quel système doit être retenu. Les clauses finales relatives au caractère «ouvert» ou «fermé» de la Convention devront être rédigées en conséquence.

Article 2

30 Cette disposition est l'une de celles qui visent à résoudre une difficulté particulière de la matière: le trust ne se présente pas comme une institution juridique isolée, mais régulièrement en rapport avec d'autres institutions. On a donné l'image du lanceur et de la fusée: il faut toujours un «lanceur» – par exemple un testament, une donation ou un autre acte juridique – qui met alors en marche la «fusée», le trust.
Le transfert de biens au *trustee* est une *conditio sine qua non* pour qu'un trust soit constitué. Mais la loi désignée par la Convention ne s'applique qu'à la constitution du trust lui-même, et non pas à la validité de l'acte par lequel le transfert des biens s'effectue. Cet acte est entièrement régi par le droit auquel les règles de conflit du for le soumettent. Il se peut d'ailleurs que des lois

[12] *Infra* No 88.

26 Variants A and B differ, though, concerning recognition. Under variant A, recognition would be obligatory only in relations between Contracting States; in order to know what this means[12], it will be necessary to look ahead to article 11.
Under variant B, to the contrary, Contracting States would recognize all trusts without regard to the question of whether these were or were not connected to another Contracting State.

27 The Commission preferred, on an indicative vote, variant A to variant B, by a weak majority. Variant B was in particular favoured by the experts of several common law States and by the observers for the International Union of Latin Notaries.

28 To opt for a Convention of general application which required no reciprocity would certainly have considerable advantages; judges and practitioners would know what they should do and they would give the same effects to all trusts, without regard to the circle of Contracting States.
However, chapter III of the preliminary draft asks States which do not have trusts to attribute to these a certain number of effects which are rather new in their legal systems. This result can be justified in a circle of States which is known and defined; it should be recalled that the final clauses may subject the accession of States which are not members of the Conference to certain conditions. On the other hand it seems difficult to make this provision in favour of trusts which may come from any State whatever of the world. Nothing would prevent, on the contrary, such trusts from being judged under the conflict of laws rules of the second chapter.
Finally, the common law States – which draw from the Convention the advantage of seeing their trusts recognized, although they do not furnish properly speaking any *quid pro quo* – will have an interest in ratifying the Convention if that is the condition for recognition of the trusts which concern them.

29 The Commission agreed to leave it to the Plenary Conference to decide, on the basis of the comments of the States, what system should be adopted. The final clauses dealing with the 'open' or 'closed' nature of the Convention will have to be drafted in the light of that decision.

Article 2

30 This provision is one of those which are intended to solve a difficulty which is particular to this subject; the trust appears not as an isolated legal institution, but regularly in connection with other institutions. The image of the launcher and the rocket has been employed; it is always necessary to have a 'launcher' – for example a will, a deed of gift or another legal instrument – which then sets into motion the 'rocket', which is the trust.
The transfer of property to the trustee is a *conditio sine qua non* for the constitution of a trust. But the law designated by the Convention applies only to the constitution of the trust itself, and not to the validity of the instrument by which the transfer of property is effectuated. This instrument is entirely governed by the law to which the conflict rules of the forum subject it. It can

[12] See *infra* No 88.

différentes soient applicables pour le fond et pour la forme de cet acte, et encore pour la capacité de celui qui en est l'auteur. S'il s'avère que, selon le droit applicable, l'acte de transfert n'est pas valable, on pourra d'emblée considérer que le trust n'a pas pris naissance, un élément essentiel faisant défaut.

D'autre part, il se peut que la loi applicable à un trust reconnu comme tel empiète sur le domaine d'une autre loi désignée par les règles de conflit du for. Selon l'article 19, c'est alors cette autre loi qui prévaut, mais seulement – et voici la différence avec l'article 2 – en ce qui concerne ses dispositions impératives.

31 L'article 2 fut érigé en disposition séparée et placé dans le premier chapitre après avoir figuré dans l'actuel article 8 (Doc. trav. No 46, P.-v. No 37). Notons encore qu'à un moment donné, l'actuel article 8 contenait, à titre éventuel, une règle excluant de manière générale le transfert des biens du trust de l'application de la loi désignée par la Convention (Doc. trav. No 16, article 6, chiffre premier, P.-v. No 28).

Article 3

32 Cette disposition délimite à deux égards le cercle des trusts visés par la Convention: ils doivent être créés volontairement et la preuve doit en être rapportée par écrit.

La limitation aux trusts volontaires

33 En exigeant qu'un trust soit créé volontairement, on exclut les trusts créés par décision de justice. A l'encontre de la reconnaissance des trusts judiciaires, on a notamment fait valoir qu'il y aurait des difficultés s'ils avaient trait à une tutelle ou à une succession, qui en soi était soumise à une autre loi. Les praticiens ont indiqué que le problème des trusts judiciaires ne se pose pas souvent dans les Etats de *civil law*. Ils ont remarqué, d'autre part, que la Convention revisée de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions[13] prévoit, à l'article 5, chiffre 6, les trusts judiciaires et même les trusts créés directement par la loi. Après avoir décidé, à un moment donné, l'inclusion des trusts expressément créés par une décision de justice, la Commission spéciale a, en fin de compte, exclu les trusts judiciaires.

34 La restriction ou trust créé volontairement exclut certainement les *constructive trusts* qui sont précisément établis contrairement à la volonté d'une personne (voir Document préliminaire No 1, Nos 107 et 108). La Commission spéciale s'est d'ailleurs prononcée dans ce sens (P.-v. No 14). En revanche, les *resulting trusts,* qui se fondent sur une volonté implicite, doivent en principe être considérés comme compris dans la Convention (Doc. prél. No 1, No 110, P.-v. No 14).

35 Le projet d'articles de novembre 1982 ne visait, à l'article 2, deuxième alinéa, que les trusts «constitués de manière expresse». Ces termes semblaient devoir exclu-

[13] *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 27 septembre 1968, modifiée par les Conventions d'adhésion du 9 octobre 1978 et du 25 octobre 1982, *Journal officiel des Communautés européennes,* No C 97/2 du 11 avril 1983.

happen moreover that different laws are applicable for the substance and for the form of this instrument, and even for the capacity of its maker. If it turns out that, under the applicable law, the instrument of transfer is not valid, it may be considered right from the start that the trust has not been born, since an essential element was lacking.
Moreover, it may happen that the law applicable to the trust which has been recognized as such will encroach upon the field of another law which is designated by the conflict rules of the forum. Under article 19, it is then this other law which prevails, but only – and here is the difference with article 2 – as concerns its mandatory rules.

31 Article 2 was drawn up as a separate provision and placed in the first chapter after having appeared in the present article 8 (Working Document No 46, *P.-v.* No 37). We should point out though that at a certain point in time, the present article 8 contained, for possible inclusion, a rule excluding in a general way the conveyance or transfer of the assets from the application of the law designated by the Convention (Working Document No 16, article 6, sub-paragraph one, *P.-v.* No 28).

Article 3

32 This provision delimits in two respects the circle of trusts covered by the Convention; they must be created voluntarily and they must be evidenced in writing.

The limitation to voluntary trusts

33 In requiring that a trust be created voluntarily, the draft excludes trusts created by judicial decision. Against the recognition of judicial trusts, it was argued in particular that there would be difficulties if they were connected with a guardianship or the estate of a deceased person, which in itself was subject to another law. The practitioners indicated that the problem of judicial trusts did not arise often in civil law States. They pointed out, moreover, that the revised Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments[13] covers, in its Article 5, sub-paragraph 6, judicial trusts and even trusts created directly by the operation of a Statute. After having decided, at an earlier point in time, for the inclusion of trusts expressly created by judicial decisions, the Special Commission, in the end, excluded judicial trusts.

34 The restriction to trusts created voluntarily certainly excludes constructive trusts since they have precisely been established contrary to the will of a person (see Preliminary Document No 1, Nos 107–108). The Special Commission moreover had decided to exclude such trusts (*P.-v* No 14). On the other hand, resulting trusts, which are based on implied intent, should in principle be considered as being covered by the Convention (Preliminary Document No 1, No 110, *P.-v.* No 14).

35 The draft articles of November 1982 covered in article 2, second paragraph, only trusts 'constituted expressly'. These words seemed to exclude resulting trusts

[13] *Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters* of 27 September 1968, as amended by the Accession Conventions of 9 October 1978 and 25 October 1982. *Official Journal of the European Communities,* No C 97/2 of 11 April 1983.

re les *resulting trusts*, mais ils ont été omis par la suite (P.-v. No 17). On remarquera encore que la référence à la volonté de créer le trust figurait initialement dans la définition de l'actuel article 4 (Doc. trav. No 16, article 2, alinéa 4).

La preuve par écrit

36 L'article 3 précise, d'autre part, s'inspirant de l'article 5, chiffre 6 de la Convention de Bruxelles, que la preuve du trust doit être apportée par écrit. En effet, un trust peut être constitué oralement ou par simple remise des biens au *trustee*, bien qu'un acte écrit soit plutôt la règle. Il est, dès lors, raisonnable d'exiger au moins une preuve écrite.

Article 4

37 Cet article se présente comme une définition du trust. La Commission spéciale s'est pourtant bien rendu compte qu'il était impossible de donner dans une convention une définition du trust absolument précise et satisfaisante pour tout le monde. Des définitions différentes sont d'ailleurs proposées par les auteurs des divers pays de *common law*. La disposition veut, au contraire, fournir, à l'intention des pays ne connaissant pas les trusts, une première indication sur les caractéristiques que doivent présenter les institutions juridiques étrangères pour tomber sous le coup de la Convention. Dans ce sens, l'article 4 définit également le champ d'application de celle-ci (*cf.* P.-v. No 26).

38 Devant la difficulté de définir le trust, il a même été suggéré de prendre comme étalon, soit la notion de la loi anglaise, soit la notion commune de la doctrine des pays de *common law* (P.-v. No 17). La Commission s'est néanmoins ralliée en fin de compte à l'article 4, dont les solutions de fond n'ont pas soulevé trop de controverses, mais dont la rédaction satisfaisante s'est avérée particulièrement difficile.
L'article 4 entend donc donner les éléments essentiels du trust, mais sous une forme abstraite, sans inclure expressément, ni exclure, certains trusts, tels les *voting trusts* (controversés, *cf.* P.-v. No 14), les *investment trusts*, les trusts d'affaires, les trusts de retraite ou les trusts destinés à constituer des sûretés[14].

39 La Commission spéciale a été d'avis que les *administrators* et *executors* dans les successions ne devaient pas être visés par la Convention. Il a aussi été dit que le domaine de la Convention de La Haye sur l'administration internationale des successions, du 2 octobre 1973, devait être respecté. En fin de compte, l'avant-projet fait bien prévaloir la loi successorale aux articles 2 et 19, mais sans indiquer expressément que l'administration des successions n'est pas visée (P.-v. Nos 10, 16, 32). Il pourrait être indiqué de régler expressément ce point.

Alinéa premier

40 Cette disposition donne la définition proprement dite du trust en énumérant les trois éléments considérés

[14] Ces derniers soulèvent des difficultés particulières signalées par l'observateur de la Banque des Règlements internationaux (voir *infra* No 149).

but they were subsequently omitted (*P.-v.* No 17). It will be noted though that the reference to the intention to create a trust appeared initially in the definition of the present article 4 (Working Document No 16, article 2, fourth paragraph).

Evidence in writing

36 Article 3 sets it out, moreover, drawing its example from Article 5, sub-paragraph 6, of the Brussels Convention, that the trust must be evidenced in writing. Indeed, a trust may be constituted orally or by simply handing over the property to the trustee, although a written instrument is more normal. It is, therefore, reasonable to require at least evidence in writing.

Article 4

37 This article appears to be a definition of the trust. The Special Commission however fully understood that it was impossible to give in a convention a definition of the trust which would be absolutely precise and satisfactory to everyone. Different definitions are moreover put forward by the authors in different common law countries. This provision would, to the contrary, furnish, for the purposes of countries which do not have trusts, a first indication about the characteristics that foreign institutions should have in order to fall within the Convention. In this sense, article 4 also defines the scope of the Convention (*cf. P.-v.* No 26).

38 Faced with the difficulty of defining the trust, certain experts had even suggested taking as a standard either the concept in English law or the common doctrines on trusts of the common law countries (*P.-v.* No 17). The Commission nonetheless rallied in the end around article 4, the basic solutions of which had not raised too much controversy, but the satisfactory drafting of which had turned out to be particularly difficult.
Article 4 is intended therefore to give the essential elements of the trust, but in an abstract form, without including expressly, nor excluding, certain trusts, such as voting trusts (a subject of contention, *cf. P.-v.* No 14), investment trusts, business trusts, pension trusts or trusts for the creation of security interests.[14]

39 The Special Commission was of the opinion that executors and administrators of the estates of deceased persons should not be covered by the Convention. It was also said that the scope of the Hague Convention on the International Administration of the Estates of Deceased Persons, dated 2 October 1973, should be respected. In the end, the preliminary draft makes the law applicable to the succession prevail in articles 2 and 19, but without indicating expressly that the administration of estates of deceased persons is not covered (*P.-v.* Nos 10, 16, 32). It might be advisable to deal with this point expressly.

Paragraph 1

40 This provision gives the definition as such of the trust by setting out the three elements considered in

[14] These latter raise particular difficulties which were pointed out by the observer of the Bank for International Settlements (see *infra* No 149).

dans la doctrine anglaise et américaine comme essentiels pour qu'il y ait trust: des biens, un *trustee* et des bénéficiaires. A la demande d'experts de pays de *civil law*, le constituant a également été mentionné. C'est surtout en pensant au *charitable trust* que l'on a ajouté que les biens peuvent être affectés à un but déterminé.

41 La Commission a entendu préciser dans le Rapport qu'en parlant «d'une personne, le constituant», cela pouvait également signifier une personne morale. Il va sans dire que le *trustee* peut également être une personne morale. La même chose vaut pour le bénéficiaire, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un *charitable trust* ou d'un trust destiné à créer des sûretés.

42 Les termes «relations juridiques» ont donné lieu à quelques difficultés. Dans une proposition antérieure, il était question de *fiduciary relationship* (Doc. trav. No 19). Cette formule était inspirée des *fiduciary duties* que le droit anglais et américain impose au *trustee*. Certains experts de pays de *civil law* avaient cependant des objections à l'encontre de l'usage du terme «fiduciaire», qui notamment ne signifierait rien en droit français. Ils ont préféré parler de «relations juridiques» (P.-v. No 27).
On a, d'autre part, reproché à l'usage du pluriel dans «relations juridiques» de faire croire que le trust était une opération triangulaire analogue à la représentation par exemple. En fait, l'essence du trust réside dans la relation fiduciaire entre le *trustee* et les bénéficiaires. Mais on a craint que l'usage du singulier ne conduise à méconnaître la complexité des relations qui naissent du trust, aussi le pluriel a-t-il finalement été préféré (P.-v. No 38).

43 Les termes anglais *which have the effect* et les termes français «à l'effet» semblent ne pas avoir exactement le même sens et la Commission a préféré le texte français. Il n'a cependant pas été possible de trouver une modification satisfaisante du texte anglais (P.-v. No 38). Le texte anglais semble d'ailleurs présenter certains avantages: il exprime mieux l'idée que les biens doivent avoir été transférés pour que le trust prenne naissance.

Alinéa 2

44 Cette disposition a trait aux biens du trust. La Commission a tenu à souligner que les biens du trust constituent une masse distincte du patrimoine du *trustee*. Cet élément important se retrouve à l'article 11, alinéa 2 relatif à la reconnaissance du trust.

La deuxième phrase de l'alinéa vise certains cas où un tiers apparaît comme propriétaire ou titulaire d'un autre droit sur des biens du trust. Certains experts eussent préféré le texte suivant plus explicite (Doc. trav. No 19):

«The title to the trust property may stand in the trustee's own name, or in the name of a separate person for the benefit of the trust.»

Alinéa 3

45 Cette disposition décrit les *fiduciary duties* du *trustee*. Elle exprime le droit et le devoir du *trustee* de gérer et de disposer des biens conformément à la volonté du constituant et aux règles légales.
En disant que le *trustee* doit rendre compte de ses actes, l'on pense au pouvoir de surveillance des tribunaux de *common law*, dont il est douteux qu'il puisse

English and American doctrine to be essential that there be a trust: property, a trustee and beneficiaries. At the request of experts from the civil law countries, the settlor has also been mentioned. It was above all with a view to charitable trusts that language was added indicating that the assets could be set aside for a specified purpose.

41 The Commission, in speaking of 'a person, the settlor', intended for the Report to indicate that this could also refer to a legal entity. It goes without saying that the trustee may also be a legal entity. The same thing is true for the beneficiary, particularly where a charitable trust or a trust creating a security interest is involved.

42 The term 'legal relationships' gave rise to some difficulty. In an earlier proposal, reference was made to a 'fiduciary relationship' (Working Document No 19). This formula was inspired by the 'fiduciary duties' that English and American law impose on the trustee. Certain experts of civil law countries however had objections against the use of the term *fiduciaire*, which in particular had no meaning in French law. They preferred to speak of 'legal relationships' (*P.-v.* No 27).

On the other hand, objection was made to use of the plural in 'legal relationships' because it might make it appear that the trust was a triangular operation analogous to agency for example. In fact, the essence of the trust resides in the fiduciary relationship between the trustee and the beneficiaries. But there was fear that the use of the singular might lead to misunderstanding as to the complexity of the relationships which arise from the trust, so the plural was finally preferred (*P.-v.* No 38).

43 The English words 'which have the effect' and the French expression *à l'effet* seem not to have exactly the same meaning and the Commission preferred the French text. It was not possible however to find a satisfactory modification of the English text (*P.-v.* No 38). The English text seems moreover to offer certain advantages; it expresses better the idea that the assets have to have been transferred in order for the trust to be born.

Paragraph 2

44 This provision is concerned with the assets of the trust. The Commission wanted to emphasize the fact that the trust assets constitute a fund separate from the trustee's own estate. This important element recurs in article 11, second paragraph, dealing with the recognition of trusts.
The second sentence of this paragraph refers to certain cases in which a third person appears as the owner or as the holder of some other interest in the assets of the trust. Certain experts would have preferred the following more explicit text (Working Document No 19):

'The title to the trust property may stand in the trustee's own name, or in the name of a separate person for the benefit of the trust.'

Paragraph 3

45 This provision describes the fiduciary duties of the trustee. It expresses the right and the duty of the trustee to manage and to dispose of assets in accordance with the settlor's intent and with the rules of law.
The statement that the trustee is accountable for his acts is an implicit reference to the powers of supervision of the common law courts; it is doubtful that such powers

être assumé par des tribunaux de pays de *civil law*[15].

46 Une question qui se pose à ce propos est celle du droit de suite: dans quelle mesure le *trustee* peut-il, conformément à la loi applicable au trust, revendiquer les biens du trust contre des tiers de mauvaise foi? La question a été discutée à plusieurs reprises et la Commission a estimé que ce droit devait être accordé sous réserve de droits réels locaux (P.-v. No 15, *cf.* Doc. prél. No 6, p. 8, *f* et p. 10, *d*, P.-v. No 4).

Alinéa 4

47 Cet alinéa précise que, contrairement à la figure «classique» du trust, les rôles des différents intéressés peuvent être confondus.
En effet, le créateur du trust ne disparaît pas nécessairement complètement: il peut se réserver encore certaines décisions. Une proposition (Doc. trav. No 19) spécifiait qu'il pouvait lui-même être *trustee* ou bénéficiaire. A son tour, le *trustee* peut avoir certains intérêts qui font de lui aussi un bénéficiaire.

Article 5

48 Que se passe-t-il lorsque, selon les règles de conflit de l'avant-projet, un trust doit être soumis à la loi d'un pays qui ne connaît pas cette institution? On peut penser qu'une telle situation ne se présentera pas très souvent, mais si tel était le cas, elle ne manquerait pas de laisser le juge ou les intéressés perplexes. Un problème analogue se pose lorsque la loi compétente connaît bien le trust, mais non pas la catégorie de trust que le constituant a voulu créer.
Le projet d'articles de novembre 1982 prévoyait à l'article 5, à titre éventuel, des rattachements subsidiaires au cas où la loi subjectivement ou objectivement compétente serait celle d'un pays ne connaissant pas le trust. On aurait aussi pu songer à déclarer le trust nul. Il a paru préférable à la Commission spéciale unanime de laisser les choses ouvertes et de statuer qu'en pareil cas, la Convention ne serait pas applicable (Doc. trav. No 10, article 5, P.-v. No 23).

49 La Commission spéciale a encore été saisie d'une proposition selon laquelle, si la loi choisie par le constituant était celle d'un pays ne connaissant pas le trust, on appliquerait la loi objectivement compétente si celle-ci était la loi d'un pays connaissant le trust, mais que si tel n'était pas le cas, on écarterait alors l'application de la Convention (Doc. trav. No 16, article 2A, variante A). Les experts ont préféré la solution de l'actuel article 5.

On remarquera que la Convention est écartée non seulement lorsque la loi applicable ne connaît pas du tout le trust, mais également lorsqu'elle ignore la catégorie de trust dont il s'agit. Notons encore que, le cas de la loi compétente ne connaissant pas le trust étant réglé dans le sens de l'article 5, il devenait inutile de restreindre le choix de la loi applicable aux lois connaissant le trust[16] (P.-v. No 21).

[15] Voir *supra* No 12.
[16] Voir *infra* No 54.

could be assumed by the courts of civil law countries.[15]

46 The following question arises in this connection: to what extent can the trustee, in accordance with the law applicable to the trust, claim back the trust property from third persons in bad faith? This question was discussed on several occasions and the Commission thought that this right should be granted subject to overriding principles of local property law (*P.-v.* No 15, *cf.* Preliminary Document No 6, p. 8, *f*, and p. 10, *d*, *P.-v.* No 4).

Paragraph 4

47 This paragraph makes it clear that, contrary to the 'traditional' view of the trust, the roles of the different interested persons may be mingled.
The creator of the trust does not necessarily disappear completely; he may still reserve for himself certain decisions. One proposal (Working Document No 19) stated that he might be a trustee or a beneficiary. The trustee likewise may have certain interests which make him also a beneficiary.

Article 5

48 What happens when, under the conflict rules of the preliminary draft, a trust is to be subject to the law of a country which does not have trusts? It may be thought that such a situation will not arise very often, but that if the case were to come up, it would not fail to leave the judge and the interested persons in a state of perplexity. An analogous problem arises when the applicable law has provision for trusts, but not for the category of trust that the settlor intended to create.
The draft articles of November 1982 provided in article 5, for possible inclusion, subsidiary connecting factors for cases in which the law subjectively or objectively applicable was that of a country which did not have trusts. Another approach would have been to declare the trust void. It seemed preferable to the Special Commission, acting unanimously, to leave things open and to decide that in such a case, the Convention would not be applicable (Working Document No 10, article 5, *P.-v.* No 23).

49 The Special Commission was faced with yet another proposal under which, if the law chosen by the settlor was that of a country which did not have trusts, the objectively applicable law would be applied if it was the law of a country which had trusts, and only if that were not the case would the application of the Convention be refused (Working Document No 16, article 2A, variant A). The experts preferred the solution of the present article 5.
It will be noted that the Convention is set aside not only when the applicable law contains no provisions relating to trusts but also when it does not have the category of trust involved. Let us note further that, since the case in which the applicable law contains no provisions relating to trusts has been dealt with in this manner by article 5, there was no point in restricting the choice of the applicable law to systems which contain provisions relating to trusts[16] (*P.-v.* No 21).

[15] See *supra* No 12.
[16] See *infra* No 54.

50 L'article 5 semble partir de l'idée qu'un trust n'est toujours régi que par une seule loi. Il a, en effet, été adopté immédiatement après la décision de soumettre la validité du trust et ses effets à la même loi (P.-v. No 23, Doc. trav. No 10). Mais, par la suite, la Commission spéciale devait accepter le dépeçage prévu par les articles 6, alinéa 3 et 7, alinéa 3, ainsi que l'application d'une loi différente à l'administration du trust en cas de déplacement du lieu d'administration (articles 9 et 10).

L'article 5 paraît plutôt se référer à la loi régissant la validité du trust. Mais des difficultés se produiront si l'administration est régie par une loi ne connaissant pas le trust, et encore plus si le constituant choisit une telle loi pour régir d'autres éléments du trust. Il y aurait lieu de préciser la solution dans ces cas.

50 Article 5 seems to start out from the idea that a trust is always governed only by one legal system. It was, indeed, adopted immediately after the decision to subject the validity of the trust and its effects to the same law (*P.-v.* No 23, Working Document No 10). But, subsequently, the Special Commission had to accept the *dépeçage* provided for in article 6, third paragraph, and 7, third paragraph, as well as the application of a different law to the administration of a trust in case of a change in the place of administration (articles 9 and 10).
Article 5 appears rather to refer to the law governing the validity of the trust. But difficulties will result if the administration is governed by a law which does not contain provisions for trusts, and still more if the settlor chooses such a law to govern other elements of the trust. The solution in these cases should be clarified.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

51 Le deuxième chapitre prévoit en premier lieu, à l'article 6, la possibilité pour le constituant de choisir la loi applicable au trust et les modalités de ce choix (rattachement subjectif). Subsidiairement, l'article 7 définit le rattachement objectif. L'article 8 délimite le champ d'application de la loi désignée par la Convention, tandis que les articles 9 et 10 ont trait à la distinction entre loi de validité et loi de l'administration ainsi qu'au déplacement du lieu d'administration.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

51 The second chapter provides in the first place, in article 6, the possibility for the settlor to choose the law applicable to the trust and the manners in which this choice may be made (subjective connecting factor). Subsidiarily, article 7 defines the objective connecting factor. Article 8 delimits the scope of application of the law designated by the Convention, while articles 9 and 10 deal with the distinction between the law of validity and the law of administration as well as with changes in the place of administration.

Article 6

52 Cet article consacre, en matière de trust, le principe de l'autonomie de la volonté. Tous les experts étaient d'accord sur le principe de l'autonomie; certaines divergences ne se sont élevées que sur l'étendue de celle-ci. On s'est aussi demandé si l'on devait pouvoir choisir des lois différentes pour la validité et pour l'administration; ce point a été réglé par l'alinéa 3 (P.-v. No 32; *cf.* aussi Doc. prél. No 6, No 10 *a*).

Article 6

52 This article adopts, for trusts, the principle of party autonomy. All the experts were in agreement on the principle of autonomy; certain divergences arose only about the extent of autonomy. The question was also raised as to whether a person should be able to choose different laws for validity and for administration; this point was dealt with in the third paragraph (*P.-v.* No 32; *cf.* also Preliminary Document No 6, No 10 *a*).

Alinéa premier

53 Cette disposition pose le principe du choix de la loi applicable, sans y apporter aucune restriction. Le choix se rapporte au droit matériel, non aux règles de conflit (article 16).

54 Le projet d'articles de novembre 1982 prévoyait, au contraire, à titre éventuel, la règle suivante:

Il peut ne pas être tenu compte de ce choix, lorsque ni le constituant, ni l'objet du trust n'ont de liens réels avec la loi choisie.

Cette restriction a été supprimée par la Commission à une faible majorité (P.-v. No 22). Elle a été reprise par la suite par les observateurs de l'Union internationale du Notariat latin, dans l'idée d'éviter des abus, notamment lorsque le seul élément d'extranéité est la personne du *trustee* (Doc. trav. No 26, P.-v. No 35). Cependant, l'avant-projet règle la question des choix abusifs et de leurs conséquences à l'article 14 et non à l'article 6.

55 La Commission n'a pas retenu la limitation du choix aux lois des Etats contractants, qui était proposée à titre éventuel par le projet d'articles de novembre 1982. Elle n'a pas non plus exclu le choix d'une des lois

Paragraph 1

53 This provision sets forth the principle of the choice of the applicable law, without placing any restriction on it. The choice refers to the substantive law, not to the conflict rules (article 16).

54 The draft articles of November 1982 provided, to the contrary, as a possible inclusion, the following rule:

The choice may be disregarded where neither the settlor nor the trust purposes have a substantial connection with the chosen law.

This restriction was eliminated by the Commission on the basis of a weak majority (*P.-v.* No 22). It was brought up again later by the observers for the International Union of Latin Notaries, with the idea of avoiding abuses, in particular where the only foreign element is the person of the trustee (Working Document No 26, *P.-v.* No 35). However the preliminary draft deals with the problem of abuse of the choice and its consequences in article 14 rather than in article 6.

55 The Commission did not keep the limitation on the choice to the laws of Contracting States, which was proposed as a possible provision in the draft articles of November 1982. It also did not exclude the choice of a

ne connaissant pas le trust. Les conséquences d'un tel choix sont régies par l'article 5 (P.-v. No 21).

Alinéa 2

56 Dans quelle mesure faut-il admettre un choix de la loi applicable qui n'est pas exprès? On estime généralement qu'on ne peut pas admettre un choix tacite sans poser quelque exigence supplémentaire.

57 La Commission était en présence de deux modèles: l'article 2, alinéa 2 de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, du 15 juin 1955:

Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dipositions du contrat

et l'article 5, alinéa 2 de la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, du 14 mars 1978:

Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause.

58 La Commission a préféré une rédaction quelque peu différente, qui doit faire apparaître que les circonstances de la cause ne doivent pas être considérées en faisant totalement abstraction de l'instrument – certains experts craignaient que la conjonction «et» dans la Convention sur les intermédiaires ne soit comprise dans ce sens – mais doivent servir à interpréter l'instrument. On a cependant admis que là où l'instrument ne permettait pas de conclure à un choix de la loi, celui-ci pouvait être déduit des circonstances de la cause, parmi lesquelles il fallait cependant aussi comprendre l'instrument lui-même (P.-v. No 21).
On ajoutera que les termes «au besoin», qui avaient été mis en question, ont été maintenus, notamment afin d'empêcher que, à l'aide des circonstances de la cause, l'on mette en question un choix résultant clairement de l'instrument.

59 Enfin, on a précisé que le choix pouvait aussi résulter de l'acte apportant la preuve, puisque l'on n'a pas exigé, à l'article 3, la forme écrite proprement dite, mais seulement la preuve écrite de l'existence du trust.

Alinéa 3

60 Cet alinéa permet de choisir différentes lois pour divers aspects du trust. La Commission spéciale, à une forte majorité pour le rattachement subjectif, et un peu moins nettement en cas de rattachement objectif, a décidé qu'en principe une même loi devait régir la validité et l'administration du trust (P.-v. No 23). Toutefois, malgré les réticences de certains experts, qui craignaient les complications du dépeçage et qui eussent souhaité au moins une formule décourageant celui-ci, le principe du choix de plusieurs lois pour différents éléments d'un même trust a été admis à l'unanimité.

61 Le choix de lois différentes peut porter aussi bien sur divers aspects juridiques, tels que par exemple la validité d'une part, l'administration de l'autre, ou sur l'interprétation de l'instrument, que sur différentes personnes, par exemple les bénéficiaires domiciliés dans

law which does not contain provisions on trusts. The consequences of such a choice are governed by article 5 (*P.-v.* No 21).

Paragraph 2

56 To what extent should a choice of the applicable law be accepted when it is not express? It is generally thought that a tacit choice should not be accepted without imposing some additional requirement.

57 The Commission had two models before it:
Article 2, second paragraph, of the Convention on the law applicable to international sales of goods, concluded 15 June 1955:

Such designation must be contained in an express clause, or unambiguously result from the provisions of the contract (translation published in U.N.T.S.)

and Article 5, second paragraph, of the Convention on the Law Applicable to Agency concluded 14 March 1978:

This choice must be express or must be such that it may be inferred with reasonable certainty from the terms of the agreement between the parties and the circumstances of the case.

58 The Commission preferred somewhat different drafting, which would make it appear that the circumstances of the case should not be considered in complete disregard of the instrument – certain experts feared that the conjunction 'and' in the Convention on Agency might be understood in this sense – but that the circumstances of the case should help to interpret the instrument. It was however agreed that where the instrument did not lead to the conclusion that there had been a choice of law, such a choice could be deduced from the circumstances of the case, among which it was necessary also to include the instrument itself (*P.-v.* No 21).
We should add that the words 'if necessary', which had been brought into issue, were maintained, particularly in order to avoid that, with the aid of circumstances of the case, choices be brought into question which were clearly to be inferred from the instrument.

59 Finally, it was set forth that the choice could also be inferred from the writing evidencing the trust, since no requirement had been made, in article 3, of the written form as such, but only as to the written evidence of the trust's existence.

Paragraph 3

60 This paragraph permits the choice of different laws for diverse aspects of the trust. The Special Commission, by a strong majority for the subjective connecting factor, and a little less clearly in the case of the objective connection, decided that in principle the same law should govern the validity and the administration of the trust (*P.-v.* No 23). However, in spite of the reticence of certain experts, who feared the complications of *dépeçage* and who would have liked at least to have a formula discouraging *dépeçage*, the principle that several laws could be chosen for different elements of the same trust was accepted unanimously.

61 The choice of different laws may also bear on diverse legal aspects, such as for example validity of the trust on the one hand, its administration on the other, or construction of the trust instrument, as well as on different persons, for example beneficiaries domiciled in dif-

des pays différents, ou encore sur différentes masses de biens[17] (P.-v. No 32, P.-v. No 35 *in fine*).

Article 7

62 L'article 7 prévoit le rattachement objectif du trust lorsque la loi applicable n'a pas été désignée conformément à l'article 6.
L'alinéa premier contient le principe: le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.
Pour aider le juge à mettre en oeuvre cette disposition – que d'aucuns ont qualifiée de *no-rule* – un certain nombre d'indices sont énumérés à l'alinéa 2.

Enfin, l'alinéa 3 prévoit que, dans certains cas, un trust peut être régi par plusieurs lois.

Alinéas premier et 2

63 Plusieurs systèmes ont été envisagés avant d'en arriver à la solution actuelle. Lors de la première session de la Commission spéciale, une tendance vers le lieu principal de gestion ou d'administration s'était dégagée (P.-v. No 13). Aussi, le projet d'articles de novembre 1982 prévoyait-il, à l'article 4, la loi de l'Etat où l'administration principale a été établie en premier lieu. Il proposait toutefois une exception en permettant l'application de la loi d'un autre Etat avec lequel le trust aurait clairement des liens plus étroits.

64 Au contraire, lors de la deuxième session, l'application de la loi avec laquelle le trust avait les liens les plus étroits *(the most substantial connection)*, complétée par une énumération indicative, a été proposée (Doc. trav. No 10). Dans la discussion, l'on a notamment relevé que la loi du lieu où l'administration a été établie en premier serait inadéquate si ce lieu changeait par la suite (P.-v. No 22, corrigé par P.-v. No 26). La Commission spéciale s'est ralliée à l'idée de la loi des liens les plus étroits, qui devait régir l'ensemble du trust et qui devait être précisée par des indices hiérarchisés, avec d'abord le lieu de l'administration principale (P.-v. No 23).

Le Comité de rédaction présenta cependant un texte ne prévoyant comme présomption que la loi du lieu de l'administration principale (Doc. trav. No 16), solution qui fut approuvée par la Commission spéciale (P.-v. No 27).
Dans sa troisième session, la Commission spéciale fut saisie d'une proposition des principales délégations de pays de *common law*, prévoyant de nouveau une liste non hiérarchisée d'indices servant à déterminer la loi applicable (Doc. trav. No 42).
Cette proposition fut adoptée, bien que certains experts de pays de *civil law* eussent voulu que les indices fussent indiqués dans un ordre de préférence. Mais les juristes de *common law* estimaient que cela était impossible, chacun de ces facteurs pouvant, selon les cas, être le plus important.
La proposition des pays de *common law* faisait allusion aux intentions du constituant relatives au lieu d'admi-

[17] Il y aura encore lieu de préciser le champ d'application de la Convention selon l'article 5 en cas de dépeçage. Voir à ce propos, *supra* No 50.

ferent countries, or even on different groups of assets[17] (*P.-v.* No 32, *P.-v.* No 35 at the end).

Article 7

62 Article 7 sets out the objective connecting factor for trusts where the applicable law has not been designated in accordance with article 6.
The first paragraph contains the principle: a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.
In order to aid the judge to bring into play this provision – which some people have described as a 'no-rule' – several criteria have been set out in the second paragraph.
Finally, the third paragraph provides that, in certain cases, a trust may be governed by several laws.

Paragraphs 1 and 2

63 Several systems were considered before the current solution was reached. During the first session of the Special Commission, a tendency towards the principal place of management or of administration had emerged (*P.-v.* No 13). Thus, the draft articles of November 1982 provided, in article 4, first of all the law of the State where the principal place of administration had been established. They provided however, as a possible exception, for the application of the law of another State with which the trust was clearly more closely connected.

64 To the contrary, during the second session, the application of the law with which the trust had the most substantial connection, complemented by an illustrative enumeration, was proposed (Working Document No 10). In the discussion, it was in particular pointed out that the law of the place where the administration had first been established would be inadequate if that place subsequently changed (*P.-v.* No 22, corrected by *P.-v.* No 26). The Special Commission rallied to the idea of the law which was most closely connected, which would govern the entirety of the trust and which should be more precisely indicated by criteria in a hierarchy, with in first place the principal place of administration (*P.-v.* No 23).
The Drafting Committee however presented a text which provided a presumption only for the law of the place of the principal administration (Working Document No 16), an approach which was approved by the Special Commission (*P.-v.* No 27).
In its third session, the Special Commission received a proposal from the principal delegations of common law countries, providing a list of criteria without any hierarchy among them which would help in ascertaining the applicable law (Working Document No. 42).
This proposal was adopted, although certain experts from civil law countries would have liked for the criteria to be set out in their order of preference. But the common law experts thought that this was impossible, since any of these factors could, according to the case, be the most important.
The proposal of the common law countries made allusion to the intentions of the settlor relating to the place

[17] There will even be need to clarify the scope of application of the Convention under article 5 in case of *dépeçage*. See in this connection *supra* No 50.

nistration du trust; afin d'éviter des confusions avec la loi choisie, on a préféré la formule plus neutre «lieu ... désigné par le constituant».

65 Le texte n'indique pas à quel moment les liens les plus étroits doivent être appréciés. La question n'a pas été discutée par la Commission spéciale. On songerait à première vue au moment de la constitution du trust, mais faut-il exclure toute prise en considération d'indices qui se réalisent ultérieurement?

Alinéa 3

66 Cette disposition correspond à la possibilité pour le constituant de choisir différentes lois pour différentes parties du trust, prévue à l'article 6, alinéa 3. Cependant, dans le cadre du rattachement objectif, le dépeçage n'a été prévu qu'à titre exceptionnel.
Pour démontrer l'utilité du dépeçage, on a signalé le cas où des biens du trust comporteraient des immeubles situés dans divers pays. Toutefois, il a été indiqué que, dans la pratique, on créerait plutôt deux trusts distincts[18].

Article 8

67 L'article 8 contient une énumération détaillée, mais non exhaustive, des questions soumises à la loi applicable au trust.
L'énumération du deuxième alinéa se retrouve, pour l'essentiel, déjà dans le projet d'articles de novembre 1982 (article 6). Quelques modifications ont été apportées durant la deuxième session de la Commission spéciale (Doc. trav. No 25, article 6, alinéas 1 et 2) et le texte a été repris, avec des modifications mineures, par la troisième session.

68 En revanche, la Commission spéciale a été occupée plus longuement par la question de savoir si la validité en la forme devait être visée par cette disposition et quels étaient les rapports avec la validité du testament ou d'autres instruments par lesquels des biens étaient attribués au trust, actes nécessaires pour la création de celui-ci.

69 Dans sa deuxième session, la Commission spéciale a décidé que la validité comprenait également les questions de forme et elle a accepté le principe d'un troisième alinéa proposé par le Comité de rédaction (article 6, alinéa 3 du Doc. trav. No 25, P.-v. No 32, p. 2; *cf.* P.-v. Nos 28, 29):

Au sens du présent article, le terme «validité» vise la validité en la forme et au fond des dispositions relatives au trust à l'exclusion de celles des testaments prévoyant des trusts et d'autres actes attribuant des biens au trust.

On remarquera que cette disposition excluait la validité en la forme des actes attribuant des biens au trust, ce qui est conforme au principe de l'actuel article 2.

70 Dans sa troisième session, la Commission spéciale a décidé que la validité en la forme ne devait pas être

[18] Il y aura encore lieu de préciser le champ d'application de la Convention selon l'article 5 en cas de dépeçage. Voir à ce propos, *supra* No 50.

of administration of the trust; in order to avoid confusion with the law chosen, the more neutral formula 'place ... designated by the settlor' was adopted.

65 The text does not indicate the time at which the closest connection should be found to have existed. The question was not discussed by the Special Commission. At first sight one might think of the time when the trust was created, but should all consideration be excluded of criteria which developed subsequently?

Paragraph 3

66 This provision corresponds to the possibility which the settlor has to choose different laws for different aspects of the trust, provided in article 6, third paragraph. However, in the context of the objective connecting factor, *dépeçage* was provided only by way of exception.
To demonstrate the utility of *dépeçage*, reference was made to the cases in which the trust assets might include immovable property located in different countries. However, it was indicated that, in practice, two distinct trusts would more likely be created in such cases.[18]

Article 8

67 Article 8 contains a detailed, but not exhaustive, enumeration of the questions which are submitted to the law applicable to the trust.
The enumeration set out in the second paragraph can be found, as to its essentials, already in the draft articles of November 1982 (article 6). Some changes were made during the second session of the Special Commission (Working Document No 25, article 6, first and second paragraphs) and the text was retained, with minor modifications, by the third session.

68 On the other hand, the Special Commission was occupied at much more length with the question of whether both validity and form should be covered by this provision and by the question as to what the relationships should be with the validity of the will or other instrument by which assets were assigned to the trust, these being the instruments which are necessary for the creation of the trust.

69 At its second session, the Special Commission decided that validity also included questions of form and it accepted the principle of a third paragraph proposed by the Drafting Committee (article 6, third paragraph, of Working Document No 25, *P.-v.* No 32, p. 2; *cf. P.-v.* Nos 28, 29):

In this provision the term validity extends to questions relating to the formal and essential validity of the trust, but not to the formal and essential validity of testaments containing trust provisions and other instruments subjecting assets to the trust.

It will be noted that this provision excluded the validity and the form of instruments subjecting assets to the trust, which is in accordance with the principle embodied in the present article 2.

70 At its third session, the Special Commission decided that validity as to form should not be governed by the

[18] There remains the need to clarify the scope of the Convention under article 5 in case of *dépeçage*. See in this connection *supra* No 50.

réglée par la Convention et a supprimé le troisième alinéa (P.-v. Nos 36 et 37, Doc. trav. Nos 34, 35, 40). A la différence d'autres Conventions de La Haye, cela n'est pas expressément dit dans le texte. On rappellera aussi que l'article 3 exige non pas la forme écrite, mais la preuve du trust rapportée par écrit.

71 Les questions de capacité ne sont pas non plus soumises à la loi désignée par l'avant-projet, bien que la Commission spéciale ne se soit pas clairement prononcée à ce sujet. Elle a expressément supprimé l'adjonction «y compris les pouvoirs (*the capacity*) du *trustee* d'être investi des biens du trust» qui figurait à un moment donné dans le texte de l'actuel article 8, alinéa premier (Doc. trav. No 16, article 6, P.-v. No 28).

Articles 9 et 10

72 La question du changement du lieu de l'administration du trust et plus généralement celle de la loi applicable à l'administration ont occupé la Commission spéciale à plusieurs reprises. Les résultats auxquels elle est parvenue ne peuvent pas encore être considérés comme absolument définitifs.

73 La deuxième session de la Commission spéciale avait adopté la disposition suivante (article 5 du Doc.trav. No 25):

Lorsque le lieu d'administration du trust est déplacé, le fonctionnement ultérieur du trust est régi par la loi de l'Etat du nouveau lieu d'administration, dans la mesure où la loi initiale le permet ou l'exige.

Cette disposition avait été acceptée sans opposition dans l'idée que, dans certains cas, la loi initialement applicable serait maintenue (Doc.trav. No 15, P.-v. No 28). On remarquera que l'on partait encore de l'idée que la loi applicable au trust est présumée être celle du lieu de son administration principale.

74 Lors de la troisième session de la Commission spéciale, la disposition précitée souleva diverses critiques. Plusieurs experts proposèrent de la biffer et de la remplacer, d'une part, par une nouvelle rédaction de la lettre *h* de l'alinéa 2 de l'actuel article 8:

h The variation, including changes in the place of administration of the trust, and the termination of the trust

et, d'autre part, par un nouvel alinéa de l'actuel article 8:

Nevertheless, matters, which by virtue of the applicable law under articles 3 and 4 (actuels articles 6 et 7) *are matters of administration, are governed by the law of the place where from time to time the trust is being administered* (Doc.trav. No 34).

Il fut expliqué que ces dispositions entendaient régler trois points:

a la loi de l'administration peut changer si la loi applicable à la validité le permet;

b les questions d'administration doivent être régies par la loi du lieu d'administration au moment où se pose une question litigieuse;

c la loi régissant la validité du trust détermine si une question appartient à la validité ou à l'administration. Ce dernier point devait être précisé, car les pays de *common law* ne sont pas d'accord entre eux sur ce qui doit être considéré comme une question d'administration (P.-v. No 36, p. 2).

Convention and it deleted the third paragraph (*P.-v.* Nos 36 and 37, Working Documents Nos 34, 35, 40). It differs from other Hague Conventions in that this is not expressly stated in the text. We may call to mind here that article 3 requires not written form, but evidence of the trust in writing.

71 Questions of capacity are not submitted to the law designated by the preliminary draft, although the Special Commission did not clearly decide on this point. It expressly deleted the adjunct 'including the capacity of the trustee to receive the assets of the trust' which appeared at one point in time in the text of the current article 8, first paragraph (Working Document No 16, article 6, *P.-v.* No 28).

Articles 9 and 10

72 Issues concerning changes in the place of administration of a trust, and more generally changes in the law applicable to its administration, preoccupied the Special Commission on several occasions. The results which the Commission reached cannot yet be considered as being absolutely definitive.

73 The second session of the Special Commission adopted the following provision (article 5 of Working Document No 25):

Where the place of administration of the trust has been changed, matters relative to the administration of the trust shall be governed, to the extent that the original applicable law so directs or permits, by the law of the new place of administration of the trust.

This provision was accepted without opposition because of the idea that, in certain cases, the initially applicable law would be maintained (Working Document No 15, *P.-v.* No 28). It will be noted that the point of departure was still the notion that the law applicable to the trust was presumed to be that of its principal place of administration.

74 During the third session of the Special Commission, the provision quoted above raised diverse criticism. Several experts proposed to delete it and to replace it, on the one hand, by a new draft of sub-paragraph *h* of the second paragraph of the current article 8:

h The variation, including changes in the place of administration of the trust, and the termination of the trust

and, on the other hand, by a new paragraph of the current article 8 as follows:

Nevertheless, matters, which by virtue of the applicable law under articles 3 and 4 (current articles 6 and 7) *are matters of administration, are governed by the law of the place where from time to time the trust is being administered* (Working Document No 34).

It was explained that these provisions were intended to deal with three points:

a the law of administration may change if the law applicable to validity so permits;

b questions of administration should be governed by the law of the place of administration at the time when a legal issue arises;

c the law governing the validity of the trust would determine whether an issue was one of validity or of administration. This latter point had to be made clear, since the common law countries do not agree among themselves as to what should be considered as a question of administration (*P.-v.* No 36, p. 2).

Cette discussion donna lieu à la rédaction d'une nouvelle proposition (Doc. trav. No 46), contenant des textes qui, avec quelques changements rédactionnels, allaient devenir les actuels articles 9 et 10 (*cf.* P.-v. No 37, Doc. trav. No 47).

75 Diverses critiques furent cependant émises contre ces dispositions lors d'une des dernières séances. Le texte ne fut plus modifié, mais le rapporteur fut chargé d'examiner:

a si l'article 10 n'est pas inutile en raison de la suppression de la présomption en faveur du lieu d'administration et s'il n'est pas dangereux de laisser à la loi applicable le soin de décider si le lieu d'administration peut être changé;

b s'il n'y a pas lieu de réserver le droit du constituant de déroger à la règle de l'article 10 quant à la loi applicable aux questions d'administration.

76 Sur ces deux questions, il convient de faire les remarques suivantes:
On est tout d'abord frappé par le fait qu'en cas de changement du lieu d'administration, la loi du nouveau lieu d'administration est applicable aux questions d'administration si, et dans la mesure où, la loi applicable à la validité du trust le permet (article 10). Selon l'article 9, c'est d'ailleurs la loi de la validité qui décide si une question appartient à l'administration ou à la validité; cette loi détermine enfin si un changement du lieu d'administration est possible.

Dans certains cas, l'administration du trust peut donc, après un changement du lieu d'administration, être soumise à une autre loi que sa validité. Mais qu'en est-il lorsque, dès la création du trust, la loi applicable à la validité n'est pas celle du lieu de l'administration? Puisque une loi séparée peut régir les questions d'administration après un changement du lieu d'administration, il semblerait que la même chose devrait valoir lorsque, dès le début, le lieu d'administration n'est pas situé dans le pays dont la loi est applicable à la validité du trust dans son ensemble.

77 Dès lors, les idées exprimées dans les deux articles et la réponse aux problèmes soulevés ci-dessus au paragraphe 75*a* pourraient être exprimées par le texte suivant:

La loi régissant la validité du trust dans son ensemble détermine si le lieu d'administration du trust peut être déplacé.
Cette loi détermine également si une question relève de l'administration du trust; elle décide si et dans quelle mesure la loi du lieu d'administration du trust s'applique lorsqu'elle n'est pas la loi régissant la validité.

Dans un tel système, c'est la loi applicable à la validité du trust qui est déterminante et qui délimite la sphère d'application de la loi du lieu d'administration. Il paraît préférable de régler ainsi les rapports entre loi de la validité et loi de l'administration plutôt que de s'en remettre aux dispositions sur le dépeçage (articles 6 et 7, alinéa 3). Dans ces conditions, on ne voit pas bien pourquoi il serait dangereux de laisser à la loi de validité le soin de décider si le lieu d'administration peut être changé.

78 La réponse à la question *b* soulevée par la Commission spéciale se trouve, quant au fond, déjà à l'article 6, alinéa 3, qui permet au constituant de soumettre

This discussion gave rise to the drafting of a new proposal (Working Document No 46), containing texts which, with some drafting changes, were to become the present articles 9 and 10 (*cf. P.-v.* No 37, Working Document No 47).

75 Various criticisms were however directed against these provisions at one of the last sessions. The text was not modified further, but the reporter was to examine:

a whether article 10 is not useless because of the elimination of the presumption in favour of the place of administration and whether it is not dangerous to leave it for the applicable law to decide whether the place of administration may be changed;

b whether there should not be a reservation giving the settlor the right to derogate from the rule of article 10 as regards the law applicable to questions of administration.

76 On these two questions, the following remarks should be made:
First of all one is struck by the fact that in case of a change in the place of administration, the law of the new place of administration is applicable to questions of administration if, and to the extent that, the law applicable to the validity of the trust so permits (article 10). Under article 9, moreover, it is the law of the validity which decides whether a question relates to administration or to validity; that law ultimately determines whether a change in the place of administration is possible.
In certain cases, the administration of the trust may therefore, after a change in the place of administration, be submitted to a law other than that governing its validity. But what happens where, from the time of creation of the trust, the law applicable to its validity is not that of the place of administration? Since a separate law may govern questions of administration after a change in the place of administration, it would seem that the same thing ought to hold where, from the beginning, the place of administration is not in the country the law of which is applicable to the validity of the trust in its entirety.

77 Thus, the ideas expressed in the two articles and the response to the problems raised above in paragraph 75*a* might be expressed by the following text:

The law governing the validity of the trust as a whole determines whether the place of administration of the trust may be changed.
That law also shall determine whether a question relates to the administration of the trust; such law shall decide whether and to what extent the law of the place of administration of the trust applies, where that is not the law governing the trust validity.

In such a system, it is the law applicable to the validity of the trust which is determining and which delimits the sphere of application of the law of the place of administration. It appears preferable to deal in this way with the relationship between the law of the validity and the law of the administration rather than to have resort to the provisions on *dépeçage* (articles 6 and 7, third paragraph). In these conditions, one cannot really see why it would be dangerous to leave it to the law of the validity to decide whether the place of administration may be changed.

78 The response to question *b* raised by the Special Commission is found, as to the substance, already in article 6, third paragraph, which permits the settlor to

les questions d'administration à une loi particulière. Dans un souci de clarté, ou pourrait réserver le choix du constituant dans l'article 10 actuel ou dans le texte proposé.

79 Il faudra enfin préciser à l'article 5 quel est le champ d'application de la Convention lorsque la loi régissant l'administration est celle d'un Etat ne connaissant pas le trust[19].

subject questions of administration to a particular law. Out of concern for clarity, one might preserve the settlor's choice in the current article 10 or in the text proposed.

79 It will be necessary ultimately to make it clear in article 5 what the scope of the Convention is to be when the law governing the administration is that of a State which does not have trusts.[19]

CHAPITRE III – [EFFETS DE LA] RECONNAISSANCE

80 L'article 11 décrit les éléments essentiels sur lesquels doit porter la reconnaissance du trust et la position du *trustee*. L'article 12 a trait à l'inscription dans des registres de l'Etat de reconnaissance. L'article 13, proposé à titre éventuel, se rapporte à la reconnaissance de décisions étrangères relatives au fonctionnement interne d'un trust reconnu comme tel. Enfin, l'article 14 contient deux variantes de clauses de sauvegarde à l'encontre de trusts soumis à une loi avec laquelle ils ont peu de liens effectifs, alors que l'article 15 indique que la Convention n'entend pas mettre d'obstacles à des solutions plus libérales que celles qu'elle prévoit.

81 Les mots «effets de la» ont été placés entre crochets dans le titre du chapitre III. En effet, l'utilisation du terme de «reconnaissance» a été critiquée et l'on a proposé de le remplacer par «effets de la reconnaissance du trust» ou «effets internationaux du trust». A l'appui de cette opinion, il a été indiqué que la reconnaissance du trust en tant qu'institution juridique découlait déjà du chapitre II sur la loi applicable. Dans cette optique, on aurait pu renoncer complètement au chapitre III, mais comme il a été exposé à propos de l'article premier[20], la situation en matière de trust n'est pas tout à fait la même que pour d'autres institutions juridiques et il convient d'indiquer dans les grandes lignes, à l'intention des juristes des pays de *civil law*, en quoi consiste la reconnaissance – ou si l'on veut l'effet – d'un trust (P.-v. No 32).

CHAPTER III – [EFFECTS OF] RECOGNITION

80 Article 11 describes the essential elements which recognition of the trust and of the trustee's position should bring about. Article 12 deals with registration in the registers of the State of recognition. Article 13, proposed for possible inclusion, has to do with the recognition of foreign decisions with respect to matters internal to a trust which has been recognized as such. Finally, article 14 contains two variants of safeguarding clauses as against trusts subjected to a law with which they have few real ties, while article 15 indicates that the Convention is not intended to raise obstacles against provisions for the recognition of trusts which are more liberal than those set out in the Convention.

81 The words 'effects of' were placed within square brackets in the title to chapter III. This was because the use of the term 'recognition' had been criticized and it was proposed to replace it by 'effects of recognition of the trust' or 'international effects of the trust'. In support of this view, it was pointed out that the recognition of the trust as a legal institution already derived from chapter II on the applicable law. In this view, chapter III could have been completely dispensed with, but as was mentioned in connection with article 1[20], the situation as to trusts is not entirely the same as for other legal institutions and it is desirable to indicate along broad lines, for the benefit of jurists in civil law countries, what recognition of a trust – or the effect of such recognition – consists of (*P.-v.* No 32).

Article 11

82 Lors de la première discussion de la question de reconnaissance, trois systèmes possibles ont été envisagés:

a Un système dit «d'adaptation». Il aurait consisté à recourir, selon la loi de l'Etat de reconnaissance, aux techniques les plus appropriées pour réaliser les effets attachés au trust par la loi de sa création (*cf.* Doc. prél. No 6, No 9 *a*).

b Selon la solution opposée, on aurait reconnu le trust avec les effets qui lui sont attachés par la loi qui le régit d'après la Convention. L'article 7 du projet d'articles de novembre 1982 allait dans ce sens.

Article 11

82 At the time of the first discussions on the question of recognition, three possible systems were considered:

a a system of so-called 'adaptation'. This would have consisted of resorting, under the law of the State of recognition, to the techniques most appropriate to achieve the effects attached to the trust by the law of its creation (*cf.* Preliminary Document No 6, No 9 *a*).

b According to the opposite solution, the trust would have been recognized with the effects which are attached to it by the law that governs it under the Convention. Article 7 of the draft articles of November 1982 went in this direction.

[19] Voir *supra* No 50.
[20] *Supra* No 23.

[19] See *supra* No 50.
[20] *Supra* No 23.

c Selon un troisième système, un certain nombre d'effets essentiels du trust devaient être spécifiés.

83 La Commission spéciale a marqué une préférence de principe pour la première solution, avec la possibilité d'y ajouter certains éléments de la troisième (Doc. trav. Nos 1, 2 et 3, P.-v. No 18). On constatera que c'est en fin de compte ce dernier système qui a prévalu, mais avec les garanties en faveur de l'ordre juridique du for qui figurent à l'article 19 de l'avant-projet.

84 Le projet d'articles de novembre 1982 contenait encore un article 8 relatif à la qualité pour agir du *trustee;* cette règle a passé dans l'article 11, alinéa 2. A propos de cet article 8, la question de savoir si la qualité pour agir ou pour défendre du bénéficiaire devait également être mentionnée a été discutée. Les avis différaient sur ce point, mais la question n'a pas été poursuivie plus loin (P.-v. No 18).

Alinéa premier

85 L'alinéa premier pose les conditions de la reconnaissance du trust – on se souviendra aussi que la Convention doit être applicable selon les dispositions du chapitre premier.

86 Le trust doit avoir été créé conformément à la loi applicable selon la Convention. Les règles sur le droit applicable trouvent donc ici leur contrepartie sur le plan de la reconnaissance. Cela n'allait pas absolument de soi. Il eût été concevable de reconnaître du moins certains effets d'un trust, qui n'aurait pas été créé selon la loi prévue par la Convention, mais aurait existé en fait. Il y aurait eu là une certaine analogie à la reconnaissance de jugements étrangers sans contrôle de la loi applicable. Mais la solution choisie se justifie dans le système de l'avant-projet.

87 Selon certains experts, il aurait fallu être encore plus restrictif et exiger que le lieu de l'administration du trust se trouve également dans un Etat contractant. La Commission spéciale n'a retenu ni cette solution, ni au contraire une autre, plus libérale, selon laquelle il suffirait soit que le trust ait été créé conformément à la loi déterminée par la Convention, soit que le siège de l'administration principale se trouve dans un Etat contractant (P.-v. No 30).

88 Une question plus controversée a été de savoir s'il fallait introduire la condition supplémentaire que la loi applicable selon la Convention soit la loi d'un Etat contractant. Plusieurs experts de pays de *common law* se sont opposés à cette solution. Ils ont même vu là une restriction s'ajoutant à la réciprocité exigée par la variante A de l'article premier (P.-v. No 35, Doc. trav. No 31, p. 4). En fait, les mots «d'un Etat contractant», placés entre crochets à l'alinéa premier, sont bien la concrétisation de la réciprocité exprimée à l'article premier par les mots «dans les rapports entre Etats contractants». L'attache avec un autre Etat contractant exigée pour la reconnaissance est que la loi de cet Etat ait été choisie pour régir le trust conformément à l'article 6 ou soit objectivement applicable aux termes de l'article 7.

Il est évident que seuls les Etats contractants s'obligent à quelque chose – ceci est indiqué par les derniers mots de l'alinéa – mais si les mots entre crochets étaient omis, cela signifierait qu'ils devraient également reconnaître des trusts créés conformément à la loi déterminée par les articles 6 et 7, mais sans aucun rapport avec un autre Etat ayant ratifié la Convention. Quoi qu'il en soit, la

c Under a third system, a certain number of essential effects of the trust would be specified.

83 The Special Commission showed a preference in principle for the first solution, with the possibility of adding to it certain elements of the third (Working Documents Nos 1, 2 and 3, *P.-v.* No 18). It can be seen that this latter system is the one which prevailed in the end, but with the guarantees in favour of the forum's legal system which appear in article 19 of the preliminary draft.

84 The draft articles of November 1982 contain yet an article 8 dealing with the capacity of the trustee to act as such; this rule passed into article 11, second paragraph. In connection with article 8 of the November 1982 draft, the question of whether the capacity of a beneficiary to act or to defend should also be mentioned was discussed. Opinions differed on this point, but the question was not pursued further (*P.-v.* No 18).

Paragraph 1

85 The first paragraph sets out the conditions for recognition of a trust – it will be remembered also that the Convention must be applicable under the provisions of the first chapter.

86 The trust must have been created in accordance with the law applicable under the Convention. The rules on the applicable law find here their counterpart on the level of recognition. This did not necessarily follow. It would have been conceivable to recognize at least certain effects of a trust, which had not been created under the law provided in the Convention but did exist in fact. There would have been then a certain analogy to the recognition of foreign judgments without any condition at to what law had been applied. But the solution chosen is justified in the system of the preliminary draft.

87 According to certain experts, the draft should have been much more restrictive, requiring that the place of administration of the trust also be in a Contracting State. The Special Commission did not adopt this solution, nor, to the contrary, another more liberal approach under which it would have been sufficient either that the trust had been created in accordance with the law determined under the Convention or that the principal place of administration be located in a Contracting State (*P.-v.* No 30).

88 A question which created more controversy was whether it was necessary to bring in the additional condition that the law applicable under the Convention be the law of a Contracting State. Several experts from common law countries were opposed to this solution. They even saw in it a restriction added on to the reciprocity required by variant A of article 1 (*P.-v.* No 35, Working Document No 31, p. 4). In fact, the words 'of a Contracting State', placed within square brackets in the first paragraph, are the concrete application of the reciprocity expressed in article 1 by the words 'in relations between Contracting States'. The tie to another Contracting State required for recognition is that the law of that State has been chosen to govern the trust in accordance with article 6 or that it be objectively applicable within the terms of article 7.
It is clear that only the Contracting States oblige themselves to do anything – this is indicated by the last words of this paragraph – but if the words within square brackets were to be omitted, that would signify that Contracting States would also have to recognize trusts created in accordance with the law determined by articles 6 and 7, even if that law was not connected with another State

Commission spéciale, en plaçant les mots «d'un Etat contractant» entre crochets, a entendu laisser la décision sur ce point à la Conférence plénière (P.-v. No 38). Ces mots devront subsister si la variante A de l'article premier est retenue et être biffés dans le cas contraire.

Alinéa 2

89 Cette disposition précise deux éléments essentiels du trust: que les biens du trust sont distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que ce dernier a qualité pour comparaître comme demandeur ou défendeur. Le principe de cette disposition n'a guère été contesté.

90 La rédaction a été précisée afin d'indiquer que le *trustee* peut également comparaître devant une autorité administrative, un notaire ou toute autre personne investie d'autorité publique (P.-v. No 35).
On remarquera que le texte anglais porte *«that the trust property constitutes a separate trust fund»*, tandis que le texte français porte «que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee*». La Commission spéciale a estimé que ces façons différentes d'exprimer la même idée correspondaient le mieux à ses intentions (P.-v. No 38).

Alinéa 3

91 Alors que l'alinéa 2 prévoit deux points que l'on trouve dans tout trust et sur la reconnaissance de principe desquels on n'a pas hésité, l'alinéa 3 est plus spécifique en énumérant certains effets importants.

92 Mais, d'une part – ce qui semble aller de soi – ces effets ne sont donnés que si la loi applicable au trust va dans ce sens et, d'autre part, ils ne se produiront que sous réserve de règles impératives d'une autre loi désignée par les règles de conflit du pays de la reconnaissance (article 19). La deuxième session de la Commission spéciale avait tenu compte de cette préoccupation d'une manière un peu différente. Le texte qu'elle a établi (Doc.trav. No 25) soumettait les effets des lettres *a* à *d* à la condition: «pour autant que ce ne soit pas incompatible avec la loi de l'Etat de reconnaissance». Ce texte réservait de plus à l'article Y les dispositions impératives d'une loi applicable selon les règles de conflit du for. La phrase indiquée a été remplacée par la référence à l'article 19 lors de la discussion d'une proposition visant également les lois d'application immédiate, qui font maintenant l'objet de l'article 20[21] (Doc. trav. No 37, P.-v. No 34, p. 2).

93 On a encore fait remarquer que la référence à l'article 19 pourrait faire croire – contrairement aux intentions de la Commission spéciale – que ce dernier ne s'applique pas en rapport avec d'autres dispositions de l'avant-projet. Toutefois, elle a été maintenue comme étant de nature à rassurer les juristes des pays de *civil law* (P.-v. No 38, p. 3).

94 Les lettres *a* à *c* ont été proposées dès le début de la deuxième session. Elles ne donnent pas lieu à des

[21] Voir *infra* No 144.

which had ratified the Convention. Whatever be the upshot of this, the Special Commission, by placing the words 'of a Contracting State' within square brackets, intended to leave the decision on this point to the Plenary Session (*P.-v.* No 38). These words will have to remain if variant A of article 1 is kept and will be deleted in the contrary case.

Paragraph 2

89 This provision sets out two essential elements of a trust: that the trust assets are distinct from the personal estate of the trustee and that this latter has the capacity to sue and be sued. The principle of this provision was hardly contested at all.

90 The drafting went into detail in order to indicate that the trustee may appear before an administrative authority, a notary or any other person acting in an official capacity (*P.-v.* No 35).
It should be noted that the English text says 'that the trust property constitutes a separate trust fund', while the French text states *'que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du* trustee'. The Special Commission thought that these different manners of expressing the same idea best corresponded to its intentions (*P.-v.* No 38).

Paragraph 3

91 While the second paragraph sets out two points that will be found in any trust, the recognition of which in principle caused no hesitation, the third paragraph is more specific in that it enumerates certain important effects.

92 But, on the one hand – which seems to be self-evident – these effects are given only if the law applicable to the trust goes in that direction, and, on the other hand, they will arise only subject to mandatory rules of another law designated by the conflict rules of the country of recognition (article 19). The second session of the Special Commission took this concern into account in a somewhat different manner. The text that it set forth (Working Document No 25) subjected the effects of sub-paragraphs *a* to *d* to the condition: 'so far as this is not inconsistent with the law of the recognizing State'. This text moreover preserved in article Y the mandatory rules of a law which is applicable under the choice of law rules of the forum. The quoted phrase was replaced by the reference to article 19 at the time of the discussion on a proposal also dealing with laws of immediate application, which now are the subject of article 20[21] (Working Document No 37, *P.-v.* No 34, p. 2).

93 It has moreover been mentioned that the reference to article 19 could give the impression – contrary to the intentions of the Special Commission – that this latter provision does not apply in regard to other provisions in the preliminary draft. However, the reference has been maintained because it is of a nature such as to reassure the jurists of the civil law countries (*P.-v.* No 38, p. 3).

94 Sub-paragraphs *a* to *c* were proposed at the beginning of the second session. They give rise to no parti-

[21] See *infra* No 144.

observations particulières et devraient pouvoir être admises sans difficulté par les pays de *civil law*.

95 Il pourrait en être différemment de la lettre *d* qui se rapporte au *tracing*. Son exercice devra respecter les conceptions sur la protection des tiers de la *lex fori* ou de la loi à laquelle renvoient les règles de conflit du for. L'article 19 assure la sauvegarde de ces intérêts.

Article 12

96 Cette disposition a trait à un problème susceptible de soulever des difficultés dans la pratique: celui de refléter aussi fidèlement que possible dans les registres publics des Etats de *civil law* les particularités du trust.
Bien que le texte ne le dise expressément, cette disposition ne s'applique qu'aux trusts reconnus selon l'article 11, c'est-à-dire créés conformément à la loi prévue par les articles 6 ou 7.

97 Le projet d'articles de novembre 1982 prévoyait dans son article 9 deux variantes pour régler ce problème. Selon la variante A, le *trustee* devait être habilité à se faire immatriculer ou enregistrer en sa qualité de *trustee* lorsqu'un Etat exigeait l'immatriculation ou l'enregistrement d'un bien. La variante B était beaucoup moins stricte. L'Etat qui exigeait l'immatriculation et l'enregistrement devait simplement s'efforcer de prendre les mesures nécessaires pour donner effet au régime particulier des biens du trust.

98 La deuxième session de la Commission spéciale commença par donner nettement la préférence à la variante A, en autorisant toutefois le Comité de rédaction à introduire certaines alternatives. Le Comité de rédaction proposa une disposition habilitant le *trustee* à se faire enregistrer, mais celle-ci était accompagnée, à titre éventuel, d'une clause permettant aux Etats contractants de se réserver de ne prendre que des mesures équivalentes (Doc.trav. No 16, article 9).

99 La Commission spéciale n'adopta que la première partie de cette proposition, mais elle la compléta en exigeant que l'inscription ne soit pas interdite par la loi de l'Etat où elle doit avoir lieu ni incompatible avec cette loi (P.-v. No 30, P.-v. No 32). Il s'ensuivit la rédaction suivante de l'article 8 du Document de travail No 25:

Lorsque la loi d'un Etat exige ou permet l'inscription dans un registre d'un bien, meuble ou immeuble, ou d'un titre s'y rapportant, le trustee *sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de* trustee *ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par ou incompatible avec la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu.*

100 On constatera que ce texte n'a pas fortement été modifié par la troisième session de la Commission spéciale.
La discussion porta surtout sur des propositions des observateurs de l'Union internationale du Notariat latin, qui soulignèrent l'importance pratique de la question (Doc. trav. No 39).
Ces observateurs proposèrent tout d'abord la suppression de l'alternative «ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse», cela dans l'intérêt de la sécurité des tiers. La Commission spéciale estimait cependant que cette alternative, qui donne plus de souplesse au texte, devait être conservée. Il peut, en effet, être plus facile pour un Etat contractant de faire apparaître le trust d'une autre façon que par la mention expresse de la qualité de *trustee*.

cular comments and should be accepted without difficulty by the civil law countries.

95 It could be different with sub-paragraph *d* which relates to tracing. Its application should respect the conceptions concerning the protection of third parties of the *lex fori* or of the law to which the forum's conflict rules refer. Article 19 assures the safeguarding of these interests.

Article 12

96 This provision deals with a problem which may raise difficulties in practice: that of reflecting as faithfully as possible in the public registers of the civil law States the particular features of trusts.
Although the text does not say so expressly, this provision applies only to trusts recognized under article 11, in other words to trusts created in accordance with the law specified by article 6 or 7.

97 The draft articles of November 1982 provided in their article 9 two variants to deal with this problem. Under variant A, the trustee was to be entitled to proceed to registration in his capacity as trustee whenever a State required registration of an asset. Variant B was much less strict. A State which required registration would simply endeavour to take such measures as would give effect to the independent status of the trust assets.

98 The second session of the Special Commission began by giving clear preference to variant A, authorizing the Drafting Committee however to bring in certain alternatives. The Drafting Committee proposed a provision entitling the trustee to register assets in his capacity as trustee, but this was accompanied, tentatively, by a clause allowing Contracting States to reserve the right only to take equivalent measures (Working Document No 16, article 9).

99 The Special Commission adopted only the first part of this proposal, but it complemented it by requiring that such registration not be forbidden by the law of the State in which it was to take place, nor incompatible with that law (*P.-v.* No 30, *P.-v.* No 32). The result was the following drafting of article 8 of Working Document No 25:

Where the law of a State requires or permits the registration of assets, movable or immovable, or of documents of title to them, the trustee, *so far as this is not inconsistent with the law of that State, shall be entitled to register such assets or documents in his capacity as* trustee, *or in such other way that the existence of the trust is disclosed.*

100 It will be seen that this text was not greatly modified by the third session of the Special Commission.

The discussion dealt above all with the proposals made by the observers for the International Union of Latin Notaries, who emphasized the practical importance of this question (Working Document No 39).
These observers proposed first of all elimination of the alternative 'or in such other way that the existence of the trust is disclosed', this in order to protect the security of third parties. The Special Commission thought however that this alternative, which gives more flexibility to the text, should be retained. It may, indeed, be easier for a Contracting State to make the existence of the trust appear in a manner other than by express reference to the trustee's capacity.

101 Les observateurs de l'Union internationale du Notariat latin eussent, d'autre part, désiré compléter la fin du texte par le passage suivant: «...et que les formalités requises par le pays pour l'inscription dans ses registres soient remplies». A l'appui de cette proposition, ils firent notamment valoir que pour l'inscription dans des registres publics, tels que les registres fonciers, les lois nationales prescrivent parfois des pièces justificatives allant au-delà de la simple preuve écrite, dont se contente l'article 3 de l'avant-projet. La même remarque vaut pour des registres privés à fonction publique, tels que les registres d'actionnaires. Il se pourrait donc fort bien que, pour servir de base à l'inscription de biens du trust, l'acte constitutif de celui-ci doive remplir les conditions de formes exigées par la loi du registre (voir aussi Doc.trav. No 26, p. 3, *ad* article 8).

La Commission spéciale a reconnu le bien-fondé de ces observations, mais elle a estimé qu'il allait de soi que la loi du lieu du registre régissait les conditions de l'enregistrement ou de l'immatriculation, si bien qu'une adjonction au texte n'était pas nécessaire.

102 La Commission spéciale a encore discuté la question de savoir qui pourrait requérir l'inscription. A l'encontre d'une opinion qu'une autre personne que le *trustee* pouvait faire cette requête – ce qui se serait traduit par exemple par la formule «le *trustee* peut être inscrit» – plusieurs experts ont objecté que certains pays de *common law* s'opposent formellement à ce que le trust soit révélé par le biais d'une inscription effectuée par d'autres personnes. On a remarqué que, dans ces pays, il est tantôt permis, tantôt interdit de faire apparaître le trust dans les registres d'actionnaires.

La conclusion du débat fut que la loi du lieu du registre était seule qualifiée pour décider qui pouvait exiger la révélation de l'existence d'un trust.

103 La Commission spéciale remplaça encore le passage «lorsque la loi d'un Etat exige ou permet l'inscription ...», qui parut aller de soi, par l'élément plus subjectif: «le *trustee* qui désire faire inscrire...».

La formule «registre tenu dans un Etat contractant» entend exprimer que les registres privés remplissant une fonction publique, tels que les registres d'actionnaires, sont également visés.

104 On se demanda encore si l'on ne pouvait pas, à l'instar de ce qui s'était fait à l'article 11, alinéa 3, supprimer le passage «pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi», puisque l'article 19 réserve les dispositions impératives de la loi désignée par le droit international privé du for. La Commission spéciale a cependant pensé que le problème n'était pas tout à fait le même et qu'il était plus indiqué de se référer ici directement à la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu (P.-v. No 35). On a également dit que l'article 12 constituait une sorte de *lex specialis* par rapport à l'article 19.

Article 13

105 Le projet d'articles de novembre 1982 contenait entre crochets la mention «Chapitre IV – Reconnaissance et exécution des décisions en matière de trust». Ce titre a été repris dans le texte arrêté par la deuxième session de la Commission spéciale (Doc. trav. No 25). Le Bureau Permanent a été prié de préparer une note

101 The observers for the International Union of Latin Notaries would have liked on the other hand to complement the text by adding the further proviso for such registration: '...that the formalities required by the country for registration in its registers be met'. In support of this proposal, they argued in particular that for registration in public registers, such as the registries of real property, the national laws sometimes require supporting documentation going beyond the simple evidence in writing which would satisfy article 3 of the preliminary draft. The same remark applies for private registers with a public function, such as shareholders' registers. It might well be therefore that, in order to serve as a basis for registration of the trust assets, the instrument creating the trust should meet the formal requirements of the law governing the register (see also Working Document No 26, p. 3, article 8).
The Special Commission recognized that these comments were well-founded, but thought that it went without saying that the law of the place of the register governs the requirements for registration, so that an addition to the text was not necessary.

102 The Special Commission further discussed the question of who could apply for registration. As against the opinion that a person other than the trustee could make such application – which would be rendered for example by the formula 'the trustee may be registered' – several experts raised the objection that certain common law countries were formally opposed to having trusts disclosed through a registration effectuated by other persons. It was noted that, in these countries, it is sometimes permitted, and sometimes prohibited, to show the existence of the trust in the shareholders' registers.
The conclusion drawn from the debate was that the law of the place of the register was the only one qualified to decide who could require the disclosure of a trust's existence.

103 The Special Commission moreover replaced the passage 'where the law of a State requires or permits the registration ...', which seemed to go without saying, by the more subjective element: 'where the trustee desires to register ...'.
The formula 'register ... in any Contracting State' is intended to indicate that private registers fulfilling a public function, such as shareholders' registers, are also covered.

104 The question was raised as to whether it might not be possible, along the lines of what was done in article 11, third paragraph, to delete the passage 'in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of that State', since article 19 preserves the mandatory rules of the law designated by the choice of law rules of the forum. The Special Commission however thought that the problem was not entirely the same and that it was rather indicated to refer here directly to the law of the State where the registration is to take place (*P.-v.* No 35). It was also said that article 12 constituted a sort of *lex specialis* in relation to article 19.

Article 13

105 The draft articles of November 1982 contained within square brackets the heading 'Chapter IV – Recognition and enforcement of decisions relating to trusts'. This heading was retained in the text prepared by the second session of the Special Commission (Working Document No 25). The Permanent Bureau

sur le sujet. Cette note étudie en détail les divers aspects de la question (Doc. trav. No 29). En conclusion, elle penche plutôt pour une reconnaissance implicite des décisions prononcées dans l'Etat dont la loi est applicable au trust.

106 Dans une première discussion, un accord s'est dégagé sur deux points:

a Seules les décisions relatives à la vie interne du trust, à l'exclusion des décisions concernant les tiers, pourraient être visées par une disposition éventuelle, et pour la définition de ces décisions, il y aurait lieu de s' inspirer de l'article 17, alinéa 2 de la Convention de Bruxelles modifiée[22]:

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

b Il ne saurait être question d'un système complet de règles relatives à la reconnaissance ou l'exécution des jugements (P.-v. No 33).

107 Le Comité de rédaction élabora alors une proposition dont l'essentiel se retrouve dans l'actuel article 13 (Doc. trav. No 47, article 9).
On remarquera tout d'abord que les décisions judiciaires et administratives ne seront reconnues que si, d'une part, elles se rapportent à un trust reconnu comme tel selon l'article 11, et si, d'autre part, la compétence indirecte de l'autorité qui a statué est prévue par l'une des lettres *a* à *c*.

108 Plusieurs experts continuèrent à trouver cette disposition inutile et trop compliquée, l'article 11 sur la reconnaissance du trust leur paraissant suffisant. La Commission spéciale décida cependant, à une nette majorité, de maintenir la disposition entre crochets (P.-v. No 38).

109 La discussion devait se poursuivre le lendemain. On précisa tout d'abord la lettre *a* dont le texte original était le suivant: «auquel l'acte du trust a attribué compétence». Ce chef de compétence a été admis par tous les experts. Puis l'on discuta l'opportunité de prévoir l'un et l'autre des chefs de compétence prévus sous lettres *b* et *c*, ou l'un d'eux.

110 Plusieurs experts eussent préféré ne prévoir que la lettre *b*, mais non la lettre *c*. La lettre *b* correspond à la Convention de Bruxelles revisée. Celle-ci donne compétence, à l'article 5, chiffre 6, aux tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel le trust est domicilié. On cita aussi, à ce propos, la définition du domicile du trust dans le *Civil Jurisdiction and Judgments Act* 1982 *(Chapter* 27, article 45, alinéa 3):

A trust is domiciled in a part of the United Kingdom if and only if the system of law of that part is the system of law with which the trust has its closest and most real connection.

[22] *Supra* No 33, note 13.

was asked to prepare a note on this subject. This note studies in detail the diverse aspects of the question (Working Document No 29). In conclusion, it leans rather towards implicit recognition of decisions handed down in the State the law of which is applicable to the trust.

106 During an initial discussion, agreement was reached on two points:

a Only decisions dealing with the internal affairs of the trust, to the exclusion of decisions concerning third parties, should be covered by a possible provision, and for the definition of these decisions, the example should be taken of Article 17, second paragraph, of the Brussels Convention as amended[22]:

The court or courts of a Contracting State on which a trust instrument has conferred jurisdiction shall have exclusive jurisdiction in any proceedings brought against a settlor, trustee or beneficiary, if relations between these persons or their rights or obligations under the trust are involved.

b There could be no question of erecting a complete system of rules dealing with the recognition and enforcement of judgments (*P.-v.* No 33).

107 The Drafting Committee then prepared a proposal which in its essence is found in the current article 13 (Working Document No 47, article 9).
It will be noted first that judicial and administrative decisions will be recognized only if, on the one hand, they have to do with a trust recognized as such under article 11, and if, on the other hand, the indirect jurisdiction of the authority which renders the decision is one of those set out in sub-paragraphs *a* to *c*.

108 Several experts continued to find this provision to be useless and too complicated, since article 11 on the recognition of trusts seemed sufficient to them. The Special Commission decided however, by a clear majority, to retain the provision within square brackets (*P.-v.* No 38).

109 The discussion was continued the following morning. Sub-paragraph *a* was first made more precise the original text having been 'upon which the trust instrument has conferred jurisdiction'. This basis for jurisdiction was accepted by all the experts. Then discussion was held on the desirability of providing one or both of the bases for jurisdiction set out in sub-paragraphs *b* and *c*.

110 Several experts would have preferred to include only sub-paragraph *b*, eliminating sub-paragraph *c*. Sub-paragraph *b* corresponds to the Brussels Convention as amended. This gives jurisdiction, in Article 5, sub-paragraph 6, to the courts of the Contracting State in which the trust is domiciled. Reference was made, in this connection, to the definition of the domicile of a trust which is provided in the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (chapter 27, art. 45, paragraph 3), as follows:

A trust is domiciled in a part of the United Kingdom if and only if the system of law of that part is the system of law with which the trust has it closest and most real connection.

[22] *Supra* No 33, note 13.

111 L'opinion fut exprimée que l'article 220 du Traité de Rome obligeait de donner une solution analogue a celle de la Convention de Bruxelles et que, dès lors, la lettre *c* ne pouvait pas être admise. A cela, il fut répondu que l'on pouvait s'écarter, dans une convention simple, de la Convention de Bruxelles, qui règle la compétence directe, et que d'ailleurs cette Convention est interne au Marché commun. On fit également valoir que l'article 57 de la Convention de Bruxelles permet de déroger aux règles qu'elle pose dans des matières particulières. Aussi, d'autres experts eussent-ils préféré ne maintenir que le chef de compétence de la lettre *c* et non celui de la lettre *b*.

112 La Commission spéciale décida de maintenir les deux chefs de compétence des lettres *b* et *c*, le problème de la compatibilité avec la Convention de Bruxelles devant être signalé dans le rapport et discuté par le Secrétaire général avec les instances compétentes de la Communauté européenne.

113 En ce qui concerne le second alinéa, certains experts désiraient suivre le plus près possible le texte de l'article 17 de la Convention de Bruxelles revisée[23]. On constata toutefois que, dans cette Convention, le texte anglais ne correspondait pas exactement au texte français et finalement la Commission spéciale adopta les versions française et anglaise actuelles, légèrement différentes du texte de Bruxelles.

114 L'article 13 est donc proposé à titre éventuel et il appartiendra à la session plénière de décider de son maintien et de sa teneur, ou de sa suppression.

Article 14

115 Les deux variantes de cette disposition visent à protéger les Etats contractants contre l'obligation de reconnaître des trusts qui n'ont de liens réels qu'avec des Etats qui ignorent cette institution (variante A) ou uniquement avec l'Etat où la reconnaissance est demandée (variante B).

116 La genèse de ces dispositions est assez compliquée. Elles furent discutées dans le contexte général des clauses de sauvegarde ou d'application de règles impératives d'autres lois que celles régissant le trust, ou encore de clauses relatives aux lois d'application immédiate[24]. Il est renvoyé à cet égard à ce qui est exposé ci-dessous à propos des articles 19 et 20 (voir Doc. trav. No 17 , variantes 2 et 3).

117 A l'issue de la deuxième session de la Commission spéciale, l'avant-projet contenait un article Z 2 correspondant pour l'essentiel à la variante B de l'avant-projet, et un article Z 1 qui statuait que le choix par le constituant d'une loi étrangère ne pouvait, lorsque tous les autres éléments de la situation étaient localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions impératives de la loi de ce pays. Cette solution fut abandonnée à la suite de la décision d'inclure une règle sur les lois d'application immédiate cor-

[23] *Supra* No 33, note 13.
[24] Voir *infra* Nos 137 et s.

111 The opinion was expressed that Article 220 of the Treaty of Rome obliged one to give a solution analogous to that of the Brussels Convention and that, therefore, sub-paragraph *c* could not be accepted. The response to this was that is was possible to depart, in a simple convention, from the Brussels Convention, which governs direct jurisdiction, and that moreover that Convention is internal to the Common Market. It was also pointed out that Article 57 of the Brussels Convention permits derogation from its rules in particular matters. Other experts would have preferred to retain only the basis for jurisdiction of sub-paragraph *c* eliminating that of sub-paragraph *b*.

112 The Special Commission decided to keep both bases for jurisdiction of sub-paragraphs *b* and *c*; the problem of compatibility with the Brussels Convention was to be mentioned in the report and discussed by the Secretary General with the appropriate authorities of the European Community.

113 As far as the second paragraph was concerned, certain experts would have liked to follow as closely as possible the text of Article 17 of the Brussels Convention as amended.[23] It was seen however, that, in that Convention, the English text did not correspond exactly to the French text, and finally the Special Commission adopted the current French and English versions, which are slightly different from the Brussels text.

114 Article 13 therefore is proposed for possible inclusion and it will be for the Plenary Session to decide concerning its retention and its content, or its elimination.

Article 14

115 The two variants of this provision are intended to protect Contracting States against the obligation to recognize trusts which have real connections only with States which do not have this institution (variant A) or only with the State in which recognition is requested (variant B).

116 The genesis of these provisions is rather complicated. They were discussed in the general context of safeguarding clauses or clauses for the application of mandatory rules of laws other than those governing the trust, or yet clauses dealing with laws of immediate application.[24] Reference is made in this respect to what is explained below concerning articles 19 and 20 (see Working Document No 17, variants 2 and 3).

117 At the end of the Special Commission's second session, the preliminary draft contained an article Z 2 corresponding in its essentials to variant B of the preliminary draft, and an article Z 1 which stated that the choice by a settlor of a foreign law would not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice were connected with one State only, prejudice the application of the mandatory rules of the law of that State. This solution was abandoned following the decision to include a rule on laws of immediate

[23] *Supra* No 33, note 13.
[24] See *infra* No 137 *et seq.*

respondant à l'article 7 de la Convention de Rome[25] (Doc. trav. No 43, article Y *bis*, P.-v. No 37).

118 La Commission spéciale a, vers la fin de sa troisième session, donné la préférence à une proposition de permettre aux Etats de ne pas reconnaître un trust dont tous les éléments, sauf le choix de la loi applicable ou le lieu d'administration, sont situés dans des Etats qui ignorent le trust ou la catégorie à laquelle appartient le trust à reconnaître (Doc. trav. No 44, P.-v. No 37). Cette proposition est à la base de la variante A de l'avant-projet.

119 Le Comité de rédaction a cependant, inspiré par une autre proposition (Doc. trav. No 50), proposé encore une autre solution par le texte suivant (article Z 2, Doc. trav. No 47, *cf.* Doc. trav. No 50 et Doc. trav. No 14):

Aucun Etat contractant n'est tenu de reconnaître un trust dont la loi applicable, conformément à l'article 4 (actuel article 7) *serait la loi de cet Etat, pour la seule raison que le constituant a choisi la loi d'un autre Etat pour régir le trust ou qu'il a désigné un* trustee *résidant habituellement dans un autre Etat.*

Il a été reproché à ce système que le fait qu'un trust est objectivement régi par la loi de l'Etat de reconnaissance ne signifie pas nécessairement qu'il n'est pas véritablement international (P.-v. No 39).

120 La Commission spéciale a écarté cette solution et a préféré proposer au choix, d'une part, la solution relative aux trusts en fait rattachés à des pays ne connaissant pas l'institution (variante A) et, d'autre part, la solution de l'ancien article Z 2 (variante B).

Ne pouvant achever la discussion, elle a alors chargé le Bureau Permanent de présenter les deux textes correspondant à ces solutions et d'en établir la traduction anglaise.

121 Avant de commenter les variantes A et B, il convient de souligner que ces deux textes ont un caractère quelque peu provisoire et ne satisfaisaient pas nombre d'experts. Diverses questions restent en suspens, et il faudra en tout cas apporter les deux modifications suivantes aux textes:

a Dans les deux variantes, il devrait être question de la résidence habituelle à l'étranger du *trustee* et non pas du lieu d'administration du trust ou du domicile du *trustee.*

b Dans la variante B, il conviendrait, comme dans la variante A, de préciser qu'on se place au moment de la constitution du trust.

Variante A

122 On constatera que la variante A est une disposition protégeant tous les Etats qui ne connaissent pas le trust contre des trusts indûment soustraits à leur loi ou à celle d'un autre Etat du même groupe. Il s'agira en premier lieu de l'Etat de reconnaissance lui-même: s'il ne connaît pas le trust ou la catégorie de trust en cause, il n'est pas obligé de reconnaître un trust dont tous les

[25] Voir *infra* No 135, note 27.

application corresponding to Article 7 of the Rome Convention [25] (Working Document No 43, article Y *bis*, *P-v.* No 37).

118 The Special Commission, towards the end of its third session, gave preference to a proposal to permit States not to recognize a trust all the elements of which, except for the choice of the applicable law or the place of administration, are located in States which do not have the institution of the trust or the category to which the trust to be recognized belongs (Working Document No 44, *P.-v.* No 37). This proposal is the basis of variant A of the preliminary draft.

119 The Drafting Committee however, inspired by another proposal (Working Document No 50), proposed yet another solution through the following text (article Z 2, Working Document No 47, *cf.* Working Document No 50 and Working Document No 14):

No Contracting State shall be bound to recognize a trust when the law applicable to that trust in accordance with article 4 (current article 7) *would be the law of that State, but for the fact that the settlor has selected the law of another State to govern the trust or that he has nominated a trustee habitually resident in another State.*

This system was criticized for the reason that the fact that a trust is objectively governed by the law of the State of recognition does not necessarily mean that it is not truly international (*P.-v.* No 39).

120 The Special Commission rejected this solution and preferred to propose a choice between, on the one hand, the solution concerning trusts which are in fact connected to countries which do not have the institution (variant A) and, on the other hand, the solution of the former article Z 2 (variant B).
Not being able to finish the discussion, it then asked the Permanent Bureau to present the two texts corresponding to these solutions and to establish English translations for them.

121 Before commenting on variants A and B, I should like to emphasize that these two texts have a somewhat provisional character and did not satisfy a number of experts. Diverse questions remain suspended, and it will be necessary in any case to make the two following amendments to the texts:

a In both variants, the reference should be to the trustee's habitual residence abroad and not to the place of administration of the trust or to the trustee's domicile.

b In variant B, it should be made clear, as was done in variant A, that the time referred to is that of the trust's creation.

Variant A

122 It will be seen that variant A is a provision protecting all the States which do not have trusts against trusts which are without good reason taken out from under their laws or from under the law of another State of the same group. This refers in the first place to the State of recognition itself; if it does not have trusts or the category of trusts which is involved, it is not obliged

[25] See *infra* No 135, note 27.

éléments, sauf la loi choisie ou le siège, sont centrés chez lui. Si une situation de ce genre est réalisée dans un autre Etat, il peut également refuser la reconnaissance, se montrant ainsi solidaire de cet autre Etat. Les Etats dont le droit connaît le trust peuvent, de leur côté, refuser la reconnaissance par solidarité avec les Etats ne le connaissant pas.

En revanche, la variante A, contrairement à la variante B, ne donne pas aux Etats connaissant le trust le moyen de se protéger contre des trusts soumis à une loi étrangère, qui connaît également le trust, alors qu'ils sont en réalité internes.

Variante B

123 La variante B a un objectif plus limité: un Etat ne doit pas être obligé de reconnaître un trust dont tous les éléments essentiels sont localisés sur son territoire, l'application d'une loi étrangère ne résultant que d'un choix du constituant ou de la désignation d'un *trustee* résidant à l'étranger.
En revanche, les autres Etats contractants seront tenus de reconnaître un tel trust conformément à la Convention. Il s'agit donc uniquement d'une clause de sauvegarde permettant à un Etat de refuser la reconnaissance d'un trust au moyen duquel une situation purement interne a été internationalisée. A la différence de la variante A, cette clause protège aussi bien les Etats connaissant le trust que ceux qui l'ignorent.

124 Il avait été suggéré, notamment par les observateurs de l'Union internationale du Notariat latin, d'exclure l'application de la Convention à des trusts qui n'étaient pas véritablement internationaux, mais cette forme d'entraide entre Etats a été écartée (Doc. trav. No 26, p. 2, P.-v. No 35).

Article 15

125 Cette disposition, qui a été adoptée provisoirement sans discussion, reflète bien l'objectif de l'avant-projet: il s'agit de faciliter la reconnaissance des trusts. A l'instar de ce qui est usuel dans les conventions simples sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, on n'a pas voulu exclure que les Etats donnent effet à des trusts au-delà de ce qui est prévu dans l'avant-projet.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

126 L'article 16 a trait au renvoi, les articles 17 à 20 contiennent des clauses de sauvegarde contre ce que l'application de la loi du trust pourrait avoir d'excessif.

127 L'avant-projet devra être complété par les habituelles clauses finales.
Il convient de relever que le Secrétaire général a demandé aux Etats dont le droit n'est pas unifié de réfléchir sur la possibilité d'appliquer la Convention dans les relations entre parties composantes (P.-v. No 32).

to recognize a trust all the elements of which, except for the law chosen or the headquarters, are centred in that State. If a situation of this type is brought about in another State, the State where recognition is sought can also refuse recognition, thus showing its solidarity with that other State. States which have trusts in their law can, on their side, refuse recognition as a matter of solidarity with the States which do not have them.
On the other hand variant A, in contrast with variant B, does not give to States which have trusts the means of protecting themselves against trusts subjected to a foreign law which also has trusts, even though such trusts are in reality internal to such States.

Variant B

123 Variant B has a more limited objective; a State should not be obliged to recognize a trust all of the essential elements of which are localized on its territory, the application of a foreign law resulting only from a choice by the settlor or the designation of a trustee who resides abroad.
On the other hand, other Contracting States will be bound to recognize such a trust in accordance with the Convention. This therefore is solely a safeguarding clause permitting a State to refuse recognition of a trust by means of which a purely internal situation has been internationalized. Unlike variant A, this clause protects States which have trusts as well as those which do not have them.

124 It was suggested, in particular by the observers for the International Union of Latin Notaries, that the application of the Convention to trusts which were not truly international should be excluded, but this form of co-operation was rejected (Working Document No 26, p. 2, *P.-v.* No 35).

Article 15

125 This provision, which was tentatively adopted without discussion, well reflects the purpose of the preliminary draft; it is intended to facilitate the recognition of trusts. Following the example of what is customary in simple conventions on recognition and enforcement of judgments, the Commission decided not to exclude the possibility for States to give effect to trusts beyond what is provided in the preliminary draft.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

126 Article 16 deals with *renvoi*; articles 17–20 contain clauses providing safeguards against the possibility of excessive application of the law of the trust.

127 The preliminary draft will have to be completed by addition of the customary final clauses.
It should be pointed out that the Secretary General asked those States the law of which is not unified to reflect on the possibility of applying the Convention in relations among their composite units (*P.-v.* No 32).

Article 16

128 Cette disposition exclut le renvoi; elle est inspirée de l'article 15 de la Convention de Rome[26]; c'est la formule retenue par la Commission spéciale en matière de vente. N'ayant trait qu'à la question du droit applicable, l'article 16 pourrait aussi être placé dans le chapitre II.

129 L'exclusion du renvoi n'a pas été sans discussion. En faveur de son maintien, du moins dans certains cas, on a fait valoir que la Convention s'occupe aussi de reconnaissance, non seulement de loi applicable, et que le renvoi peut être favorable à la validité du trust. Certains experts pensaient qu'étant donné la nature du trust, il ne serait pas prudent d'exclure expressément le renvoi. On a aussi proposé de limiter le renvoi au cas du rattachement objectif ou encore d'admettre que le constituant puisse expressément se référer au droit international privé d'un Etat.

130 En fin de compte, l'exclusion du renvoi a été admise, cela notamment parce que la forme et la capacité, questions où le renvoi peut être utile, ne sont pas réglées par la Convention (P.-v. Nos 20, 37).

131 La Commission d'experts fut, en revanche, très divisée sur la question de savoir s'il fallait adopter cet article ou indiquer, selon le système traditionnel des Conventions de La Haye, que le renvoi est exclu en se référant à «la loi interne» dans le texte des articles (P.-v. No 30).

Articles 17 à 20

132 L'article 17 exclut tout effet de la Convention dans le domaine fiscal, l'article 18 contient la clause d'ordre public. L'article 19 réserve les dispositions impératives des lois désignées par les règles de conflit du for dans d'autres matières que le trust et enfin l'article 20 permet exceptionnellement de tenir compte des «lois (ou règles) d'application immédiate», ou «lois de police», d'un Etat tiers. De ces articles, il convient de rapprocher l'article 14, qui permet, dans certains cas, de ne pas reconnaître un trust soumis à une loi avec laquelle il n'a pas de liens réels, ainsi que la réserve des dispositions de l'Etat où le trust doit être inscrit dans des registres figurant à la fin de l'article 12.

Article 17

133 La réserve de la compétence des Etats en matière fiscale semblait aller de soi: les chances de ratification d'une convention seraient gravement compromises si celle-ci apparaissait comme un moyen d'échapper à certains impôts.

Article 18

134 Cette disposition contient la clause d'ordre public, usuelle dans les Conventions de La Haye.

[26] *Infra* No 135, note 27.

Article 16

128 This provision excludes *renvoi;* it draws its inspiration from Article 15 of the Rome Convention[26]; this is the formula which was employed by the Special Commission on Sales. Since it deals only with the question of the applicable law, article 16 could just as well be placed in chapter II.

129 The exclusion of *renvoi* did not occur without discussion. In favour of its retention, at least in certain cases, it was argued that the Convention deals also with recognition, not just with the applicable law, and that *renvoi* can be favourable to the validity of a trust. Certain experts thought that, given the nature of the trust, it would not be prudent to exclude expressly *renvoi*. It was also proposed to limit *renvoi* to the case of the objective connecting factor, or yet to accept that the settlor may expressly make reference to the private international law of a State.

130 In the end, the exclusion of *renvoi* was accepted, in particular because form and capacity, questions for which *renvoi* can be useful, are not governed by the Convention (*P.-v.* Nos 20, 37).

131 The Commission of experts was, on the other hand, very much divided over the question of whether to adopt this article or whether to indicate, under the traditional system of the Hague Conventions, that *renvoi* is excluded, by referring to 'the internal law' in the text of the articles (*P.-v.* No 30).

Articles 17 to 20

132 Article 17 excludes all effects of the Convention in the tax field, and article 18 contains the public policy clause. Article 19 preserves the mandatory rules of the laws designated by the choice of law rules of the forum in matters other than trusts and finally article 20 permits by way of exception the application of 'laws (or rules) of immediate application', or '*lois de police*', of a third State. These provisions should be compared with article 14, which permits, in certain cases, the non-recognition of a trust subjected to a law with which it has no real connections, as well as with the exception for the provisions of the State where the trust assets must be registered, appearing in article 12.

Article 17

133 The preservation of the powers of States in fiscal matters would seem to go without saying; the chances for ratification of a convention would be gravely compromised if it appeared to be a means of escaping certain taxes.

Article 18

134 This provision contains the public policy clause, which is customary in the Hague Conventions.

[26] *Infra* No 135, note 27.

Le texte français parle de «l'application d'une des lois... peut être écartée», alors que le texte anglais porte: *«The application of the Convention may be refused»*. Etant donné que l'avant-projet règle à la fois la loi applicable et la reconnaissance, la formule anglaise est plus appropriée.

Articles 19 et 20

135 L'article 19 veut empêcher que, par le trust, l'on mette en échec les dispositions impératives d'une autre loi désignée par les règles de conflit du for, loi qui peut être – et c'est un cas que l'on a voulu spécialement viser – la *lex fori* elle-même. L'article 20, au contraire, prévoit, à l'instar de l'article 7 de la Convention de Rome des Communautés européennes[27] et de certains projets de codification nationaux, la possibilité de tenir compte des dispositions impératives d'une loi qui n'est pas applicable selon le jeu normal des règles de conflit de lois.
Ces deux dispositions ont surtout trait à la loi applicable, mais elles peuvent aussi conduire à mettre en échec les dipositions sur la reconnaissance des trusts.

136 Il convient de souligner d'emblée qu'à l'article 19, il s'agit de dispositions impératives au sens courant – l'alinéa 2 les définit comme dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par une manifestation de volonté – tandis que l'article 20 a trait à ce qu'on est convenu d'appeler «règles d'application immédiate» ou «lois de police».

137 Les articles 19 et 20 visent donc des questions assez différentes, mais la Commission spéciale a eu des difficultés considérables à démêler les idées qui sont contenues maintenant aux articles 14, 19 et 20 et il paraît utile de résumer la genèse de ces dispositions.

138 Le projet d'articles de novembre 1982 contenait déjà à l'article X une variante A correspondant à l'actuel article 20 et une variante B correspondant à l'actuel article 19.
Lors d'une première discussion au cours de la deuxième session de la Commission spéciale, l'on décida de ne pas exclure une disposition dans le sens de l'article 19 de l'avant-projet; on se demanda si une telle disposition pouvait rendre inutile la disposition sur les lois d'application immédiate ou encore s'il suffisait de régler la question de la protection des tiers (P.-v. No 25).

139 Le Comité de rédaction fut alors chargé de présenter les diverses variantes de clauses sur les dispositions impératives entrant en ligne de compte. Après d'amples discussions, il rédigea un document de travail qui prévoyait les variantes suivantes (Doc. trav. No 17):

Variante 1

Les articles 3 et 4 (actuels articles 6 et 7) *ne font pas obstacle à l'application des règles impératives de la loi de l'Etat [qui peut être l'Etat du for] avec lequel l'objet du litige présente le lien le plus significatif.*

[27] Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du 19 juin 1980, *Journal officiel des Communautés européennes* L 266/1, du 9 octobre 1980.

The French text speaks of '*L'application d'une des lois ... peut être écartée*', while the English text reads: 'The application of the Convention may be refused'. Given that the preliminary draft deals both with the applicable law and with recognition, the English formulation is more appropriate.

Articles 19 and 20

135 Article 19 is intended to prevent the trust from being used to frustrate the mandatory rules of another law designated by the choice of law rules of the forum, which law may be – and this is a case which it was especially desired to cover – the *lex fori* itself. Article 20, to the contrary, provides, following the example of Article 7 of the Rome Convention of the European Communities[27], and of certain drafts of national codifications, the possibility to take into account the mandatory rules of a law which is not applicable according to the normal play of choice of law rules.
These two provisions deal above all with the applicable law, but they may also lead to the non-application of provisions on recognition of trusts.

136 It should be pointed out at the beginning that in article 19, we are dealing with mandatory rules in the current sense – the second paragraph defines them as rules which cannot be derogated from by voluntary act – while article 20 deals with what one has agreed to call 'rules of immediate application' or '*lois de police*'.

137 Articles 19 and 20 therefore cover rather different issues, but the Special Commission had considerable difficulty in untangling the ideas which are now contained in articles 14, 19 and 20 and it appears useful to recount the genesis of these provisions.

138 The draft articles of November 1982 contained already in article X a variant A corresponding to the present article 20 and a variant B corresponding to the present article 19.
At the time of the first discussion during the second session of the Special Commission, it was decided not to exclude a provision along the lines of article 19 of the preliminary draft; the question was raised as to whether such a provision might make it unnecessary to include a provision on laws of immediate application or yet whether it would be sufficient to deal with the protection of third persons (*P.-v.* No 25).

139 The Drafting Committee was then asked to present the diverse variants of clauses on mandatory rules which should be taken into account. After extended discussions, it drafted a Working Document which provided the following variants (Working Document No 17):

Variant 1

Articles 3 and 4 (current articles 6 and 7) *shall not prevent the application of the mandatory rules of the law of the State [including the forum], with which the issue presented has the most significant relationship.*

[27] Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, dated 19 June 1980, *Official Journal of the European Communities* L 266/1, dated 9 October 1980.

Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

Variante 2

Le choix par le constituant d'une loi étrangère ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions impératives de la loi de cet Etat.

Variante 3

Aucun Etat contractant n'est tenu de reconnaître un trust soumis par le constituant à une loi étrangère alors que tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans cet Etat.

Variante 4

La présente Convention ne porte pas atteinte aux dispositions impératives d'une loi, autre que la loi applicable au trust, normalement compétente selon les règles de conflit de lois en vigueur dans l'Etat du for.

Un expert ajouta une cinquième solution ainsi conçue[28] (Doc. trav. No 21):

(Variante 5)

Sous réserve des dispositions de l'article 7, alinéa 2 (actuel article 11, alinéa 2), *aucun Etat contractant ne sera tenu de reconnaître les dispositions d'un trust incompatibles avec une règle impérative de la loi qui serait applicable en vertu de l'article 4* (actuel article 6).

140 On remarquera que ces variantes ouvrent des possibilités très diverses tout en se recoupant en partie.

a La première variante a trait aux «lois de police» soit du for, soit d'un Etat tiers, mais à condition que le lien le plus significatif existe avec cet Etat. Cela est plus restrictif que l'article 7 de la Convention de Rome qui exige simplement un lien significatif. En revanche, ce texte ne précise pas que la «loi de police» doit elle-même vouloir s'appliquer. Le deuxième alinéa reprend la deuxième phrase de l'article 7, alinéa premier de la Convention de Rome.

b La deuxième variante écarte l'effet d'un choix de la loi applicable par rapport aux dispositions impératives de la loi d'un Etat, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés dans cet Etat. Cette solution est inspirée de l'article 3, alinéa 3 de la Convention de Rome. Il n'est pas clair dans cette formule si les autres Etats doivent également respecter ces dispositions impératives[29].

c La variante 3 vise à protéger un Etat contre le choix d'une loi étrangère, alors que tous les autres éléments de la situation désignent sa propre loi. Cette solution se retrouve dans la variante B de l'article 14 de l'avant-projet. A la différence des autres variantes, celle-ci n'impose pas seulement de tenir compte de certaines règles impératives, mais permet de ne pas reconnaître le trust dans son ensemble.

[28] On rapprochera cette proposition de celle mentionnée à propos de l'article 14, selon laquelle le critère de la loi objectivement applicable devait permettre de ne pas reconnaître un trust dans une situation interne (*supra* No 119).
[29] *Cf.* aussi *supra* No 117.

In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

Variant 2

The choice by a settlor of a foreign law shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one State only, prejudice the application of the mandatory rules of the law of that State.

Variant 3

No Contracting State shall be bound to recognize a trust which the settlor has subjected to a foreign law, where all the other elements of the situation are at the time of the choice connected only with that State.

Variant 4

This Convention shall not restrict the application of the mandatory rules of any law, not being the law governing the trust, which would otherwise be applicable under the choice of law rules in force in the State of the forum.

One expert added a fifth solution conceived as follow[28] (Working Document No 21):

(Variant 5)

Subject to article 7, paragraph 2 (present article 11, paragraph 2), *no Contracting State shall be bound to recognize provisions of a trust which is inconsistent with a mandatory rule of a State whose law would otherwise be applicable under article 4* (current article 6).

140 It will be noted that these variants open very diverse possibilities while overlapping in part.

a The first variant deals with the *'lois de police'* either of the forum, or of a third State, but on the condition that the most significant relationship exists with that State. That is more restrictive than Article 7 of the Rome Convention which requires simply a close connection. On the other hand this text does not make it clear that the *'loi de police'* should itself be intended to apply. The second paragraph recopies the second sentence of Article 7, first paragraph, of the Rome Convention.

b The second variant eliminates the effect of a choice of applicable law in relation to the mandatory rules of the law of a State, where all the other elements relevant to the situation are connected only with that State. This solution is drawn from Article 3, third paragraph, of the Rome Convention. It is not clear in this formulation whether the other States must also respect these mandatory rules.[29]

c Variant 3 is intended to protect a State against the choice of a foreign law, where all the other elements of the situation point to its own law. This solution is found in variant B of article 14 of the preliminary draft. Unlike the other variants, this one does not simply require certain mandatory rules to be taken into account, but allows the trust in its entirety not to be recognized.

[28] This proposal is comparable to that mentioned in connection with article 14, under which the criterion of the law objectively applicable would permit the non-recognition of a trust in an internal situation (*supra* No 119).
[29] *Cf.* also *supra* No 117.

d La variante 4 reprend l'article X, variante B du projet d'articles de novembre 1982.

e Enfin, la variante 5 restreint beaucoup le domaine de l'autonomie en permettant à un Etat contractant de ne pas reconnaître les dispositions d'un trust incompatibles avec une règle de la loi applicable à défaut de choix.

141 Dans la discussion de ces propositions, l'utilité de la variante 4 ne fut pas mise en question, certains experts eussent préféré s'en tenir là (P.-v. No 31).
La nécessité de la variante 3 pour sauvegarder le droit des Etats dans des cas purement internes fut soulignée, cela aussi en vue des chances de ratification d'une éventuelle convention. Certains experts des pays de *common law* protestèrent cependant contre l'idée de mauvais et de bon trust, qui semble sous-jacente à cette solution.

A l'encontre de la variante 5, l'on fit valoir qu'elle peut conduire à tenir compte de dispositions impératives d'une loi – celle régissant objectivement le trust selon la Convention – qui peut-être ne veut même pas s'appliquer. Le même reproche fut d'ailleurs fait à la variante 1.
A la variante 2 enfin, certains eussent préféré une restriction des possibilités de choix de la loi applicable dans l'actuel article 7.

142 La Commission spéciale décida de retenir les variantes 4, 2 et 3, qui devinrent les articles Y, Z 1 et Z 2 de l'avant-projet de la deuxième session (Doc. trav. No 25).

143 Lors de sa troisième session, la Commission d'experts fut tout d'abord saisie d'une proposition (Doc. trav. No 37) destinée à rendre superflue la phrase «pour autant que ce ne soit pas incompatible avec la loi de l'Etat de reconnaissance», qui figurait alors au dernier alinéa de la disposition sur la reconnaissance des trusts (article 7, alinéa 3, actuel article 11, alinéa 3).

Cette proposition permettait tout d'abord d'appliquer en toutes circonstances les lois impératives du for. Puis, elle réservait les règles impératives de tout Etat avec lequel une question en rapport avec le trust avait un lien important *(significant and close connection)* en énumérant en particulier des questions *(issues)* relatives à:

a des testaments, des successions et l'administration de successions;

b le transfert de titres de propriété;

c les intérêts de propriété *(proprietary interests)* d'épouses et d'enfants.

Cette énumération entendait exprimer que les dispositions impératives à respecter peuvent avoir trait à d'autres matières que le trust.
Ce texte définissait encore les règles impératives comme règles auxquelles on ne peut pas déroger par une manifestation de volonté et qui s'appliquent quelle que soit la loi désignée par la Convention. Il contenait enfin la deuxième phrase de l'article 7, alinéa premier de la Convention de Rome.

144 La première discussion de cette proposition conduisit à l'abandon de la phrase précitée de la disposition sur la reconnaissance. L'énumération des matières et une clause flexible permettant au juge d'appliquer les règles impératives essentielles furent reconnues utiles (P.-v. No 34).

d Variant 4 reproduces article X, variant B, of the draft articles of November 1982.

e Finally, variant 5 greatly limits the scope of autonomy by permitting a Contracting State not to recognize provisions of a trust which are inconsistent with a rule of the law which would be applicable in the absence of a choice.

141 In the discussion of these proposals, the usefulness of variant 4 was not questioned, and certain experts would have preferred to stop there (*P.-v.* No 31).
The necessity of variant 3 in order to safeguard the rights of States in purely internal cases was emphasized, and this also with a view to the chances for ratification of a possible convention. Certain experts from the common law countries protested however against the idea of good and bad trusts, which seemed to underlie this solution.
As against variant 5, it was argued that this could lead to taking into account the mandatory rules of a law – that which governs the trust objectively under the Convention – which perhaps is not even intended to apply. The same argument moreover was made against variant 1.

As for variant 2, finally, certain experts would have preferred instead to have a restriction on the possibilities for choice of the applicable law in the current article 7.

142 The Special Commission decided to retain variants 4, 2 and 3, which became articles Y, Z 1 and Z 2 of the preliminary draft of the second session (Working Document No 25).

143 At its third session, the Commission of experts first of all had placed before it a proposal (Working Document No 37) intended to render superfluous the phrase 'so far as this is not inconsistent with the law of the recognizing State', which appeared then in the last paragraph of the provision on recognition of trusts (article 7, third paragraph, current article 11, third paragraph).
This proposal permitted first of all the application in all circumstances of the mandatory rules of the forum. Then, it preserved the mandatory rules of any State with which any issue arising in relation to the trust had a significant and close connection, enumerating in particular issues relating to –

a wills, succession and the administration of estates;

b the transfer of title to property;

c the proprietary interests of spouses and children.

This enumeration was intended to express the fact that the mandatory rules to be respected could be directed at other matters than trusts.
This text defined again mandatory rules as being rules which cannot be derogated from by voluntary act and which apply irrespective of the law applicable under the Convention. It contained finally the second sentence of Article 7, first paragraph, of the Rome Convention.

144 The first discussion of this proposal led to the abandonment of the phrase quoted above from the provision on recognition. The enumeration of the matters and a flexible clause permitting the judge to apply the essential mandatory rules were recognized as being useful (*P.-v.* No 34).

145 A une prochaine séance, la Commission spéciale fut saisie d'une proposition prévoyant d'une part un article contenant la substance de l'actuel article 19, et d'autre part une adaptation de l'article 7 de la Convention de Rome, donc de l'actuel article 20 (Doc. trav. No 43).
Dans la discussion qui porta sur cette proposition et celle expliquée aux deux numéros précédents, on objecta, d'une part, qu'il était difficile de distinguer les règles impératives «internes», c'est-à-dire auxquelles on ne pouvait pas déroger par acte volontaire, et les lois d'application immédiate, ou règles «internationalement impératives», c'est-à-dire applicables quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit du for. On douta, d'autre part, de l'opportunité d'inclure une disposition sur les lois d'application immédiate. En fin de compte, il fut cependant décidé de retenir les deux règles figurant maintenant aux articles 19 et 20 (P.-v. No 37).

146 Lors de sa dernière séance, la Commission spéciale fut saisie de propositions du Comité de rédaction, identiques au texte définitif en ce qui concerne l'article 19, et très semblables – sauf que certains passages étaient placés entre crochets – à l'article 20.
On supprima cependant un troisième alinéa de l'article 20, qui était identique au deuxième alinéa de l'actuel article 19. Cela pour bien marquer qu'il ne s'agit pas dans les deux articles de la même espèce de dispositions impératives (P.-v. No 39).

Article 19

147 Cette disposition répond à l'idée que la question de la validité et des effets du trust (la «fusée») se pose souvent à propos d'autres institutions juridiques (le «lanceur»), telles que les successions, les régimes matrimoniaux, etc.
Conformément à une proposition figurant déjà dans le projet d'articles de novembre 1982, la Commission spéciale a toujours été d'avis que les règles impératives de la loi applicable, selon les règles de conflit du for, à ces questions – que ce soit une loi d'un Etat tiers ou la *lex fori* – devaient prévaloir sur la loi régissant le trust.

148 Il a paru utile de ne pas s'en tenir à une règle abstraite faisant simplement allusion aux «dispositions impératives n'ayant pas trait au trust», mais de donner une énumération non limitative des questions les plus importantes qui pouvaient se poser dans ce contexte.

149 L'observateur de la Banque des Règlements internationaux attira l'attention sur les difficultés relatives aux droits réels et notamment aux sûretés (P.-v. Nos 8, 38, Doc. prél. No 4).
Il souligna la complexité de cette matière, réglée différemment selon les pays, et que, étant donné ces difficultés, la Commission des Nations Unies pour le développement du droit commercial international (CNUDCI) a renoncé à régler. Il proposa de donner à la lettre *b* une portée plus générale: «Les droits réels, spécialement à l'égard des tiers».

Plusieurs experts firent cependant remarquer que le terme «droits réels» était trop vaste et pouvait donner lieu à des malentendus, tout spécialement en droit anglais. On fit aussi remarquer que l'actuel article 12 permet précisément d'aller un peu plus loin que le respect intégral des dispositions du for sur les droits réels.
Cette adjonction n'a donc pas été adoptée, la Commission spéciale estimant le tiers suffisamment protégé par

145 At a subsequent session, the Special Commission received a proposal providing, on the one hand, an article containing the substance of the present article 19, and, on the other hand, an adaptation of Article 7 of the Rome Convention, which is thus the current article 20 (Working Document No 43).
In the discussion which bore on this proposal and that which was explained under Nos 143 and 144 above, the objection was raised, on the one hand, that it was difficult to distinguish 'internal' mandatory rules, those which cannot be derogated from by voluntary act, from laws of immediate application, or rules, which are 'internationally mandatory', those which apply irrespective of the law specified by the choice of law rules of the forum. There was doubt, moreover, as to whether it was desirable to include a provision on the laws of immediate application. In the end, it was however decided to include the two rules appearing now at articles 19 and 20 (*P.-v.* No 37).

146 At its last session, the Special Commission received proposals of the Drafting Committee, identical to the final text for article 19, and very similar – except that certain passages were placed within square brackets – for article 20.
However a third paragraph of article 20, which was identical to the second paragraph of the current article 19, was deleted. This was intended to show clearly that the two articles did not deal with the same type of mandatory rules (*P.-v.* No 39).

Article 19

147 This provision responds to the idea that the question of the validity and of the effects of the trust (the 'rocket') often arises in connection with other legal institutions (the 'launcher'), such as the estates of deceased persons, matrimonial property regimes, etc.
In accordance with a proposal which had already appeared in the draft articles of November 1982, the Special Commission was always of the opinion that mandatory rules of the law which was applicable, under the choice of law rules of the forum, to these questions – whether this be the law of a third State or the *lex fori* – should prevail over the law governing the trust.

148 It seemed useful not to stay with an abstract rule simply making allusion to the 'mandatory rules, relating to matters other than trusts', but to give a non-exhaustive enumeration of the most important questions which could arise in this context.

149 The observer of the Bank for International Settlements drew attention to the difficulties relating to rights *in rem* and particularly to security interests (*P.-v.* Nos 8, 38, Preliminary Document No 4).
He emphasized the complexity of these matters, which were dealt with differently depending on the country, and pointed out that, given these difficulties, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) had decided not to deal with them. He proposed to give sub-paragraph *b* a more general coverage as follows: 'Rights *in rem*, especially in relation to third parties'.
Several experts observed however that the term 'rights *in rem*' was too broad and could give rise to misunderstandings, especially in English law. It was also pointed out that the current article 12 permits precisely some encroachment upon the full application of the forum's provisions for rights *in rem*.
This addition therefore was not adopted, since the Special Commission thought that third parties were suffi-

le texte actuel[30]. La possibilité fut accordée à l'Observateur de la Banque des Règlements internationaux de présenter des observations plus détaillées à la session plénière.

150 Le deuxième alinéa définit ce qu'il faut entendre par dispositions impératives qui s'opposent ici aux règles de droit positif. Une disposition impérative ne perd évidemment pas ce caractère du seul fait qu'un ayant droit renonce à son application; ainsi, il a été précisé que les dispositions sur la réserve héréditaire – qui lient le testateur, mais auxquelles l'héritier peut renoncer – sont impératives.

Article 20

151 Cette disposition – inspirée de l'article 7, alinéa premier de la Convention de Rome[31] – a trait au problème des «lois d'application immédiate» ou «lois de police». On ouvre ici la possibilité d'appliquer exceptionnellement des règles impératives dont l'application n'est pas prescrite par les règles de conflit du for, mais plutôt par la loi d'un Etat aux termes de laquelle ces règles doivent impérativement s'appliquer à l'espèce. Le terme de «dispositions impératives» n'a donc pas ici le même sens que dans l'article 19[32].

152 L'alinéa 2 de l'article 7 de la Convention de Rome relatif aux lois de police du for n'a pas été repris. Cela était inutile, car l'article 19 garantit l'application non seulement des lois de police, mais de toutes les dispositions impératives de la *lex fori* que les règles de conflit du for désignent.

153 Le texte de l'article 20 est susceptible d'être amélioré. Il y aurait lieu tout d'abord d'éviter de parler de «dispositions impératives» dans un autre sens que dans l'article 19. Puis, la précision «désignée par les règles de conflit de lois de cet Etat» – qui ne figure pas dans la Convention de Rome – est inutile et peut plutôt conduire à un malentendu. Ce qui est déterminant, ce n'est pas que les dispositions en question s'appliquent dans l'Etat dont elles émanent, quelle que soit la solution des règles de conflit de cet Etat, mais que ces règles – qui définissent elles-mêmes leur champ d'application – veulent être appliquées aux cas d'espèce jugés dans l'Etat de reconnaissance. Il suffirait donc de dire: «quelle que soit la loi régissant le trust».
Enfin, si le texte est plus restrictif que celui de la Convention de Rome en parlant d'application «à titre exceptionnel», il est en revanche plus rigide lorsqu'il mentionne «l'application», alors que le texte de Rome emploie la formule plus vague: «donner effet».

Saint-Prex, février 1984.

[30] Voir aussi *supra* Nos 14 à 17.
[31] *Supra* No 135, note 27.
[32] *Supra* No 136.

ciently protected by the present text.[30] The possibility was given to the Observer of the Bank for International Settlements to present more detailed observations at the Plenary Session.

150 The second paragraph defines what is meant by the reference to mandatory rules, which are contrasted here with rules of positive law. A mandatory rule obviously does not lose this character by the sole fact that a person having rights under it declines its application; thus, it was made clear that provisions for indefeasible shares in the estates of deceased persons – which bind the testator, but which the heir may renounce – are mandatory.

Article 20

151 This provision – inspired by Article 7, first paragraph, of the Rome Convention[31] – deals with the problem of 'laws of immediate application' or *'lois de police'*. Here the possibility is opened up for the exceptional application of mandatory rules, the application of which is not mandated by the forum's choice of law rules, but rather by the law of a State according to which these rules must obligatorily apply to the particular case. The expression 'mandatory rules' does not have the same meaning here as it does in article 19.[32]

152 The second paragraph of Article 7 of the Rome Convention dealing with the forum's *lois de police* was not brought in. That would have been pointless, for article 19 guarantees the application not only of the *lois de police,* but of all the mandatory rules of the *lex fori* which the choice of law rules of the forum designate.

153 The text of article 20 could be improved. First of all it would be necessary to avoid talking about 'mandatory rules' in a sense other than that of article 19. Then, the qualification 'specified by the choice of law rules of that State' – which does not appear in the Rome Convention – is pointless and may lead to a misunderstanding. What is determining is not that the provisions in question apply in the State from which they emanate, whatever may be the solution given by the conflict rules of that State, but that these rules – which define their own scope of application – are intended to be applied to the particular cases being decided in the State of recognition. It would suffice therefore to say: 'irrespective of the law governing the trust'.
Finally, while the text is more restrictive than that of the Rome Convention in speaking of application 'by way of exception', it is on the other hand more rigid where it mentions 'the application', although the Rome Convention employs the vaguer formulation: 'effect may be given'.

Saint-Prex, February 1984.

[30] See also *supra* Nos 14 to 17.
[31] *Supra* No 135, note 27.
[32] *Supra* No 136.

Table du Rapport

page

Introduction 172

LES TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 172

LE CARACTÈRE GÉNÉRAL ET LA STRUCTURE DE L'AVANT-PROJET 173

QUELQUES QUESTIONS NON EXPRESSÉMENT RÉGLÉES PAR L'AVANT-PROJET 174

La surveillance du trustee *par les tribunaux* 174
La preuve des pouvoirs du trustee 174
La protection des tiers de bonne foi 174

Commentaire de l'avant-projet 175

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION 175

Article premier 175
La limitation au trust de common law 176
La loi applicable au trust 176
La reconnaissance du trust 177
Les décisions étrangères relatives au trust 177
Le caractère réciproque ou non de la Convention 177

Article 2 178

Article 3 179
La limitation aux trusts volontaires 179
La preuve par écrit 180

Article 4 180
Alinéa premier 180
Alinéa 2 181
Alinéa 3 181
Alinéa 4 182

Article 5 182

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE 183

Article 6 183
Alinéa premier 183

Contents of the Report

page

Introduction 172

THE WORK OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW 172

THE GENERAL NATURE AND THE STRUCTURE OF THE PRELIMINARY DRAFT 173

SOME QUESTIONS NOT EXPRESSLY DEALT WITH BY THE PRELIMINARY DRAFT 174

Supervision of trustees by the courts 174
The proof of the trustee's powers 174
The protection of third parties in good faith 174

Commentary on the preliminary draft 175

CHAPTER I – SCOPE 175

Article 1 175
The limitation to the common law trust 176
The law applicable to trusts 176
Recognition of trusts 177
Foreign decisions concerning trusts 177
The reciprocal or non-reciprocal nature of the Convention 177

Article 2 178

Article 3 179
The limitation to voluntary trusts 179
Evidence in writing 180

Article 4 180
Paragraph 1 180
Paragraph 2 181
Paragraph 3 181
Paragraph 4 182

Article 5 182

CHAPTER II – APPLICABLE LAW 183

Article 6 183
Paragraph 1 183

Alinéa 2 184
Alinéa 3 184

Article 7 185
Alinéas premier et 2 185
Alinéa 3 186

Article 8 186

Articles 9 et 10 187

CHAPITRE III – [EFFETS DE LA] RECONNAISSANCE 189

Article 11 189
Alinéa premier 190
Alinéa 2 191
Alinéa 3 191

Article 12 192

Article 13 193

Article 14 195
Variante A 196
Variante B 197

Article 15 197

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES 197

Article 16 198

Articles 17 à 20 198

Article 17 198

Article 18 198

Articles 19 et 20 199

Article 19 202

Article 20 203

Paragraph 2 184
Paragraph 3 184

Article 7 185
Paragraphs 1 and 2 185
Paragraph 3 186

Article 8 186

Articles 9 and 10 187

CHAPTER III – [EFFECTS OF] RECOGNITION 189

Article 11 189
Paragraph 1 190
Paragraph 2 191
Paragraph 3 191

Article 12 192

Article 13 193

Article 14 195
Variant A 196
Variant B 197

Article 15 197

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES 197

Article 16 198

Articles 17 to 20 198

Article 17 198

Article 18 198

Articles 19 and 20 199

Article 19 202

Article 20 203

Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur le Document préliminaire No 9

Comments of the Governments and International Organizations on Preliminary Document No 9

Document préliminaire No 10 de septembre 1984

Preliminary Document No 10 of September 1984

République fédérale d'Allemagne/Federal Republic of Germany

Le Ministère fédéral de la Justice a l'honneur de soumettre au Bureau Permanent quelques observations relatives à l'avant-projet de Convention:

1 Du point de vue d'un Etat qui ne connaît pas l'institution du trust au sens strict, il paraît douteux que la nécessité s'impose réellement de souscrire à une convention telle que définie par l'avant-projet. Cet avant-projet, certes, ne stipule pas expressément qu'il ne vise que le trust des pays de common law, mais toutes les dispositions qu'il prévoit l'impliquent dans une large mesure. De ce fait, la ratification de la Convention à élaborer ne peut présenter un intérêt pour les Etats qui n'ont pas une réglementation du trust que du point de vue d'une plus grande sécurité du droit et pour la simplification du travail pratique, en particulier celui des tribunaux.
Il n'est pas encore possible de dire si la Convention prévue sera susceptible de marquer un progrès substantiel en ce sens. Les observations présentées au sujet de l'avant-projet, en tout cas, apportent peu d'éléments qui mettent vraiment en évidence le besoin pratique de souscrire à une convention de ce genre. En revanche, la version actuelle de l'avant-projet pose de graves problèmes quant à sa compatibilité avec les principes fondamentaux de système juridique allemand, notamment sur le plan du droit réel et du droit des sociétés.

2 Une convention sur le trust pourrait, dans sa conception, intéresser davantage tous les Etats si elle incluait de façon plus large que ne le fait l'avant-projet, outre les trusts du common law, des institutions juridiques ayant des missions analogues au trust comme par exemple la Treuhand (société fiduciaire). Une demande en ce sens a du reste déjà été en partie formulée afin d'aboutir à une réglementation qui serait au moins un peu plus équilibrée, et qui engagerait les pays de *common law* à reconnaître eux aussi les relations fiduciaires qui ne correspondent pas aux modèles dont on s'est inspiré pour leur propre système juridique.
Mais cela ne suffirait pas encore à lever les réserves que doit susciter, comme on l'exposera ci-dessous plus en détail, une obligation de droit international entraînant la reconnaissance des effets déployés par les trusts. Du reste, il est probable qu'il n'est pratiquement plus possible de modifier l'avant-projet en ce sens dans les temps impartis, puisque l'ajout, dans le cadre de la Convention, des institutions juridiques analogues au trust exigerait vraisemblablement de nouveaux travaux préparatoires.

3 Une réglementation s'inspirant du modèle de l'avant-projet rendrait la tâche très difficile aux tribunaux des Etats qui ne connaissent pas le trust au sens du *common law*, notamment dans le domaine de la surveillance du *trustee*. Un autre exemple: la prise en considération du droit concernant le trust par les banques continentales européennes entraînerait pour celles-ci des complications que ne parviendraient pas à compenser les clarifications apportées par l'avant-projet.
Les dispositions d'une convention sur le trust risqueraient d'être employées pour contourner les dispositions en vigueur en matière de droit du travail, de droit social, de droit de publicité et de responsabilité civile par le détour de la création de trusts. L'élément important du trust selon lequel les biens personnels du *trustee* et du bénéficiaire constituent une masse distincte des biens du trust et sont protégés contre une administration, gestion et disposition non conformes aux termes du trust est incompatible avec les bases fondamentales du droit réel allemand et avec le besoin de protection des tiers. La reconnaissance des principes du droit du trust dans le système juridique allemand pourrait entraîner des conflits dont il faudrait limiter les conséquences en augmentant notablement le nombre des exceptions prévues à l'article 19 de l'avant-projet.

4 Dans l'ensemble il semble que même si la convention se limite expressément au trust au sens du *common law*, une révision globale de l'avant-projet soit nécessaire, révision à laquelle pourraient contribuer les observations suivantes concernant les différentes dispositions de l'avant-projet.

5 En ce qui concerne l'article 1, il sera indispensable de limiter la réglementation non seulement quant à la reconnaissance du trust (variante A) mais aussi quant à la loi applicable aux rapports entre Etats contractants. Il est impossible d'admettre l'application de la Convention à des trusts qui n'auraient de rapports objectifs qu'avec la loi d'Etats tiers, en particulier si l'on veut garder le contrôle des conséquences de la ratification.

6 Pour ce qui est des articles 3 et 4, il faudrait préciser le domaine d'application de l'avant-projet selon les différentes catégories de trusts et il faudrait garantir qu'il ne vise pas les institutions de droit successoral au sens le plus large. Le libellé de l'article 4, alinéas 2 et 4, devrait être modifié en ce sens que la disposition ne contienne qu'une description des caractéristiques du trust au sens de l'avant-projet et non pas des règles unifiées pour les trusts avec des éléments internationaux.

7 Lorsque, en conformité avec l'article 6, le constituant d'un trust a choisi une loi qui ne prévoit pas de dispositions sur la catégorie de trust en cause, la Convention ne devrait pas d'emblée devenir inapplicable en vertu de l'article 5. Il faudrait conserver la possibilité d'un rattachement objectif en application de l'article 7. Cela vaut en particulier dans le cas, par ailleurs assez problématique, où le constituant, conformément à l'article 6, alinéa 3, choisit des droits différents.

8 A défaut de choix exprès, la détermination de la loi applicable en vertu de l'article 7 ne répond pas jusqu'ici aux exigences de la sécurité du droit, notamment en ce qui concerne l'alinéa 3, mais aussi faute d'un rang de priorité des critères de rattachement. Par ailleurs, il faudrait se demander si les articles 9 et 10 ne posent pas plus de problèmes qu'ils n'en résolvent et s'il ne conviendrait donc pas de les supprimer.

9 La réglementation précise des effets de la reconnaissance du trust définie par l'article 11, alinéas 2 et 3, de la Convention et notamment la distinction entre les biens du trust et le patrimoine du *trustee* soulèvent des problèmes graves de compatibilité avec des principes

Observations/Comments

essentiels du système juridique de l'Etat qui aura à reconnaître le trust. Probablement il ne sera possible de résoudre ces problèmes que par le recours aux moyens prévus à l'article 19. De la même façon, en ce qui concerne l'article 12, il faut à tout le moins garantir qu'on ne portera pas atteinte au droit réel général de l'Etat de reconnaissance – y compris la rigueur formelle du registre foncier – et aux principes généraux gouvernant les restrictions apportées aux possibilités de disposer des biens.

10 Il serait opportun de renoncer à la réglementation concernant la reconnaisance des décisions judiciaires relatives au fonctionnement interne du trust. L'article 13 s'écarte de façon importante sans qu'il y ait à cela de raison impérative, d'autres dispositions comparables, aussi bien sur le point des conditions nécessaires à la reconnaissance que du fait de l'absence de motifs de refus opposables à la reconnaissance.

11 Pour ce qui est de l'article 19, la protection de tiers devrait y être assurée de manière adéquate. De plus, il serait nécessaire de poser de façon plus claire que ne le fait la version actuelle la priorité des principes essentiels du droit réel de la *lex fori* – y compris les restrictions générales qui peuvent être apportées à la disposition des biens – et du droit des personnes morales et des sociétés. Sans ces précautions, la reconnaissance d'un trust pourrait avoir des conséquences incalculables.
Pour équilibrer cette mesure on pourrait étudier la possiblité d'un nouvel alinéa, par lequel l'Etat contractant s'engagerait, dans un souci d'harmonisation, à essayer de faire entrer aussi complètement que possible les solutions recherchées en commun avec le trust dans le cadre des principes de la *lex fori,* et selon les formes prescrites par celle-ci. Par contre, l'article 20 pourrait être supprimé.

12 Quelles que soient les chances que ces améliorations aient de pouvoir encore être prises en compte, il faut souligner pour finir que l'étude détaillée consacrée aux problèmes posés par les trusts à caractère international a sensiblement contribué à l'éclaircissement de cette problématique. C'est pourquoi nous tenons dès maintenant, indépendamment de son succès à l'avenir, à saluer tout particulièrement le travail de la Commission spéciale.

Argentine/Argentina

I *General significance of the preliminary draft for a civil law State*

According to a common understanding the principal benefit to be drawn from the draft is, for civil law States as Argentina shall be considered, to have an instrument which permits local practice and courts to characterize and therefore grasp the trust, this being an institution almost unknown to those civil law States, the main purpose and legal structure of which are somewhat difficult to comprehend and even to 'translate' into terms and legal concepts of local civil law. That is the main reason why the unification of conflict rules, references to mandatory rules and even some special substantive rules of private international law on trust is of general value and significance for civil law States. This value of general unification is to be achieved by means of a non-reciprocal Convention as regards the law applicable to trust and, therefore, support should be given to variant A of article 1 which specifies the scope of application of the Convention in relations between Contracting and non-Contracting States.
This broad scope regarding the law applicable to trust is in line with the main goal of harmony and uniformity of decisions, general objective of private international law in itself. Thus, in jurisdictions of non-Contracting States the decisions on conflict of laws on trust arrived at in other Contracting States could be known with more certainty. By this way the conventional system of private international law on trust would bring about an exemplary influence in jurisdictions of non-Contracting States, with the probable result of a progressive harmony of decisions based on a functional comparative view.

II *Substantive characterization of trusts*

Article 4 of the preliminary draft provides for substantive definition of the trust which is descriptive in character and direct or substantive in method as far as it deals with the functional structure of a trust avoiding any implication with previous aspects or issues, isolated and excluded from the draft specifically by article 2. This definition is in particular a guide for determining the necessary meaning of trust in a civil law State and defines as well the scope of the Convention.
It should be highlighted that the draft's definition of trust being a descriptive one leaves open ways for national courts to construe properly the definition by including or not some institutions in such a functional definition. This could probably happen with voting trusts, investment trusts, business trusts, etc. The characterization of these trusts as embodied in the descriptive definition of article 4 is a matter which falls within the field of discretion of the legal practice and courts.

III *Party autonomy*

The principle of party autonomy adopted in article 6 is reasonable, subject nevertheless to the proper limits further considered. Even the selection of different laws to govern diverse aspects or legal relationships of the trust is admissible. This choice of several laws permits an equitable flexibility to govern the complex relationship involved in a trust. Analogously, it should be considered to be impliedly admitted by the draft, the incorporation of substantive terms or clauses in the trust, which must be evidenced by writing, so as those clauses may derogate from any mandatory rules of the chosen law which have a pure domestic scope for application only. This would bring about the same effects of a multiple choice of law clause. It is satisfactory therefore that *dépeçage* be adopted along the lines of article 6, paragraph 3.

IV *Flexible connecting factor*

The trust being an institution of flexibility and equity, the objective test of the proper law embodied in article 5 of the draft is reasonable. The determination of the law most closely connected with the trust may be properly ascertained by reference to the objective connecting factors contemplated in article 7, paragraph 2. A one-sided rigid method appears to be impossible. Article 7 allows different laws to govern diverse aspects of the trust to be selected. This is the conclusion which may be drawn from language used as to different places of fulfilment, administration or situs of the assets of the trust.

V *Mandatory rules*

The draft goes further from establishing the traditional *'ordre public'* clause in article 18. In fact, articles 19 and 20 contemplate several mandatory rules of international scope of application and are thereof expressly reserved.

This way of protecting local interests of the States involved in the trust must be considered essential to achieve a reasonable balance between the law of the trust, so to say, and the laws of those States in which the trust is to be recognized or take effects.

Australie/Australia

Australia makes the following comments with respect to the above-mentioned draft Convention:

Article 1

Variant B is preferred.

Article 4

In our view, the article in its current form may refer only to *inter vivos* trusts and not testamentary trusts. We recommend, therefore, that the following words be inserted in line 2 of paragraph 1 of article 4, between the words 'the settlor' and 'the effect ...':

'... created during his lifetime or by testamentary disposition which has ...'.

Article 5

We are of the view that the operation of this article should be dependent on there being no provisions relating to trusts in the law *governing the validity* of the trust. Accordingly, we recommend that the following words be inserted between the word 'law' and 'specified' in line 1 of article 5:

'... governing the validity of the trust ...'.

Article 6

In relation to paragraph 3, we are of the view that the word 'aspects' as used in line 1 is not the most appropriate word as it may not cover, for example, a division of property.

Article 7

1 We are of the view that a time element should be introduced into paragraph 1 of article 7 so that after the word 'connected' in line 3 of the paragraph there should be inserted *'at the time of creation of the trust'.*

2 We are of the view that the following two new paragraphs should be added to article 7:

'e the residences of the beneficiaries;
f the form and language of the trust document.'

Article 8

Our reading of the Convention, particularly this article, is that 'formal validity' is not excluded from the operation of the Convention. We consider that it should not be excluded. However, if it is intended that formal validity be excluded from the Convention it should be specifically excluded. If this approach is adopted then the words '*other than formal validity*' should be inserted after the word 'validity' at the end of line 1 of paragraph 1.

Articles 9 and 10

We are of the view that articles 9 and 10 are not satisfactory in that they fail to take account of the situation where the parties choose a law different from that governing the validity of the trust to govern administration questions. Accordingly, we propose the following articles replace the existing articles 9 and 10:

'Article 9

The law governing the validity of the trust as a whole determines whether a question does or does not relate to administration.

Article 10

a *The law governing the validity of the trust as a whole shall, unless the settlor chooses a different law to govern the administration of the trust, determine whether the place of administration of the trust may be changed. If the settlor chooses a different law to govern the administration of the trust it shall determine whether the place of administration of the trust may be changed.*
b *The law specified in the last sub-clause shall, if it is not also the law of the place of administration of the trust, determine to what extent the law of the place of administration applies to questions of administration.'*

Article 11

In our view the bracketed words in line 1 of paragraph 1 should be deleted.

Article 14

1 We are of the view that variant B is preferable.

2 We are also of the view that *'habitually resident'* should replace 'domiciled' in line 3 of variant B.

3 In our view, '*at the time of creation*' should be added at the end of the last line of variant B.

Article 16

We are of the view that either:

1 Article 16 should be amended to read: *'For the purposes of this Convention, the word 'law' refers to the law of a State in force in that State, other than its rules of private international law'*; or

2 References to the word 'law' in the Convention should be replaced by *'law of a State'.*

Article 20

1 We are not satisfied that it is necessary or desirable that this provision be included in the Convention. The purpose of the article as a whole is unclear and we are concerned with its apparent scope.

2 We are also concerned at the apparent difference in meaning of the word 'mandatory' as used in this article and as used in article 19.

Additional article

We see merit in the inclusion in the Convention of a provision broadly similar to that contained in article 17 of the proposed Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods. We suggest the following:

'For the purpose of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in such a territorial unit;'

Retrospective Operation

We consider that retrospective operation is appropriate in this instance to afford the broadest possible recognition of the institution of the trust, but suggest that the relevant provisions provide that application of the Convention to pre-existing trusts is not to have the effect of invalidating the trust.

Etats-Unis d'Amérique/United States of America

Article 1

The United States prefers variant B of article 1, under which trusts are entitled to recognition whether or not they come from Contracting States. In the United States recognition does occur not only as to trusts included in the Convention but in other situations as well, so that nothing would be gained, and something might be lost, by imposition of a reciprocity requirement. As to common law countries that do not adhere to the Convention, as was urged by the Commonwealth Secretariat, the reciprocity requirement would impose a needless restriction on recognition of their trusts. Adequate protection against trusts which might as a matter of policy not be appropriate for recognition is provided in other parts of the Convention, in particular articles 14, 18, 19 and 20.
This observation is applicable to all other instances in the draft where the issue of reciprocity arises.

Article 6

The second paragraph should read as follows:

'In the absence of an express choice, the choice of the settlor is to be inferred from the terms of the instrument or instruments creating or the writing or writings evidencing the trust, interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case and the settlor's interest in having his purposes effectuated.'.

These changes simply make it clear that more than one instrument or writing may evidence a trust and that among the circumstances bearing on interpretation is the factor of upholding the trust.

Article 7

The first paragraph should read as follows:

'To the extent that the applicable law has not been chosen in accordance with article 6, the applicable law shall be the law of that State with which the particular aspect of the trust in question is most closely connected.'.

This change clarifies the role of the matter in the last paragraph of the present draft, which can now be omitted, and avoids the suggestion that the trust as a whole is governed by a single law. (Compare Reporter's Comment, paragraph 50, and comments below on articles 9 and 10.)

The second paragraph should read as follows:

'In ascertaining that law, regard shall be had to the settlor's interest in having his purposes effectuated and reference may be made in particular to –

a *the purposes of the trust and the place or places where they are to be fulfilled;*

b *the place of administration of the trust designated by the settlor;*

c *the situs of the assets of the trust; and*

d *the place of residence or business of the trustee.'.*

These changes are designed to make explicit the factor of upholding the trust and to change the word 'objects' in sub-section *a* to *'purposes'*, which is more accurate.

Article 8

The following changes in sub-sections of this article are proposed, in the interest of clarity and accuracy:

Sub-section *b:* Change 'trustees' to *'co-trustees'.*

Sub-section *e:* Delete 'and their power to accumulate the income of the trust'.

Sub-section *f:* Change it to read: *'restrictions upon the duration of the trust and upon accumulation of income'.*

Sub-section *i:* Change it to read: *'the rights and interests of the beneficiaries and the distribution of the trust estate'.*

Articles 9 and 10

Change the words 'the law governing the validity of the trust as a whole' to: *'the law specified by articles 6 or 7'.*
The idea which underlies the present language is inconsistent with other provisions of the Convention and should be corrected, both in article 9 and in article 10. (See comment above to the first paragraph of article 7.)

Article 13

This article should be omitted. Insofar as it calls for recognition of the law declared by judicial decision in an appropriate jurisdiction, it is adequately covered in article 11. And insofar as it deals with the recognition of judgments, it is sufficiently controversial in substance to suggest that the wiser course would be to omit it.

Article 14

Variant B seems preferable to Variant A, which should not be limited to non-trust States. Variant B should be changed, so that the words 'No Contracting State shall be bound to recognize a trust where' would be: *'A State is not bound to apply this Convention where'.* The change is essentially cosmetic.

Article 16

This article should read as follows:

'For the purposes of this Convention, a reference to the law of a State shall be a reference to the law in force in that State, other than its rules of private international law, unless the settlor has specifically indicated otherwise.'.

This change removes the specific language 'the law of a State' which is rarely found in the Convention. In addition, more significantly, it permits a settlor to include in his choice of the applicable law the private international law rules of the State chosen: a settlor may reasonably want the trust governed not by the internal law of a State but by the rules that would be applied by the courts of the State.

Articles 19 and 20

These articles should be combined and simplified. Their sense would be preserved by use of the following language:

'This Convention does not prevent the application in exceptional cases of a mandatory rule of any State with

which any question arising in relation to the trust has a significant and close connection, in particular the law of a State governing –

a *succession rights, testate and intestate, in particular the indefeasible shares of spouses and relatives;*

b *the transfer of title to property especially in relation to third parties;*

c *the personal and proprietary effects of marriage;*

d *the protection of minors and incapable parties;*

e *the protection of third parties in insolvency.*

In considering whether to give effect to such mandatory rules, regard shall be had to its nature and purpose and to the consequences of its application or non-application.'

This revision preserves the substance of article 19 of the original draft, although it omits explicit reference to the choice of law rules of the forum which come into play by necessity and should not be given any wider role. It also preserves the sense of article 20, permitting the consideration of mandatory rules even when they are outside the normal choice of law rules. Its inclusion of the final sentence, taken from Article 7 of the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, preserves necessary flexibility in the use of such mandatory rules.
It seems preferable to avoid any definition of what is meant by a mandatory rule, primarily because what is in issue is not necessarily the mandatory rules of domestic law but rules which are mandatory in the international sense; that notion is perhaps best reflected in the final sentence of the proposed revision, just referred to, without further explanation.

Article 20 bis

It is proposed, in line with the statement at the bottom of page 16 in the French version and page 17 in the English version of the draft Convention (see *supra*, p. 171), that non-unified systems may specify, at the time of ratification, that the Convention does not apply to wholly internal matters.

Italie/Italy

Le Gouvernement de la République italienne, ayant pris connaissance de l'avant-projet de Convention préparé par la Commission spéciale ainsi que du Rapport de M. von Overbeck, exprime l'avis suivant:
Les dispositions incluses dans l'avant-projet visent tant la création de critères communs aux différents systèmes juridiques permettant la définition des règles de renvoi applicables aux trusts que la reconnaissance des effets juridiques qui découlent de cette institution. Ces deux aspects étant strictement liés – même au-delà de ce qui pourrait apparaître d'emblée –, il serait inopportun de les traiter séparément, quoique l'impact sur le système juridique italien soit dans un cas plus fort que dans l'autre.
A cet égard faut-il rappeler que l'institution «trust» est tout d'abord issue du milieu juridique de *common law*, dans lequel celle-ci trouve le cadre le plus adapté à son application.
Par contre le trust, aussi bien dans ses principes directeurs que dans ses mécanismes structuraux, est tout à fait inconnu du système juridique italien, qui relève de l'expérience juridique du droit romain. Néanmoins, le Gouvernement de la République italienne, soucieux de favoriser les échanges transnationaux, a toujours consenti à ce que toute personne physique ou morale appartenant aux systèmes qui connaissent le trust puisse se servir de cet instrument juridique, de même qu'il estime qu'aucun obstacle marquant ne s'oppose à la reconnaissance de celui-ci. Cependant, le Gouvernement italien est d'avis que l'application du trust devrait être limitée aux secteurs des titres de crédit et de la propriété des biens meubles non enregistrés.
Le système juridique italien connaît bien l'institution de l'inscription fiduciaire de droits et les différences, qui pourtant existent, entre ce qu'on appelle la «fiducie romaniste» et la «fiducie germaniste» ne sont pas susceptibles de représenter un obstacle dans le cadre d'une convention internationale.
Par ailleurs, la législation italienne a récemment adopté des solutions juridiques qui ne sont pas loin de la «morphologie» des trusts. Il suffit de citer la loi No 77 du 23 mars 1983 sur les fonds de placement mobilier.
Il s'ensuit que si la future Convention était limitée au secteur de la propriété financière et mobilière, les obstacles à une reconnaissance rapide des effets des trusts en Italie seraient négligeables.
Le système actuellement en vigueur serait soumis à un nombre réduit de dérogations marginales; d'autre part, les juges ainsi que les juristes seraient réceptifs.
Cependant, le Gouvernement de la République italienne prend acte du fait que l'avant-projet en question ne limite pas son champ d'application aux biens meubles mais porte par contre sur toutes les formes de propriété des biens et donc aussi des biens immeubles.
Les biens immeubles, et meubles enregistrés, sont soumis, dans l'ordre juridique italien, à un système d'inscription qui conditionne leur régime de propriété et de transfert.
L'article 12 de l'avant-projet entend accorder aux *trustees* la faculté de s'inscrire en cette qualité dans les registres immobiliers des pays contractants «pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi».
Toutefois, la réglementation des actes et des sujets pour lesquels on peut demander l'inscription est *péremptoire*.
Il s'ensuit qu'afin de réaliser les buts de la Convention, cette réglementation exigerait une modification.
En vue de prévenir cette déformation, la disposition prévue à l'article 14 de l'avant-projet n'apparaît suffisante ni dans la variante A ni dans la variante B. La variante A laisse en effet la possibilité, trop aisée, de constituer un trust international avec des sujets provenant d'un pays qui ignore le trust, en élisant simplement un pays étranger comme lieu d'administration du trust.
La variante B, certes plus restrictive, souffre d'une grande indétermination. Il n'est pas facile de comprendre à cet égard si la localisation du lieu d'administration est un élément suffisant pour échapper à la prudence que celui-ci impose. En tout cas, il paraît certain que la formule actuelle de l'article 14 variante B permettrait de recourir aux trusts pour des biens situés dans des pays qui ignorent cette institution, en incluant simplement dans le trust des biens qui, au moment de la constitution de celui-ci, se trouvent à l'étranger.
Le Gouvernement italien fait remarquer que les clauses prévues dans les articles 16 et suivants de l'avant-projet ne semblent pas susceptibles de résoudre le problème de la reconnaissance des trusts abusifs. Ces clauses, en effet, permettent à un système juridique qui ignore le trust d'invoquer le principe de l'ordre public et d'appliquer en tout cas ses règles impératives ainsi que, dans certains cas, les règles impératives en vigueur dans le système juridique désigné par ses règles de renvoi.
Et cela parce que, si d'une part de telles clauses sont à

même de prévenir les conséquences de l'utilisation des trusts *abusifs*, elles sont par contre inefficaces contre les abus qui sont dus au recours à la réglementation en matière de trust en tant que telle. La pluralité de clauses de «sauvegarde» semble donc excessive et, d'autre part, insuffisante à protéger l'intérêt considérable des pays qui ne connaissent pas le trust.
Il serait donc souhaitable que le projet de Convention comporte une révision du principe de l'autonomie, qui accorde au constituant un pouvoir illimité – et difficile à limiter – de choisir la loi applicable au trust qu'il a constitué. Une solution, qui mérite d'être envisagée, pourrait partir du critère de la séparation entre la loi applicable et la reconnaissance des effets. Les systèmes juridiques qui ne reconnaissent les effets du trust qu'en vertu du droit conventionnel pourraient limiter cette reconnaissance aux trusts régis par le même système juridique où se trouve la résidence du constituant.
D'autres observations vont dans le même sens.
Plus particulièrement, le Gouvernement de la République italienne désire faire connaître son point de vue quant à l'alternative qui est restée ouverte dans l'avant-projet et qui concerne le caractère de la Convention. A ce propos, le Gouvernement italien prend acte que la plupart des experts se sont prononcés en faveur d'une convention universelle en matière de règles de renvoi et d'une convention réciproque en matière de reconnaissance. Quoi qu'il en soit, l'alternative en faveur d'une convention universelle dans tous ses aspects demeure dans la variante B de l'article 1. Il y a lieu d'évoquer que la nature particulière du trust implique, de la part des Etats qui doivent reconnaître ses effets, une «confiance» à l'égard des autorités judiciaires et/ou administratives responsables de la surveillance des trusts dans les lieux d'origine et que cette confiance mérite en retour l'adhésion formelle à la Convention proposée. Par conséquent, la variante A de l'article 1 paraît comme décidément préférable.

Conclusions

Avec les réserves explicitées ci-dessus, le Gouvernement de la République italienne exprime son appréciation pour le travail accompli au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, en partageant ses buts et notamment les efforts déployés dans un domaine des rapports transnationaux qui est marqué par de considérables difficultés d'harmonisation.

Pays-Bas/Netherlands

I GENERAL

A *General nature and structure of the preliminary draft*

The draft in its title, article 1, the title of Chapter III and articles 11, 13–15, uses the term 'recognition of trusts'. This term is open to two objections. (1) It is inconsistent with the remainder of the structure of the Convention which is based upon the view that trusts can best be seen as a category of their own with their corresponding specific rules of applicable law. Application of these rules necessarily *implies* recognition. Moreover, (2) 'recognition of trusts' carries the suggestion that a trust has to pass some form of authorization in order to be effective in the 'recognizing' State. The term 'recognition of trusts' should, therefore, be avoided, and we prefer the term 'effects of trusts'. See suggestions for alteration of the above-mentioned articles *infra*, under II.

B *Some questions not expressly dealt with by the preliminary draft. (Report Nos 12–17)*

i Supervision of trustees by the courts

Although the Reporter would seem to overestimate somewhat the actual supervision exercised over trusts by courts in trust jurisdictions and to underestimate the potential remedies a beneficiary, a co-trustee or a settlor may have in non-trust jurisdictions, we agree that *dépeçage* and a change of administration resulting in the law of a non-trust jurisdiction being applicable should be examined more closely. See proposal *infra*, under II, article 5.

ii The proof of the trustee's powers

In view of the requirements on publicity in most non-trust jurisdictions, a form of certificate specifying the trustee's powers delivered by the authorities of the country where the trust has been constituted or operates would facilitate the operation of the Convention in non-trust jurisdictions. Whether the idea is practicable, however, will depend primarily on the judgement of the delegations from trust jurisdictions.

iii The protection of third parties in good faith

This problem will be discussed *infra*, under II, articles 11 and 19. We have the impression that the present draft overemphasizes the need for protection of third parties in good faith.

II SPECIFIC COMMENTS

Title

We suggest the following title: *'Convention on the law applicable to trusts and to their effects.'*

Article 1 – see also comments on article 4

We prefer variant B and suggest that is should read: *'This Convention specifies the law applicable to trusts and makes provision for their effects.'*
Variant A introduces a two-way system, one set of rules which is universally applicable (Chapter II) and one system of rules which is applicable only in the relations among Contracting States (Chapter III); Chapters 1 and IV applying to both. It is not clear, however, how Chapter II could possibly apply in cases where a trust would *not* be 'recognized' under Chapter III. However, if delegations were generally to feel that variant B does not offer a sufficient incentive to ratify the Convention, we could accept variant A, reworded in line with the amendment to variant B suggested above.

Article 2 – see also *infra, Other matters*

The French text has: *'d'autres actes'*; the English text reads: 'other instruments' which is limited to *written* acts. The two texts should be aligned. If the French text were to be followed, *'d'autres actes'* could possibly be translated by: 'other juristic acts'.

Article 3

We would prefer to limit the Convention to express trusts created by a settlor, evidenced in writing, in order to exclude implied resulting and constructive trusts, judicial trusts and trusts created by the operation of a Statute.

Article 4

Article 4, defining the key concept of the Convention, should become article 1.
We continue to believe that the Convention should be limited to Anglo-American trusts. We suggest that the words '*provided that*' be added to the first paragraph and suggest the following text for paragraphs 2 and 3:

'... provided that:

a – *title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee,*
– *the assets constitute a separate trust fund, and*
– *they are not a part of the trustee's own estate;*

b *the trustee has the power and the duty in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.'*

The last paragraph should expressly exclude any doubts that the positions of a settlor and a trustee may coincide. It should be put beyond doubt that the *fiducie* of Quebec law is covered by the Convention (*cf.* Report No 20).

Article 5

We suggest adding a second paragraph, in order to clarify the scope of the Convention in the case of subsequent changes:

'In addition, the Convention ceases to apply from the moment that there is a change of the applicable law and the newly applicable law contains no provision relating to trusts or to the category of trust involved.'

Other matters

It should be made clear somewhere in Chapter I, possibly by an addition to article 2, that the Convention does not apply to:

a the capacity of the settlor, the trustee or the beneficiaries;

b requirements as to form.

(*cf.* Report, Nos 70 and 71)

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 6

We prefer the terminology of the Rome Convention and suggest, therefore, the following text to replace the first two paragraphs:

'A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case.'* As regards paragraph 3, *dépeçage* should be restricted to those cases where the choice is express.

Article 7

No comments, except that in paragraph 3 in the French text presumably the word *'y'* should be inserted after *'exceptionnel,'* and before *'être appliquée'*.

Article 8

No comments.

Articles 9 and 10

1 (validity of) the trust *as a whole*

Dépeçage, in our view should remain an exception (see *comments* under article 6). Besides, it is difficult to imagine how different laws could apply to different aspects of validity. The words 'as a whole' should, therefore, be omitted.

2 change of the place of administration

This is a matter which will mostly be dealt with expressly in the trust instrument. It is, therefore, doubtful whether it needs to be covered by the Convention. The present text might also give rise to problems: what if the law of the jurisdiction where the trust was administered in the first place would not permit a change of the place of administration, but the law chosen to govern the validity would permit such a change? Which law is to prevail?

3 the law governing the validity determines whether a question does or does not relate to administration (article 9)

If the view is accepted that *dépeçage* should remain an exception, there is hardly any need for this provision.

4 in the light of the above comments we wonder whether the Convention could not do without articles 9 and 10. Articles 9 and 10 may even prove to be counterproductive in certain circumstances, *e.g.* where so-called emergency trusts are concerned.

CHAPTER III

Article 11

Paragraph 1

This paragraph should read:

'A trust created in accordance with the law specified by article 6 or 7 shall be effective as such in all Contracting States.'

Paragraph 2

1 '*This*' should be substituted for 'such recognition'.

2 The French text has *'comparaître'*, the English text reads 'appear or act'. The two texts should be aligned.

Paragraph 3

1 Substitute the following text:

'In particular [, in so far as the law applicable to the trust requires or provides,] the trust shall have the effect
a ...
b ...
c ...'

We wonder whether the words between brackets are really necessary.

2 Paragraph *d* should be left out. Remedies against acts in breach of trust are to be found in and governed by the laws of the jurisdiction where the trust is to have its effects. This applies in particular to remedies against alienation in breach of trust of trust assets, which is a matter closely bound up with mandatory local rules on

* Compare, however, our observations on article 2, *supra*.

the transfer of title to property to third parties (article 19*b*).

3 *Under c* the text or the Report should perhaps add that the trust assets also do not form part of any community of property in which the trustee is married.

Article 12

No comments.

Article 13

1 Is this provision compatible with the various existing Conventions on recognition and enforcement such as the 1971 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters and its Protocol?

2 Even if there were no conflict with those treaties, article 13 might give rise to difficulties. It is not self-evident that the recognizing State should accept to refrain from examining whether the procedure before the authority which has rendered the decision was correct, in particular where the decision involves payment of damages, etc. Where other matters are concerned, such as recognition of a decision whereby trustee B has been substituted for trustee A, it is not clear what the exact effect is of article 13. Suppose that trustee A owned a house in The Hague in trust which had been mortgaged. Is the mortgage bank automatically obliged to accept trustee B as its new mortgagor? (*cf.* also article 19*b*).

3 In view of the afore-mentioned comments, it might be preferable to limit article 13 to a list of acceptable grounds of jurisdiction, as follows:

'For purposes of recognition of decisions with respect to matters internal to the trust rendered by a judicial or administrative authority in a Contracting State, such authority shall be considered to have jurisdiction for the purposes of this Convention if:
a *the settlor has conferred jurisdiction in writing upon it; or*
b *the State concerned is the State with which this trust is most closely connected; or*
c *by virtue of this Convention, the law of that State is applicable to the issue'.*

4 However, we wonder whether the Convention could not do without article 13. (In that case, article 15 needs to be adapted accordingly.)

Article 14

1 We suggest the following text:

'Upon ratification of this Convention any Contracting State may declare that if, at the time of the creation of a trust, all the elements of the situation, other than the choice of the applicable law or the domicile of the trustee, were localized in one State only, it shall not give effect to a choice of law other than the law of the State where all those elements were localized'.

2 Another possibility would be a provision in chapter 6 analogous to article 3, paragraph 3, of the EEC Rome Convention of 19 June 1980.

3 We wonder whether the Reporter is right in suggesting that the trustee's habitual residence should be substituted for the trustee's domicile.

Article 15

No comments.

Article 16

We prefer the text of the draft Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods, which reads as follows:

'In this Convention the word 'law' means the law in force in a State, other than its rules of private international law'.

Article 17

No comments.

Article 18

The French and the English text should be aligned, bearing in mind that article 18 applies not only to the provisions on applicable law but also to those on the effects (recognition).

Articles 19–20

We prefer to have these articles combined in one single provision. Article 19 could be the core of this new article, as there was general agreement that the existing choice of law rules of the forum should not be affected to the extent that they mandatorily protect interests such as those listed under *a–d*.

Turquie/Turkey

Les questions qui se posent au sujet de l'avant-projet de Convention sur la loi applicable au trust et sur sa reconnaissance peuvent se ramener à trois points essentiels:

Premier point: Le champ d'application de la Convention se limite-t-il aux rapports entre Etats contractants? (articles premier et 11)

Deuxième point: La Convention s'étend-elle à la reconnaissance des décisions judiciaires et administratives relatives au trust? (article 13)

Troisième point: Certaines limitations des cas de reconnaissance des trusts (article 14)

Sur le premier point, il ne nous semble pas nécessaire d'écarter le principe de la réciprocité quant à la reconnaissance de cette institution juridique issue du *common law* et dont l'équivalent est souvent pénible à trouver en droit continental. Donc il conviendrait selon nous que la Convention limitât ses effets aux rapports entre Etats contractants, ceci spécialement dans le cas où la reconnaissance du trust impliquerait aussi la reconnaissance des décisions judiciaires et administratives relatives au fonctionnement interne du trust rendues par les juridictions d'un Etat contractant.

Sur le deuxième point, nous considérons possible une reconnaissance des décisions judiciaires et administratives relatives au fonctionnement interne du trust (c'est-à-dire concernant les relations entre un constituant, un *trustee* ou un bénéficiaire ou portant sur les droits de ceux-ci, mais dans les limites tracées par l'article 19 de l'avant-projet).

Sur le troisième point, la question nous semble exiger de plus amples recherches, car il peut s'avérer que de judicieuses limitations adoptées sur ce point permettent un plus grand nombre de ratifications ou d'adhésions.

En conclusion nous sommes en faveur:

1 De la limitation du champ d'application de la Convention aux rapports entre Etats contractants.

2 Nous admettons l'article 13.

3 L'article 14 devrait inclure les variantes A et B.

Commonwealth Secretariat

Comments submitted by the Observer for the Commonwealth Secretariat

The texts of the preliminary draft Convention and of Mr von Overbeck's Report were sent by the Commonwealth Secretariat to a number of Commonwealth Governments and to selected individual experts. This paper summarises the response to date.

CHAPTER I – SCOPE

A number of comments were received as to the inclusion of particular types of trust within the Convention. Other comments were also made as to some of the articles of this Chapter.

Personal declarations of trust

One commentator asked whether the draft text made it clear that personal 'declarations of trust' are within the Convention. This is the case in which a person, already possessed of certain property, declares that he will thereafter hold the property as trustee on certain trusts. The case, in other words, is one in which the settlor becomes the trustee.
It is thought that such cases should fall within the Convention, but the present text is unclear. It repeatedly stresses a transfer of assets (see article 2: 'are transferred'; article 4, first paragraph: 'placing assets under the control...'). It also provides in article 4, fourth paragraph, that the settlor can reserve certain powers and can also be a beneficiary; the case of the settlor/trustee is not expressly stated.
This point is covered in Special Commission Working Paper 19 from the Canadian Delegation which provided: 'The creator of the trust, if he wishes, may retain a power or some powers for himself. *He may be a trustee,* and he may be a beneficiary'. See also Mr von Overbeck's Report, paragraph 47.

Resulting trusts

The nature of these trusts is examined in Preliminary Document No 1, paragraph 110. Commentators welcomed the approach which would include these trusts but exclude constructive trusts (see Mr von Overbeck's Report, paragraph 34). But a number of commentators asked that the text be made more specific on this point.
The reasons for this suggestion are best explained by using an illustration in Mr Dyer's Report. 'Where the trustee has fully performed an express trust and still holds property constituting the trust *res,* the inference is made that the settlor did not intend to give the remainder to the trustee. For example, a settlor has transferred property to a trustee for the life of a named beneficiary. When the beneficiary dies, the trustee is still holding the property. The trustee holds the property upon a resulting [trust] for the settlor and may be required to return it to the settlor or to the settlor's heirs.'
It is far from clear that this resulting trust is created 'voluntarily'; it can be argued that such trusts are often a result of a failure by the settlor to deal with every contingency, so that they arise involuntarily. *Cf.* article 3: 'created voluntarily'. Equally the resulting trust itself is not directly 'evidenced in writing' as article 3 requires. The *original* trust will be, but this consequential trust itself is not. Some express reference to the concept of a resulting trust, one arising from a trust otherwise falling within the Convention, is required.

Discretionary trusts

These trusts are important in practice: see Preliminary Document No 1, paragraph 60. The trustees must exercise their discretion in accordance with the trust in deciding what is to be paid at what time to which of a class of beneficiaries. For most purposes, no single beneficiary has an 'interest' in the trust property (though a class of beneficiaries may have): see the leading English case of *McPahil* v. *Doulton* (House of Lords, 1970).
One commentator asked whether the phrase 'for the benefit of a beneficiary' in article 4, first paragraph, was apt to include discretionary trusts; the same commentator was even less happy with the possible effect of the word *'intérêt'* in the French text.

Article 1

All those who referred to the matter preferred variant B of this article.

Article 4

One commentator, referring to paragraph 43 of Mr von Overbeck's Report, suggested 'which are calculated to' as the equivalent of *'à l'effet de'* in the French text of the first paragraph.
There was support for the text referred to in the second part of paragraph 44 of Mr von Overbeck's Report: 'The title to the trust property may stand in the trustee's own name, or in the name of a separate person for the benefit of the trust.' This was seen as meeting the common division of functions between custodian and managing trustees.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Articles 6 and 7

An experienced New Zealand practitioner comments as follows: 'In recent years, it has become increasingly common for draftsmen to provide for trustees, or sometimes someone else, to change the proper law of a settlement. It is unclear how articles 6 and 7 would apply in respect of such a settlement.'

Article 9

This provides for classification of an issue by the law governing the validity of the trust rather than the *lex fori.* One commentator, supporting the principle, asked that the point be stressed more strongly in the Explanatory Report.
Another commentator asked for some expansion of the text, so that the chosen law should govern not only 'whether' the place of administration might be changed but also the methods to be used. That is, it should also determine whether a change had validly occurred.

Article 10

Appreciation was expressed for paragraphs 75–77 of Mr von Overbeck's Report. It was felt that a text along the lines indicated in paragraph 77 would be an improvement on the present text.

Observations/Comments

Article 11

The view was expressed, contrary to that of Mr von Overbeck, that there is no simple relationship between the reference to Contracting States in the phrase in square brackets here and in article 1. For example, article 6 allows different laws to be chosen to govern severable aspects of the trust; if several laws are used, only some being the laws of Contracting States, how does article 11, including the phrase in brackets, apply? Commentators would urge the deletion of the phrase.

Article 12

The point has already been made that the text of article 4 can be improved to meet the case where there are distinct custodian and managing trustees, *e.g.* by stating that title to the trust property need not be in the trustee's own name. The text of article 12 needs consideration with the same point in mind.

Article 13

Support was expressed for the inclusion of a provision along the lines of the proposed article 13. The phrase 'internal to the trust' was not found wholly satisfactory, even as defined in paragraph 2. A decision replacing one trustee by another should, it is thought, be recognised, but it is not clear that that is an 'internal' matter, the second paragraph stressing the relationship between (existing) persons.

Banque des Règlements internationaux

Mémoire présenté par la Banque des Règlements internationaux en sa qualité d'Observateur

1 La Banque des Règlements Internationaux (BRI) a pris part, en qualité d'observateur, aux travaux de la Commission spéciale sur le trust. Elle a été invitée à se joindre à nouveau, au même titre, à la Quinzième session de la Conférence qui sera appelée, notamment, à examiner l'avant-projet de Convention sur la loi applicable au trust et sur sa reconnaissance qui a été préparé par la Commission spéciale.
Le Rapport présenté au sujet de cet avant-projet par M. Alfred E. van Overbeck (Document préliminaire No 9) rappelle que la BRI est intervenue à plusieurs reprises au cours des débats de la Commission spéciale et qu'elle a fait connaître des réserves à propos de ce texte. Il retient, par ailleurs, que la Commission a autorisé la BRI à remettre, à l'occasion de la session plénière, un mémoire exposant son avis. Le présent document n'a d'autre objet que de préciser le point de vue exprimé par le représentant de la BRI lors des travaux de la Commission spéciale.

2 La Banque des Règlements Internationaux est une organisation internationale fondée à la suite des Accords de La Haye de 1930. Son siège est à Bâle (Suisse). Les 29 membres de la BRI sont des banques centrales (banques d'émission) des diverses régions du monde. L'objet de la BRI est, selon l'article 3 de ses Statuts, de favoriser la coopération des banques centrales, de fournir des facilités additionnelles pour les opérations financières internationales et d'agir comme «*trustee*» ou agent en ce qui concerne les règlements financiers internationaux qui lui sont confiés en vertu d'accords passés avec les parties intéressées.

Bank for International Settlements

Memorandum presented by the Bank for International Settlements in its capacity as an Observer

1 The Bank for International Settlements (BIS) participated as an observer in the Special Commission's work on the subject of trusts. The BIS has similarly been invited to attend the Fifteenth Session of the Hague Conference on Private International Law, at which the preliminary draft Convention on the law applicable to trusts and on their recognition, which has been prepared by the Special Commission, will be considered. The Report by Prof. Alfred E. von Overbeck on the preliminary draft Convention (Preliminary Document No 9) mentions that the BIS made a number of comments during the Special Commission's discussions and that it had expressed certain reservations regarding the drafting of the Convention. The Report also mentioned that the possibility was given to the BIS to present more detailed observations at the Plenary Session. The purpose of the present paper is to set out in detail the opinion expressed by the representative of the BIS during the Special Commission's discussions.

2 The BIS is an international organisation which was founded pursuant to the Hague Agreements of 1930. Its registered office is situated in Basle, Switzerland. The 29 member institutions are the central banks (issuing banks) of various countries throughout the world. The Bank's objects, as stated in Article 3 of its Statutes, are to promote the co-operation of central banks and to provide additional facilities for international financial operations; and to act as trustee or agent in regard to international financial settlements entrusted to it under agreements with the parties concerned.

C'est en raison de son expérience de *«trustee»* – au sens anglo-saxon du terme – opérant dans un pays de droit romano-germanique que la BRI a été invitée à prendre part aux travaux de la Conférence sur le trust. Le Document préliminaire No 4 (*A Trustee in Continental Europe*, par MM. G. K. Simons et L. G. Radicati, du Service juridique de la BRI) présenté au début de ces travaux a relaté les difficultés rencontrées dans cette tâche: *(a)* Dès 1930, alors que la Banque avait été appelée à intervenir comme *«trustee»* dans le cadre du Plan et de l'Emprunt Young et *(b)* à partir de 1954, dans l'exécution du Contrat de Nantissement conclu par la Banque avec la Haute Autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier. Près de cinquante ans plus tôt, le Dr Felix Weiser, alors Conseiller juridique de la BRI, avait traité des mêmes problèmes, notamment à propos de l'Emprunt Young, dans une monographie très appréciée par les comparatistes (*Trusts on the Continent of Europe*, Londres, 1936).

Il ne saurait être question de revenir ici sur les nombreuses précisions données par ces deux études. Mais on en retiendra que la BRI a pu mesurer, dans l'accomplissement des missions de «*trustee*» qui lui ont été confiées, toute la complexité des problèmes susceptibles de se poser à ce propos. L'expérience de la Banque n'ayant porté que sur des trusts d'affaires ou destinés à créer ou à exécuter des sûretés, les observations du présent mémoire se limiteront à ce domaine particulier.

3 En fait, la matière traitée par l'avant-projet de Convention est singulièrement plus vaste. Ce texte a un caractère général, de même que le trust qui a, lui aussi, une vocation générale. On a pu dire avec raison qu'il n'y a pratiquement aucune matière à laquelle le trust ne puisse s'appliquer. Un auteur français connu – Pierre Lepaulle – dont les écrits ont eu une grande influence sur le développement du «trust» ainsi que de la propriété fiduciaire au Mexique et dans d'autres pays d'Amérique latine, écrivait, peu après la fondation de la BRI et à propos des fonctions de *«trustee»* confiées à la Banque, dans le cadre du Plan Young: «Ainsi depuis le règlement de la plus grande des guerres jusqu'à celui de la succession la plus humble, depuis les combinaisons les plus audacieuses de Wall Street jusqu'à la protection des petits-enfants, le trust voit défiler devant lui le cortège bigarré de tous les intérêts humains: rêves de paix, impérialisme commercial, désir d'étrangler la concurrence ou de gagner le paradis, haine ou philantropie, amour de sa famille ou désir de la spolier après sa mort, tous avec leur robe de pourpre ou avec leurs haillons, avec leur auréole ou avec leur rictus, participent à la procession. Le Trust est l'ange gardien de l'Anglo-Saxon, il l'accompagne partout, impassible, depuis son berceau jusqu'à sa tombe...» (*Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, p. 113).

On ne saurait manquer de reconnaître, malgré les accents quelque peu élégiaques du passage emprunté à cet auteur, la justesse de ses propos. Les emplois multiformes du trust ont également été mis en évidence par MM. Dyer et van Loon, dans leur excellent Rapport introductif (Document préliminaire No 1) soumis à la Commission spéciale. Le caractère général de l'institution n'a cessé, du reste, de préoccuper la Commission spéciale tout au long de ses travaux. L'observateur se demandera, cependant, s'il est possible de traiter, en une vingtaine d'articles seulement, d'une matière aussi vaste et aussi complexe.

4 Dans son Rapport commentant l'avant-projet de

It is because of its experience in acting as 'trustee', in the Anglo-Saxon sense of that word, within a country whose legal system is Roman-German, that the BIS was invited to participate in the Conference's work on trusts. Preliminary Document No 4 (*A Trustee in Continental Europe*, by G. K. Simons and L. G. Radicati of the Bank's Legal Service), which was presented at the beginning of the Conference's work, explained the problems which the BIS had been faced with when acting as 'trustee' *(a)* as from 1930, since the Bank had been appointed to act as 'trustee' under the Young Plan and the Young Loan, and *(b)* from 1954 onwards, in accordance with the Act of Pledge which was concluded between the BIS and the High Authority of the European Coal and Steel Community. Almost fifty years earlier, Dr Felix Weiser, the then Legal Adviser of the BIS, had given consideration to the same problems, in particular those connected with the Young Loan, in a monograph which was greatly appreciated at the time by comparative lawyers (*Trusts on the Continent of Europe*, London, 1936).

It is not proposed to repeat the points which were made in these two publications, but merely to underline that in fulfilling the tasks entrusted to it as 'trustee', the BIS has had direct experience of the multitude of problems which can arise in so doing. Because the Bank's experience has only been in relation to business trusts, or trusts whose purpose was the creation or perfection of security interests, the observations made in the present paper will be limited to this particular field.

3 The scope of the preliminary draft Convention is considerably wider than the limited field mentioned above. The document is drawn up in general terms, just like trusts themselves, which are of extremely wide application. It can be fairly said that there is almost no field in which trusts cannot find some application. A renowned French author – Pierre Lepaulle – whose writings have had a profound influence on the development of the 'trust' as well as on the concept of fiduciary property in Mexico and other Latin American countries, wrote as follows shortly after the BIS was founded and with respect to the 'trustee' functions entrusted to the Bank under the Young Plan: 'Thus from settlement of the greatest of wars down to the simplest inheritance on death, from the most audacious Wall Street scheme down to the protection of grandchildren, the trust can see marching before it the motley procession of the whole of human endeavour; dreams of peace, commercial imperialism, attempts to strangle competition or to reach paradise, hatred or philantropy, love of one's family or the desire to strip it of everything after one's death, all those in the procession being dressed either in robes or in rags, and either crowned with a halo or mocking with an grin. The trust is the guardian angel of the Anglo-Saxon, accompanying him everywhere, impassively, from the cradle to the grave...' (*Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, p. 113).

The truth of this view – despite the somewhat colourful language employed – cannot be denied. The multifarious uses to which the trust can be put have also been highlighted by MM. Dyer and Van Loon in their excellent introductory Report (Preliminary Document No 1) to the Special Commission. It is the very generality of the trust's application which has also preoccupied the Special Commission throughout its discussions. However, the observer cannot avoid asking himself whether it is possible to deal with such a wide-ranging and complicated subject in the short space of some twenty articles.

4 In his Report commenting on the various provisions

Convention, M. von Overbeck a relevé que l'on avait renoncé, pour d'évidentes raisons, à y donner une définition du trust. Mais il a noté en même temps, à propos de l'article 4 de l'avant-projet, que cette disposition en donnait les éléments essentiels, sans inclure expressément ni exclure certains trusts, tels que – notamment – les trusts d'affaires et ceux destinés à créer des sûretés.

Il serait souhaitable, cependant, de lever toute incertitude à ce sujet. Si les trusts d'affaires ainsi que ceux destinés à créer des sûretés sont compris dans le domaine d'application de la Convention, les dispositions de cette dernière devront être complétées et il sera opportun de consulter à ce propos les milieux principalement concernés: banques centrales, banques commerciales, bourses etc... Si, en revanche, la Convention n'a pas une portée aussi étendue, il conviendra de le dire expressément dans son texte.
La rédaction actuelle de l'avant-projet de Convention est ainsi, de toute manière, insuffisante.
On ne peut que regretter, d'autre part, l'absence de toute référence, dans l'avant-projet, aux pays de droit anglo-saxon. Même s'il y a eu accord, en fait, lors de la rédaction de ce texte, de n'envisager son application qu'au «trust anglo-américain», l'imprécision de l'article 4, dans sa teneur présente, permet d'en étendre la portée à certaines institutions fiduciaires des pays de droit romano-germanique. Un problème particulier est posé, à ce sujet, par le Liechtenstein. On sait que la législation de ce pays comporte des dispositions très élaborées en cette matière, le Code civil liechtensteinois (art. 897 et ss.) employant indifféremment les termes de *«Treuhand»* (fiducie) ou de *«Treuhandverhältnis»* (relation fiduciaire) ainsi que ceux de «trust» ou de «*trustee*». Des dispositions non moins détaillées du même Code (art. 932a) concernent les trusts d'affaires. Les institutions en question répondent parfaitement à la définition donnée par l'article 4 de l'avant-projet de Convention. On notera enfin que l'article 931 du Code civil liechtensteinois permet de créer, au Liechtenstein, un trust régi par une loi étrangère, c'est-à-dire un «trust anglo-américain». On se demandera, dès lors, si la Convention peut être appelée à s'appliquer à de tels trusts. La question paraît suffisamment importante pour exiger une réponse sans ambiguïté.

5 Les effets de la reconnaissance du «trust anglo-américain» dans les pays de droit romano-germanique sont multiples. On ne retiendra ici que certaines conséquences sur le plan des relations contractuelles et des droits réels dans ces pays. Ces observations n'auront, bien entendu, qu'un caractère général, le *«civil law»* n'étant pas plus uniforme que le *«common law»*.
Pour les banques, le contrat le plus important est le dépôt. Ce contrat ne crée, en principe, de relations juridiques qu'entre le déposant et la banque dépositaire. Cette dernière n'est ainsi tenue de restituer la chose qu'au déposant et ne saurait, en acceptant un dépôt, contracter d'obligations à l'égard d'un tiers. Tel est le principe énoncé très clairement, par exemple, par l'article 479 du Code suisse des Obligations. Il s'ensuit qu'une banque recevant un dépôt d'un *trustee* n'en est tenue qu'à l'égard de ce dernier. On rappellera, à ce propos, que selon la conception classique en *«civil law»*, la propriété est une; elle ne saurait ainsi être répartie, quant aux biens faisant l'objet du trust, entre *trustee* et bénéficiaire. Les rapports entre ces derniers sont, dès lors, du domaine contractuel et la banque n'a, en principe, pas à en connaître. Il semble toutefois, si l'on s'en tient à l'article 11 de l'avant-projet, que cette situation se trouvera modifiée par la nouvelle Convention. Ce

of the preliminary draft Convention, Prof. von Overbeck mentions that, for obvious reasons, no attempt has been made to give a precise definition of the trust. In his comment on article 4 of the draft Convention, he says that this provision is intended to give the essential elements of the trust, without either including expressly nor excluding certain types of trust, in particular business trusts and trusts for the creation of security interests.
It would appear desirable, however, to avoid any doubt on this point. If business trusts and those whose purpose is to create security interests are to be encompassed by the Convention, the contents of the Convention will need to be extended accordingly and it would be advisable, for this purpose, to consult those mainly concerned: central banks, commercial banks, stock exchanges, etc... On the other hand, were it to be decided that the Convention should not have such a wide field of application, this should be made absolutely clear in the text.
The present wording of the preliminary draft is thus, in any event, inadequate.
It is also a matter for regret that the preliminary draft of the Convention makes no mention of the countries in which the common law system is applied. Even if agreement was in fact reached, at the time when the draft was drawn up, that the Convention should only apply to the 'Anglo-American' trust, the lack of precision in the wording of article 4, as currently drafted, could result in the Convention also being extended to certain fiduciary institutions in the countries in which Roman-German law applies. In this connection, Liechtenstein poses a special problem. As is well known, Liechtenstein law contains many provisions in this field, the Liechtenstein Civil Code (art. 897 *et seq.*) employing the expressions *'Treuhand'* (trust) or *'Treuhandverhältnis'* (trusteeship) as well as 'trust' and 'trustee'. Equally detailed provisions of the Code (art. 932a) deal with business trusts. All the institutions in question correspond to the definition given in article 4 of the preliminary draft Convention. Finally, it should be recalled that article 931 of the Liechtenstein Civil Code allows trusts to be set up in Liechtenstein which are governed by foreign law, *viz.* an 'Anglo-American' trust. It may reasonably be asked whether the Convention is intended to apply to trusts of this kind. This question is so important that a clear reply to it is essential.

5 The consequences of recognition of the Anglo-American trust by the Roman-German law countries are many and various. This note will mention only those which affect contractual relations and real rights (*jura in rem*) in those countries. What is said below will necessarily be of a general character, since 'civil law' is no more uniform than 'common law'.
So far as banks are concerned, the most important contract is the deposit. Normally, this contract only gives rise to a legal relationship between the depositor and the depositary bank: the latter is thus only obliged to return what was deposited to the person who made the deposit and should not, by reason of accepting the deposit, find that any duty has been undertaken towards third parties. This principle is, for example, very clearly stated in article 479 of the Swiss Code of Obligations. It follows that a bank which accepts a deposit made by a trustee only undertakes a duty towards the person making the deposit. It will be recalled that the classic concept in civil law is that property is indivisible: it cannot be fragmented, so far as the deposited trust assets are concerned, between trustee and beneficiary. It follows that the relationship between the last-mentioned persons is purely contractual and the bank need not, in principle, be aware of it. The way in which article 11 of

texte permet, en effet, à son alinéa 3, lettre *d*, la revendication des biens du trust lorsque le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé.

Cette revendication met en cause – ce point sera examiné plus longuement aux sections suivantes – le système de droits réels du pays où se trouvent les biens revendiqués. On s'interrogera, dès lors, sur l'opportunité de donner à pareille dérogation une portée générale. Mais l'action du bénéficiaire s'exercera également dans le domaine des obligations. Etant dirigée contre le détenteur des biens, elle ne saurait être dissociée de la responsabilité de ce dernier. Or, quelle sera, dans ce contexte, la responsabilité du banquier? En droit anglais, si le banquier a connaissance, même fortuitement, de l'existence d'un trust, il doit s'abstenir de concourir d'une manière quelconque à la violation des obligations du *trustee*. Le banquier a alors des obligations fiduciaires vis-à-vis du bénéficiaire du «trust» (*cf. Paget's Law of Banking*, 9ème édition, 1982, p. 88 et ss.). On en dira autant, en substance, des Etats-Unis *(cf. Restatement of the Law of Trusts*, Second, § 324).

6 L'avant-projet de Convention introduit ainsi, semble-t-il, dans les opérations bancaires des pays de *«civil law»* un élément entièrement nouveau. Certes, l'application de l'article 19 est réservée dans ce contexte et il y aura lieu d'y revenir. Il n'apparaît pas, cependant, à la lecture de cette disposition, qu'elle intervienne en matière de responsabilité. Mais il résulte, en revanche, de l'article 11 précité de l'avant-projet, que l'action en revendication dépendra de la violation des obligations résultant du trust. La question de savoir s'il y a eu ou non violation, ou dans quelles circonstances une telle violation peut intervenir, sera ainsi essentielle. La réponse dépendra dans une large mesure de la loi applicable au trust, les solutions n'étant guère uniformes dans les divers pays de droit anglo-saxon. Il appartiendra ainsi au banquier de s'informer du contenu de cette loi, ce qui ne sera pas toujours aisé. Car cette loi devra être déterminée au préalable. A défaut de choix exprès fait par le constituant, on hésitera entre les divers autres critères retenus par les articles 6 et 7 de l'avant-projet: choix tacite pouvant même comporter application simultanée de plusieurs lois, référence à une liste non limitative d'indices non hiérarchisés, etc... C'est dire que, selon les circonstances, le banquier ne pourra pas déterminer l'étendue de ses obligations en cette matière.

Or, la pratique bancaire ne saurait s'accommoder d'incertitudes. L'avant-projet risque ainsi, à défaut de modifications tenant compte des préoccupations qui viennent d'être exprimées, de provoquer des réactions de prudence allant à l'encontre du but recherché. La question de la responsabilité du détenteur des biens du trust devrait faire l'objet d'un règlement simple et clair. Mais il serait sans doute préférable d'exclure entièrement les opérations bancaires du champ d'application de la présente Convention et de réserver à plus tard, après examen approfondi des problèmes en cause, le règlement des questions s'y rapportant.

7 Ainsi qu'on l'a noté précédemment, le trust permet de créer des sûretés. Sa reconnaissance sur le plan international est, dès lors, de nature à modifier la structure des systèmes de droits réels dans les pays de droit romano-germanique.

the preliminary draft of the Convention has been worded nonetheless appears to alter this situation. According to paragraph 3 *(d)* of the text in question, the trust assets could be recovered by the beneficiary in the event of the trustee mingling those assets with his own property, or disposing of them, in breach of his duties under the trust.
Such recovery of trust assets would affect the system of real rights in force in the country where the assets were situated, as will be shown in greater detail below. It follows that it is reasonable to ask whether it is advisable to make this departure from the norm one of general application. The beneficiary's action would similarly have repercussions in the field of liability. As the action would be brought against the person actually holding the assets, the latter's duties would inevitably be implicated. What would the banker's duty be in such a context? Under English law, if the banker is aware of the existence of a trust, and even if his knowledge is fortuitous, he must avoid assisting in any way in a breach of the trustee's obligations. The banker thus has a fiduciary duty towards the beneficiaries of a trust (*cf. Paget's Law of Banking*, 9th Edition, 1982, p. 88 *et seq.*). The same holds broadly true in the USA (*cf. Restatement of the Law of Trusts*, Second, paragraph 324).

6 It follows from what is said above that the preliminary draft of the Convention would appear to introduce a totally foreign element into banking transactions in civil law countries. Admittedly, the provisions of article 19, which will be given further consideration later, are reserved. These provisions, however, do not appear to have any bearing on questions of liability. On the other hand, the effect of article 11 of the draft Convention is that a claim to recover trust assets will be dependent on the existence of a breach of trust. It follows that it will be essential to determine whether there has in fact been a breach of trust, or in what circumstances such breach could take place. This will largely depend on the law governing the trust, as the answer would not necessarily be the same among each of the various common law countries. The banker would thus be obliged to look into the applicable law in each case, which would not always be an easy task. First it would need to be established which was the governing law. In the absence of an express choice of law by the settlor, the banker would be faced with the array of possibilities mentioned in articles 6 and 7: for instance, an implied choice of law, which could even lead to the simultaneous application of several different laws, or an open-ended list of criteria, none of which has any stated superiority over another. In other words, according to the circumstances, the banker might well find himself totally incapable of ascertaining the extent of his liability.
Banking practice cannot live with uncertainty. Unless some changes are made in the drafting to deal with the concerns expressed above, the preliminary draft risks provoking self-protective measures which would undermine the advantages which are sought by the Convention. The question of what the duties of the depository of trust assets actually are should be covered by clear and straightforward rules. But it would probably be wiser to exclude banking operations entirely from the scope of the present Convention, and to leave to a later date, when all the ramifications have been thoroughly examined, an appropriate settlement of the problems in question.

7 As mentioned earlier, trusts can be used for the creation of security interests. The international recognition of trusts would thus inevitably have repercussions on the structure of real rights in the countries governed by the Roman-German legal system.

En matière mobilière, selon un principe très répandu, notamment dans ces pays, la *lex rei sitae* détermine non seulement le mode d'acquisition de la propriété et des autres droits réels; elle en définit également le contenu et le mode d'exercice. Lorsqu'un meuble corporel est introduit en Suisse, par exemple, les droits réels précédemment établis sur celui-ci subsistent. Le changement de statut réel n'efface rien. Toutefois, l'empreinte juridique conférée au meuble par le statut réel antérieur, doit être compatible avec le nouveau statut réel. Selon la doctrine classique, les droits constitués sous l'ancien statut réel ne peuvent être exercés sous le nouveau statut que dans la mesure où ils s'insèrent dans les catégories juridiques propres à celui-ci. Si tel n'est pas le cas, les droits conférés par l'ancien statut deviennent inopérants sous le nouveau statut. Cette privation d'effet est, bien entendu, limitée territorialement: si le meuble parvient par la suite dans un pays reconnaissant les droits en question, ceux-ci retrouveront leur efficacité.
Lorsqu'il ne s'agit que de la propriété, l'équivalence entre l'ancien et le nouveau statut sera en général simple à établir. En revanche, des problèmes surgiront s'il s'agit de la reconnaissance d'autres droits réels, en particulier de sûretés mobilières. S'agissant des effets du trust, on s'interrogera sur la portée de la revendication que l'article 11 de l'avant-projet accorde au bénéficiaire. Ce dernier a-t-il qualité de propriétaire, est-il titulaire d'un droit réel? Et ceci même si la loi du lieu où se trouve le bien revendiqué ne connaît pas la «*beneficial ownership*»? Quant aux sûretés mobilières constituées par trust, leur reconnaissance suppose, dans le contexte traditionnel, qu'elles soient compatibles avec le système de droits réels du lieu où se trouve le bien grevé. Certains pays, comme la Suisse, accordent une importance décisive en matière de sûretés, à la possession. Une hypothèque mobilière, c'est-à-dire un gage constitué sans dépossession, et plus généralement tout «*non possessory security interest*» résultant d'un trust peut se heurter ainsi, si la reconnaissance en est demandée à l'étranger, à un obstacle fondamental. Mais bien d'autres conflits peuvent surgir dans ce contexte. C'est ainsi qu'il est possible de soustraire des sûretés constituées successivement par trust à la règle «*prior tempore potior iure*» commune aux pays de droit romano-germanique. On pourra de même constituer des sûretés au profit de bénéficiaires indéterminés ou à déterminer ultérieurement, écarter les règles concernant le pacte commissoire etc..

8 Si l'on s'en tient aux articles 8 et 11 de l'avant-projet, il semble que la loi du trust, déterminée à partir de la volonté du constituant (ou de certains indices), prévaudra sur la *lex rei sitae*. Ce serait là un changement fondamental. Le principe de l'autonomie de la volonté, qui se trouve à la base de l'avant-projet aurait ainsi de singuliers prolongements et l'on ne pourrait qu'en redouter les abus. L'article 11 réserve cependant l'application de l'article 19. Et ce dernier réserve à son tour l'application «des règles impératives de la loi d'un autre Etat désignée par les règles de conflit du for». Une liste – apparemment non limitative – des matières visées fait suite à cette disposition. On y a compris également «le transfert de propriété, spécialement à l'égard des tiers».

Nombre de questions se posent cependant à ce sujet.

So far as movables are concerned, particulary in those countries, it is a widely held principle that the *lex situs* not only determines how ownership and other real rights are acquired, but also their extent and how they can be enjoyed. For example, when a movable chattel is brought from another country into Switzerland, the real rights attaching to that chattel continue to exist. The mere change of situs alters nothing. However, the legal imprint conferred on the chattel by the law of the preceding situs has to be compatible with the law of the succeeding situs. Classic doctrine has it that the real rights established under the former situs cannot be exercised in the new situs unless they fit into the legal framework of the latter. If this is not the case, the rights previously conferred become dormant under the new system of law. Naturally, this is only a territorial restriction: if the chattel were subsequently to reach a country where the legal framework did admit the rights in question, they would immediately revive.
In cases where one is only involved with questions of full ownership, it usually proves easy to find equivalence between the old and the new status of real rights. On the other hand, problems can arise in the case of other real rights, especially cases where security in the form of movable property is concerned. So far as the effect of a trust is concerned, it may be reasonably asked what is the extent of the right of recovery in favour of a beneficiary to be found in article 11 of the preliminary draft. Is he to be considered as an owner, *i.e.* as the holder of a real right? And would this be the case even if the law of the place in which the assets are held did not recognise the concept of beneficial ownership? So far as security in the form of movable property established under a trust is concerned, its recognition would normally presuppose that it had been created in a way which was compatible with the system of real rights applicable under the law of the place where the asset was physically located. Some countries, like Switzerland, attach decisive importance to the existence of physical possession of the security. A chattel mortgage, or a security granted without transferring possession, and in general all non-possessory security interests, resulting from a trust thus run the risk, if it is sought to have them recognised abroad, of meeting a major obstacle. Many other incompatible situations can arise in this field. For example, it is possible by using the vehicle of a trust for the purpose of creating security to avoid the application of the rule '*prior tempore potior jure*' which is standard in all countries with a Roman-German legal system. It is also possible, under a trust, for beneficiaries not yet ascertainable, or to be ascertained subsequently, to be protected by the security constituted and for the prohibition of the *lex commissoria* to be avoided.

8 According to the wording of clauses 8 and 11 of the preliminary draft, its appears that the governing law of the trust, which would be determined by the express declaration of the settlor (or by certain criteria), would take precedence over the *lex situs*. This would give rise to a fundamental change. The principle of party autonomy, on which the draft has been based, would thus lead to peculiar consequences and there would be a serious risk of abuse. However, article 11 is expressly stated as being subject to the provisions of article 19, this latter provision, in its turn, reserving 'the application of a mandatory rule of the law of another State designated by the choice of law rules of the forum'. A seemingly open-ended list of the cases where the latter reservation would apply includes 'the transfer of title to property especially in relation to third parties'.
This situation, however, raises a number of questions.

Quelle est la portée de cette liste? On n'y a pas compris les sûretés et l'on n'a pas voulu y mentionner, plus généralement, les droits réels. Faut-il – ou peut-on – y ajouter néanmoins les sûretés? Quel est, à propos du transfert de propriété, le sens du mot «spécialement»? Et dans quelle mesure la réserve de l'article 19 de l'avant-projet est-elle de nature à réduire la portée de la revendication que l'article 11 réserve, en cas de violation par le *trustee* des obligations du trust, au bénéficiaire?

9 La matière est, il convient de la reconnaître, d'une extrême complexité. Même entre pays du continent européen, si proches à maints égards, les notions d'hypothèque mobilière, de transfert fiduciaire de propriété avec ou sans constitut possessoire, de cession de créance à titre de garantie etc... sont appréciées très différemment. La réception uniforme de ces mêmes notions par le truchement du trust est-elle concevable? Cela n'ira pas, en tout état de cause, sans controverses ni litiges. On rappellera à ce propos que la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) a tenté, il y a quelques années, de promouvoir la reconnaissance internationale ou l'unification des sûretés mobilières sans dépossession. Le professeur U. Drobnig, directeur de l'Institut Max-Planck de Droit Etranger et International Privé (Hambourg), fut chargé par la Commission de présenter une étude comparative à ce sujet. Ce document, de même que les rapports du Secrétariat Général de la Commission (A/CN. 9/131 & 132–1977), sont une éloquente illustration des conceptions en présence. La Commission, consciente des très grandes difficultés de toute solution d'ensemble, n'a pas poursuivi la question. Des études semblables, bien que plus limitées dans leur objet, ont été entreprises par le Conseil de l'Europe ainsi que par la Fédération bancaire européenne. Ces travaux sont, eux aussi, demeurés sans résultat concret.

Il paraît indiqué, dès lors, de préconiser la plus grande prudence dans ce domaine. Les sûretés devraient, de préférence, être laissées hors du champ d'application de la Convention. La pratique bancaire ne saurait, là encore, se contenter d'approximations. A défaut de solutions simples et exemptes de controverses, susceptibles d'être mises en oeuvre dès maintenant, mieux vaudrait réserver l'avenir.

10 La Banque des Règlements Internationaux est consciente de l'importance de régler par convention internationale les problèmes que pose, notamment dans le domaine financier, la reconnaissance internationale des trusts. Elle ne peut, dès lors, qu'applaudir à tout effort entrepris à cet effet et tient à souligner qu'aucune des observations qui précèdent ne saurait être interprétée comme une mise en cause des travaux de la Commission spéciale. En fait, cette dernière s'est attaquée à une tâche considérable et l'avant-projet issu de ses délibérations marque une étape importante dans l'évolution du droit international privé.
La matière traitée, toutefois, est si vaste qu'il semble légitime de s'interroger sur la portée d'une telle entreprise. Il est constant que les problèmes propres aux trusts d'affaires ainsi qu'à ceux visant à créer des sûretés n'ont pas été à l'origine des travaux de la Commission spéciale. Et ces problèmes n'ont pas davantage été au centre de ses discussions. La spécificité des questions évoquées plus haut, cependant, est telle – et l'on s'est borné, *brevitatis causa*, à n'en exposer que quelques-unes – que leur prise en considération ne saurait se faire utilement sans en avoir exploré, au préalable, tous les aspects. C'est en ce sens qu'il convient d'entendre les suggestions exprimées précédemment.

What are the full implications of the list referred to? Security interests are not included, nor has it been felt appropriate to make any general reference to real rights. Should – or indeed could – security interests also be added to the list? So far as the transfer of title to property is concerned, what is to be understood by the qualification 'especially'? Finally, to what extent could the reservations made by article 19 restrict the beneficiary's right of recovery, as provided by article 11, in cases where there has been a breach of trust by the trustee?

9 It has to be admitted that this is an extremely complicated matter. Even among continental European countries, where many basic legal concepts are in harmony, such notions as chattel mortgages (*hypothèque mobilière*), fiduciary transfers of property with or without giving up possession thereof, and assignments of claims by way of guarantee, etc. are governed by different sets of rules. Could all those concepts be implanted on a uniform basis simply by using the vehicle of the trust? Clearly this could not be achieved without provoking controversy and litigation. Mention should be made of the fact that a few years ago the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL) attempted to promote international recognition of, or the unification of the rules applying to, non-possessory security interests. Professor U. Drobnig, Director of the Max-Planck Institute for Foreign and Private International Law (Hamburg), was requested by UNCITRAL to prepare a comparative study of this question. His report and the commentary of the General Secretariat of UNCITRAL (A/CN. 9/131 & 132 – 1977) are an eloquent testimony of the concepts involved. Because it was aware of the very serious problems which any uniform solution would give rise to, UNCITRAL did not proceed any further. Similar research, although on a more limited scale, has been carried out both by the Council of Europe and by the European Banking Federation. Once again, nothing concrete came from their endeavours.
In view of what is said above, it is clear that the greatest care must be taken in this area. It would be preferable for security interests to be excluded from the field covered by the Convention. Banking practice would never gladly accept imprecision: in the absence of simple solutions which are free from the risk of controversy and which can be applied forthwith, it would be wiser to leave the question for some future settlement.

10 The Bank for International Settlements is aware of the importance of settling by international convention the problems raised, particularly in the financial field, by the international recognition of trusts. Accordingly, it cannot but commend any efforts made to this end and wishes to emphasise that none of the foregoing observations should be construed as calling in question the work of the Special Commission. The latter has, in fact, tackled a considerable task, and the preliminary draft produced as a result of its discussions marks an important milestone in the development of private international law.
However, the subject dealt with is so vast that it seems justifiable to ask about the scope of such an undertaking. Clearly, problems peculiar to business trusts or to trusts whose purpose is to create security interests were not the original motivation for the Special Commission's study. Nor did its discussions focus on such problems. However, the specific nature of the issues raised above – and we have confined ourselves, *brevitatis causa*, to setting out only a few – is such that they cannot well be taken into consideration without first looking into all the aspects. It is in this light that the suggestions put forward above are to be viewed.

La BRI saisit cette occasion pour remercier la Conférence de La Haye de son hospitalité et de l'occasion qui a ainsi été donnée à la Banque de faire connaître ses vues.

The BIS would like to take this opportunity to thank the Hague Conference for its hospitality and for giving the Bank a chance in this context to make its view known.

Actes

Note du Bureau Permanent

Conformément à une pratique qui a pris naissance lors de la Session extraordinaire de 1966, les interventions ont été résumées dans la langue, anglaise ou française, utilisée par les orateurs. De même les Documents de travail sont reproduits dans la langue utilisée par leur auteur, le Bureau Permanent ne disposant pas de service de traductions. Sont toutefois diffusés dans les deux langues les documents émanant des Président et Rapporteur, du Secrétariat et des Comités de rédaction.

Notice by the Permanent Bureau

In accordance with a practice which began during the Extraordinary Session of 1966, the speakers' remarks have been summarized in the languages which they have employed, respectively English or French. Likewise, Working Documents are reproduced only in the languages employed by their authors, since the Permanent Bureau has no translation service. However, documents emanating from the Chairman, the Rapporteur, the Secretariat or the Drafting Committees have been distributed in both languages.

Procès-verbaux et Documents de travail de la Deuxième commission

Membres de la Deuxième commission
Members of the Second Commission

PRÉSIDENT – CHAIRMAN

M. *C. D. van Boeschoten,* avocat à la Cour de cassation des Pays-Bas, vice-président de la Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé

VICE-PRÉSIDENT – VICE-CHAIRMAN

M. *D. T. Trautman,* Henry L. Shattuck Professor of Law, Harvard University, Cambridge, Massachusetts

RAPPORTEUR – REPORTER

M. *A. E. von Overbeck,* professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, directeur de l'Institut suisse de droit comparé, Dorigny, Lausanne

MEMBRES – MEMBERS

République fédérale d'Allemagne/Federal Republic of Germany

M. *J. Pirrung, Regierungsdirektor,* Ministère fédéral de la Justice, Bonn
M. *H. Kötz,* Director, Max-Planck-Institute of Foreign and Private International Law, Professor at the University of Hamburg

Argentine/Argentina

M. *A. Boggiano,* Professor of private international law, National University of Buenos Aires
M. *E. A. Sadous,* First Secretary, Embassy of Argentina, The Hague

Australie/Australia

M. *H. T. Bennett,* Deputy Secretary, Attorney General's Department, Canberra
M. *M. C. Pryles,* Acting Professor of Law, Monash University; Commissioner, Law Reform Commission, Australia
M. *T. J. Arthur,* Assistant Crown Solicitor, Department of Justice, Brisbane

Autriche/Austria

M. *R. Loewe,* directeur général, Ministère fédéral de la Justice, Vienne, professeur à l'Université de Salzbourg

Belgique/Belgium

M. *J. Gautier,* secrétaire d'administration au Service des Affaires judiciaires de la Direction générale de la Chancellerie et du Contentieux du Ministère des Affaires Etrangères, Bruxelles

Mme *N. Rossignol,* secrétaire d'administration au Service des Affaires judiciaires de la Direction générale de la Chancellerie et du Contentieux du Ministère des Affaires Etrangères, Bruxelles

Canada

M. *M. L. Jewett,* Q. C., General Counsel, Constitutional and International Law Section, Department of Justice, Ottawa
M. *D. W. M. Waters,* Professor at the University of Victoria
M. *D. Carrier,* directeur, Direction de la recherche, Ministère de la Justice de la Province de Québec
M. *B. Stapleton,* Director, Law Reform Division, Office of the Attorney General, Fredericton
Mlle *M. Langlois,* conseiller juridique, Ministère de la Justice, Ottawa

Chypre/Cyprus

M. *A. N. Loizou,* Justice, Supreme Court of Cyprus, Nicosia

Danemark/Denmark

M. *L. L. Andersen,* Head of Division, Ministry of Justice, *Familieretsdirektoratet,* Copenhagen

République Arabe d'Egypte/Arab Republic of Egypt

M. *M. A. Rizk,* vice-ministre de la Justice, vice-président de la Cour de cassation, Le Caire
M. *F. Riad,* Professor, Head of the Private International Law Department, Faculty of Law, Cairo University

Espagne/Spain

M. *J.-M. Morenilla,* Legal Adviser, Head of the Cabinet of International Co-operation, Ministry of Justice, Madrid
M. *J. M. Espinar,* professeur de droit international privé à l'Université de Malaga
M. *A. Dastis,* conseiller juridique au Ministère des Affaires Etrangères, Madrid

Etats-Unis d'Amérique/United States of America

M. *P. H. Pfund,* Assistant Legal Adviser for Private International Law, Department of State, Washington D.C.
M. *W. L. M. Reese,* Charles Evans Hughes Professor of Law, Columbia University, Parker School of Foreign and Comparative Law, New York

Finlande/Finland

M. *M. Savolainen,* Counsellor of Legislation, Ministry of Justice, Helsinki
M. *G. Möller,* Counsellor of Legislation, Ministry of Justice, Helsinki

France

M. *J.-P. Beraudo,* magistrat au Ministère de la Justice, Paris
Mme *M. Revillard,* expert notarial, Centre de recherches, d'information et de documentation notariales de Lyon (CRIDON)

Grèce/Greece

M. *D. J. Evrigenis,* professeur à la Faculté de droit de l'Université de Thessaloniki, président du Comité grec de droit international privé
M. *J. Voulgaris,* professeur de droit international privé, vice-recteur à l'Université 'Démokritos' de Thrace, Komotini, avocat à l'Aréopage
M. *S. Vrellis,* professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Athènes
Mme *A. Grammaticaki-Alexiou,* Assistant Professor of private international law, University of Thessaloniki, Attorney at the Court of Appeal

Irlande/Ireland

M. *C. Lysaght,* Counsellor, Law Reform Commission, Dublin

Israël/Israel

M. *C. I. Goldwater,* Doctor of Law, Director of Legal Advice in Private Law, Ministry of Justice, Jerusalem

Italie/Italy

M. *A. Gambaro,* Professor of Comparative Law, University of Turin

Japon/Japan

M. *S. Ikehara,* Professor at Sophia University, Tokyo, Professor emeritus of the University of Tokyo
M. *A. Shimizu,* Deputy Director General of the Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
M. *Y. Kikuchi,* Attorney attached to the Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
M. *K. Taki,* First Secretary, Embassy of Japan, The Hague

Luxembourg

M. *H. Delvaux,* procureur général d'Etat honoraire, Luxembourg
M. *M. Mathékowitsch,* attaché de gouvernement premier en rang au Ministère de la Justice, Luxembourg

Norvège/Norway

M. *S. Rognlien,* Director General, Ministry of Justice, Oslo
M. *K. R. Steenberg,* Head of Division, Ministry of Justice, Oslo

Pays-Bas/Netherlands

M. *J. C. Schultsz,* avocat, professeur à l'Université d'Amsterdam, président de la Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé
M. *J. van Rijn van Alkemade,* conseiller, Ministère de la Justice, La Haye
M. *W. Westbroek,* notaire à Rotterdam
M. *C. Grüning,* Legal staff member at the Central Bureau for Legal and General Affairs of the Netherlands Antilles, Willemstad, Curaçao
M. *M. L. Alexander,* Notary, Observer for the *Vereniging Offshore Belangen* and the *Antilliaanse Notariële Vereniging,* Willemstad

Pologne/Poland

M. *J. Chromicki,* Director of the Legal Department, Ministry of Justice, Warsaw
M. *W. Matysiak,* Head of Section, Legal and Treaty Department, Ministry of Foreign Affairs, Warsaw

Portugal

M. *R. J. R. Ventura,* professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lisbonne

Mme *I. de Magalhães Collaço,* professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lisbonne

Royaume-Uni/United Kingdom

M. *D. J. Hayton,* LL. D., Barrister, Fellow of Jesus College, Cambridge

Suède/Sweden

M. *G. Lönnmar,* Counsellor, Embassy of Sweden, The Hague
Mme *K. Hökborg,* Legal Adviser, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland

M. *P. Volken,* chef de la Section de droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne, chargé de cours à l'Université de Fribourg

Suriname

Mlle *C. C. L. A. Montnor,* Head of the Legal Section of the Embassy of the Republic of Suriname, The Hague

Tchécoslovaquie/Czechoslovakia

M. *J. Růžička,* Head of the Legal Department of the Federal Ministry of Foreign Trade, Prague
M. *J. Srb,* Département juridique du Ministère des Affaires Etrangères, Prague

Turquie/Turkey

M. *E. Yigitbaşioğlu,* Counsellor, Embassy of Turkey, The Hague
M. *E. Öğüt,* Counsellor, Embassy of Turkey, The Hague

Uruguay

M. *E. Tellechea Bergman,* Professeur de droit international privé, directeur de l'Autorité centrale, Ministère de la Justice

Venezuela

M. *G. Parra-Aranguren,* Professor of private international law, Central University of Venezuela, Caracas

Yougoslavie/Yugoslavia

M. *T. Varady,* Professor, Director of the Centre for International Studies, Novi Sad
M. *L. Jovanović,* Legal Adviser, Federal Secretariat of Foreign Affairs

REPRÉSENTANT D'ÉTAT PARTICIPANT À TITRE D'OBSERVATEUR – REPRESENTATIVE OF STATE PARTICIPATING AS OBSERVER

Panama

M. *J. Noriega,* avocat-conseil à Panama

OBSERVATEURS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES – OBSERVERS FOR INTER-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS

Commonwealth Secretariat

M. *J. D. McClean,* Professor of Law, University of Sheffield, United Kingdom

Banque des Règlements internationaux
Bank for International Settlements

M. *F.-E. Klein,* professeur ordinaire à la Faculté de droit de Bâle, conseiller juridique de la Banque des Règlements internationaux, Bâle

OBSERVATEURS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES – OBSERVERS FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS

Union internationale du Notariat latin
International Union of Latin Notaries

M. *H. H. Hellge,* notaire, Hambourg, président de la Commission des Affaires européennes de l'Union internationale du Notariat Latin
Mme *A. H. M. de Jong,* notaire, Haarlem
M. *V. L. Simó Santonja,* notaire, professeur à l'Université de Valencia
M. *B. Hohl,* notaire, Nice
M. *J. M. Agier,* notaire, Paris

Office international du cadastre et du régime foncier
International Office of Cadastre and Land Records

M. *J. G. Brouwer*
M. *J. H. M. Kockelkoren*

SECRÉTARIAT – SECRETARIAT

Secrétaire général/Secretary General

M. *G. A. L. Droz*

Secrétaire général adjoint/Deputy Secretary General

M. *M. L. Pelichet*

Secrétaires au Bureau Permanent de la Conférence
Secretaries at the Permanent Bureau of the Conference

M. *C. A. Dyer,* First Secretary
M. *J. H. A. van Loon*

Secrétaires rédacteurs/Recording Secretaries

M. *E. Gaillard,* professeur de droit international privé à l'Université de Lille II
M. *E. Kerckhove,* étudiant à l'Université de Lille II
Mme *S. Lahne,* Attorney-at-Law
Mlle *H. Muir-Watt,* assistante à l'Université de Paris XI
Mlle *K. S. Williams,* Lecturer in Law, University of Liverpool

Documents de travail Nos 1 à 19
Working Documents Nos 1 to 19

Distribués le 8 octobre (après-midi)

Distributed on 8 October 1984 (afternoon)

No 1 – Proposal of the United States delegation

Delete article 13

This article should be omitted. Insofar as it calls for recognition of the law declared by judicial decision in an appropriate jurisdiction, it is adequately covered in article 11. And insofar as it deals with the recognition of judgments, it is sufficiently controversial in substance to suggest that the wiser course would be to omit it.

No 2 – Proposal of the United Kingdom and the United States delegations

Article 2

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or *of acts by which trusts are placed under the control of a trustee for trust purposes.*

The present article 2 deals clearly with the case where S creates a trust by transferring assets to trustees. The proposed article 2 also deals with the case where S creates a trust by declaring himself trustee of specific assets he owns.

No 3 – Proposal of the Australian delegation

Proposed new article to identify applicable law in the case of non-unified States

For the purpose of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in such a territorial unit.

No 4 – Proposal of the Australian delegation

Article 14 – Variant B

1 *Delete* 'domicile' *in line 3 and substitute* 'habitually resident'.

2 *Add at the end of the provision the words* – 'at the time of creation'.

No 5 – Proposal of the Australian delegation

Article 7

Add the following sub-paragraphs to paragraph 2:

e the place of residence or business of the settlor;

f the places of residence of the beneficiaries;

g the form and language of the trust document.

No 6 – Proposal of the Australian delegation

Article 6

Add a fourth paragraph reading as follows:

If a settlor chooses a law to govern a severable aspect of a trust other than validity, and the chosen law contains no provisions relating to trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective.

No 7 – Proposal of the Australian delegation

Article 5

Substitute the following:

The Convention does not apply when the law *which would govern the validity of the trust if the Convention were applicable* contains no provisions relating to trusts or to the category of trust involved.

Reason

(1) In its present form article 5 does not take account of the provisions for dépeçage *in articles 6(3) and 7(3).*

(2) The applicability of the Convention should depend on the law governing validity.

(3) If the law governing some other aspect such as administration has no provisions relating to trusts etc., the position will be that the Convention will apply but it will need to negative the applicability of the inappropriate law. That will be a matter for consideration in relation to article 6.

No 8 – Proposal of the Australian delegation

Article 4

After the first paragaph insert the following new paragraph:

Those relationships may be created by the settlor during his lifetime or by testamentary disposition.

Reason

The preliminary draft, with its reference only to trusts created by a 'settlor', leaves room for doubt as to whether trusts created by testamentary dispositions are covered.

No 9 – Proposal of the Australian delegation

Article 9

Delete the words 'and whether the place of administration may be changed'.

Article 10

Delete the present article 10 and substitute the following:

Article 9 – The law governing the validity of the trust as a whole determines whether a question does or does not relate to administration.

Article 10 – a The law governing the validity of the trust as a whole shall, unless the settlor chooses a different law to govern the administration of the trust, determine whether the place of administration of the trust may be changed. If the settlor chooses a different law to govern the administration of the trust, it shall determine whether the place of administration of the trust may be changed.

b The law specified in the last paragraph shall, if it is not also the law of the place of administration of the trust, determine to what extent the law of the place of administration applies to questions of administration.

No 10 – Proposition de la délégation autrichienne

Article 20

Supprimer cet article.

Si l'amendement ci-dessus n'était pas accepté, formuler le début du paragraphe premier comme suit:

La Convention ne fait pas obstacle à ce que, si la loi du for le permet, puissent être appliquées, à titre exceptionnel, des dispositions impératives...
(reste inchangé)

No 11 – Proposal of the United States delegation

Article 6

The second paragraph should read as follows:

In the absence of an express choice, the choice of the settlor is to be inferred from the terms of the instrument or instruments creating or the writing or writings evidencing the trust, interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case and the settlor's interest in having his purposes effectuated.

These changes simply make it clear that more than one instrument or writing may evidence a trust and that among the circumstances bearing on interpretation is the factor of upholding the trust.

No 12 – Proposal of the United States delegation

Article 7

The first paragraph should read as follows:

To the extent that the applicable law has not been chosen in accordance with article 6, the applicable law shall be the law of that State with which the particular aspect of the trust in question is most closely connected.

This change clarifies the role of the matter in the last paragraph of the present draft, which can now be omitted, and avoids the suggestion that the trust as a whole is governed by a single law. (Compare Reporter's Comment, paragraph 50, and comments below on articles 9 and 10.)

The second paragraph should read as follows:

In ascertaining that law, regard shall be had to the settlor's interest in having his purposes effectuated and reference may be made in particular to –

a the purposes of the trust and the place or places where they are to be fulfilled;

b the place of administration of the trust designated by the settlor;

c the situs of the assets of the trust; and

d the place of residence or business of the trustee.

These changes are designed to make explicit the factor of upholding the trust and to change the words 'objects' in sub-section a *to* 'purposes', *which is more accurate.*

No 13 – Proposal of the United States delegation

Articles 9 and 10

Change the words 'the law governing the validity of the trust as a whole' *to:* 'the law specified by articles 6 or 7'.

The idea which underlies the present language is inconsistent with other provisions of the Convention and should be corrected, both in article 9 and in article 10. (See comment above to the first paragraph of article 7.)

No 14 – Proposal of the Netherlands delegation

A *The term* 'recognition of trusts' *should be avoided and replaced by the term* 'effects of trusts'. *See written comments of the Netherlands under A.*

B *In accordance with the proposal under A above changes should be made in a number of articles, as well as in the title of the draft Convention. The articles concerned are the following: 1, 11, 13, 14, 15. The title of Chapter III should equally be changed.*

C *The Netherlands delegation prefers to put forward this amendment in general terms, without specifying at this time the proposed changes in the various articles and in the title of the draft Convention and Chapter III of it. In case Commission II would accept our proposal, the drafting had better be entrusted to the Drafting Committee.*

No 15 – Proposition de la délégation française

Article 11, paragraphe c

Ajouter à la fin:

... et ne soient pas compris dans le régime matrimonial du *trustee.*

No 16 – Proposition de la délégation française

Article 3

La Convention s'applique aux trusts créés volontairement *et par décision de justice* dont la preuve est apportée par écrit.

No 17 – Proposition de la Banque des Règlements internationaux

Article 11, alinéa 3, lettre d:

Ajouter une seconde phrase disant:

La responsabilité du détenteur des biens du trust cependant demeure régie par la loi applicable au lieu de la résidence habituelle.

No 18 – Proposition de la Banque des Règlements internationaux

Cette proposition est remplacée par la proposition contenue au Document de travail No 53.

No 19 – Proposition de la Banque des Règlements internationaux

Article 2

Ajouter un nouvel alinéa disant:

Elle ne s'applique pas non plus aux trusts d'affaires et aux trusts destinés à créer des sûretés.

Documents de travail Nos 1 à 19

Procès-verbal No 1

Séance du lundi 8 octobre 1984 (après-midi)
Meeting of Monday 8 October 1984 (afternoon)

La séance est ouverte à 15h.45 par M. Schultsz, Président de la Quinzième session.

Le Président, après avoir ouvert la première réunion de la Commission II cède la place à *M. van Boeschoten (Pays-Bas) qui est élu Président de la Commission II par acclamation.*

The Chairman expressed his warm thanks to the Conference for entrusting him with the Presidency of Commission II. He said that he relied on the co-operation and assistance of the delegates in order to complete the Convention.
He then proposed Professor Trautman (United States) as Vice-Chairman of Commission II, and Professor von Overbeck (Switzerland) as Reporter. Both proposals were accepted unanimously.
The Chairman then turned to the question of the Drafting Committee, suggesting that, since Professor Anton could no longer take part in the work of the Commission, Mr von Overbeck should take his place as chairman of the Drafting Committee, and that Mr Hayton should succeed Mr Anton as United Kingdom Delegate within the Drafting Committee. Once again, the Chairman's suggestions met with unanimous support. It was also agreed that Mr Loewe (Austria) should take the place of Mr Wiesbauer (Austria) within the Drafting Committee and that Mr Beraudo (France) and Mr Trautman (United States) should continue to serve on that committee. Then Mr Růžička (Czechoslovakia) was proposed and accepted as chairman of the second sub-committee entrusted with the 'final clauses' of the draft. Members of this sub-committee would be chosen from countries with federal problems.

Le Secrétaire général souligne que M. Růžička (Tchécoslovaquie) a été le Président de la commission sur les clauses finales en matière de loi applicable aux ventes internationales de marchandises et qu'il y a tout avantage à ce que les clauses finales des deux Conventions actuellement élaborées par la Conférence de La Haye possèdent des clauses finales analogues. Il se déclare très sensible à l'acceptation de M. Růžička de remplir cette mission.

The Chairman suggested that Mr Pfund (United States) should also serve on the 'final clauses' sub-committee in conjunction with Mlle Langlois or Mr Jewett of the Canadian delegation, Professor Boggiano (Argentina) and Mr Volken (Switzerland). The suggestion met with general approval.
The Chairman then declared that the basis of discussion within Commission II would be the preliminary draft as established by the first Special Commission. Work would consist in examining proposals to amend this document. All such proposals should be submitted in writing in the form of working documents. The Chairman reminded delegates that a provision which had been adopted could not in principle be discussed unless a majority wished to reopen discussion (article 16 of the Procedural Rules of the Conference). However, he suggested that in order to facilitate discussion, it might be possible to set aside this formal requirement in certain cases, such as that of article 1.

Mr Dyer (First Secretary of the Permanent Bureau) emphasized that modifications proposed by the delegates to the articles of the preliminary draft should be submitted in the form of working documents.

The Chairman announced that discussion would begin on general points, and not on separate articles. In this respect he emphasized the novelty of the draft Convention: to draw up a convention relating to the private international law of trusts was an enormous step, and this meant that delegates should not be unduly ambitious, seeking above all agreement on basic issues. He recalled that comments on the draft submitted by different delegations did not challenge the general structure of the Convention. However, various basic points should be discussed:

(1) Should the Convention deal only with the trust of the Anglo-American type or should it deal with other trust-like institutions? A definite decision would need to be taken as to exactly what kind of institutions the Commission was dealing with.

(2) Should the applicability of the Convention be subordinated to a reciprocity requirement, or should the Convention have a universal character?

(3) Should the Convention concern only the question of the law applicable to trusts, or should it extend to that of the recognition of trusts?

(4) The basic principle of party autonomy had not so far been challenged; however, the principle remained open to discussion.

(5) Should *dépeçage* be introduced into the Convention?

(6) Should article 13 (in square brackets in the preliminary draft), concerning the recognition of foreign decisions relating to a trust, be maintained?

(7) The question of mandatory rules, now considered in articles 19 and 20 of the preliminary draft, would also have to be discussed.

After these introductory comments on the structure of the Convention, the Chairman invited delegates to comment on the various questions raised.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souligne l'intérêt que l'élaboration d'une Convention sur la question des trusts représente pour les pays continentaux. Il insiste sur le fait que les travaux déjà réalisés par la Commission spéciale présentent en eux-mêmes un intérêt considérable. Celle-ci a permis de clarifier divers aspects du droit des trusts et de faire connaître l'institution aux pays de droit civil. Ce résultat est d'importance, quel que soit le sort futur de la Convention et le nombre de ratifications que celle-ci pourra recueillir. Il ne se dissimule pas cependant les nombreux obstacles susceptibles d'entraver la ratification de la Convention par l'Allemagne. Sans les énumérer à ce stade, il observe tout d'abord que le texte élaboré par la Commission spéciale exclut implicitement les institutions analogues des pays de droit civil, ce qui soulève la question de

l'intérêt de la Convention pour ces derniers. La simplification du travail des juristes continentaux lorsqu'ils se trouvent confrontés à l'institution du trust serait-elle déjà un progrès sensible. Il lui semble donc nécessaire d'oeuvrer dans le sens de la clarification et se déclare assuré que la Commission parviendra à un tel résultat.

Mr Boggiano (Argentina) said, regarding the general aspects of the preliminary draft, that such a Convention was mainly justified by the need to harmonize treatment of trusts within civil law jurisdictions. Regarding particular principles underlying the trusts Convention, Mr Boggiano emphasized the importance of allowing courts to have discretion in the characterization or definition of the trust. He said that his delegation was in favour of the principle of party autonomy, and also of the possibility for the parties to select several laws for different aspects of the trust. However, this freedom given to the parties should be balanced by particular attention given to mandatory rules.

Mr Bennett (Australia) emphasized that the task undertaken by the Conference in drawing up this Convention was an ambitious one, since the trust was unknown to civil law countries. Nevertheless the need for such a Convention was certain: when trust property is situated in civil law countries, the trust should clearly be recognized as such by their courts. The objective of the draft Convention was a desirable one, and the preliminary draft was generally satisfactory. However, certain matters still needed consideration. Indeed, the implications of *dépeçage* should be envisaged; it should also be pointed out that the exclusion of resulting and constructive trusts was a significant one.
Mr Bennett then expressed certain doubts concerning articles 9 and 10 relating to the law governing the validity of a trust (see Working Document No 9): he felt that greater weight should be given to the law governing the administration of a trust. He also expressed reservations on the provisions of the preliminary draft relating to mandatory rules, in particular article 20. He finally added that he now saw distinct advantages in provisions relating to the recognition of decisions concerning trusts, and would be reluctant to see article 13 omitted.

M. Loewe (Autriche) déclare qu'il n'a pas encore d'opinion arrêtée sur le projet élaboré par la Commission spéciale. L'Autriche ne connaît pas l'institution du trust mais les juridictions autrichiennes ont d'ores et déjà été confrontées à la question de la reconnaissance de trusts anglo-américains. Il lui paraît impossible d'ignorer l'existence de trusts valablement créés sous l'empire d'une loi étrangère sans que cela signifie toutefois que l'on puisse songer à créer en Autriche un droit des trusts. Dans les cas que la jurisprudence autrichienne a eu à connaître, il n'y avait en général de lien qu'avec une seule loi étrangère ce qui simplifiait considérablement le problème de la détermination de la loi applicable. Mais ce ne sera pas toujours le cas. C'est ce qui justifie l'existence d'une convention sur le sujet. Le droit international privé autrichien, récemment codifié, ne connaît évidemment pas de dispositions sur le trust puisque l'institution n'existe pas en droit interne autrichien. Aussi, la question essentielle pour l'Autriche sera celle de la compatibilité de la Convention avec les dispositions préexistantes du droit international privé autrichien. Sur la question de la réciprocité, il se déclare sans opinion, aucune véritable réciprocité n'étant concevable du fait que les pays de *civil law* ignorent l'institution du trust et qu'ils n'ont donc rien à exporter dans les pays de *common law*. En revanche, sur les règles d'application immédiate il souligne que ces règles n'ont pas leur place dans un texte de droit international privé car il s'agit bien davantage de règles de droit administratif. Aussi le sort qui sera réservé à l'article 20 du projet de la Commission spéciale lui paraît-il constituer un élément important quant au sort futur de la Convention.

Mme Rossignol (Belgique) réserve également son opinion à ce stade des travaux. Elle se déclare cependant très intéressée par l'aboutissement de cette Convention qui aidera les pays de droit civil à saisir les diverses facettes de l'institution du trust et qui apportera sans doute une plus grande sécurité juridique en la matière.

Mr Waters (Canada) declared that as far as Canada was concerned, the Convention was of a real interest both to civil law and common law provinces, and emphasized that the work undertaken by the Conference on trusts was supported by lawyers of many different countries. The main justification of a Convention on the law applicable and on the recognition of trusts was that it could eliminate uncertainty, for example, in cases where trust property was held in non-trust jurisdictions. He said that Canada found the text very encouraging, and that the Canadian delegation was of an open mind as to the questions mentioned by the Chairman. It was desirable, he said, to give as great a scope as possible to the Convention.

Mr Loizou (Cyprus) expressed the appreciation of his Government for accepting Cyprus as a Member of the Conference. He wished to avail himself of this opportunity to thank the Conference for its warm welcome. He declared Cyprus was dedicated to the unification of private law, and sincerely wished to play a part in the solution of international legal problems.

The Chairman thanked the delegate from Cyprus for his intervention, and expressed the welcome of the Conference.

Mr Andersen (Denmark) expressed the support of his delegation for the legal structure of the draft Convention. However he felt that not all aspects of the difficulties raised by trusts had been made clear. He was looking forward to see if other Scandinavian delegations would support his view that more information on these difficulties was necessary. In this respect he had found the comments submitted by the Bank for International Settlements particularly interesting.

Mr Riad (Egypt) said that as a newcomer it was difficult for him to take a stand as yet on the problems raised by the Chairman. Although Egypt was a civil law country, trusts were not unknown to its law: indeed, it had adopted a similar institution known to Islamic law. However, since this institution was unrecognized by other countries, Egypt had abandoned it, keeping only the equivalent of the charitable trust. For this reason Egypt felt the draft Convention to be most welcome, since it bridged the gap between civil and common law countries. Mr Riad believed that it would be appropriate to extend the scope of the Convention to the recognition of trusts. He approved the principle of party autonomy, but felt that *dépeçage* should be allowed only insofar as exists a significant connecting factor.

M. Espinar (Espagne) observe que le fait que le droit espagnol ignore l'institution du trust ne signifie pas qu'il s'oppose nécessairement à la reconnaissance de trusts étrangers, ainsi que le montre la pratique espagnole. Il

existe cependant de graves difficultés pour adapter une institution si particulière à un système juridique qui l'ignore. Aussi la Convention lui paraît-elle avoir un grand intérêt. Il se déclare favorable au principe du recours à l'autonomie de la volonté de l'article 6 mais estime pour sa part que l'article 7 devrait, en cas d'absence de choix de loi, comporter un système de rattachements subsidiaires plus concret et plus facilement utilisable par un juge de droit civil. Quant à la formule des articles 19 et 20 sur les règles impératives, il lui semble préférable de ne pas multiplier les distinctions et de réserver seulement l'application des normes impératives des droits des Etats ayant des liens avec l'institution concernée.

Mr Trautman (United States) declared that his country was primarily concerned with the difficulties encountered by civil law countries in accepting trusts. He wished for a familiar, manageable instrument, that did not disrupt the functioning of civil law institutions.

Mr Möller (Finland) said that it was still premature for him to judge the different points raised. However, he added that ratification of the draft Convention would perhaps raise less difficulties than in some other civil law countries, since Finland had no codified private law system, and no *numerus clausus* limiting its private law institutions.

M. Beraudo (France) relève que, comme la plupart des pays de droit civil, le droit français ne connaît pas l'institution du trust, mais que cela ne veut pas dire que la pratique judiciaire française ne rencontre jamais l'institution. En particulier, il n'est pas rare que se pose la question de la reconnaissance en France d'un trust testamentaire étranger. Dans ce cas, la jurisprudence reconnaît les pouvoirs de *trustee* qu'elle assimile partiellement à un exécuteur testamentaire. Il lui paraît nécessaire que la Convention permette de conserver cette pratique et que le texte du projet actuel soit clarifié sur ce point. Dans d'autres cas, la jurisprudence française a recours à des institutions voisines qui, plus ou moins adroitement, traduisent dans des concepts familiers du for (mandat, mécanismes, généraux de la représentation) l'institution du trust. L'insuffisance de cette méthode donne un grand intérêt à l'aboutissement des travaux entrepris par la Conférence sur le sujet. Quant à la question de la réciprocité, il a également conscience que, pour les Etats qui ignorent l'institution du trust, l'effort de reconnaissance sera nécessairement unilatéral. Aussi n'est-ce pas en termes de réciprocité *stricto sensu* que la question se pose. Les pays de droit civil peuvent cependant attendre un certain avantage de la Convention à venir. Tout d'abord, la Convention devrait permettre la clarification du concept de trust et son unification. Par là même la tâche des praticiens des pays de droit civil qui se trouvent confrontés à des trusts étrangers sera simplifiée. Cela suppose un effort de clarification et de simplification qui peut se traduire spécialement dans la détermination des rattachements prévus à défaut de choix exprès d'une loi par le constituant. Il conviendrait en second lieu que les pays qui connaissent l'institution du trust prennent en compte les intérêts des pays qui l'ignorent et acceptent de protéger ces intérêts en matière de droit successoral, de droit des incapacités et de droit des sociétés notamment. A cet égard, il lui paraît nécessaire que les pays qui connaissent le trust acceptent de ne pas reconnaître les trusts constitués en fraude des intérêts des pays de droit civil. Il s'agirait sans doute là d'un effort important de la part des pays de *common law* qui devraient très probablement, pour atteindre un tel résultat, apporter certaines restrictions à leur pratique actuelle.

M. Voulgaris (Grèce) se réjouit de l'effort entrepris par la Conférence pour établir un lien entre les droits des pays de *common law* et ceux des pays de droit civil sur une question d'un grand intérêt pratique. Bien que le droit positif grec ne connaisse pas l'institution du trust, la jurisprudence des tribunaux helléniques a eu souvent à s'occuper des trusts étrangers en matière successorale et de droit des sociétés notamment. Les tribunaux connaissent toutefois des difficultés de qualification et d'application de la loi étrangère qu'il est parfois délicat de coordonner avec les dispositions du droit grec. L'élaboration d'une convention internationale sur la loi applicable et la reconnaissance des trusts lui paraît donc du plus grand intérêt. Le trust fait aujourd'hui partie intégrante du droit international. Plusieurs textes de droit international public reconnaissent l'institution. Celle-ci a pénétré le droit européen. La Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et la reconnaissance des jugements dans sa rédaction de 1978 et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles visent l'une et l'autre l'institution. C'est la preuve que le trust est devenu une institution internationale dont on ne saurait nier l'importance. Il ne s'agit pas là d'une concession mais de l'acceptation d'une réalité qui ne peut être méconnue. Il lui semble cependant nécessaire d'apporter au texte actuel quelques modifications. L'article 6 lui paraît aller trop loin dans la voie de l'autonomie de la volonté qui ne convient ni aux objectifs visés, ni à l'institution du trust. A supposer que le trust puisse être assimilé à un contrat, ce qui est sans doute discutable, il ne lui paraît pas opportun de l'abandonner entièrement à la volonté du constituant. Sans entrer plus avant dans le détail de la discussion des dispositions de la Convention, il tient à saluer à nouveau l'effort considérable qui a déjà été fait par la Commission spéciale pour trouver un terrain d'entente entre les Etats des grands systèmes juridiques qui divisent le monde.

Mr Lysaght (Ireland) first expressed his appreciation of the remarks made during the Plenary Meeting that morning, relating to his predecessor, Mr Roger Hayes. He said that along with other common law countries, Ireland welcomed the willingness of civil law jurisdictions to facilitate the recognition and execution of trusts. He emphasized the growing use of trusts in Irish practice, and added that the drawing up of the Convention would also be helpful in clarifying the conflict of laws rules of his own country in this field, which were still somewhat unclear. He felt however that it would be important to proceed with caution, and particularly to distinguish the practicable from the desirable. It would be important for common law countries to realize the difficulties which civil law countries might have in appreciating all the implications of the recognition of trusts before their courts. He made the point that the Convention might permit the making of reservations, in order to facilitate ratification by civil law countries. He also suggested that it would be useful to assemble a dossier of actual cases in order to show clearly in which situations the absence of such Convention had led to inconvenience or injustice.

Mr Goldwater (Israel) said that his country was a trust jurisdiction, though not a common law one. Indeed Israel had introduced a statute on trusts five years ago, and therefore recognized the importance of an international instrument on the choice of law and the recognition of trusts. Although he felt it would be premature to take a stand at this point on the questions raised by the Chairman, he simply declared that the universality of the principle of party autonomy had probably been overstressed, particularly as regards the basic validity of

the trust. He therefore emphasized the importance of taking into account mandatory rules. He added that the existing draft did not make clear enough the distinction between the contractual and proprietary aspects of the trust. He felt that the question of party capacity should also be raised during discussion. He finally stressed the full appreciation of his country for the preliminary draft Convention.

M. Gambaro (Italie), se réfère aux observations soumises à la Conférence par le Gouvernement italien et entend simplement souligner deux points. En premier lieu, il marque la volonté de l'Italie d'arriver à un résultat utile. En second lieu, il observe que certaines difficultés subsistent qui devront être tranchées lorsque la Conférence entrera dans la discussion du détail des dispositions de la Convention. Ajoutant une observation personnelle, il souligne que la Convention est destinée à devenir un guide pour les praticiens des pays de droit civil et qu'il est donc nécessaire que ce guide soit pour eux le plus clair possible de façon à remplir pleinement sa fonction.

Mr Ikehara (Japan) expressed his delegation's support for the draft Convention insofar as it contributed to harmony in private international relations. For this reason, it was desirable that the Convention should have the widest scope possible. In this respect, Japan, although basically a civil law jurisdiction, nevertheless had a trust law drawn up on an American model. The institution known to Japanese law should fall within the scope of the draft Convention.

M. Delvaux (Luxembourg) insiste surtout sur le champ d'application de l'avant-projet. Il relate l'évolution législative survenue au Luxembourg. Ce pays étant devenu au cours des dernières années une place financière importante, le besoin s'est fait sentir de créer une institution analogue aux trusts des pays de *common law*. Ainsi à la fin de l'année 1983 un arrêté grand-ducal a créé les «contrats fiduciaires des établissements de crédit». Il s'agit d'une sorte de trusts de *common law* qui peuvent être créés exclusivement par un contrat passé entre le disposant et le fiduciaire et qui ne peuvent intervenir que dans des relations avec un établissement bancaire.
Le projet actuel n'exclut pas expressément les institutions analogues mais telle semble être l'intention de la Commission spéciale ainsi que le rappelle le Rapport de M. von Overbeck (No 20). Il lui semble nécessaire pour résoudre les problèmes du Luxembourg aussi bien que ceux de l'Argentine, de l'Egypte, ou du Japon, de même du Québec, qui connaît l'institution de la fiducie sans pour autant être un pays de *common law*, que l'on s'attache à rendre la Convention applicable à de telles institutions de façon à lui conférer un rayonnement plus grand.

Mr Westbroek (Netherlands) while expressing his admiration for the efforts of the Conference and for Professor von Overbeck's Report, said that he was nevertheless not entirely happy with the draft Convention in its present form, and referred on this point to the comments submitted by his Government. He wished to highlight one point of a general nature, relating to provisions concerning 'the recognition of trusts': since application of the rules of the Convention already clearly implied the recognition of the trust as such, the expression 'effects of the trusts' would be more appropriate. It would be desirable, he added, to avoid the idea that the trust had to undergo some form of examination before it could be accepted. He also shared doubts already expressed as to articles 13 and 14.

Mr Matysiak (Poland) congratulated the Chairman on his election, and, as a newcomer, expressed his thanks to the Conference for the warm welcome he had received, and expressed his appreciation for the preparation and facilities provided by the Netherlands Government, as well as for the work already accomplished by Professor von Overbeck and the members of the Special Commission. He said that Poland was not a trust jurisdiction, but nevertheless its law contained a number of devices which fulfilled the same functions as the trust. Thus, a law adopted in 1984 attributed to the 'foundation' a function comparable to that of the charitable trust. Citing various other examples, he emphasized that most of the results obtained through the use of trusts could also be obtained through the use of other institutions. He underlined the importance of the definition of the trust, since the Convention was to be a compromise between the interests and concepts of civil and common law countries. In this respect, he supported the drafting of article 4 but, as suggested by the Netherlands Government (Preliminary Document No 10), he felt that this article could become article 1. As to article 1 of the present draft, Poland preferred variant B. Article 13 should be omitted, in that the subject was largely covered by article 11. Variant B of article 14 was to be preferred. As already suggested by the Netherlands Government, the term 'recognition' should be replaced by that of 'effects of the trust'.

Mr Ventura (Portugal) announced that he was somewhat more pessimistic than other delegations. He had, he said, been most impressed by comments made by Professor Klein of the Bank for International Settlements, during the last meeting of the Special Commission. He felt that insufficient attention had been given to difficulties (which were not merely technicalities) encountered by civil law jurisdictions. Indeed, Professor von Overbeck himself had admitted that the reach of the Convention was much narrower than it appeared at first glance. One might wonder who would actually benefit from the Convention. The preliminary draft contained so many restrictions that, in Portugal at any rate, no trust created in a common law country could actually be recognized. It was to be hoped that progress could be made.

Mr Hayton (United Kingdom) said that reaction in his country had been generally favourable to the draft Convention. The patience of civil lawyers, their ready acceptance of party choice of the applicable law and of *dépeçage* had much impressed the persons consulted. Although at first the protective measures (articles 19 and 20) contained in the Convention had caused a few eyebrows to be raised, it was felt that with time civil law jurisdictions would feel less need for protection. Emphasizing that this was a unique and historic opportunity, he said that the difficulties should not be exaggerated, nor too much importance given to negative arguments. As suggested by the Irish delegate, ratification could be made easier by creating possibilities for reservations (which could later be withdrawn). There was a real need for such a Convention, as there were many trust assets in civil law countries. It was also clear that the trustees would be more ready to invest in a country if there was reasonable certainty that the trust would be recognized as such. The United Kingdom was generally satisfied with the basic way in which the Convention was developing.

Procès-verbal No 1

M. Volken (Suisse) observe que le droit suisse connaît en matière de succession le système de la *professio juris* qui permet à un *de cujus* étranger résidant en Suisse de choisir sa loi nationale pour régir sa succession. Ainsi un ressortissant anglais ou américain résidant en Suisse peut faire usage de la *professio juris* pour constituer un trust testamentaire. De ce fait, les juristes suisses se trouvent fréquemment confrontés à des trusts successoraux. C'est dire tout l'intérêt que présentent pour la Suisse les travaux de la Conférence de La Haye en ce domaine. La consultation des milieux intéressés en Suisse fait toutefois ressortir deux tendances contraires, qui sont l'une et l'autre très marquées. Certains milieux bancaires, de banques de gestion ou d'administration de biens sont très favorables aux travaux de la Conférence. En revanche, les banques commerciales internationales ont émis de sérieuses réserves qui tiennent au jeu possible du droit de suite *(right to trace)* reconnu par les pays qui connaissent l'institution du trust. Jusqu'à quel point le bénéficiaire d'un trust pourrait-il exercer ce droit de suite sur des biens déposés par le *trustee* dans une banque suisse? Il lui paraît essentiel que la Convention se prononce de la manière la plus claire sur ce point qui n'a rien de théorique. Il reste que dans l'ensemble, la situation lui paraît présenter une structure très satisfaisante qui constituera assurément une excellente base de discussion pour les travaux à venir.

Miss Montnor (Suriname) said that it was still premature for her delegation to take a position on the points raised by the Chairman, but declared that her country was glad to participate in the work of the Commission.

Mr Růžička (Czechoslovakia) declared that the law of his country was not familiar with the trust, and that there were very few cases in which, in practice, questions relating to the recognition of trusts had come up. Discussion in his country had revealed, however, that much importance was attached to the fact that the Convention should cover not only common law trusts but analogous civil law institutions. Hoping that there would be clarification on this point, he expressed his country's general approval of the draft Convention.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) emphasized the importance of the subject-matter of the draft Convention. Although Venezuela was a civil law country, it had adopted a trust law in 1956. However, in practice, the law was very little applied and there were few judicial decisions relating to trusts. From an empirical point of view, the contribution of his delegation would therefore be small. He added however that in Venezuelan law there were various other institutions which fulfilled similar purposes to those of the trust: thus the 'foundation' fulfilled the function of the charitable trust. From a purely personal point of view, he congratulated the Special Commission and Professor von Overbeck on the work done, and on the quality of the preliminary draft. He said however that the possibilities of achieving unity should not be overestimated. Delegates should above all strive to attain the feasible, and not the ideal. He stressed that he had been most impressed by the report made by the Bank for International Settlements, whose great experience in practical problems shed clear light on the difficulties raised.

The Chairman remarked that a number of delegates had expressed a wish for the scope of the draft to be enlarged to other trust-like institutions. However, he felt that the implications of such an extension should be carefully considered. Sometimes, functions similar to those fulfilled by the trust could be fulfilled on the basis of other legal structures. But structurally similar institutions should be carefully distinguished from those that were merely functionally analogous. The latter could not practically be included within the scope of the Convention. Recalling that the observers would be able to make their comments the following morning, the Chairman closed the meeting at 6 p.m.

Documents de travail Nos 20 à 30
Working Documents Nos 20 to 30

Distribués le 9 octobre 1984 (matin)
Distributed on 9 October 1984 (morning)

No 20 – Proposal of the Netherlands delegation

Article 6 (See page 4 of the Netherlands comments)

Replace paragraphs 1 and 2 by the following:

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case.

No 21 – Proposal of the Netherlands delegation

Article 5 (See pages 2 and 4, Netherlands comments)

Add a second paragraph:

In addition, the Convention ceases to apply from the moment that there is a change of the applicable law and the newly applicable law contains no provision relating to trusts or to the category of trust involved.

No 22 – (Drafting) Proposal of the Netherlands delegation

I Article 4 should be article 1 (pages 3 and 4, Netherlands comments)

II Article 1 (former 4)

– *add the words* 'provided that' *at the end of paragraph 1*

– *replace paragraph 2 by the following:*

a – title to trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee,

– the assets constitute a separate trust fund, and

– they are not a part of the trustee's own estate;

b the trustee has the power and the duty in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

No 23 – Proposal of the German delegation

Article 1

This Convention specifies the law applicable to trusts and makes provision for their recognition in relations between Contracting States.

No 24 – Proposal of the German delegation

Article 4

Replace paragraphs 1, 2 and 3 by the following paragraphs 1 and 2:

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created by a person, the settlor, which have the effect of placing assets under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose, the assets constituting a separate fund and not a part of the trustee's own estate, the trustee having the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.
The title to the trust assets does not necessarily stand in the name of the trustee.

No 25 – Proposal of the Canadian delegation

Article 8

c the appointment, recognition and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;

No 26 – Proposal of the Netherlands delegation

Articles 9 and 10 should be deleted. (See the Netherlands comments)

No 27 – Proposal of the Netherlands delegation

(See the Netherlands comments)

Article 11, paragraph 1, should read:

A trust created in accordance with the law specified by article 6 or 7 shall be effective as such in all Contracting States.

Article 11, paragraph 3, should read:

In particular the trust shall have the effect

a ...

b ...

c ...

Letter d *should be deleted.*

No 28 – Proposal of the Netherlands delegation

(See the Netherlands comments)

Article 14

We suggest the following text:

Upon ratification of this Convention any Contracting State may declare that if, at the time of the creation of trust, all the elements of the situation, other than the choice of the applicable law or the domicile of the trustee, were localized in one State only, it shall not give effect to a choice of law other than the law of the State where all these elements were localized.

No 29 – Proposition de la délégation espagnole

Article 7

Dans la mesure où la loi applicable n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 6, le trust est régi:

1 par la loi du lieu d'administration du trust.

Si cette loi ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, le trust est régi:

2 par la loi de la situation des biens du trust. Si cette loi ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, le trust est régi:

3 par la loi de la résidence habituelle ou du lieu d'établissement du *trustee.*

No 30 – Proposal of the Netherlands delegation

Article 2 (See the Netherlands comments)

This article should read as follows:

This Convention does not apply to –

a preliminary issues relating to the validity of wills or of [other juristic (legal) acts by which assets are transferred to the trustee;]*

b the capacity of the settlor, the trustee or the beneficiaries;

c requirements as to form.

* *or:* [acts by which assets are placed under the control of a trustee for trust purposes] – *(Doc. trav. No. 2)*

Documents de travail Nos 20 à 30

Procès-verbal No 2

Séance du mardi 9 octobre 1984 (matin)
Meeting of Tuesday 9 October 1984 (morning)

The meeting was opened at 9.30 a.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman opened the session and announced that he would continue with the preliminary comments of the participants and thus called upon Professor Klein to address the Conference.

M. Klein (Banque des Règlements internationaux) remercie la Conférence de donner à la Banque des Règlements internationaux l'occasion d'exprimer son point de vue sur une question aussi importante que celle qui fait l'objet des présents travaux. La Banque des Règlements internationaux a en la matière une expérience ancienne qui lui a fait prendre conscience des nombreuses difficultés rencontrées en ce domaine. Ces difficultés ont été exposées dans le Document préliminaire No 10 présenté par la Banque des Règlements internationaux. Celle-ci se félicite de l'initiative prise par la Conférence de La Haye de droit international privé. Le projet en discussion lui paraît constituer un pas important dans l'évolution du droit international privé. Il salue également le remarquable Rapport de M. von Overbeck. Sans revenir sur le détail des observations écrites présentées dans le Document préliminaire No 10, il tient toutefois à exprimer ses inquiétudes sur certains aspects de l'avant-projet établi dans une matière aussi difficile. Il souligne en premier lieu l'imprécision relative de la notion de trust telle qu'elle résulte de la définition de l'article 4. Ce texte pourrait couvrir aussi bien des institutions de droit civil. On a cité le cas du Liechtenstein qui en la matière a opéré une véritable réception du droit anglais ainsi que le montre une excellente thèse soutenue récemment à Berne. On peut également s'interroger sur l'application de l'article 4 à un certain nombre de fiducies développées par la pratique, la jurisprudence et même le législateur dans certains pays d'Europe continentale ou d'Amérique latine. On peut également hésiter sur le sort du *wakf* des pays islamiques. En second lieu, un risque bien plus grand lui paraît tenir à l'ambition universelle de ce projet. Il serait surprenant que le même rattachement, la même solution soient appropriés pour couvrir des matières aussi diverses que la protection des incapables, la gestion d'un patrimoine, le droit des sociétés, la constitution de sûretés, etc. ... Or telle est bien la solution du projet actuel puisque le trust a vocation à être utilisé dans tous ces domaines et que l'avant-projet n'opère aucune élimination. Pourtant la nécessité d'une convention sur le trust est apparue dans les pays de droit civil dans un domaine limité. On peut douter dès lors de l'intérêt d'englober dans le champ d'application de la Convention des trusts d'affaires et les trusts visant à créer ou à exécuter des sûretés, c'est-à-dire des trusts décrits dans le Rapport de MM. Dyer et van Loon (Nos 93–103). La question est laissée ouverte par le Rapport. Il paraît essentiel de prendre une position sans ambiguïté sur ce point. La Banque des Règlements internationaux suggère pour sa part l'exclusion pure et simple de ces matières de la Convention. Ce ne serait pas là une technique nouvelle. Ainsi la Convention sur la vente exclut-elle le cas des valeurs mobilières et par là même certaines opérations de banque ou de bourse. L'exclusion pure et simple des trusts d'affaires et des trusts de sûretés permettrait de progresser dans l'immédiat tout en préservant l'avenir. Ces questions pourraient être reprises plus tard lorsque tous leurs aspects auront pu être explorés, ce qui n'est pas le cas en l'état. Si, toutefois, l'on veut donner une portée plus générale à la Convention, il conviendra de se prononcer sur deux autres difficultés. Tout d'abord la question du rattachement. Il est assez compréhensible de se référer à la volonté du constituant. Cependant, ce choix ne saurait être opposable aux tiers. Si tel était le cas, les pires abus seraient à redouter, spécialement en matière bancaire. L'autonomie de la volonté est généralement acceptée en matière de contrats. Mais en matière de trust, on se trouve en présence d'un choix unilatéral et en matière d'acte unilatéral le principe de l'autonomie n'est reconnu qu'en matière de successions dans certains systèmes juridiques. Ce serait une innovation considérable que de l'étendre à toute matière par le truchement de l'institution du trust. De ce fait, plus le domaine d'application de la Convention sera étendu, plus il sera nécessaire de prendre des mesures de protection en particulier à l'égard des tiers. Il est certain que la notion de droit réel, traduite faute de mieux en anglais par *right in rem*, soulève des difficultés pour les juristes anglo-américains. C'est à cet égard que doit intervenir l'idée de réciprocité. De la même manière que les juristes des pays de droit civil doivent faire l'effort de comprendre l'institution du trust, un effort de compréhension est nécessaire de la part des juristes de *common law* sur la question des droits réels. En toute hypothèse, dans l'application de la Convention, c'est le juge de droit civil qui devra faire application d'éventuelles dispositions concernant les droits réels. On ne saurait sur ce point se contenter d'ambiguïtés ou de généreux malentendus. Il est nécessaire que la Convention ne permette pas de modifier, directement ou indirectement, le système de droits réels des pays de *civil law*. Ce n'est pas seulement la propriété qui est en cause mais aussi le droit des sûretés. Pourra-t-on par l'entremise d'un trust constituer des sûretés sans dépossession que prohibent plusieurs pays de droit civil? Pourra-t-on constituer des parités de rang par anticipation qui, dans les pays de droit civil, sont contraires à la règle *prior tempore potior jure?* Pourra-t-on de la même manière créer des sûretés au profit de créanciers qui ne sont pas encore connus, ce qu'interdisent également la plupart des pays de droit civil? La réserve de la fraude ne suffirait pas à résoudre le problème, et conduirait à multiplier des procédures judiciaires fâcheuses et coûteuses. La Banque des Règlements internationaux a déposé une proposition qui tend à résoudre certaines difficultés (voir Document de travail No 17). A ce stade des débats, il convenait simplement de faire état de certaines inquiétudes, tout en se réservant de revenir sur le détail de ces propositions.

The Chairman said that in discussing the other articles of the Convention reference would be made to the preceding comments. It was said that they should try to establish a Convention on private international law which does not change the internal laws of the countries involved. The civil law countries may perceive some difficulties in this area and the Commission was aware of these and will bear them in mind but, in the final analysis,

they may be less important than they at first seem.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) partage l'opinion de la délégation du Canada. Le texte actuel de l'avant-projet lui donne dans l'ensemble satisfaction. Le Rapport exprime de manière excellente les voeux de l'Union internationale du Notariat latin. Quelques questions méritent cependant de retenir l'attention et il conviendra d'y revenir au cours des débats. Il s'agit en premier lieu de la certification des pouvoirs du *trustee*. Le Rapporteur fait état de l'idée. Un système de certification serait en effet des plus utiles pour la pratique. En second lieu, l'article 12 et la question de la publicité en matière immobilière lui paraissent des plus importants. De manière plus générale, l'Union internationale du Notariat latin dont la vocation est de collaborer partout où il est possible de renforcer la sécurité juridique au profit des justiciables, insiste sur la nécessité de ne pas limiter les effets de la Convention sur une base de réciprocité. Une application universelle de la Convention irait en effet dans le sens d'une plus grande sécurité juridique.

The Chairman, having discovered that there were no further preliminary observations, called upon the Rapporteur to sum up some of the comments made so far.

Le Rapporteur rappelle que l'objet de la Convention est de donner aux juristes de droit civil un instrument permettant d'appréhender cette figure juridique étrange que constitue le trust. Elle ne vise nullement à introduire le trust dans les pays de droit civil. La question a été discutée en droit suisse mais elle a été tranchée dans le sens de la négative. L'introduction du trust bouleverserait en effet tout le système des droits réels. Toute autre est la tâche du droit international privé qui peut conduire à l'application d'une loi étrangère, la difficulté supplémentaire tenant ici au fait que l'institution n'existe pas dans les pays de droit civil. Mais il est clair qu'il y aura toujours le domaine de l'application de la loi du trust d'une part et le domaine d'application des institutions des pays de *common law* sur les droits réels, le droit de succession, le droit des régimes matrimoniaux d'autre part. Dans la mesure où la loi applicable à de telles institutions est impérative, ses dispositions devront être maintenues et ne pourront pas être rongées par l'intervention d'un trust. Le travail de cette commission sera sans doute de lever les incertitudes qui peuvent demeurer en la matière. Il ne faut cependant pas se faire trop d'illusions. Il restera toujours une place à l'interprétation, sauf à entrer dans des détails qui risqueraient de devenir trop spécifiques et d'égarer à leur tour l'interprète.

The Chairman suggested that the Commission now discuss the draft Convention article by article, taking the articles in their present numerical order, but assured delegates that this would not preclude rearrangement of the articles at a later stage. This was agreed and then the Chairman turned to consideration of article 1. He pointed out that the difference between variants A and B was one of reciprocity but suggested that this would be better dealt with at a later date.

The other issue which arises in article 1 is whether or not to include the recognition of trusts. The Convention at the moment contains a chapter on applicable law and one on recognition; if we were to abandon the concept of recognition, we would be left with a Convention which concerns only applicable law.

In consideration of article 1 there are a number of working documents to be taken into account. Working Documents Nos 14 and 22 from the Netherlands delegation and Working Document No 23 from the German delegation. As Working Document No 23 concerns reciprocity, it was left to a later date. The Chairman thus turned to Working Documents Nos 14 and 22.

Mr Westbroek (Netherlands) pointed out that, as explained in the comments of the Netherlands, it is inconsistent with the structure of the Convention to maintain the terminology of recognition of a trust. Trusts should be seen as a category of their own with their own rules of applicable law and thus would need no rules of recognition.

The Chairman before inviting comments told delegates to be aware that this question is closely linked with reciprocity.

Mr Trautman (United States) saw merit in the Netherlands proposal, as he preferred to talk about the effect rather than recognition of trusts. For example, in variant B it might be helpful to say 'and make provision for giving them effect'. By substituting the complete phrase *i.e.* 'giving them effect' the matter would be clearer than using simply the word 'effect'.

M. Voulgaris (Grèce) ne croit pas qu'une telle modification soit nécessaire. Elle lui paraît en effet devoir entraîner un bouleversement de toute l'économie de la Convention. Les effets sont déjà réglés à l'article 8. La reconnaissance est autre chose: il s'agit de la reconnaissance dans un autre pays que celui de la constitution du trust. Il suffit de comparer les articles 8 et 11 pour s'apercevoir de la différence. Si l'on substituait le terme «effet» à celui de «reconnaissance» il faudrait revoir tout le chapitre III. Une telle modification ne s'impose pas.

M. Loewe (Autriche) reprend les deux questions en discussion et ajoute une observation. Il se déclare tout d'abord opposé au système de la réciprocité, surtout pour des pays, comme l'Autriche, qui connaissent déjà des trusts. Il serait étrange de réserver un sort différent à des trusts analogues suivant qu'ils proviennent d'Etats qui auraient ou non ratifié la Convention. Sur la terminologie «reconnaissance» ou «effets», il relève qu'il s'agit principalement là d'une question de mots. Sans doute, le terme de reconnaissance évoque-t-il parfois l'existence d'une décision formelle comme c'est le cas dans la procédure d'exequatur mais tel n'est pas le sens de l'avant-projet. Dans l'avant-projet, reconnaître un trust signifie lui donner certains effets. Il se demande par ailleurs si l'expression «organiser la reconnaissance» est bien appropriée dans la version française pour l'expression anglaise *«makes provision for their recognition»*. Mais c'est également là une question de rédaction. Une question plus importante est celle de savoir si l'on n'inverse pas l'ordre logique des facteurs en parlant de la loi applicable avant de traiter de la question de la reconnaissance. Ne faut- il pas reconnaître l'institution avant même que ne puisse se poser la question de la loi applicable.

The Chairman called upon Mr Bennett to give his views.

Mr Bennett (Australia) conceded that if applicable law was adequately dealt with in the Convention then, strictly speaking, there would be no need to deal with recognition. Notwithstanding this he perceived that it would be advantageous to the civil law countries, which do not know the trust, to have rules of recognition included. To this end he supported Mr Trautman's suggestion which he saw as an objective rather than subjective approach to recognition.

M. Beraudo (France) n'est pas favorable à la substitution de la terminologie «effets» à celle de «reconnaissance». Une telle modification lui paraît susciter un certain nombre de difficultés pratiques. La reconnaissance ne permet pas au trust de produire l'ensemble de ses effets. Ceux-ci sont déterminés par le chapitre III. Par ailleurs, cela conduirait à utiliser dans la même convention le terme «effet» dans deux sens différents au chapitre I et au chapitre III, ce qui serait particulièrement fâcheux. Il existe également des objections d'ordre théorique à l'encontre de la terminologie «effets». Sans doute, le terme de «reconnaissance» est-il utilisé fréquemment pour désigner la reconnaissance de décisions judiciaires. Mais ce n'est pas toujours le cas. On connaît la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés, des fondations, des associations, etc. Le trust n'est pas à proprement parler une personne morale mais il en revêt certains caractères fondamentaux. Une masse de biens est affectée à un but. Elle est administrée par le *trustee*... En raison de ces analogies entre le trust et les personnes morales c'est de manière tout à fait appropriée que le terme de «reconnaissance» est employé à l'égard des trusts.

Mr Hayton (United Kingdom) said that there were two separate problems involved here, one is substantive, the other is merely a matter of terminology. (1) Is the Convention to be reciprocal or universal. He preferred to see it as universal but this is a matter they would consider later. (2) The difference between the words 'recognition' and 'effect' is a distinction without a difference. Variant B merely makes provision for recognizing the effects. We could change article 1 and still retain the same Convention merely by substituting 'effect' for 'recognition', but he suggested that we leave it as it is with the word 'recognition' included.

The Chairman said that if the word 'recognition' is replaced by the word 'effect' we will have to change many other articles. The word 'effect' may end up being used differently in different articles and thus lead to misunderstanding. Recognition in this context could not be interpreted to mean recognition of judgments and thus there is no possibility of misunderstanding in that direction. The Chairman was quite happy to retain the word 'recognition'.

Mr Westbroek (Netherlands) said the economy of the draft was seen by him as the main objection of some of these speakers. He nonetheless thought that the Netherlands proposal would contribute to the quality of the Convention. Although he realized it was difficult to weigh up the trouble caused and the utility served by the proposal he still preferred the proposal to stand.

Le Rapporteur se déclare en définitive favorable à la terminologie «reconnaissance» plutôt qu'à celle visant les «effets du trust». Ainsi que l'a souligné M. Beraudo, il serait fâcheux d'utiliser le terme «effet» en deux sens différents dans la même Convention.

The Chairman called a vote on *the Dutch proposal that the word 'effect' be substituted for the word 'recognition'.*

Vote

The proposal was rejected by a vote of 20 against (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, France, Greece, Ireland, Israel, Italy, Luxemburg, Portugal, Spain, Suriname, Switzerland, United Kingdom, Uruguay), 5 in favour (Czechoslovakia, Federal Republic of Germany, Japan, Netherlands, Poland), with 1 abstention (United States).

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) asked whether or not article 1 had been adopted.

The Chairman pointed out that, as both variants had been retained, article 1 could not have been adopted and that the Commission must wait for a full discussion on reciprocity before this could be done.
The Chairman then turned to a discussion of article 2. In respect of this article there were three working documents: Working Document No 2 from the United Kingdom and United States delegations; Working Document No 19 from the Bank for International Settlements, which would be dealt with at a later date; and Working Document No 30 from the Netherlands delegation.

Mr Hayton (United Kingdom) declared that this Convention should not apply to the rocket launcher, the creation of trusts. It is the local law which applies to the rocket launcher. The idea of excluding the aspects relating to the creation of a trust is generally reflected in article 2, but this article is not wide enough in its operation.
Most trusts are created by the transfer of assets from one person, the settlor, to another, the trustee, but the settlor can create a trust by declaring himself a trustee and by declaring that he will hold assets already in his possession on trust for another. Article 2 will exclude the operation of the Convention in the first case but not in the second. He pointed out that the proposal was intended to exclude the Convention in both cases.
He said the proposal had been worded in such a way that it will fit in with article 4. Thus it should cause no extra problem in drafting.
The sole intention of the proposal was to exclude all items dealing with the creation of a trust either by transference of assets or in cases where the settlor declares himself the trustee.

The Chairman suggested that the Netherlands proposal in Working Document No 30 be taken in conjunction with the United Kingdom and United States proposal in Working Document No 2.

Mr Westbroek (Netherlands) addressed the Commission about Working Document No 30. This proposal had been inspired by paragraphs 70 and 71 of the Rapporteur's Report. In view of these paragraphs it seemed useful specifically to exclude the property of the settlor from the Convention. It would clearly not be possible to exclude explicitly all preliminary issues but the Netherlands proposal, he felt, would cover most of the conceivable problems.
The wording of the Netherlands proposal was chosen so as to avoid the difficulty between *'acte'* in French, and 'instruments' in English, and includes two variants so that the Commission may choose whichever they prefer.

Mr Bennett (Australia) said that in general the approach adopted by the Netherlands proposal was to be preferred to that included in the United Kingdom and United States proposal.
He agreed that the present draft did not exclude the declaration of a trust and questioned whether it ought to do so. He said that the validity of a declaration was not the preliminary issue; its validity is in fact an integral part of the validity of a trust itself. Why should its validity therefore lie outside the Convention? He felt that formal validity should be excluded as in the Netherlands provision. He suggested however that it would be better done under article 11.

He now turned to paragraph *b* of the Netherlands proposal which would cover the capacity of the settlor to hold property and to be trustee. This would be too wide. He accepted that the settlor's holding of property should be excluded, but not his being a trustee.

M. Loewe (Autriche) se déclare sans opinion sur la proposition du Royaume-Uni et des Etats-Unis. En revanche, il a beaucoup de sympathie pour la proposition néerlandaise. C'est une vieille querelle entre les pays de *common law* et les pays de droit civil que de savoir si la capacité doit être ou non incluse dans la question de la validité de l'acte. Les pays de droit civil sont prêts à reconnaître les trusts en eux-mêmes mais entendent examiner de façon séparée la question de la capacité des différentes personnes en cause. Par ailleurs, il constate à la lecture du Rapport de M. von Overbeck (No 30) que le trust ne pourrait pas être reconnu s'il s'avère que selon le droit applicable l'acte de transfert n'est pas valable. Cette solution ne lui paraît pas incluse de manière évidente dans la formulation actuelle de l'avant-projet. Aussi suggère-t-il que le texte soit clarifié en ce sens.

Le Rapporteur estime au contraire qu'il n'est pas nécessaire de signaler une telle hypothèse. Dans la doctrine anglo-américaine, il faut que des biens soient attribués aux *trustees* pour que le trust puisse exister. Si aux yeux d'un juge d'un pays de droit civil un tel transfert n'a pu avoir lieu, le trust n'aura pu prendre effet. Aucune ambiguïté ne lui paraît exister sur ce point.

The Chairman called upon Mr Hayton to comment.

Mr Hayton (United Kingdom) set out as an example: a national of a civil law country – for example France – purports to create a trust and names English law as the applicable law. Clearly English law cannot be used to decide whether he is able to create a trust: that is a matter which must be left to French law. It is for the local law to decide whether he has the capacity to state that he is a trustee.
In this proposal we are saying that creation of a trust, that is, matters of formality, capacity, etc., are questions which would be excluded from the Convention and be dealt with by the local laws. All other matters are covered by the Convention.

The Chairman said that sub-paragraph *a* of the proposal of the Netherlands dealt with the same points as the United Kingdom and United States proposal and as such they would be considered together. The remainder of the Netherlands proposal, that is sub-paragraphs *b* and *c*, would be taken at a later date.

M. Volken (Suisse) n'a pas eu l'occasion de suivre les débats de la Commission spéciale depuis l'origine. Mais la lecture de l'article 2 de l'avant-projet le laisse perplexe. Cet article soulève plusieurs questions dont certaines ne lui paraissent résolues ni par la proposition du Royaume-Uni et des Etats-Unis ni par celle de la délégation néerlandaise. Il s'agit tout d'abord de la question abordée par le professeur Loewe sur l'article 2. Quelles sont ces «questions préliminaires»? Les explications que donne le Rapport (No 30) lui paraissent concluantes, mais le texte de l'avant-projet devrait être clarifié. L'article 2 mentionne le testament et d'autres actes juridiques sans préciser les derniers. Si l'on veut maintenir la référence au testament, il serait nécessaire de préciser quels sont ces autres actes juridiques, sinon le texte de l'article 2 se trouve dans un déséquilibre complet. Enfin lorsqu'on se réfère à la «validité», on peut se demander s'il s'agit de la validité en la forme ou au fond. L'ambiguïté se retrouve dans la proposition néerlandaise à propos des questions de forme. S'agit-il de la forme du testament, de l'instrument se trouvant à la base de la création du trust ou de la forme du trust. Tous ces points appellent des éclaircissements.

Mr Voulgaris (Greece) said that his support was given to the United Kingdom and United States proposal which, it seemed, gave real meaning to article 2 and tied it in with article 4. For this reason it was felt to be better than the Netherlands proposal.

Mrs Grammaticaki-Alexiou (Greece) suggested that the word 'preliminary' in article 2 ought to be deleted.

Mr Trautman (United States) agreed with the Greek delegation and would delete the word 'preliminary'.
On the difference between the Netherlands proposal and the United Kingdom and United States proposal, he realized that there was no difference between 'transfer' and 'place under the control of' because conceptually there is a transfer when there is a declaration of trust. He would still argue for the wording 'place under control of': firstly, it reiterated the language used in article 4, and secondly, it might be better understood by the civil law countries.

Mr Goldwater (Israel) supported the idea behind the United Kingdom and United States proposal, but was not certain that the wording in that proposal achieved its end, *i.e.* whether declaration of trust was actually included within that wording. Thus he suggested that one removed the passive form of the verb, as the settlor declaring himself to be trustee was not included within this passive form. If this were clarified, he would support the United Kingdom and United States proposal.

Mr Lysaght (Ireland) found it difficult to understand the phrase 'validity of wills or other instruments' as it was unclear whether it was substantive or just the formal validity which was covered. If it was only intended to cover formal validity then this should be stated on the face of the Convention. This matter could give rise to difficulty particularly in the areas of perpetuities and reserved shares for spouses. The dividing-line between 'the validity of wills or of other instruments' and 'validity of trusts' set up under such instruments needed to be clarified.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) said that in his view the term 'validity' used alone refers to formal and substantive. Items such as the rule against perpetuities may involve the essential validity of either a will or a trust. Similarly the share of spouses was not a matter of validity of wills in all cases.

The Chairman said that essential and formal validity of documents were both included. In the case of the rule against perpetuities, we were dealing with a provision of trust law, *i.e.* of essential validity of trust documents which is governed by the trust law. Shares of spouses, on the other hand, were outside trust law and within the law of wills.

Mr Bennett (Australia) made two points: (1) this Convention should *not* apply to formal validity of instruments creating trusts; (2) the word 'preliminary' was included in article 2 to focus attention upon the fact that this article was to exclude items which arise before the trust comes into existence. The Convention had al-

ways been intended to come into application after the assets were in the hands of the trustee.

Mme Revillard (France) estime qu'il serait dommage de modifier l'article 2 actuel. Ce texte vise essentiellement le contenant, l'*instrumentum*, du trust. C'est bien une question «préliminaire». Ce terme ne prête pas à confusion. Il ne s'agit pas d'une question préalable. Le terme «préliminaire» a été employé à dessein pour viser la question qui précède le problème des trusts. Quant à la validité en la forme du testament, celle-ci est couverte par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. C'est donc une raison d'écarter cette matière du domaine de la Convention. Pour répondre à l'observation de M. Volken, on pourrait viser les autres actes *juridiques*, au lieu de s'en tenir aux termes d'«actes». Quant à la formule du transfert des biens aux trusts, celle-ci paraît préférable à celle de «contrôle» par le *trustee*, ce qui n'aurait pas la même clarté.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) took issue with the remarks from the Chair that the rule against perpetuities was always a rule of trusts and not of wills. Also, he pointed out that article 8*f* deals with the rule against perpetuities.

Mr Trautman (United States) said that 'validity', in this context, was to include both formal and essential validity. On the rule against perpetuities, he agreed with Mr Dyer in saying that there may be instances where this rule is concerned with the validity of the will rather than that of the trust. Validity in the Convention included both trusts and wills but possibly this should be made a little clearer.

Mr Hayton (United Kingdom) said that the proposal should go forward as it stood. 'Wills and other acts' were included in the proposal and as a trust can be created by wills, deeds or oral acts, it would be included. Furthermore the terminology was consistent with that used in article 4 and thus the proposal should go forward as it stood.

Mr Westbroek (Netherlands) said that the point which he wanted to make in sub-paragraph *a* of Working Document No 30 was covered by the United Kingdom and United States proposal, which he would thus accept. He was in favour of retaining the word 'preliminary' in article 2.

Le Rapporteur observe que la discussion conjointe de la proposition américaine et de la proposition de la délégation néerlandaise a semé le doute dans les esprits en rapprochant deux choses distinctes. Il y a d'une part les questions de capacité et, d'autre part, les questions, de forme. Quel que soit le sort qui leur sera réservé, il conviendrait d'en faire des articles distincts. Par ailleurs, la proposition anglo-américaine lui paraît porter sur une simple question de formulation et il est d'avis de garder l'expression «préliminaire» et ne se déclare pas opposé à ce que l'on mentionne à l'article 2 d'autres actes que le testament, par exemple, les actes régissant le transfert des biens mobiliers, de manière à équilibrer la rédaction de ce texte. La question devra être examinée par le Comité de rédaction.

The Chairman said that as the United Kingdom and the United States proposal might need further drafting, a vote should be taken on the substantive question.

Votes

The first vote was on the proposal to retain the word 'preliminary'. It was approved by 18 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Egypt, Finland, France, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Suriname, Switzerland, United Kingdom, Uruguay), 6 against (Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Greece, Portugal, United States), with 3 abstentions (Federal Republic of Germany, Poland, Spain).

The second vote was on the proposal to substitute 'place under the control of' (for the words 'transfer to'. It was approved by 23 in favour (Argentina, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Suriname, United Kingdom, United States, Venezuela), 3 against (Australia, France, Switzerland), with 1 abstention (Austria).

The Chairman thus declared the motion carried and referred article 2 to the Drafting Committee. He then turned to Working Document No 30, *b* and *c*, which he suggested might, if adopted, go into another article.

Mr Westbroek (Netherlands) said that if a will is in violation of a formal rule of validity, it may be invalid; but he asked what would be the position in the case of the essential validity of the will? If formal validity were to be included, essential validity should also be dealt with. The present article 2 appeared to be unclear on this point and should be clarified by our proposals.

The Chairman said that article 2 as it stood referred to both formal and essential validity, and it would be for the Rapporteur to make it clear which questions of essential validity go to the law of the trust and which to the law of the will.

Mr Westbroek (Netherlands) suggested that the Convention be amended and that those items which would be contained be dealt with in the report.

Le Rapporteur rappelle comme il l'a fait dans son Rapport au No 70 que la Commission spéciale avait décidé que la validité en la forme ne devait pas être réglée par la Convention mais la question devrait sans doute être tranchée expressément par la Convention. Il s'adresse aux délégués des pays de *common law* pour leur demander les raisons pour lesquelles ils estimeraient que les questions de forme du trust ne devraient pas être réglées par la Convention.

Mr Trautman (United States) stated that all that was important was to retain the distinction between the rocket launcher and the rocket so that questions of form going to the creating document are excluded, questions of form going to the trust are included. Issues of capacity for creation of a will, etc. would be excluded from the Convention, but issues which go to the capacity of a trustee are a question of trusts and thus included in the Convention. He felt that the notes of the Rapporteur were very clear but suggested that they could possibly have been elaborated.

The Rapporteur insisted there was a necessity to distinguish between several different problems. The first solely concerned the launcher and its formal and essential validity.
The second question was one of capacity which ought to be treated separately. Finally there was the question

of the form of the trust itself and it should be clarified whether this should remain in or out of the Convention.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) asked if one of the delegates from common law countries could give some examples of questions relating to the form of the trust itself only.

Mr Hayton (United Kingdom) said this problem is theoretical rather than practical. It might be possible to transfer assets to a trustee in an ordinary document but for the creation of a trust one needs a deed. Though clearly the form for transfer of assets to a trustee may be simpler than the form required for the creation of a trust, in practice both these actions would be contained in a single document.

Mr Waters (Canada) agreed with Mr Hayton, saying that essentially a trust is a concept and therefore a matter of essential validity. Formal validity of a trust is really only a theory; thus once the rocket is launched the formal validity becomes unimportant and essential validity becomes all important.

The Chairman said the rocket launcher and the rocket were clearly separate in the case where a trust is created by a will, but was the problem not more complex when a trust was created by a deed?

Mr Waters (Canada) added that the formal validity of a trust coincided with formal validity of a deed and therefore one was only concerned with the trust's essential validity.

The Chairman asked whether all requirements of formal validity were to be excluded from the Convention or not.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) thought that there were rules of formal validity which related to trusts and he had supposed that article 3 incorporated minimal formal requirements: that a trust be evidenced in writing before it could be included in the Convention. He envisaged that some countries might go further than this and require extra kinds of formal validity which he thought were covered by article 8 in which validity means both formal and essential validity.

The Rapporteur suggested that the problem could be dealt with by adding 'and which conformed to the formal requirements of the applicable law of the trust' to article 3 but, on balance, he was inclined to say that article 8 would be sufficient.

The Chairman suggested that we deal with this under article 8 and this was accepted. He then turned to subparagraph *b* of Working Document No 30, saying that certain limitations may be placed on becoming a trustee. They may be limitations of specific capacity which relate only to trusts or of general capacity which relate to other legal concepts.

Mr Westbroek (Netherlands) said that the proposals in Working Document No 30, *b* and *c*, were put forward so as to clarify that these were matters for the trust, but he conceded that they could be entered under a separate article.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) said that in legal jurisdictions where they use the trust there were sometimes special provisions concerning capacity to become a trustee, for example those guilty of fraud or theft might be excluded from becoming trustees. This special capacity to become a trustee was not related to general capacity to do other acts. This difference, he felt, was covered by the words 'preliminary issues relating to the validity of wills' which excluded the general capacity but not specific capacity.

The Chairman said this was covered to a certain extent by article 8*a*.

Mr Waters (Canada) said that in Working Document No 25, it had been attempted to meet the problem now discussed.
There was a difference between the rocket launcher and the trust. It was perceived that the creation of the trust and the capacity to act as trustee should be kept separate.

The Chairman said that if Working Document No 25 were to be adopted, then proposal *b* in Working Document No 30 would become superfluous.

Le Rapporteur relève que la distinction de la capacité générale et de la capacité spéciale n'est pas expressément réglée dans le texte de la Convention et qu'il conviendra de trouver une formulation à cet effet.

The Chairman obtained agreement that the Drafting Committee should deal with the problem of general exclusion of capacity.

Mr Trautman (United States) suggested that article 2 as it now stood was sufficient, and that there should be no separate article to deal with general capacity.

M. Voulgaris (Grèce) estime qu'il serait préférable de procéder d'abord au vote sur la proposition canadienne avant de se prononcer sur l'exclusion de la capacité générale dans l'article 2. Il ne faudrait pas en effet qu'une interprétation *a fortiori* fasse croire que l'inclusion de la capacité spéciale signifie que la capacité générale est également incluse dans le domaine de la Convention.

Le Président demande au Rapporteur d'exprimer son point de vue sur la question.

Le Rapporteur reconnaît qu'il convient de distinguer ces différents aspects. Il semble que les délégués s'accordent généralement sur la nécessité d'exclure la capacité générale et également sur celle d'inclure la capacité spéciale dans le domaine d'application de la Convention. L'exclusion de la capacité générale lui paraît devoir être décidée dès à présent.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) said that if the Dutch proposal expressly to declare the Convention inapplicable as to the capacity of trustee and beneficiary were to be adopted, then it might cause more problems than it solved. Thus it would be better to leave article 2 as it stood.

Mr Westbroek (Netherlands) stated that a reference to both trustee and beneficiary had been included so as to make it clear that the general capacity, not covered by the trust, should be excluded.

Le Rapporteur estime préférable de parler de capacité en général sans préciser plus avant les personnes dont il s'agit. En effet, les bénéficiaires n'ont pas toujours besoin d'être capables.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) said it would be better to leave the beneficiary unmentioned and problems, if they arise, could clearly be dealt with under mandatory rules.

Mr Pryles (Australia) said that capacity of beneficiaries can affect a trust and should be excluded from the Convention.

The Chairman proceeded to a vote on *the proposal that formalities should be added, in order to exclude the idea of general capacity.*

Vote

The proposal was rejected by a vote of 11 against (Australia, Canada, Cyprus, Finland, Ireland, Israel, Italy, Spain, United Kingdom, United States, Uruguay), 8 in favour (Argentina, Belgium, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Federal Republic of Germany, Japan, Netherlands), with 6 abstentions (France, Greece, Luxemburg, Poland, Suriname, Switzerland).

The Chairman closed the meeting at 1 p.m.

Documents de travail Nos 31 à 36
Working Documents Nos 31 to 36

Distribués le 9 octobre 1984 (après-midi)

Distributed on 9 October 1984 (afternoon)

No 31 – Proposal of the Netherlands delegation

Article 7, paragraph 2

Add to the list of paragraph 2 the following:

e whether a particular law contains provisions relating to trusts.

Comment

The question whether a particular system of law contains provisions relating to trusts should equally be taken into account in the process of assessing which law the trust is most closely connected with.

No 32 – Proposition de la délégation hellénique – Proposal of the Hellenic delegation

Article 6

Ajouter un deuxième alinéa:

Il peut ne pas être tenu compte de ce choix lorsqu'il n'y a aucun lien [réel] avec la loi choisie.

Article 6

Add a second paragraph:

This choice may be disregarded where there is no [substantial] connection with the chosen law.

No 33 – Proposition des délégations de l'Argentine, de l'Egypte, de l'Espagne, de la France et de la Grèce

Article 14

Les Etats parties ne reconnaissent pas les trusts portant sur des biens qui, au moment de leur constitution, sont principalement situés dans des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust.
Il en est de même lorsque, au moment de la constitution du trust, le constituant et les bénéficiaires ont la nationalité d'un Etat qui ne connaît pas le trust et résident habituellement dans des Etats qui ignorent cette institution.

No 34 – Proposition de la délégation italienne

Article 14

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust si:

a le droit de cet Etat ne reconnaît pas la catégorie de trust en cause ou une institution analogue et

b le constituant et les bénéficiaires ont la nationalité de cet Etat et la résidence habituelle dans cet Etat, et

c le trust porte sur des biens qui sont situés dans le territoire de cet Etat.

No 35 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 3

or to trusts of a continuing administrative nature which are created by a judicial instrument.

This excludes constructive trusts.

No 36 – Proposal of the Canadian delegation

Article 6, third paragraph

The settlor may expressly choose a different law to govern matters of administration

Article 7, third paragraph

Delete

Article 8

i [the validity of] the power to change the law governing the validity of the trust, or the power to change the law governing the administration of the trust;

present (i) *becomes* (j), *and* (j) (h).

Article 9

When the law governing the validity of the trust [or specified by articles 6 or 7], or the law governing the administration of the trust, has been changed, further to a power in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, and the change is valid under article 8 *(i)*, the change shall itself be created or evidenced in writing.

Article 10

Where the law governing the validity of the trust has been changed, the new law shall from thence forward govern questions regarding the validity of the trust.

Article 10A

The law governing the validity of the trust at the time

when a question arises determines whether the law governing the administration of the trust can be changed, and whether the question does or does not relate to administration.
When the law governing the administration of a trust has been changed, the new law shall from thence forward govern questions regarding the administration of the trust.

Comment

This proposed amendment is designed to deal with the concerns of the Commonwealth Secretariat and Quebec that the Convention is silent on a power commonly found in trust instruments, namely, that the trustees may change the law governing validity. It also attempts to meet the objections which several delegations have made to the present articles 9 and 10, and to retain in the Convention provision for the circumstances where the law governing administration is changed.

Procès-verbal No 3

Séance du mardi 9 octobre 1984 (après-midi)

Meeting of Tuesday 9 October 1984 (afternoon)

The meeting was opened at 3.00 p.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman suggested that the Commission turn its attention to Working Document No 19. He invited Professor Klein to speak on this proposal which would exclude business trusts *(trusts d'affaires)* and trusts for the creation of security interests. The Chairman questioned whether these expressions adequately described the category of trusts to be excluded. He also invited delegates to indicate their support, if any, for this proposal.

M. Klein (Banque des Règlements internationaux) est conscient du problème de rédaction que pose l'amendement qu'il suggère au nom de la Banque des Règlements internationaux. Il tient à préciser sa pensée en se reportant à la définition donnée par le Rapport de MM. Dyer et van Loon relative aux trusts destinés à créer et exécuter des sûretés. La proposition d'amendement devrait être précisée en excluant les trusts destinés à créer et *exécuter* des sûretés. Pour ce qui est de la description précise de ces trusts il se reporte aux définitions données dans le Rapport précité Nos 93 et suivants. Il estime opportun de poser une question préalable, à savoir si on entend que la Convention s'applique ou non à ces trusts.
Il rappelle que sur le plan économique les pays de droit civil ont aussi des institutions analogues pour régir les matières concernées par ces types de trusts. Il est conscient qu'il existe des pays de *common law* qui ont adopté des réglementations plus sévères que celles des pays de droit civil, mais nombre de pays de *common law* ont aussi des réglementations très laxistes. En résumé, le problème est de savoir si la Convention va s'appliquer à ces trusts. Encore une fois il est difficile de les identifier avec précision mais une énumération conforme à celle qui a été effectuée dans le Rapport de MM. Dyer et van Loon devrait suffire à les identifier.

The Chairman asked for comments on Professor Klein's statement and recognized the Rapporteur.

Le Rapporteur est conscient des dangers de ces trusts mais il hésite à les exclure définitivement. La notion est très vague; il faudrait donc les examiner de plus près auparavant, car les trusts destinés à constituer des sûretés peuvent avoir un but tout à fait légitime. Le Rapporteur souligne que la tendance de la Convention est de parer au danger d'une insertion du trust dans les pays de droit civil, mais il existe des sauvegardes générales, notamment les articles 11 et 19 de l'avant-projet. Ces sauvegardes devraient suffire. Par conséquent il faudra reprendre ce problème au moment de l'étude de ces articles.

The Chairman asked whether there was any support for the Bank's proposal.

Mr Trautman (United States) expressed his thanks for the Bank's efforts and indicated that the United States supported this proposal to the extent consistent with the Report. He further expressed the hope that the Commission in articles 11 and 19 could be as explicit as is necessary to accommodate the concerns expressed by Professor Klein. He stated that all would agree, in both common law and civil law countries, that third parties must have protection emanating from the laws of the jurisdiction in which the property at issue is to be found. Whatever autonomy is to be granted under the Convention, such autonomy cannot be allowed to prejudice third parties' rights. He stated his belief that the Commission should be able to draft a convention that would satisfy these concerns. Although substantial differences exist between common law and civil law countries as to the rights emanating from liens on property that is not held in a creditor's hands, he believed that articles 11 and 19 must make absolutely clear that the protection of a creditor must come from the law governing the jurisdiction where the property at issue is located.

M. Volken (Suisse) après avoir entendu les explications du Rapporteur et de M. Trautman pense qu'il serait utile de retenir l'amendement proposé par M. Klein et de le placer entre crochets dans l'article 2 plutôt que d'attendre une discussion sur les articles 11 et 19. Ce serait en somme une adoption provisionnelle.

The Chairman suggested that Professor Klein's proposal should be considered in connection with the provisions in the draft Convention concerning the interests of third parties.

Mr Hayton (United Kingdom) supported the Chair-

man's proposal that discussion of Professor Klein's proposal be so delayed. He understood the Bank's concerns as to third parties, but stated his belief that the intent of the Convention was broadly to permit trustees to sue and be sued as trustees and to establish that the property held by a trustee would be considered separate, especially in case of death or bankruptcy of the trustee. Because this was intended as a major benefit to accrue through the Convention, he believed it important not to discriminate as to the special category of business trusts.

The Chairman asked whether Professor Klein would be satisfied to wait on this issue and to revert to it when the Commission was more advanced on other matters.

M. Klein (Banque des Règlements internationaux) accepte la proposition du Président. Il ajoute que si les droits des tiers sont importants, il y a pour certains pays un problème de politique législative à la création des *Massachusetts Trusts*. Il déclare que sa proposition avait en vue la protection des tiers mais allait aussi au-delà.

The Chairman expressed his thanks to the Bank for its proposal and suggested that the Commission proceed to consideration of article 3. He stated that the only written proposal to amend this article presently before the Commission was Working Document No 16 (France). He then called upon the French delegation to speak on this Working Document.

M. Beraudo (France) déclare que la proposition française a pour but d'élargir le domaine de la Convention en demandant aux pays de droit civil une concession facile.
Il note que la Convention admet les trusts créés par la volonté du constituant qui choisit la loi applicable aux trusts. Il n'est donc pas excessif de reconnaître les trusts créés par décision de justice, car on peut avoir dans cette matière une certitude absolue que le trust est sain, non frauduleux et peut être traité facilement dans le système juridique.
Il relève que ce type de trust est soumis à la *lex magistratus*, il n'y a donc pas de crainte à avoir relativement au choix frauduleux d'une loi étrangère. Les décisions étant rendues par écrit, la question de la preuve se confond avec son acte constitutif, c'est-à-dire la décision judiciaire. Il précise également que la reconnaissance des trusts créés pas décision de justice est distincte de la reconnaissance des décisions judiciaires. La décision est l'acte constitutif, elle a à l'étranger les seuls effets d'un titre juridique créant le trust. Elle peut contenir des dispositions relatives à une responsabilité quelconque. Ce qui serait reconnu, ce ne sont pas les dispositions concernant la responsabilité mais le trust créé pour mettre en oeuvre une réparation du principe de la responsabilité dégagée.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that he believed that this proposal made sense because the trust concept was a flexible concept and the Convention must be correspondingly flexible. He believed it odd to apply the Convention only to trusts created by private persons and not to trusts created by courts. He gave as an example a divorce court's decision to require a husband to hold a matrimonial house, following divorce, in trust for the benefit of wife and child. The husband could perhaps sell the house in violation of the trust and use the proceeds in a civil law country. The Convention should cover this and similar matters.

M. Voulgaris (Grèce) relève que la proposition faite par la délégation française est séduisante car elle répond à des intérêts pratiques de grande importance. Il estime que la Convention actuelle devra être complétée plus tard, faute de temps, car ce point soulève des problèmes de conflits de lois et de juridictions tout à la fois. Plusieurs conventions, dont une Convention de La Haye relative à la protection des mineurs, sont en relation avec les trusts judiciaires. Il pense donc qu'il faudra régler cette question en prenant garde d'harmoniser les règles qui existent déjà avec celles qui vont être établies.
La délégation grecque supporte donc la proposition française mais exprime le doute qu'on ait le temps de la discuter.

M. Loewe (Autriche) pense que cette proposition soulève de nombreuses difficultés. Il estime notamment que la rédaction devrait être différente; il faudrait dire «la Convention s'applique aux trusts créés volontairement ou par décision de justice et dont la preuve est apportée par écrit» au lieu de noter: «la Convention s'applique aux trusts créés volontairement et par décision de justice dont la preuve est apportée par écrit». Il estime que ces problèmes sont étrangers à ceux dont la Convention a à discuter. La Convention concerne en effet la reconnaissance des trusts et la loi qui leur est applicable, or ce qui est proposé dans cet amendement est la reconnaissance indirecte d'une décision de justice. Certes il y a déjà des conventions qui entreprennent des reconnaissances de cette nature, mais tout dépend des décisions en question.
Il craint que la reconnaissance et l'exécution des décisions soient très différentes de ce qui est l'objet de la Convention. La Conférence de La Haye, dans les traités concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, a rencontré de grandes difficultés sauf pour les titres alimentaires. Il ne faut donc pas charger cette Convention de problèmes au moins aussi importants.
En conclusion M. Loewe se prononce pour le rejet de la proposition française.

Mr Pryles (Australia) indicated that although Australia, as a common law State, desired wide recognition of trusts, the Australian delegation could not support this proposal. Firstly, the choice of law provisions contained in the present draft of the Convention were primarily designed for voluntarily-created trusts and not judicially-created trusts. Secondly, and more seriously, the judicial trust is most often a form of remedy. Any equivalent money damages award would not be recognizable elsewhere unless it satisfied certain pre-existing conditions. The effect of this proposal would be to require such remedies as judicially-created trusts to be recognized in other jurisdictions irrespective of whether they satisfied such pre-conditions. Such a requirement could render the Convention unacceptable to many States.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) se prononce dans le même sens que la délégation australienne. Il ajoute qu'il existe également des trusts constitués par une loi, par conséquent les arguments avancés en faveur de l'élargissement de la Convention aux trusts judiciaires joueraient également en matière de trusts législatifs. Il faudrait donc changer toute l'économie de la Convention. La Convention est uniquement fondée sur la volonté du constituant, et en l'élargissant dans une direction non étudiée on risque de rencontrer de très sérieux problèmes.

Le Président remarque que le Gouvernement néerlandais se prononçait également pour une notion plus stric-

te des trusts. Il invite le Délégué des Pays-Bas à expliquer ce point de vue.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) suggested that words should be added to article 3 to give effect to the Netherlands' written comments that the Convention should be limited to express trusts created voluntarily and evidenced in writing. Although the Netherlands had tabled no written amendment to this effect, he stressed the Netherlands' intention that judicial trusts be excluded. He admitted to being puzzled over the French proposal because, as he agreed, and as was pointed out by the West German delegation, the Convention was based on the agreement of parties; however, the Brussels Convention on recognition of judicial decisions (the only Convention of which he was aware that expressly mentioned trusts) included the judicial trust. Thus, judicial trusts were accepted in that Convention but here were given a more restricted treatment. He concluded that the Netherlands' position was in favour of excluding judicial trusts on the basis of the argument advanced by Mr Pirrung. The Convention as presently drafted dealt mainly with trusts made by agreement and by a settlor, not judicial trusts.

The Chairman suggested that the difference arose because the Brussels Convention provided an entire regime to deal with the recognition and enforcement of judgments and thus could provide coverage of judicial trusts within that framework.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) stated that the Schlosser Report on the 1978 Accession Convention, paragraph 117, indicates that judicial and constructive trusts are not within the scope of at least the rules on jurisdiction of the revised Brussels Convention.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) stated that, although he did not have the text before him, he thought that the recognition of trusts under the Brussels Convention was very broad.

The Chairman read out the pertinent section of the Brussels Convention. He suggested that it did not expressly speak of judicially-created trusts. The accompanying Report stated expressly that constructive and implied trusts were not covered.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) argued that the only possibly pertinent provision would be that which brings within the scope of the Convention trusts created by written instrument. The argument would be whether or not judicial decisions were 'written instruments'.

Mr Waters (Canada) stated that the French proposal was very important to Canada. He expressed the hope that judicially-created trusts would not be excluded from the Convention. The Commission's purpose was to recognize the phenomenon of trusts generally. The constructive trust was an important aspect of that phenomenon, affecting many people in many jurisdictions.

Le Rapporteur relève que l'idée qui a inspiré le projet de Convention était la reconnaissance de trusts créés volontairement. Comme le dit M. Pryles, les règles de conflits de lois ne sont pas rédigées en vue d'une décision judiciaire. Il est choquant de reconnaître une décision judiciaire qui se sert du procédé du trust. Il note qu'introduire ces trusts comporte au fond les mêmes difficultés que l'article 13 qui est presque unanimement critiqué et qui sera par conséquent probablement supprimé.
On peut admettre que si une décision judiciaire est reconnue en vertu de la Convention et qu'elle comporte un trust, il sera reconnu en même temps, mais on se heurtera alors aux difficultés signalées par M. Loewe. Par conséquent, si on veut introduire ce type de trust, il faudra que les autres conditions relatives à sa validité soient remplies.

Mr Dyer (Secretary at the Permanent Bureau) wished to put a question to the United Kingdom regarding constructive trusts there. His experience within the United States showed that constructive trusts were mainly a remedial device. The Australian Delegate's comments seemed in agreement with this proposal. One feature of such constructive trusts was to prevent unjust enrichment. Typically, no administration was involved. If a court declared a constructive trust, it simply ordered a party to turn over property held unjustly. Thus, no administration was involved; no production of income was required. He wished to enquire whether the situation was different within the United Kingdom.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that in practice no administration was involved in constructive trusts in a narrow sense; however in a wider sense they would be of two sorts: (1) within specific jurisdictions, such as in matrimonial matters, a court may have power to order the continuing administration of property held in trust; (2) in other situations, such as those suggested by Mr Dyer, unconscionable or inequitable conduct could lead a court to order a pure transfer of property without any continuing administration.

The Chairman invited the French delegation to respond to the debate.

M. Beraudo (France) s'adressant à M. le Président, remarque que sa proposition n'a pas grand succès. Il pense toutefois que les trusts judiciaires peuvent se voir appliquer la figure du «lanceur» et de «la fusée». La décision judiciaire est le lanceur, le trust la fusée. Il affirme que l'on se trouvera ici en présence d'un effet de titre d'un jugement étranger, indépendant de l'exequatur. Il faut se garder d'une confusion avec la reconnaissance de la décision qui crée le trust. Si l'on exclut les trusts créés par décision de justice, on risque de se trouver dans des situations paradoxales. Par exemple: la Convention permettra de reconnaître un trust créé en Grande-Bretagne par un citoyen britannique et transférant des biens en trust au profit de ses enfants. Mais si le ressortissant britannique décède sans laisser de dispositions, le même trust pourra être créé par décision judiciaire. Cependant, dans ce cas précis, le trust ne pourra être reconnu. Il note que c'est à ce type de situation que la proposition française voulait remédier.

The Chairman considered that the Commission was ready to make a decision on Working Document No 16 and invited the delegations to vote. If they wished to include the French proposal, they were to vote yes; to exclude would require a no vote.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) asked that before a vote was taken the Commission consider whether this was really a problem of great import. As indicated in the Report by Professor von Overbeck accompanying the draft Convention, No 33, the problem of judicially-created trusts was not frequently encountered in civil law countries. To his knowledge, the problem had never arisen in the Netherlands in either judicial decisions or

practice. He queried whether the situation was different in other countries.

The Chairman asked for replies to this question, preferably from those having had such problems within civil law jurisdictions. There being no response, he assumed that no one present had experienced this phenomenon.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) stated that the discussion had educated him. He now believed that there were two types of constructive trusts: (1) those in which a trustee will never come to an authority seeking recognition of these powers. In these cases, the trustee usually was a wrongdoer who had been ordered by a court to give up property. There could be no future enforcement of his powers. He considered it likely that courts would be reluctant to declare such a trust on property located abroad; (2) the second type of constructive trust, which he found more troublesome, apparently arose out of succession or matrimonial situations, and was created by courts where the facts indicated that the settlor might or should have created a trust himself.

The Chairman resumed the preceding discussion and queried whether constructive trusts are synonymous with judicial trusts. He distinguished the two, confining constructive trusts to those in which a court ruled that a set of facts implied a fiduciary relationship as a remedy. He reserved the other category of trusts, the judicial trust, for trusts set up and organized by a court. He invited Mr Hayton to comment on this suggestion.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that the Commission should be more properly concerned with judicial trusts of a continuing nature, such as those that arise out of matrimonial or intestacy situations, for example, when an intestate decedent has left property giving a wife a life interest with remainder to children, or perhaps when an administrator of an estate, after winding up affairs, becomes a trustee as to the residual estate. Such a trustee could legitimately take property abroad or might wrongfully do so. In either case, he believed the Convention should be applicable. Although this problem had not apparently been frequently encountered, he thought it likely to increase in importance in the future. He argued that because it was unlikely that another chance to address the subject would arise, the Commission needed to address it presently and to provide for the opportunity for flexibility and growth. He argued thus that judicially-created trusts needed to be recognized as within the Convention.
He considered the second sort of trust, which was not of a continuing nature and simply involved a one-time transfer of property back to beneficiaries, not as important.

M. Loewe (Autriche) déclare qu'il ne veut pas intervenir dans la procédure de vote mais que les précédentes interventions l'obligent à prendre la parole. Il ne se souvient pas d'une décision judiciaire autrichienne concernant la matière en discussion. Il insiste sur le fait que ce qui est créé par une décision judiciaire obéit aux règles concernant la reconnaissance des décisions étrangères. Par conséquent, il ne suivra pas M. Beraudo dans sa théorie. En effet, il pense que le problème de la reconnaissance d'un jugement étranger ne peut être évité si la proposition française est adoptée. Pour le résoudre il faudrait bâtir une convention de reconnaissance à l'intérieur de celle qui est présentement discutée et il conclut en disant que l'avant-projet actuel exige déjà des pays de droit civil un grand effort de compréhension.

The Chairman, wishing to avoid prolonged debate on this issue and considering it a minor point in the context of the entire draft, indicated that speakers should finish their comments before the Commission took its afternoon break. The vote would follow the break. He stressed that, if judicial trusts were not included within the Convention, other jurisdictions would still be free to give effect to such trusts because the Convention would not forbid such action.

M. Riad (Egypte) souligne qu'il a été très impressionné par les craintes du délégué de Grande-Bretagne et par l'importance du trust judiciaire dans les pays de *common law.*
Il estime que l'avant-projet actuel serait incomplet s'il ne faisait pas mention de ces trusts judiciaires. Certes, la question paraît de peu d'importance dans les pays de droit civil, mais il s'agit de légiférer pour l'avenir et il n'est pas certain que ces problèmes ne se poseront pas un jour dans les pays de droit civil. Il relève que le problème de l'exequatur ne se pose pas ici; il s'agit en effet d'un jugement constitutif qui ne nécessite pas d'exequatur même si certaines précautions sont nécessaires. Il relève pour finir que le titre de l'avant-projet parle de trust en général et qu'il ne fait donc pas de restriction.

M. Volken (Suisse) se montre réservé vis-à-vis de la proposition française. Reprenant l'exemple du «lanceur» et de la «fusée», il note qu'en cas de trust créé par le juge, la décision judiciaire est certes un «lanceur». Mais si l'on adopte la proposition française, il sera possible de changer un «lanceur» défectueux (par ex. un testament nul) au moyen de la décision judiciaire. Il lui semble que cet aspect change beaucoup la philosophie qui fut à la base des Commissions spéciales, et note d'ailleurs que ces questions n'ont pas été suffisamment approfondies.

M. Gambaro (Italie) note que cette question a déjà fait l'objet de nombreux débats notamment au sein de la Commission spéciale. Il estime que les arguments qui ont été évoqués sont trop systématiques. Certes la Convention a pour objet des trusts créés volontairement et la question débattue touche à la reconnaissance de décisions étrangères, mais ici la décision étrangère est le titre du *trustee.* La proposition française lui paraît donc répondre à de réelles questions pratiques.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) se place sur le terrain de la Convention de Bruxelles relative à la reconnaissance des décisions étrangères et remarque que son article 5, No 6, ne peut pas être décisif ici. Il fait référence notamment à l'article premier qui exclut certaines matières notamment le trust successoral. Mais il note que dans d'autres matières comme l'enrichissement sans cause où l'on utilise le moyen du trust en *common law,* les Etats contractants de cette Convention sont tenus de reconnaître les décisions anglaises. Il déclare que l'objet du projet de Convention dont on parle ici est d'organiser la reconnaissance du trust conçu comme un moyen pour une personne privée d'arriver à un résultat déterminé. Il souligne donc qu'il n'est pas question ici de s'occuper du trust comme un moyen d'arriver à n'importe quel résultat possible. Par conséquent, il estime que si l'on étend la Convention aux trusts non créés par des particuliers, toute son économie s'en trouve bouleversée et il faudra donc la revoir entièrement, ce qui est impossible.

The Chairman considered that the question had been given sufficient discussion, but recognized one last speaker.

Mr Trautman (United States) indicated that the United States delegation was torn. It was grateful to France for its assistance in addressing this problem and wished to help the United Kingdom ameliorate this problem, although it was apparently not shared by other common law jurisdictions. However, inasmuch as the issue seemed to create difficulties, he considered it better to drop the proposal rather than jeopardize the success of the Convention. He further considered it capable of being handled apart from the Convention. Therefore, the United States delegation would abstain in voting on Working Document No 16.

The Chairman proceeded to take the vote on Working Document No 16. He stated his understanding that a second proposal on this issue, although not yet before the Commission, would be submitted by the United Kingdom. He believed it would take a narrower position than the French proposal and therefore considered a first vote on the French proposal appropriate.

Vote

The proposal was rejected by a vote of 14 against (Australia, Austria, Belgium, Czechoslavakia, Finland, Federal Republic of Germany, Israel, Japan, Netherlands, Poland, Portugal, Suriname, Switzerland, Venezuela), 8 in favour (Canada, Cyprus, Denmark, France, Italy, Luxemburg, Spain, United Kingdom), with 5 abstentions (Argentina, Egypt, Greece, Ireland, United States).

The Chairman stated that although there were at present no further written proposals regarding article 3 before the Commission, he expected the United Kingdom to submit one, which would be addressed in proper order.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) stated that although the Netherlands had not tabled any specific written comments on article 3 he would draw attention to the Netherlands' desire for the greatest possible certainty as to the types of trusts covered by the Convention. He found himself uneasy over the implied trust. Article 3 stated that trusts should be 'evidenced in writing', a condition inserted to assure the existence of the trust, but one that could apparently include some implied trusts. He would be grateful for more information on what constituted an implied trust.

The Chairman noted that despite the Netherlands' suggestion that the Convention should be limited to express trusts, no specific proposals to that effect stood before the Commission. He left opportunity, however, for more proposals to be filed in light of this discussion.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) queried whether anyone present really knew what an implied trust was.

Mr Dyer (Secretary at the Permanent Bureau) put an example of an implied or resulting trust: one person provides money to buy real estate but puts the title in another person's name. In the absence of any expressed intention to make a gift to the second person, a court may consider that the second person holds the property in trust for the first. He considered this a simplified example of the situation in which, without any express language to support the result, the circumstances surrounding a transaction may imply a trust.

The Chairman asked whether this explanation was helpful.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) expressed his gratitude for this explanation but continued to think the implied trust difficult to recognize. He asked whether it would not be wiser to exclude such trusts from the Convention. He indicated that he was open to be convinced that this was an important phenomenon, but considered the delegates' silence on the subject to indicate that it was not. He made an oral proposal, although contrary to the rules, to exclude implied trusts from article 3.

Mr Waters (Canada) stated that he did not wish to 'start hares', but explained that he would distinguish between the situation in which the purposes of an express trust have been fulfilled but the trustee continues to hold more property, which he holds as the resulting trust, and the second example proposed by Mr Dyer, in which a court puts the burden of proof on the holder of property to establish that it was given him as a gift rather than in trust. He contended that the first situation should be included in the Convention while the second situation could properly be excluded from the Convention.

The Chairman stated that it was difficult to ask the meeting to consider a proposal to exclude resulting trusts without having a text to that effect before the Commission. In the comments of the Netherlands, it was proposed that the word 'voluntary' be replaced by the word 'expressly', but because this proposal might have other different effects than the proposal presently before the Commission, he would allow no further debate on the issue without an explicit written text to consider.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) explained that the reason that no text had been offered yet to the Commission was that the Netherlands had found it very difficult to draft a definition of the resulting trust. He would welcome any exchange of thought on this 'strange animal' and was content to close the discussion.

The Chairman asked whether the Commission wished to proceed to a final adoption of article 3 or to postpone it to the next morning.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) stated that he wished to put 'the hare' to sleep.

The Chairman stated that perhaps it would be best to let it go back to where it had come from. He turned the attention of the Commission to Working Document No 35 from the United Kingdom and invited Mr Hayton to speak on this working paper.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that his delegation was worried about the constructive trust. Working Document No 35 was designed to exclude from the Convention the essentially remedial device of the constructive trust that involved a simple transfer of property, the so-called 'judicial trust'.

The Chairman indicated that he would allow one delegation to speak in favour of the United Kingdom proposal and one delegation to speak against. Then he would ask the Rapporteur to summarize. He asked for a speaker in support.

Mr Loizou (Cyprus) stated that he supported the United Kingdom proposal as consistent with his stand in support of the previously considered French proposal, which he considered wider in its effect.

Mr Loewe (Austria) spoke against the United Kingdom proposal. He believed that some delegates who had spoken against the French proposal had not clearly expressed the source of their opposition. He opposed the proposal not out of fear of recognizing one or another sort of trust, but rather because he opposed the inclusion, either directly or indirectly, of any provision that would grant effect to foreign judgments. As to privately created trusts, this problem could be controlled. No such control would be achievable, however, if the Convention included judicially-created trusts. Such inclusion would force other jurisdictions to give effects to judicial decisions regardless of the competence of the judicial authority, the fairness of the decision-making process, etc. He contended that the proposal under consideration would not help this problem, but would aggravate it.

The Chairman recognized the Rapporteur.

Le Rapporteur déclare que la proposition britannique lui agrée davantage que la proposition française. En effet, un jugement crée quelque chose de durable et non pas un simple procédé d'exécution.
Il est toutefois hésitant, car il estime difficile de traduire ce texte en français. De plus, même si ces trusts sont durables, ils ne sont que le prolongement d'un jugement. Par conséquent, les objections faites à propos de la proposition française subsistent pour l'essentiel.

The Chairman proceeded to take the vote on Working Document No 35.

Vote

The United Kingdom's proposal was rejected by a vote of 12 against (Austria, Belgium, Czechoslovakia, Finland, Federal Republic of Germany, Japan, Netherlands, Poland, Portugal, Suriname, Switzerland, Uruguay),8 in favour (Canada, Cyprus, Denmark, France, Italy, Luxemburg, Spain, United Kingdom), with 7 abstentions (Argentina, Australia, Egypt, Greece, Ireland, Israel, United States).

The Chairman noted the result of this vote and considered that *article 3 was adopted without change.*

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) noted that article 15 expressly does not limit the power of jurisdictions to recognize such trusts as the judicial trust. He suggested that when the Commission reached article 15 some reference to judicially-created trusts might be made specifically to make this clearer.

The Chairman directed the Commission's attention to article 4. He indicated that three working documents to amend article 4 had been submitted to the Commission: Working Document No 8 (Australia), Working Document No 22 (Netherlands) and Working Document No 24 (Federal Republic of Germany). Finding no clear priority among them, the Chairman directed discussion to Working Document No 8 (Proposal of the Australian delegation). He invited the Australian delegation to speak.

Mr Bennett (Australia) stated that this proposal involved no substantial change, but was intended simply to clarify. In discussions in Australia, he had noted that many practitioners had raised a question whether the Convention would apply to testamentary trusts inasmuch as article 4 refers only to 'settlors' and not to 'testators'. Although aware that the term 'settlor' can be used broadly to cover testamentary trusts, he felt that express mention in article 4 would clear up any doubt.

The Chairman asked first whether other delegations from trust jurisdictions shared the Australian concern.

Mr Waters (Canada) stated that he found it difficult to see why the Australian delegation found article 4 to be at all imprecise on this subject.

Mme Revillard (France) souligne l'importance des trusts testamentaires dans la jurisprudence française, en effet ceux-ci couvrent 90% des cas rencontrés. Elle note qu'il est clair que la Convention ne s'applique pas à la validité des testaments (art. 2). Par ailleurs, l'article 19 fait prévaloir la loi successorale pour la dévolution des biens et spécialement la réserve. La Commission spéciale, à plusieurs reprises (Rapport von Overbeck, No 39) a été d'avis que les *administrators* et les *executors* dans les successions ne devaient pas être visés dans la Convention, le domaine de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration des successions devant être respecté. En France les pouvoirs des *trustees* sont reconnus en partie, même par des décisions jurisprudentielles (voir notamment un arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 1983). Par conséquent, il est évident que si les trusts testamentaires étaient exclus de la Convention, son domaine d'application en serait très limité dans les pays de droit civil et reviendrait sur les acquis de la pratique.
Elle demande donc que soit précisé dans le Rapport que les *trustee* désignés par testament soient compris dans la Convention.

M. Dyer (Premier secrétaire au Bureau Permanent) demande à Mme Revillard si le mot «constituant» est approprié en matière de trusts successoraux comme en matière de trusts entre vifs.

Mme Revillard (France) estime que le mot convient tout à fait.

Le Président s'adressant à Mme Revillard constate qu'elle est satisfaite du texte existant et se contente d'une précision dans le Rapport.

Mme Revillard (France) se déclare en effet satisfaite d'une simple mention au Rapport.

Mr Möller (Finland) supported the Australian proposal and argued that mention of the subject only in the Report would be insufficient; a specific reference within article 4 would settle the matter definitely.

The Chairman suggested that rather than voting on Working Document No 8 as such the Commission should vote generally on whether to include an express reference to testamentary trusts in article 4, leaving the specific drafting of such a reference to the Drafting Committee, should the vote be in favour.

Mr Trautman (United States) suggested that if it was necessary to make clear in the text that trusts created by will would be covered by the Convention, perhaps it would be simpler in article 4 to add after the word 'created' the words 'in a will or otherwise'.

The Chairman indicated that if the Commission accept-

ed the principle of express reference, the exact text could be proposed by the Drafting Committee.

M. Voulgaris (Grèce) estime que la réflexion de la délégation française est bonne et qu'il faut mentionner clairement que le trust testamentaire est inclus dans la Convention sans pour cela ajouter au texte de l'article 4.

Le Président constate l'accord sur le principe et note qu'il s'agit simplement de savoir s'il faut apporter une précision au texte du projet ou seulement au Rapport.

M. Espinar (Espagne) souhaite qu'il ne soit pas inséré de mention expresse inutile. En effet, cet article a pour objet de définir les trusts; or, la définition se doit d'être claire. La Convention dans son article 2 reconnaît d'ailleurs que le testament véhicule le trust.

Mr Andersen (Denmark) stated that he did not understand the problem. If article 4 was viewed in connection with article 2 the meaning intended clearly emerged. He agreed that if the text is deemed not clear enough, mention in the Report was insufficient.

Le Rapporteur manifeste son intérêt pour l'adjonction d'une précision à l'article 4 car son objet est de fournir une définition et non une règle de conflit. Il faut donc donner une définition complète pour éviter tout malentendu, notamment chez les magistrats.

M. Loewe (Autriche) souligne qu'il s'agit avant tout d'un problème de présentation. Si la proposition néerlandaise qui change l'ordre des articles est adoptée, ce qu'il souhaite, il sera utile que cet article soit aussi explicite que possible surtout pour les juristes de droit civil. Une définition complète est donc un avantage même s'il faut par la suite l'harmoniser avec l'actuel article 2.

Mr Růžička (Czechoslovakia) raised a question of drafting. The provision as framed appeared to suggest that only trusts created by one physical person were covered. He asked whether a company-created trust would not also fall within the scope of the definition in article 4.

Mr Waters (Canada) expressed alarm to hear delegates refer to 'definition' of trust. He had understood that the Commission was not attempting to define trusts, but rather merely to describe them.

The Chairman stated that he thought that what the Commission had in hand was a description which in certain aspects resembled a definition.

Mr Waters (Canada) said that he believed he was chasing a hare.

Mr Bennett (Australia) said that he believed the discussion showed that although many delegates found the existing text clear, practitioners apparently did not. He proposed that the Commission make full use of its present opportunity to remove all doubts on this issue.

The Chairman proceeded to take a vote on the issue whether to include an express reference to testamentary trusts in article 4.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 15 in favour (Australia, Austria, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, Finland, Ireland, Israel, Luxemburg, Netherlands, Poland, Switzerland, United States, Venezuela), 7 against (Argentina, Denmark, France, Federal Republic of Germany, Italy, Portugal, Spain), with 5 abstentions (Belgium, Greece, Japan, Suriname, United Kingdom).

The Chairman noted that an express reference to testamentary trusts would be included in the 'non-definition' of article 4 although the explicit form of this reference would be left to the Drafting Committee.
He requested that before proceeding further the administrative matter of the first meeting of the Drafting Committee be decided. He proposed a first meeting for Thursday afternoon. Finding no opposition thereto, he declared that no Plenary Session would be held on Thursday afternoon and that the Drafting Committee would meet at 2.30 p.m.

Le Secrétaire général adjoint pense qu'il serait utile de profiter de la réunion du Comité de rédaction ce jeudi 11 octobre, après-midi, pour demander au Sous-Comité sur les clauses finales de se réunir.

The Chairman considered this a useful suggestion. The Committee under Mr Růžička should also meet at 2.30 on Thursday afternoon to review certain final and federal clauses prepared by the Permament Bureau.

Mr Růžička (Czechoslovakia) indicated that this arrangement was satisfactory and that he was ready to proceed.

The Chairman thought it not useful to begin discussion of the next Working Document and adjourned the meeting at 5.50 p.m.

Documents de travail Nos 37 et 38
Working Documents Nos 37 and 38

Distribués le 10 octobre 1984 (matin)
Distributed on 10 October 1984 (morning)

No 37 – Proposition du Rapporteur
– Proposal of the Reporter

Article 9

La loi régissant la validité du trust dans son ensemble détermine si le lieu d'administration du trust peut être déplacé.
Cette loi détermine également si une question relève de l'administration du trust; elle décide si et dans quelle mesure la loi du lieu d'administration du trust s'applique lorsqu'elle n'est pas la loi régissant la validité.

Article 9

The law governing the validity of the trust as a whole determines whether the place of administration of the trust may be changed.
That law also shall determine whether a question relates to the administration of the trust; such law shall decide whether and to what extent the law of the place of administration of the trust applies, where that is not the law governing the trust's validity.

No 38 – Proposition de la délégation canadienne

(version française du Document de travail No 36)

Article 6 – 3e alinéa

Remplacer par:

Le constituant peut choisir expressément une loi différente pour régir les questions d'administration.

Article 7 – 3e alinéa

Supprimer.

Article 8

Insérer:

i [la validité du] pouvoir de soumettre la validité du trust ou son administration à une autre loi que celle jusqu'alors applicable.

L'alinéa i *devient* j *et* g *devient* h.

Article 9

Remplacer par:

Lorsque, par exercice du pouvoir visé au deuxième alinéa, lettre *i*, de l'article 8, la loi applicable est changée, le changement doit être écrit ou la preuve doit être apportée par écrit.

Article 10

Remplacer par:

En cas de changement de la loi régissant la validité du trust, la loi nouvelle s'applique dès lors aux questions de validité.

Article 10A

La loi qui régit la validité du trust lorsque la question se pose détermine si la loi qui régit l'administration peut être changée et si la question en est une d'administration. En cas de changement de la loi qui régit l'administration, la loi nouvelle s'applique dès lors aux questions d'administration.

Procès-verbal No 4

Séance du mercredi 10 octobre 1984 (matin)
Meeting of Wednesday 10 October 1984 (morning)

The meeting was opened at 9.30 a.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. Mr von Overbeck (Switzerland) was the Rapporteur.

The Chairman announced that discussion would resume on *article 4* of the preliminary draft and on the remaining Working Documents (Nos 22 and 24) relating to this article. The Chairman first asked the German Delegate to explain the proposal contained in Working Document No 24.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souligne que sa proposition a essentiellement pour objet de faire mieux comprendre le sens de l'article 4. Il s'agit de concentrer les trois paragraphes de l'article en un seul pour éviter certains malentendus. En effet, les alinéas 2 et 3, dans leur rédaction actuelle, laissent penser qu'ils définissent des règles unifiées pour les trusts. Cette incertitude pourrait gêner les praticiens. Il ajoute qu'il est essentiel d'éviter tout malentendu. Il pense en outre qu'il faudrait clarifier davantage la description du trust. Il fait référence au No 39 du Rapport de M. von Overbeck qui précise que certaines institutions du droit

des successions ne sont pas visées par la Convention. Ces observations vont un peu dans le même sens que celles de la délégation néerlandaise sur l'article 3. Il faudrait apporter davantage de descriptions pour les praticiens en fournissant des exemples, ceux-ci devraient d'ailleurs être expressément cités au Rapport final.

The Chairman stated that the first question to settle was thus whether the meeting welcomed the idea of having the elements of the present article 4 expressed in one continuous text. He called upon the common law delegations to comment.

Mr Hayton (United Kingdom) said he was impressed by the German proposal, which clarified the definition of the trust. He wondered whether civil lawyers would agree that the definition as formulated by the German proposal would suffice, without adding the points now contained in sub-paragraph 4 of article 4, concerning certain unusual features of the trust.

Mr Pryles (Australia) felt that, as a matter of drafting, the German proposal was preferable to the draft version. However, he did not agree that sub-paragraph 4 of article 4 should be omitted. Indeed, not to indicate that a trustee may also be a beneficiary might mislead civil lawyers into thinking that in such a case there is no trust.

The Chairman, in order to facilitate the debate, asked whether the Netherlands delegation, who had drawn up Working Document No 22 relating also to article 4, agreed, firstly, on having one continuous paragraph, and secondly, on deleting sub-paragraph 4. of article 4.

Mr Westbroek (Netherlands) replied that the intention of his delegation had been to make clear that the content of the present version of sub-paragraph 2 of article 4 does not merely give further information on trusts, but constitutes part of the very definition of the trust. However, he added, this idea was also clear in the German proposal, and he was therefore quite willing to withdraw his proposal on this point. As to the second point, concerning sub-paragraph 4 of article 4, he felt it was preferable to leave in sub-paragraph 4 for the guidance of civil lawyers.

The Chairman called the meeting's attention to the reference made in the Netherlands' Working Document to the fact that the trust assets may stand in the name of another person on *behalf of the trustee*. He then asked the meeting whether it would agree that the Drafting Committee should submit a new proposal along the lines of the German suggestion.

M. Beraudo (France) apprécie beaucoup la proposition allemande qui a d'autant plus de mérite qu'elle émane d'un Etat qui ne connaît pas le trust. Cette proposition révèle une maîtrise de cette institution.
Il déclare que si l'actuel article 4 de l'avant-projet est divisé en quatre paragraphes, c'est qu'au cours des précédentes réunions, les juristes de droit civil ont éprouvé le besoin d'une rédaction à caractère pédagogique. La difficulté de la nouvelle rédaction proposée est son extrême densité. Pour les Etats ne connaissant pas le trust, il ne faut énoncer qu'une seule idée par phrase, sinon il sera nécessaire dans le Rapport de suppléer par de longs développements à la densité de cet article.
Il remarque que la proposition néerlandaise prend l'exact contrepied de celle de la délégation allemande, chaque caractéristique du trust est détaillée. Mais il estime que cette proposition est trop didactique.
L'actuel projet constitue une voie intermédiaire entre les deux propositions, c'est la raison pour laquelle il souhaite que le Comité de rédaction ne s'éloigne pas trop de la méthode suivie jusqu'à présent.
Ces observations étant faites, il tient à indiquer qu'en l'état de la rédaction, il existe un chevauchement entre les articles 2 et 4. L'article 2 exclut de la Convention les questions préliminaires par lesquelles les biens sont placés sous contrôle du *trustee*. Or dans l'article 4, le transfert des biens est compris dans la définition du trust. Par souci de cohérence, il est donc nécessaire de commencer la définition du trust après que le transfert est réalisé.
Pour conclure, il souhaite une intervention des délégations de pays de *common law,* pour savoir si ses observations sont ou non fondées.

Le Rapporteur se déclare sur la forme d'accord avec les observations de M. Beraudo. Il relève que la proposition allemande soulève des difficultés de traduction et que l'énumération qui se trouve dans la proposition néerlandaise n'est pas satisfaisante non plus. Il souhaite donc qu'on se place dans une voie moyenne, laquelle serait élaborée à partir du texte existant, une fois éliminé le caractère trop absolu des troisième et quatrième alinéas.
En ce qui concerne maintenant l'observation de M. Beraudo relative à un chevauchement des articles 2 et 4, il estime que cet écueil résulte davantage du texte anglais que du texte français. Il sera néanmoins possible de tenir compte de la remarque de M. Beraudo grâce aux explications fournies par les pays de *common law.*

Mr Andersen (Denmark) stressed that during the meeting of the Special Commission, his delegation had insisted on the importance of including sub-paragraph 4 of article 4. Indeed, it was very important to know that the trustee can himself be a beneficiary.

The Chairman suggested that a vote could be taken as to the method of drafting this article: indeed, the provision could be split up into several paragraphs as in the preliminary draft; alternatively, a continuous paragraph could be adopted, along the lines of the German proposal. He also noted that in the absence of any real proposal to delete sub-paragraph 4 of article 4, this paragraph should be retained.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) propose d'harmoniser le texte qu'il a présenté avec celui de la délégation néerlandaise. Il insiste de nouveau sur son souci de procéder à une clarification du texte de l'article 4; il suggère donc que l'on procède en utilisant des tirets ou des sous-paragraphes.

The Chairman decided that in the end no vote would be necessary, since a compromise seemed possible. He therefore suggested sending the provision to the Drafting Committee.

Mr Dyer (First Secretary of the Permanent Bureau) felt that it would be appropriate at this point to ask the meeting whether the definition of the trust given in article 4 of the preliminary draft was or was not intended to cover institutions *other* than the Anglo-American trust.

The Chairman was of the opinion that any institution corresponding to the essential features described in article 4 should fall within the scope of the Convention. It would, he said, be difficult to give a precise list of

such institutions in an open convention, in so far as it is impossible to know which States (with which institutions...) will become party to it.
The Chairman added that if the meeting agreed with this idea it might be possible to record in the Report the position of a certain number of institutions whose characterization is open to doubt. However, if it were to be decided that only the Anglo-American trust is to fall within the scope of the Convention, to the exclusion of other analogous institutions, then there should be an express provision, not only in the preamble, but in the Convention itself, indicating that its scope is thus limited. However, such a provision would be extremely difficult to draft.
He declared the debate open on this point.

Mr Riad (Egypt) referring to the fact that Egypt had adopted an analogous institution, which, however, now performed only a charitable function, emphasized that the thrust of the Convention would be greater if its scope were extended to institutions other than the Anglo-American trust.

The Chairman asked Mr Riad if the definition given in article 4 of the preliminary draft covered the institution described by the Egyptian Delegate.

Mr Riad (Egypt) replied that apart from questions of terminology, the definition did cover this institution.

Mr Waters (Canada) stated that it was necessary to tackle the question of trusts contained in the legislation of tax havens in particular. Indeed, it was such multilingual trusts that civilian lawyers were likely to meet. He suggested that one way of dealing with this problem would be to examine whether a particular trust corresponds to the description given in article 4, and then to provide a list of such institutions falling within the scope of the Convention. He presumed that trusts such as the ones known in Liechtenstein or the Channel Islands would be covered by the Convention.

The Chairman agreed, but objected that it would be difficult to draw up a list since this was not a closed Convention.

Mr Waters (Canada) said that he could think of no suitable solution other than a non-limitative list.

Le Rapporteur souligne qu'il n'a pas d'idée bien claire sur ce problème, mais qu'il faut tout de même résoudre cette question. Il distingue des pays qui, à l'image du Québec, connaissent un trust similaire à celui des pays de *common law*. L'inclusion de ce type d'institutions dans la Convention ne poserait donc aucun problème. Pour ce qui est des autres trusts, il n'y aurait aucune obligation internationale à appliquer la Convention.

Mme Revillard (France) pense qu'il serait souhaitable pour les pays de droit civil d'inclure les institutions analogues dans la Convention, dans la mesure où elles sont couvertes par la définition de l'article 4. Elle se demande pourquoi exclure le trust du Liechtenstein ou des îles Caïmans puisque ces institutions existent déjà. Il faudrait donc les englober. Pour ce faire, il suffirait d'en faire mention dans le Rapport.

M. Voulgaris (Grèce) se rallie complètement aux observations de Mme Revillard. Dès lors qu'une institution tombe dans la définition de l'article 4, il ne faut pas l'exclure. Des discriminations de cette nature entraîneraient des limitations dans la ratification de la Convention. Le problème est de donner une définition, ensuite tout est une question d'interprétation.

Mr Shimizu (Japan) replied that the trust law of Japan defined the institution by reference to the fact firstly that it implied a transfer of property rights, and secondly that a person would administer property belonging to another, for a special purpose. He concluded that the Japanese trust would fall within the scope of article 4.

M. Delvaux (Luxembourg) se rallie également aux observations de Mme Revillard. Il estime que, dès lors que les éléments des institutions analogues sont conformes à la description donnée par la Convention, il n'y a aucun inconvénient à les citer formellement dans le Rapport ou au préambule de la Convention.
Il remarque qu'une exclusion de ces institutions analogues diminuerait le nombre des ratifications.

The Chairman mused that by throwing out a net in order to catch 'fish' with the common law trust features, one could never be quite sure exactly which fish would appear in the net... However, he was inclined to say that where an institution corresponds to the requirements given by the Convention, there is no convincing reason to exclude it.

Mr Goldwater (Israel) supported the view previously expressed that the wording of article 4 was sufficiently wide to cover as broad a range of institutions as possible. He felt it was not desirable to confine the scope of the Convention to the Anglo-American trust only. He added that in Israeli law, a trust comprised a relation to property, by virtue of which the trustee is bound to hold this property in the interests of a beneficiary or for a specific purpose. These characteristics clearly corresponded to those defined in article 4.

The Chairman asked the meeting whether or not analogous institutions should be excluded from the scope of the Convention.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) asked when the question of reciprocity would be discussed, since there was a clear link between this question and the one now under discussion.

The Chairman suggested that it would be best to discuss the other articles of the draft first. Indeed, the view had been expressed that it would be difficult to decide the reciprocity issue without having seen the Convention as a whole.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) was also of the opinion that the reciprocity requirement should be discussed later, particularly as at this point there was no written proposal on the question. There was need for time to reflect.

Le Rapporteur pense que ce n'est pas le moment de discuter de la question de la réciprocité, même si cette question est liée aux institutions analogues aux trusts. Il invite à réfléchir à ces institutions analogues. Il n'est pas exclu de faire une convention en principe ouverte, mais qui, pour ces institutions analogues opère des restrictions. La Convention ne doit pas permettre la reconnaissance de toutes les institutions qui existent de par le monde entier.

The Chairman agreed that there should be more time to reflect on the issue. He added that in order to be able to make a formal decision, it would be necessary to have

a written proposal limiting the Convention to the Anglo-American trust (for example, by excluding trusts from non-Contracting States).

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) suggested that it might be helpful to distinguish three categories of institutions: the original English trust; other trusts which appeared later in jurisdictions such as Scotland and Louisiana, adopting similar models; and finally, analogous institutions, not modelled on the characteristics of the English trust.

The Chairman declared that the debate remained open since it would be unwise to decide the matter as yet. However, there remained another issue, which appeared in Working Document No 22 (submitted by the Netherlands), as to whether article 4 should become article 1.

Mr Westbroek (Netherlands) emphasized that the proposal was merely a matter of drafting. Its main justification was that the Convention should be as accessible and readable as possible for civil lawyers. In this context, he felt that it was inappropriate to lay down important rules in articles 1 to 3 before indicating exactly what the Convention involved.

The Chairman asked Mr Westbroek if he would be satisfied if article 4 became article 2, since article 1 was necessarily of an introductory character.

Mr Westbroek (Netherlands) agreed to this.

The Rapporteur was of the same opinion.

Mr Waters (Canada) drew attention to a point made by the Commonwealth Secretariat. Assets were not necessarily in the trustee's own hands. Such a fact was appropriately taken into account by the proposal of the Netherlands delegation.

The Chairman said that this point should be referred to the Drafting Committee. He then asked for *article 5* to be read.

M. Loewe (Autriche) tient à soulever une question avant la discussion de l'article 5. A la suite de la lecture du Rapport de M. von Overbeck, l'article 5 lui est apparu comme le résultat d'une discussion au sein de la Commission spéciale, qui prévoyait l'inclusion de rattachements subsidiaires. Il note qu'en vertu de l'article 11, paragraphe premier, sera reconnu un trust créé conformément à la loi d'un Etat désignée aux articles 6 et 7; donc, en vertu de la Convention, il n'existera aucune obligation de reconnaître un trust non régi par une loi déterminée au moyen des articles 6 et 7. Il se demande si, par conséquent, l'article 5 ne fait pas double emploi avec les articles 6 et 7.

The Chairman replied that there were cases where no recognition was involved, but where it was nevertheless necessary to determine the applicable law. He then asked for discussion on Working Document No 7 (relative to article 5) submitted by Australia.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) indicated that the matter was also dealt with in the proposal which appears in Working Document No 31 submitted by the Netherlands.

Mr Bennett (Australia) explained that the proposal submitted in Working Document No 7 was based on the view that article 5 (rendering the Convention inapplicable when the applicable law contains no provisions relating to trusts) should apply only in the case where the inappropriate law has been chosen to govern the *validity* of the trust. Working Document No 6, also submitted by his delegation, concerned the case where such a law is chosen to govern the *administration* of the trust. He also pointed out that a few drafting changes could be made. He felt that the specific reference in article 5 of the present draft to articles 6 and 7 was too complicated.

The Chairman asked Mr Bennett what would happen in the case where the administration of a trust was governed by a law that did not contain provisions on trusts, but which had not however been chosen by the parties; this case had not been taken into consideration in Working Document No 6.

Mr Bennett (Australia) objected that it was hardly conceivable that a court determining the applicable law in accordance with article 7 would achieve such a result.

The Chairman called for discussion on the basis of Working Document No 6.

Le Rapporteur déclare que la proposition qui résulte des Documents de travail Nos 6 et 7 est séduisante. Elle a l'avantage de diminuer les possibilités de dépeçage qui sont en soi assez gênantes. Mais il s'interroge si la Convention pourra comporter de tels détails, car cette proposition complique notablement le système qui a été jusqu'à présent à la base du projet.

Mr Goldwater (Israel) was of the opinion that if the settlor had made a deliberate choice leading to a law which contained no provisions relating to trusts then, surely, the provisions of article 7 would become applicable. Article 5 rendering the Convention itself inapplicable in this case went too far; such a choice should simply be ineffective, and the law objectively closest to the trust should be applied.

The Chairman replied that such was not the solution of the Convention. The idea of the Special Commission had been that if a settlor deliberately chose a law that did not contain any provisions on trusts, he should be penalized.

Le Rapporteur remarque que le système de M. Goldwater permet de sauver le trust au moyen d'un rattachement objectif, si la loi qui lui est normalement applicable l'invalide.
Cette suggestion est intéressante. Il note que la Commission spéciale avait adopté une position différente mais que cette autre solution mérite d'être discutée.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) added, in connection with Mr Goldwater's remarks, that trusts were often used within the framework of complex contractual arrangements, for instance, relating to the issue of Eurodollar bonds or to the financing and construction of an oil terminal. Often, a choice of law is made for the whole complex of arrangements. The law chosen can be that of a State whose currency has been selected by the parties (which might be Deutschmarks) or of the State where the principal bank is established (for instance Luxemburg). It would be regrettable if, in such a case, the trust were to fail under the Convention.

The Chairman stressed that the Israeli proposal had been rejected at an earlier stage in the discussion. There

Procès-verbal No 4

had been no formal proposal to modify article 5 on this point.

Mr Trautman (United States) asked whether it would not be better to deal first with articles 6 and 7, since he was not clear as to the exact function of article 5. The deletion of this article could be considered later.

The Chairman agreed that discussion of article 5 should be suspended until *articles 6 and 7* had been discussed.

M. Voulgaris (Grèce) se rallie à la proposition de M. Trautman, mais il ajoute qu'il serait opportun de prévoir un organe permanent informant les Etats parties à la Convention de l'existence et du fonctionnement des différentes institutions analogues au trust. Il pense que le Comité chargé de la rédaction des clauses finales pourrait organiser, si nécessaire, une telle instance.

The Chairman asked if he was to understand that the Greek delegation would submit a working document containing a proposal to this effect.

Mr Voulgaris (Greece) agreed to this.

The Chairman then announced that discussion would begin on *article 6* (Chapter II) of the preliminary draft, and on Working Documents Nos 6, 11, 20, 32 and 36, paragraph 1, all relating to this article. He called upon Mr Bennett to speak to Working Document No 6, submitted by the Australian delegation.

Mr Bennett (Australia) said that the proposal had to some extent already been covered by Working Document No 7. He added, however, that Working Document No 6 proceeded from the postulate that the settlor could choose different laws to govern several aspects of the trust. Since it had been suggested (see Working Document No 36) that the parties' freedom of choice should be more limited, it would be better to proceed first by discussing this point.

The Chairman, agreeing with Mr Bennett, therefore put to discussion the first and second paragraphs of the Netherlands proposal, contained in Working Document No 20.

Mr Westbroek (Netherlands) indicated that the proposal contained in Working Document No 20 was intended to make the drafting of this article clearer. To this effect, the wording used in the Rome Convention ('demonstrated with reasonable certainty') had been adopted.

The Chairman asked Mr Trautman to explain the American proposal contained in Working Document No 11 concerning the same article.

Mr Trautman (United States) stated that he would welcome the proposal made by the Netherlands delegation that the wording of the Hague Convention should be consistent with that of the Rome Convention.

The Chairman called attention to the fact that the two proposals nevertheless contained a difference of substance.

Mr Trautman (United States), proceeding with the explanation of Working Document No 11, indicated that, firstly, it contained a drafting point: to the terms 'instrument' and 'writing', had been added the terms 'or instruments', and 'or writings', in order to make clear that the trust could be created or evidenced by several documents. Secondly, the proposal contained an important point of substance, formulated in the last phrase. It was indeed important to emphasize the fact that in deciding to accept an express or implied choice of law, American courts strive to ensure that the settlor's interests are carried out.

Mr Lysaght (Ireland) objected that, as to the drafting point made by the American delegation, it would be necessary to extend the plural form throughout the Convention. Thus, it would be necessary to add to the term 'settlor', that of 'or settlors'. He therefore felt that it should be assumed at this point that the singular included the plural. As to the point of substance contained in the American proposal, he wondered whether the term 'interest' referred to the settlor's *desire* to have his purposes effectuated, or to his *welfare.*

Mr Trautman (United States) replied that it would probably be clearer to refer to 'the settlor's purpose'.

M. Loewe (Autriche) déclare que les deux propositions apportent de la clarté, mais il voudrait ajouter deux remarques. S'agissant, tout d'abord, de la seule proposition américaine, il lui semble qu'elle paraît aller dans le sens de la reconnaissance d'une volonté purement hypothétique. Un tel rattachement ne doit pas être favorisé. Il serait donc heureux si le texte ne contenait pas une notion très difficile à interpréter. Puis généralement, et relativement aux deux propositions, il se demande si les mots *«if necessary»* sont nécessaires. Un choix implicite doit être considéré à la lumière des circonstances.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) stated that while article 6 was concerned with the *real* will of the settlor, the last phrase of the United States proposal no longer concerned the real will of the settlor, but seemed rather to be an objective criterion of choice of the applicable law. On the other hand, he felt that the Netherlands proposal contained suitable wording for the case where the settlor has made no express choice of the applicable law. Indeed, he felt that while the draft of the Special Commission had adopted a negative approach ('in the absence of ...'), the positive formulation suggested by the Netherlands was clearer.

M. Volken (Suisse) exprime des réactions similaires à celles des délégations autrichienne et allemande relativement à la proposition américaine. Il déclare que la proposition néerlandaise est justifiée par un souci d'harmonie avec d'autres conventions; c'est là une tâche très honorable. Mais il estime que, puisqu'il s'agit de rechercher une harmonisation, il vaut mieux la trouver dans les Conventions de La Haye elles-mêmes. Il note que dans l'article 7 de la Convention relative à la vente internationale des marchandises, il est également fait mention de règles concernant un choix exprès ou implicite. Il faudrait s'inspirer de cette formule.

M. Espinar (Espagne) note que les propositions américaine et néerlandaise se ressemblent beaucoup. La proposition américaine, notamment dans sa dernière phrase, est intéressante au point de vue de la détermination de la loi choisie par les parties. Il déclare que, si cette proposition était adoptée, l'Espagne la ratifierait. Il pense que le choix implicite est assorti, dans la proposition américaine et celle des Pays-Bas, de garanties suffisantes pour qu'on puisse s'y rallier.

Mr Bennett (Australia) felt that there was no real difference between the two proposals. He expressed a pref-

erence, however, for the Netherlands' suggestion since it was closer to the Rome text. The main difference between the two proposals, he said, was in the American idea of referring to the interests of the settlor in having his purposes effectuated. Mr Bennett said that he was in much sympathy with the objective of this provision, in so far as it corresponded to the desire of courts to avoid invalidating a trust. However, he felt that to the lay reader, who did not have the benefit of the present discussion, such a phrase would be difficult to understand.

The Chairman asked whether, even without this provision, one could not trust in the wisdom of the courts not to invalidate a trust necessarily where the settlor has made a clumsy choice of law.

M. Beraudo (France) ne pense pas que le parallélisme avec la Convention de Rome s'impose. Il note que, si dans les précédentes commissions, le Comité de rédaction a eu à l'esprit cette Convention, il s'en est écarté parce que la matière du trust ne se confond pas avec celle des contrats. La reproduction dans la présente Convention d'une disposition familière aux juristes du droit civil risque de les induire en erreur.
Il remarque que la proposition No 11 (Etats-Unis) est voisine sauf dans ses dernières dispositions qui établissent une faveur pour le trust. Lorsqu'il existe une incertitude sur la loi applicable au trust, donner la priorité à la volonté supposée du constituant est dangereux. En effet, il existe souvent dans la pratique des litiges entre personnes dont l'une a intérêt à ce que le trust soit valable et l'autre à ce qu'il soit annulé. Il paraît impossible de donner dans une telle hypothèse une préférence systématique à la validité du trust. C'est pourquoi, la délégation française préfère en rester au texte de l'avant-projet.

M. Voulgaris (Grèce) n'a pas d'objection importante à l'adoption de la proposition néerlandaise qui lui paraît plus précise que le texte actuel. Mais, en ce qui concerne la proposition américaine, il estime qu'elle reflète beaucoup trop la manière anglo-saxonne d'envisager les problèmes juridiques. En effet, dans les pays de *common law*, on laisse une très grande liberté aux juges de décider en dernier ressort sans leur imposer une réglementation très stricte. Mais on observe une attitude contraire dans les pays de droit civil, où le système de rattachement laisse peu de place aux conflits d'intérêts. Il pense donc que l'adoption de cette proposition, trop imprégnée des méthodes anglo-saxonnes, ne facilitera pas la tâche des juristes de droit civil.

Mr Boggiano (Argentina) stated that the reference to the purposes of the settlor was acceptable only in so far as it contributed to clarify the terms of the trust instrument. But such a reference should not be interpreted as a search for the hypothetical will of the settlor. He would therefore support the proposal only in as much as the reference to the settlor's purpose was used to interpret the expressed terms of the trust instrument.

M. Espinar (Espagne) intervient pour demander aux délégations qui ont présenté les documents actuellement discutés si elles sont d'accord sur l'interprétation qu'il va en donner. Il croit comprendre que, dans le document proposé par les Etats-Unis, s' il n'y a pas de manifestation expresse de volonté, la volonté du constituant doit être *interprétée* par le juge. En revanche, dans la proposition des Pays-Bas, le choix implicite doit être *démontré* par le constituant.

Mr Hayton (United Kingdom) suggested that there were two ways to make improvements to article 6. The first was contained in the American proposal. Clearly, if a person undertakes to draw up a document, he intends to achieve a certain result; no such effort is deliberately futile. For this reason courts strive to see that a settlor's purpose is effectuated.
However, the wording of the American proposal could be improved, since it was unclear as to what exactly (interests? purposes?) was involved. In fact, the proposal really referred to the settlor's *intention to create a valid trust*. There was no need here to search for the hypothetical will of the settlor, since his purpose in this respect is always perfectly clear. Mr Hayton felt however that such a phrase was useful in that it reflects common law practice. A second way to improve article 6 as formulated in the preliminary draft would be, as the Austrian delegation had suggested, to delete the terms 'if necessary'. Indeed, these terms might mean that the court must look *only* to the writing evidencing the trust in a first stage, and, if it is able to discover the will of the settlor in this writing, should not look to the circumstances of the case. Alternatively (and Mr Hayton expressed his preference for this interpretation), article 6 might mean that the courts should always look to the circumstances of the case in order to determine the will of the settlor. If the latter solution was the right one, it would be best to delete the terms 'if necessary'. Finally, Mr Hayton felt that it was dangerous to use in the context of the trust Convention a clause from the Rome Convention, since it might lead courts to believe that decisions rendered on the basis of the Rome Convention should necessarily apply to trusts.

Mr Trautman (United States) agreed with Mr Hayton that the reference to the settlor's purposes, contained in the American proposal, clearly concerned the settlor's intention to create a valid trust. On reflection, however, since the phrase under discussion seemed to create unnecessary problems, he wished to withdraw it entirely. Indeed, one might properly suppose that courts would presume that the settlor's intention was to create a valid trust. Therefore, the reference to 'the circumstances of the case' was sufficient. He added that the reference to the settlor's purposes might well be considered dangerous in some civil law systems, and this was an additional reason to withdraw the last phrase – on the understanding, however, that the idea is nevertheless included in the reference to the circumstances of the case.
Mr Trautman added that he also agreed with Mr Hayton that the words 'if necessary' should be deleted. However, he indicated that the only reason he had included these terms was because they had been included in the preliminary draft as the result of a compromise.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) souligne que les praticiens du droit ont besoin de dispositions claires. Elle exprime à ce sujet deux remarques.
Elle relève tout d'abord qu'il ne faut pas oublier que, si le document constituant le trust n'est pas clair, l'article 7 de l'avant-projet présente des directives suffisamment objectives pour déterminer la volonté du constituant. Elle déclare ensuite que le Document de travail No 20 lui paraît préférable à l'article 6, second alinéa. En effet, il y est introduit la notion de *«reasonable certainty»*. Il s'agit là d'un critère objectif pour interpréter le document constituant le trust. Elle conclut donc en appuyant la proposition de la délégation néerlandaise.

The Chairman then resumed the issues on which it

would be necessary to make a decision. The first was whether the formulation contained in article 6 of the preliminary draft should be maintained, or whether it should be replaced by wording similar to that of the Rome Convention. Next, there were several questions of detail: should the plural form be used (here the Chairman expressed his sympathy for the objection made by the Irish Delegate)? Should the term 'if necessary' be deleted?

Mr Bennett (Australia) drew the attention of the meeting to the fact that the term 'if necessary' had been inserted following the example of the Special Commission on *sales:* the Delegate from the USSR had indicated that the ratification of the Sales Convention would meet with severe problems in his country if the corresponding article in that Convention allowed courts to move straight to the circumstances of the case even in the presence of a written document.

The Chairman replied that the terms 'if necessary' had been dropped from the Sales Convention draft.

M. Riad (Egypte) présente des observations relatives à la proposition des Etats-Unis telle qu'elle a été explicitée par le Délégué du Royaume-Uni. Il pense qu'il ne faut pas chercher à apprendre aux juges les règles de l'interprétation de la volonté du constituant.
Le but de la Convention est d'introduire le trust dans les pays qui ne le connaissent pas, il est donc logique de demander aux juges de choisir la loi qui permet à l'institution d'exister.
Il conclut en disant que la phrase finale de la proposition américaine devrait peut-être être retenue.

Le Rapporteur ajoute trois remarques à ce qui vient d'être dit. Tout d'abord, il ne lui paraît pas être fondamentalement important de choisir une formule similaire à celle employée dans la Convention de Rome ou dans la Convention de La Haye sur la vente. Il partage cependant l'avis de la délégation suisse pour que la formulation adoptée soit conforme à celle du projet de Convention de La Haye sur la vente.
S'agissant des mots *«if necessary»*, il relève qu'ils ont été introduits sur la base de la première interprétation suggérée par M. Hayton (Royaume-Uni). Il s'agit d'abord de recourir au document constitutif du trust avant de considérer éventuellement les autres circonstances.
S'agissant enfin de la proposition américaine, s'il faut tenir compte de l'idée sous-jacente, c'est-à-dire de faire une faveur au profit du trust, il pense qu'il faudrait se conformer aux observations de M. Goldwater. Une distinction claire entre le rattachement subjectif et le rattachement objectif sera à considérer dans le contexte de la discussion de l'article 7.

Mr Westbroek (Netherlands) stated that he agreed that confusion should be avoided between issues relating to trusts and those relating to contracts. However, he could not see how confusion could arise here, and felt it was desirable to keep a certain uniformity between conventions where possible. He was still of the opinion that the language proposed by his delegation in Working Document No 20 was still clearer.

The Chairman said that he was inclined to agree: the draft refers to the 'express' will of the settlor, and then appears to correct this reference; on the other hand, the Netherlands proposal makes it clear that either an express or an implied choice will be carried out, and then explains *when* an implied choice will be taken into consideration. The Chairman added that the question of whether the plural or singular form should be used in article 6 should be referred to the Drafting Committee. On the other hand there remained two matters of substance: should the terms 'if necessary' be retained? Should the draft text formulated by the Special Commission be replaced by a drafting along the lines of that proposed by the American and Dutch delegations?

Mr Trautman (United States) withdrew the whole of the proposal contained in Working Document No 11.

The Chairman put to the vote the Netherlands proposal contained in Working Document No 20, on the understanding that it was still subject to drafting.

Vote

The proposal to adopt drafting along the lines of the Netherlands proposal was adopted by a vote of 15 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Czechoslovakia, Egypt, Federal Republic of Germany, Greece, Israel, Japan, Luxemburg, Netherlands, Suriname, Switzerland, United States), 10 against (Canada, Cyprus, Denmark, Finland, France, Ireland, Poland, Spain, United Kingdom, Venezuela), with 1 abstention (Italy).

Next, the Chairman put to the vote the proposal to retain the term 'if necessary'.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 15 in favour (Australia, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Israel, Luxemburg, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Switzerland), 9 against (Argentina, Austria, Belgium, Federal Republic of Germany, Ireland, Japan, United Kingdom, United States, Venezuela), with 3 abstentions (Greece, Italy, Suriname).

The Chairman then invited the Greek Delegate to speak to Working Document No 32, also relating to article 6.

M. Voulgaris (Grèce) déclare que la proposition hellénique qu'il soutient reprend une solution déjà acceptée par la Commission spéciale mais légèrement modifée ici pour insister sur le lien réel qui doit exister entre le trust et la loi qui lui est applicable.
Il explique que le trust est différent d'un contrat, il est un acte juridique unilatéral *sui generis*. Cet acte est donc plus dangereux qu'un contrat, car, dans le contrat, il existe toujours deux volontés dont l'une contrôle l'autre. Par conséquent, il faut que les actes unilatéraux, surtout *sui generis*, ne soient pas soumis à la même liberté que les contrats. D'ailleurs, les règles qui les régissent sont en général impératives. Or, il semble que la ligne de notre avant-projet aille plutôt dans le sens d'une conception contractuelle. Certes, les articles 14, 19 et 20 prévoient un contrôle, mais celui-ci n'est pas suffisant.
Il faut donc mettre une limite à cette autonomie absolue, en faire une *autonomie relativement absolue.*
Cette question est loin d'être seulement théorique, elle répond également à des nécessités d'ordre pratique.

The Chairman suggested that debate should be limited to the sole principle of whether it was necessary to limit party autonomy by requiring a substantial connection with the chosen law.

M. Riad (Egypte) souligne qu'il avait déjà mentionné que, puisque la Convention acceptait le dépeçage, il

allait falloir donner des limites à l'autonomie absolue dans le choix de la loi régissant le trust pour empêcher un chaos juridique.
A la lumière de cette idée, la proposition grecque lui paraît s'imposer. En effet, si on accepte l'autonomie absolue et le dépeçage, on permettra la création de trusts tout à fait fantaisistes. Il lui semble donc que cette clause serait la bienvenue à la fin de l'article.

M. Gambaro (Italie) manifeste sa sympathie pour la proposition de la délégation hellénique. Mais il estime que le trust n'est pas seulement un acte unilatéral. En effet, la volonté du constituant ne détermine pas seulement la loi applicable mais aussi la nomination du *trustee* et le lieu de l'administration du trust. Il pense qu'il faut être réaliste et songer à d'autres remèdes aux difficultés soulevées sans toutefois poser de limites au principe de l'autonomie de la volonté.

M. Loewe (Autriche) manifeste également sa sympathie à l'égard de la proposition hellénique. Mais elle lui semble tout à la fois trop limitée et excessive dans son champ d'application.
Elle est trop limitée, car elle n'offre pas aux juges de critères suffisamment précis pour se prononcer sur la validité du trust.
Mais elle est aussi excessive, car elle se borne à dire qu'il suffit qu'il n'y ait aucun *lien réel* pour que le trust soit invalidé. Il se range à une proposition intermédiaire: si le trust présente un caractère international, il faut laisser la liberté du choix de la loi applicable.

The Chairman stated that the problem was partly (that is, in so far as recognition was concerned) dealt with in *article 14*. But there was a proposal by the Netherlands to extend the thrust of the principle in the form of a reservation. This would be one way of dealing with the problem.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) stressed that the right place to discuss the issue was in the context of *article 14*. He said that when the settlor has complete freedom of choice, the applicability of the chosen law cannot be contested; on the other hand, if his freedom is limited, there will always be discussion as to whether or not there is a significant connection with the chosen law. Therefore, in the interests of security, any limits should be expressed in the context of *article 14* only.

M. Loewe (Autriche) se demande si l'article 14, dans sa variante B, n'est pas plus restrictif que sa proposition précédente. En effet, cet article permet aux intéressés de choisir n'importe quelle loi pour régir le trust, quitte à ce que celui-ci se voie refuser tout effet par la suite, alors que sa proposition permet de reconnaître le trust tout en limitant le choix initial.

Mme Revillard (France) manifeste également sa sympathie à l'égard de la proposition grecque. Il est certain que cette limitation de l'autonomie est utile même si, au plan pratique, il est difficile d'imaginer un trust soumis à une loi sans rapport avec ses éléments constitutifs.
Elle souligne néanmoins qu'il faudrait revoir la rédaction de la proposition actuelle, car elle ne lui semble pas suffisamment claire.

The Chairman closed the meeting at 1 p.m.

Documents de travail Nos 39 et 40
Working Documents Nos 39 and 40

Distribués le 10 octobre 1984 (matin)
Distributed on 10 October 1984 (morning)

No 39 – Proposal of the Israeli delegation

Article 7

It is proposed that the opening paragraph of this article should read as follows:

To the extent that the applicable law has not been chosen in accordance with article 6, *or where the law chosen under that article contains no provisions relating to trusts or to the category of trusts involved,* a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.

Reason:

It is felt that wherever the express choice of an applicable law by the settlor turns out to be ineffective owing to lack of appropriate provisions as to trusts in that law, the result should be that the law objectively closest to the trust be applied. This would be preferable to excluding the application of the Convention in such cases as provided by the present article 5 and would be in conformity with the general principle of upholding the validity of transactions. A consequent amendment of article 5 would be required if the proposal were accepted.

No 40 – Proposal of the Irish delegation

This proposal was replaced by Working Document No 41.

Procès-verbal No 5

Séance du mercredi 10 octobre 1984 (après-midi)
Meeting of Wednesday 10 October 1984 (afternoon)

The meeting was opened at 3.00 p.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman opened the session by calling upon Mr Dyer to make an administrative announcement.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) announced that the *Procès-verbal* could be amended or corrected by the delegates. It was important that corrections be made, as all documents would be published next year. He requested that such corrections be submitted in writing as soon as possible.

The Chairman asked that interventions be kept brief so as to facilitate the completion of the Convention within the time allotted.
He returned to Working Document No 32 and pointed out that the language of the proposal was not sufficiently exact to realize its aims. He suggested that the test should, in each case, be one of whether the trust had a substantial connection with the law applicable to the trust, but this was a matter which could be dealt with in drafting. He pointed out that in international commerce a system of law may be chosen not because the contract or trust offered a real connection with that country but because that system of law is particularly appropriate to govern it. For example, insurance is often governed by English law. He suggested that such a possibility should not be prevented by the Convention.

Mr Westbroek (Netherlands) expressed support for the views of those who spoke at the previous session, and thus felt that the Greek proposal in Working Document No 32 was too restrictive. He went on to say that the settlor should be left to choose the law of the trust and thus he wished to retain article 6 as it stands.

Le Rapporteur observe à l'issue de cette discussion qu'il serait regrettable d'imposer cette notion un peu dépassée de lien réel qui est elle-même génératrice de nombreuses incertitudes. Il est évident que l'on ne peut admettre que la constitution d'un trust permette de tourner les dispositions impératives du droit interne de tel ou tel Etat. Mais il y a une autre manière de faire obstacle à une telle attitude. Sans doute, pourrait-on, par une idée un peu différente, exiger que la situation présente un caractère international pour permettre la liberté de choix. Cependant, là encore, la solution ouvrirait de nombreuses incertitudes sans réussir à éviter tous les abus. La véritable façon de lutter contre de tels abus réside dans la disposition de l'article 14 de l'avant-projet. Pour sa part, le Rapporteur préfère la variante B. Sur la même question, la Conférence aura également à examiner la proposition néerlandaise qui va plus loin quant au fond et moins loin quant à la forme puisqu'elle exige une réserve expresse. C'est dans l'une de ces solutions que lui paraît résider la véritable réponse au problème soulevé par la délégation hellénique.

M. Voulgaris (Grèce) estime quant à lui que l'article 14 ne constitue qu'une planche de sauvetage insuffisante à résoudre la question soulevée par le Document de travail No 32. L'article 14 limite la reconnaissance tandis que la proposition hellénique concerne la loi applicable. Selon la proposition de la délégation hellénique, en l'absence de lien sérieux on se tourne vers l'article 7 qui permet le rattachement à une autre loi. La loi applicable est ainsi déterminée avant même que ne puisse se poser la question de la reconnaissance. Quant à l'argument selon lequel cette disposition pourrait être facilement tournée, le recours toujours possible à la théorie de la fraude à la loi devrait permettre de déjouer de telles manoeuvres. Ainsi la création artificielle d'un faux lien ne suffirait-elle sans doute pas à tourner la disposition que la proposition du Document de travail No 32 préconise. Pour les explications complémentaires il passe la parole à son collègue M. Vrellis.

M. Vrellis (Grèce) entend seulement insister sur quelques aspects de la proposition. Le but est d'empêcher un choix abusif. Si l'on estime nécessaire de lever l'incertitude tenant à l'interprétation du terme «lien» il est possible d'y adjoindre le mot «réel» ou «effectif» ou tout autre terme approprié. C'est une question de rédaction. Quant à la formulation «il peut ne pas être tenu compte», il estime pour sa part qu'il aurait sans doute été préférable de dire qu'«il ne peut pas être tenu compte» du choix dans une telle hypothèse mais il n'est peut-être pas possible d'aller aussi loin. Enfin, l'article 14 ne lui paraît pas suffire à résoudre la question. Ici, il s'agit d'une difficulté tenant à la loi applicable et non à la reconnaissance.

M. Loewe (Autriche) se demande s'il ne serait pas préférable de renvoyer la discussion après celle de l'article 14. En effet, si l'article 14 ou la proposition néerlandaise du Document de travail No 28 était adopté, il n'aurait pas besoin de la proposition grecque. En revanche si tel n'était pas le cas, la solution de la proposition grecque lui paraîtrait nécessaire.

The Chairman put before the Commission *the proposal contained in Working Document No 32, to limit the freedom of choice of law in cases where the trust does not have a sufficient connection with the chosen law.*

Vote

The proposal was rejected by a vote of 17 against (Argentina, Australia, Belgium, Canada, Czechoslovakia, Finland, Federal Republic of Germany, Ireland, Israel, Japan, Luxemburg, Netherlands, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela), 6 in favour (Denmark, Egypt, France, Greece, Poland, Portugal), with 3 abstentions (Austria, Cyprus, Italy).

The Chairman thus declared that article 6 remained as in the draft text. The Commission then turned to Working Document No 36 (translation of which is contained in Working Document No 38), which seemed to limit the possibility of *dépeçage*.

Mr Waters (Canada) stated that the object of Working Document No 36 was to meet the problems of *dépeçage*. He pointed out that the Working Document could be split into two parts – the first part concerns articles 6

and 7; the second part concerns articles 8, 9 and 10. He now turned to the first part of the proposal which concerned article 6, paragraph 3. In this article he was particularly worried about the word 'aspect', whose meaning he found unclear and which allowed a very wide possibility for *dépeçage*. The basis of the Canadian proposal was thus to spell out clearly that we would permit a settlor to choose his own law for matters of administration. The other 'aspects' which may arise were less important and thus did not need to be covered.

The Chairman agreed that the proposal would cut down on *dépeçage*.

Mr Trautman (United States) suggested that we take the present text of article 6, paragraph 3, as far as the word 'trust', and then continue as follows: 'in particular the settlor may choose a different law to govern administration'.

Mr Pryles (Australia) stated that the Australian delegation was not happy with the third paragraph of article 6 – he presumed that *dépeçage* for formal validity would be allowed but was unclear whether this would be so for the other aspects; for example, could the settlor name Australian law to cover property in Australia, Canadian law to cover property in Canada, and so on?

The Rapporteur suggested that some simplification of article 6 might be appropriate.

Mr Waters (Canada) explained that trusts had been split according to where the property lay. If the settlor could choose different laws to govern each of these pieces of trust property, he felt that confusion might arise in civil law countries.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) asked whether a trust which involved more *dépeçage* than allowed under the Canadian proposal would, under that proposal, be covered by the Convention?

Mr Waters (Canada) stated that such trusts would be outside the Convention.

Mr Pryles (Australia) disagreed with the answer given by Mr Waters and said that if the Canadian proposal were to be accepted everything except the administration of the trust would fall under the applicable law.

Mr Waters (Canada) stated that he had misunderstood Mr Dyer's words and agreed with Mr Pryles.

Mr Trautman (United States) wished to point out that this was an issue of great importance to common law countries; if the Canadian proposal were adopted, it would only permit choice of law in matters of administration of the trust. If this were the case, the United States could not adopt the Convention. He thus stressed that this was a matter of considerable importance to the United States.

M. Vrellis (Grèce) relève qu'il s'agit d'une question de qualification.

Mme Revillard (France) partage les inquiétudes de M. Trautman. Le dépeçage est important pour les pays de *common law*. Il est important de connaître avec précision les limites dans lesquelles la Convention s'applique. Si seul le dépeçage concernant les questions d'administration était admis, cela rendrait l'application de la Convention extrêment difficile pour certains Etats. La question est d'importance. Aussi convient-il de trancher de manière précise la question de la portée exacte du dépeçage qui lui paraît pouvoir être admis de manière relativement large.

The Chairman stated that the Committee had a simple choice before it: did it or did it not want to limit the choice of law?

Mr Waters (Canada) withdrew the proposal.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souligne que le problème est d'une extrême importance. Il s'agit là d'un des points qui ont eu une influence considérable sur la réaction négative qui a pu se faire jour en Allemagne à l'égard de l'avant-projet. Si l'on admet un dépeçage sans limites, la Convention devient purement et simplement inacceptable. Elle serait en effet extrêmement difficile à mettre en oeuvre par la pratique continentale. Aussi propose-t-il de ne pas arrêter la discussion à ce stade. Si le dépeçage présente véritablement un intérêt considérable pour certains Etats, peut-être y aurait-il d'autres moyens de leur donner satisfaction. Peut-être conviendra-t-il de développer en ce sens la proposition canadienne mais il convient de songer également à faciliter le travail des juristes de droit civil.

The Chairman requested that a vote be taken on the Canadian proposal. Canada acceded to this request. The Chairman thus called for a vote *on the proposal that the choice of law be limited (the vote was to be subject to the possibility of a further proposal on the same topic being brought forward at a later date).*

Vote

The proposal was rejected by a vote of 9 against (Argentina, Finland, Ireland, Israel, Italy, Spain, United Kingdom, United States, Venezuela), 5 in favour (Austria, Canada, Federal Republic of Germany, Portugal, Switzerland), with 12 abstentions (Australia, Belgium, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, France, Greece, Japan, Luxemburg, Netherlands, Poland).

The Chairman thus stated that, subject to further proposals, article 6 should remain in its present form. The Committee then turned to consideration of Working Document No 6 from the Australian delegation.

Mr Bennett (Australia) said that this proposal would amend article 6 by adding a fourth paragraph. However, he stated that he was reluctant to force the proposal, as he had read Working Document No 39 from the Israeli delegation, which would amend article 7, and which he would support. Therefore he expressed a willingness to withdraw Working Document No 6.

The Chairman suggested that the contents of Working Document Nos 39 and 6 were not exactly the same, and wished to know whether the Australian delegation was definitely withdrawing Working Document No 6.

Mr Bennett (Australia) decided he would not withdraw the document and said that the proposal would stand. He went on to explain the proposal by saying that there was a difference between choosing an inappropriate law for the validity of a trust, in which case the Convention should be inapplicable, and choosing an inappropriate law for other aspects of the trust, such as the administration of the trust, where the Convention should continue to apply but should indicate on its face what the consequences of the choice would be.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) asked whether, in the event of an ineffective choice being made, one would go back to article 7?

Mr Bennett (Australia) answered that in such a case the settlor would be treated as not having used his right to *dépeçage*. Thus one would use the applicable law. This keeps such trusts under the Convention and that, he stated, was the aim of the Australian proposal.

Le Rapporteur entendait poser la même question. Si la loi a été valablement choisie pour régir la validité des trusts, cette loi devra être appliquée. Si dans la même espèce une autre loi est choisie pour régir l'administration mais qu'elle conduit à une solution qui ne permet pas le bon fonctionnement du trust parce qu'elle ne connaît pas l'institution, on peut alors hésiter entre deux solutions. On peut songer au rattachement objectif de l'article 7 ou appliquer la loi régissant la validité. Dans une telle situation, l'application de la loi régissant la validité lui paraît préférable à l'intervention d'une troisième loi. Quant à la rédaction du texte, il se demande s'il est opportun de préciser cette solution de manière expresse ou de relever simplement que le choix ne sera pas effectif dans une telle hypothèse. Peut-être une telle solution serait-elle suffisante pour répondre aux besoins de la pratique?

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) estime que le choix d'une autre loi pour régir une autre partie du trust devrait être fait expressément et ne devrait pas pouvoir être implicite.

The Chairman stated that, as there was no written proposal before it, the Commission did not have the power to amend the article in the way suggested.

M. Loewe (Autriche) trouve la proposition australienne très sage et très pratique. Son résultat n'est pas le même que celui de la proposition israélienne. M. Beraudo a rappelé ce matin que lorsqu'il s'agit de questions de validité toutes les personnes concernées n'ont pas le même intérêt. Certaines ont intérêt à la validité. D'autres à la nullité. Il s'agit alors d'une question à trancher en faveur des uns ou des autres et il n'est pas nécessairement opportun de toujours faire prévaloir la solution de la validité. C'est pourtant le but de la proposition israélienne. Toute autre est la solution de la proposition australienne qui présuppose que le trust soit valable. D'après la loi applicable à la validité, le trust est parfaitement valide. Cependant une loi a été choisie pour régir l'administration. Cette loi ne permet pas de mettre en oeuvre ce trust valable puisqu'elle ne connaît pas l'institution. Dans ce cas, il est naturel de choisir une autre loi qui assure un véritable fonctionnement à ce trust valable. Aussi la solution préconisée par la délégation australienne lui paraît être des plus utiles.

The Chairman stated that the proposal could apply in two cases:

(1) one law has been chosen to apply to the validity of the trust, and another to the severable aspect of the trust;

(2) a law has been chosen for the severable aspect of the trust but not for the validity of the trust.

In each of these cases it could be said that the law to apply to the severable aspect would be that governing the validity of the trust. In the first case this law would be chosen by the settlor; in the second it would be allocated to the trust under article 7.

M. Espinar (Espagne) estime que la proposition de la délégation australienne n'est qu'une déclaration de principe. La pratique se heurtera à de nombreuses difficultés. Par ailleurs, il préférerait que les termes *«other than validity»* soient exclus.

Mme Revillard (France) suggère que la proposition de l'Australie soit examinée en rapport avec l'article 5, non avec l'article 6 qui risquerait de se trouver obscurci par une telle adjonction.

Le Rapporteur est favorable à la proposition de la délégation australienne. Celle-ci règle un cas concret et son adoption paraît utile.

The Chairman suggested that a vote be taken on this proposal, and that the drafting of this could be left to a later date.

Mr Trautman (United States) asked what was the exact principle of the Australian proposal. He asked whether one could drop the words 'other than validity'. If these words were dropped, then an incorrect choice on an issue, including the validity of the trust, would be ineffective and thus would be covered by article 7.

The Chairman pointed out that this was not the only possible conclusion, and called on Mr Bennett to explain his proposal.

Mr Bennett (Australia) explained that the proposal contained the words 'other than validity', because the Australian delegation had been unsure what the effects of article 6, paragraph 3, would be. There had been concern with the situation where a choice of law was made other than that concerning the validity of the trust. There was, he felt, no problem in the law of the validity of the trust and so he stated that the words 'other than validity' should remain.

M. Beraudo (France) craint qu'en voulant traiter en ordre dispersé une question unique on ne parvienne à des résultats fâcheux. En réalité, la question est toujours la même: que faire lorsque la loi normalement applicable ignore l'institution du trust? Cette même question se pose qu'il s'agisse d'une loi choisie par le constituant ou d'une loi désignée par un rattachement objectif. Comment pourrait-on décider au titre de l'article 5 que la Convention ne s'applique pas, au titre de l'article 6 qu'en cas de dépeçage malencontreux le choix ne serait pas effectif et au titre de l'article 7 que l'on doit faire application de la loi ayant des liens étroits? Le problème est unique. Il appelle une solution uniforme.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that this was a very minor aspect of the Convention and that normally, if a settlor is going to make different choices of law for different parts of the trust, he would be very careful to make prudent choices. There was no need for the Convention to provide for a case in which an imprudent choice was made.
For example, an English settlor creates a trust, and English law governs the validity of that trust but he chooses Denmark to govern the administration of the trust. In England the court would say that the choice of Danish law to govern the administration was a nonsense and therefore ineffective. The English court would say that the administration of the trust should fall under the law governing the validity of the trust. Thus no provision need be made for it in the Convention.

The Chairman pointed out that, in this area, articles 5,

6 and 7 were all tied in together. He went on to suggest that in cases where the settlor makes an imprudent choice of law, there were two possible outcomes –

(1) that article 5 should be applied, in which case the Convention would be inapplicable;

(2) to adopt the Australian proposal which prevents the settlor's choice of law applying but goes on to provide that the law governing the validity of the trust should apply.

This second proposal would not get rid of article 5 altogether but it would reduce its effect to cases where article 7 comes into play.

M. Loewe (Autriche) n'est pas en accord avec les propos qui viennent d'être tenus par les précédents intervenants. En premier lieu, s'agit-il d'une question unique qui appelle une solution unique? En fait, il y a trois cas dans lesquels on peut imaginer l'intervention d'une loi qui ne connaît pas l'institution du trust. Il peut s'agir de la loi déterminée objectivement par l'article 7. Il peut s'agir au contraire de la loi choisie pour régir le trust qui ne connaît pas l'institution. Enfin, il peut s'agir de la loi choisie spécialement pour régir l'un des aspects du trust qui ne connaît pas l'institution. Dans les deux premiers cas, il est possible de soutenir que la Convention ne s'applique pas ou que le trust ne doit pas être reconnu. Mais le troisième cas est différent. Dans cette hypothèse, il y a un trust valable selon une loi qui s'applique. Pour un choix malencontreux sur une question particulière on se trouve confronté, sur cet aspect précis, à une loi qui ignore l'institution. Dans ce cas, il est justifié de réserver un sort particulier à cette question. En second lieu, quant à l'intervention du délégué du Royaume-Uni, son propos est sans doute justifié pour les juges de *common law*. Il peut se trouver également vérifié pour un juriste continental, mais ce ne sera pas nécessairement le cas. Supposons un trust constitué selon le droit anglais sur des biens qui se trouvent partiellement en Autriche. Supposons que l'administration ait été soumise au droit local. Le droit local autrichien ne connaît pas l'institution du trust. Il est tout à fait possible qu'un juriste de *common law* estime évident qu'il convient d'impliquer la loi anglaise à l'ensemble des questions. Mais il n'est pas inconcevable qu'un juge d'un pays qui ignore l'institution se réfère à sa loi qui ne connaît pas l'institution... pour en conclure que le trust n'existe pas ou qu'il ne peut pas fonctionner! La proposition australienne permettrait d'éviter un résultat fâcheux.

The Chairman suggested that no decision be made on the Australian proposal but that it be sent to the Drafting Committee to sort out.

Le Rapporteur observe que cela dépasse sans doute la compétence du Comité de rédaction. Si la proposition australienne est adoptée, cela conduira à des modifications du texte existant. Il reste que l'on se trouve en présence d'une option dont les termes ont été très clairement exposés par M. Loewe. Il pourrait même y avoir une quatrième situation: celle dans laquelle aucun choix pour la validité du texte n'a été fait, le choix n'ayant eu lieu que pour l'administration. La proposition australienne modifierait la solution de l'avant-projet. Mais il est possible de décider sur le principe.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) estime que le premier mouvement est de ne pas se préoccuper du cas du choix absurde. Cependant, certains cas paraissent mériter davantage de compassion. L'opération peut être extrêmement complexe. M. van Loon a précédemment donné des exemples de trusts bancaires extrêmement compliqués. Le choix de la loi peut dépendre de la nationalité du chef de file... Il n'est pas inconcevable que l'on puisse aboutir à une loi qui ignore l'institution du trust. Même si le choix est mal avisé, une telle situation mérite peut-être d'être sauvée. Mais il est plus important encore d'insister sur la question de rédaction. Il ne faut pas que les dispositions de la Convention constituent une trappe pour les juristes. Aussi convient-il de traduire la solution qui sera retenue de la manière la plus claire.

The Chairman said that if an inappropriate choice of law were to place a trust outside the Convention, then such a rule should appear in the provisions on the scope of the Convention. If such an inappropriate choice none the less leaves the trust within the scope of the Convention, then a solution must be found within the rules on applicability.

Mr Boggiano (Argentina) stated that it would be unreasonable if an inappropriate choice of law were to place the trust outside the Convention. Where a solution to this problem was necessary, he preferred the suggestion put forward by Mr von Overbeck, the Rapporteur, that is that the other aspects of the trust should be governed by the same law as that which governs the validity of the trust.

The Chairman once again asked Mr Bennett to speak to his proposal.

Mr Bennett (Australia) wished to stress that his main desire in putting forward the proposal was that the trusts in which there was a problem of *dépeçage* would, none the less, be governed by the Convention.

The Chairman felt that the proposed text, if applied, would leave in doubt what law was to be used. He admitted that the proposal may assume that a choice of law has been made to govern the validity of the trust and that this should apply, but the proposal does not say this. He suggested that the point should be clarified by stating that the law governing the validity of the trust should apply.

Mr Bennett (Australia) agreed with the Chairman's statement.

The Chairman called for a vote on the principle of the Australian proposal which is contained in Working Document No 6.

Vote

This proposal was adopted by a vote of 18 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Greece, Ireland, Luxemburg, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States), 2 against (France, Venezuela), with 4 abstentions (Egypt, Federal Republic of Germany, Italy, Japan).

The Chairman sent the proposal to the Drafting Committee.

Mr Trautman (United States) asked whether, in such cases, the Drafting Committee had the power to choose either to go back to the law governing the validity of the trust or to go on to article 7.

The Chairman confirmed that the Drafting Committee had such power and that this question had been left open.
He then turned to a discussion of article 7.
There were a number of working documents concerned with article 7. They were as follows: Working Document No 5 from Australia; Working Document No 12 from the United States; Working Document No 25 from Canada; Working Document No 29 from Spain; Working Document No 31 from the Netherlands; Working Document No 36 from Canada; Working Document No 39 from Israel; Working Document No 40 from Ireland.
The Chairman then suggested that the Israeli proposal in Working Document No 39 had been partly covered by the Australian proposal which was adopted and, as the Israeli delegation was not present, they should proceed with consideration of another Working Document. He thus proposed to turn to Working Document No 12, from the United States.

Le Rapporteur soulève la question que pose Israël (Doc. trav. No 39). Celle-ci concerne l'alinéa premier de l'article 7. Dans son principe, il s'agit de savoir si l'on peut aller plus loin. Peut-on sauver le trust lorsque le choix de loi aboutit à un système qui ignore l'institution du trust en ayant recours alors au rattachement effectif de l'article 7? Voilà un constituant qui choisit la loi française pour régir son trust. La solution de l'avant-projet est d'exclure la situation du domaine d'application de la Convention. Dans le système de la proposition israélienne, on regarderait alors si le rattachement objectif conduit à la loi qui connaît le trust pour faire application de cette loi dans une telle hypothèse. Le Rapporteur se demande s'il convient d'aller aussi loin. La Commission spéciale avait estimé qu'il n'était pas nécessaire de sauver un choix manifestement erroné. Dans une telle hypothèse, la Convention ne serait pas applicable mais cela n'empêcherait pas un juge miséricordieux de sauver la situation par l'application du droit commun.

The Chairman stated that the Rapporteur had submitted Working Document No 39 for Israel and thus he invited comments upon this document.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) observe que cette solution répondrait à certaines des préoccupations qu'elle a préalablement exprimées.

Mr Trautman (United States) stated that in some cases the trust could be a very complex transaction and it may be very desirable to have different laws to govern different parts of the trust. He said that this was quite normal and valid. In view of this, he was in favour of the Israeli proposal but wished to express doubts upon the final clause.
He understood that the Israeli proposal would give an article 7 approach to the proposal from Australia, which the Commission had just accepted.

The Chairman said that in the event of the Israeli proposal being accepted it would need to be carefully linked to the Australian proposal, which had been accepted.

M. Beraudo (France) déclare que l'adoption de la proposition de la délégation israélienne peut entraîner dans une certaine mesure la suppression de l'article 5. Le même système peut également être utilisé pour résoudre le problème posé par le dépeçage lorsque la loi choisie pour régir un des aspects du trust ne connaît pas l'institution. Dans ce cas, on parviendrait à une solution uniforme.

Mr Pryles (Australia) suggested that by deleting the reference to article 6 which is contained in article 5 the problem would be solved.

The Chairman called for a vote on the Israeli proposal in Working Document No 39.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 16 in favour (Argentina, Australia, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Japan, Luxemburg, Netherlands, Spain, United Kingdom, United States, Venezuela), 3 against (Austria, Belgium, Portugal), with 5 abstentions (Denmark, Egypt, Italy, Poland, Switzerland).

The Chairman sent the proposal to the Drafting Committee. He then asked Mr Trautman whether there was any need to discuss Working Document No 12.

Mr Trautman (United States) said that he was withdrawing the part of Working Document No 12 which referred to the second paragraph of article 7, but stated that the part of Working Document No 12 which referred to the first paragraph of article 7 would stand. He explained that the purpose of this proposal was to permit a court to go directly to the law governing the administration of a trust rather than requiring it to first consider the law governing the validity of the trust.

M. Volken (Suisse) demande au professeur Trautman si cela signifie que l'article 7, alinéa 3, du texte actuel devrait dès lors être supprimé.

Mr Trautman (United States) gave an affirmative answer.

M. Volken (Suisse) remercie le professeur Trautman de cette clarification. Il s'agit bien d'insérer le problème du dépeçage dans l'alinéa premier de l'article 7. Cela lui paraît aller trop loin. Le dépeçage est peut-être acceptable mais il conviendrait de poser le principe avant l'exception. Dans ces conditions, il ne peut se rallier à la proposition américaine.

Le Rapporteur fait observer que l'on se trouve ici confronté à une différence fondamentale de conception entre les pays de *common law* et les pays de droit civil. Les premiers raisonnent question par question *(issue by issue)* alors qu'en principe les juristes continentaux déterminent la loi applicable à un ensemble quitte à admettre de nombreuses exceptions.
Les juristes continentaux ont déjà une certaine difficulté à admettre la notion de liens les plus étroits. Si l'on doit en outre ériger le dépeçage en principe dans la recherche des liens les plus étroits, le système devient difficilement applicable dans les pays de droit civil. Si l'on devait s'engager dans cette voie, il lui paraîtrait alors préférable d'abandonner purement et simplement la question du sort des trusts en l'absence de choix de loi par le constituant.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) stated that article 7 had given rise to many problems in Germany because of the lack of legal certainty and thus he would prefer that this article contain a concrete test to ascertain which law is to be applied. The present test, which existed in the second part of article 7, was too inexact.

He would prefer that the test should list alternatives which must be looked at one after another – that is the court must look first to the first test and, if this is inapplicable, then it may proceed to the second and so on. He stated that the United States proposal would make article 7 even more indefinite than it was at present and thus would be unacceptable to Germany.

Mr Trautman (United States) felt that the problem of *dépeçage* in civil law countries was not such a difficulty as had been suggested by the Rapporteur. He pointed out that in this part of the Convention the Commission had followed the part of the Rome Convention on Contracts which dealt with *dépeçage*.
He explained that the United States proposal tried to encourage the court to look first at the law governing the trust as a whole and then go on to look at the question issue by issue. This, he suggested, was the correct position. He felt the proposal attained this goal but stated that he would be willing to accept the wording of the Rome Convention if this would be more acceptable to the other delegates. In most trusts there would be an express choice of law by the settlor and this would give rise to certainty but, in case such a choice is ineffective, then one needs to have a contingency clause such as the one he proposed.

Mr Gambaro (Italy) explained that in countries which do not recognize the trust article 7, in its present form, would force a judge to apply the law of the trust. However, if the United States proposal were to be accepted a judge in a civil law country may discover that some legal principles within his jurisdiction are very close to the laws of trust and that his mandatory rules allow him to apply those in place of the trust. This would enable such a judge to apply his own law rather than the law of the trust. He asked whether Mr Trautman was aware of this possibility.

Mr Trautman (United States) admitted that he had been unaware of this possibility but he said that he did not consider that it was likely to happen.

The Chairman before proceeding to a vote asked the Canadian delegation whether they still wanted to maintain its proposal to delete the third paragraph of article 7, contained in Working Document No 36.

Mr Waters (Canada) stated that he would withdraw that part of the proposal contained in Working Document No 36.

The Chairman called for a vote on the proposal contained in Working Document No 12, paragraph 1.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 9 in favour (Argentina, Cyprus, Italy, Luxemburg, Poland, Spain, United Kingdom, United States, Venezuela), 6 against (Belgium, Czechoslovakia, Denmark, Federal Republic of Germany, Greece, Switzerland), with 8 abstentions (Australia, Canada, Egypt, France, Ireland, Japan, Netherlands, Portugal).

The meeting closed at 6 p.m.

Document de travail No 41
Working Document No 41

Distribué le 11 octobre 1984 (matin)
Distributed on 11 October 1984 (morning)

Proposal of the Irish delegation

(This proposal replaces the proposal contained in Working Document No 40)

Article 7, second paragraph

It is proposed that the paragraph should read as follows:

In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to the following matters as at the time of the creation of the trust:

a the habitual residence of the testator or settlor;

b the situs of the assets subject to the trust;

c the place of residence or business of the trustee;

d the place of administration of the trust;

e the residence of any beneficiaries;

f the objects of the trust and the place where they are to be fulfilled.

Reason:

The object is to bring the criteria in the paragraph into line with the proper law of the trust which governs the essential validity of a trust at common law.

Procès-verbal No 6

Séance du jeudi 11 octobre 1984 (matin)

Meeting of Thursday 11 October 1984 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. Mr von Overbeck (Switzerland) was the Rapporteur.

The Chairman announced that Mr Trautman wished to speak regarding the Commission's decision, taken the previous afternoon, to adopt the first part of Working Document No 12.

Mr Trautman (United States) stated that upon reconsideration the United States requested permission to have the vote on Working Document No 12 reconsidered. The United States' principal concern in article 7 had been to address the question whether a singular law must govern trusts as a whole. In different parts of the present draft Convention the term 'trust as a whole' had been used. The United States did not approve of this concept and had attempted to ameliorate the problem through its proposal in the first paragraph of Working Document No 12. Notwithstanding, following the vote yesterday afternoon, he had received so many negative comments regarding this amendment that he was led to fear that the vote could jeopardize the success of the Convention as a whole. Mr Trautman considered that the United States' concern on this issue could be satisfied apart from yesterday's vote, and in light of the serious concerns expressed by many delegations, he wished to propose reconsideration of yesterday's vote.

The Chairman reminded the delegates of article 16 of the Commission's Rules of Procedure, which he read. He then requested speakers in favour of and against the motion to reconsider.

Mr Loizou (Cyprus) expressed his support for the motion to reconsider. As a judge, he found he was always happier when a controversial issue had been considered at least twice. Here, such a controversial issue among such a celebrated group deserved at least that much consideration.

The Chairman noted *at least two votes in favour of the motion. He asked for opposition, found none, and held that the motion to reconsider had been unanimously accepted.*
He directed the Commission's attention back to the original proposal, and requested that Mr Trautman explain its status.

Mr Trautman (United States) stated that the United States believed it would be best to leave article 7 as drafted.

The Chairman asked whether this would constitute a recommendation to cancel the previous decision accepting the first paragraph of Working Document No 12.

Mr Trautman (United States) agreed with the Chairman's formulation and wished further to speak on the language of the third paragraph of article 7.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) clarified that the Commission's attention now was focussed on Working Document No 12 and that a motion had been made to reconsider the proposal expressed in paragraph 1 of Working Document No 12 submitted by the United States.

The Chairman explained that the choice before the Commission was either to oppose or cancel the decision reached the previous afternoon accepting this portion of the Working Document. Finding no further speakers wishing to address the issue, he put the matter to a vote on *whether to cancel the decision reached previously to accept Working Document No 12, or to accept the previous vote.*

Vote

By a vote of 23 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Suriname, Switzerland, United Kingdom, United States), with 2 abstentions (Poland, Venezuela), the motion was adopted and the previous vote was cancelled.

The Chairman directed attention to the original text of article 7 as drafted, understanding that it must be reviewed by the Drafting Committee on the basis of Working Document No 39 (Israel). He understood that Professor Trautman would propose to amend paragraph 3 of article 7, but that no written proposal to that effect stood before the Commission. He believed that such a written proposal would facilitate further discussion and noted that other proposals in writing concerning paragraph 2 of article 7 had already been submitted. He therefore turned discussion to these proposals, asking whether the United States agreed with this approach.

Mr Trautman (United States) stated that on reflection the United States did not feel strongly enough about its suggestion on paragraph 3 of article 7 to make it a subject of a written proposal and thus would be content not to raise the issue.

The Chairman therefore turned the discussion to paragraph 2 and specifically to Working Document No 29 submitted by the delegation of Spain, which presented a significantly different approach to the subject of article 2. The Chairman invited Mr Espinar to speak on this issue.

M. Espinar (Espagne) déclare que la Convention est conçue pour faciliter la reconnaissance de cette institution purement anglo-saxonne qu'est le trust par les pays de droit civil. Cette reconnaissance sera plus facile si la Convention comprend des règles familières aux juristes des pays de droit civil. Après avoir consacré le principe de l'autonomie de la volonté, il faut revenir à un système d'utilisation plus facile pour les praticiens et les juges. En effet, toutes les délégations ont remarqué la nécessité de donner des réponses claires aux praticiens. Les normes posées à l'article 7 sont belles, mais difficiles à appliquer. Elles concernent la production de normes de conflit, donc, en pratique, le juge devra construire une norme pour chaque cas concret.

Les juges et les praticiens de droit civil ne sont pas habitués à faire de telles constructions. La proposition espagnole a pour ambition de remédier à cette difficulté en proposant trois critères qui ont l'avantage d'être simples à appliquer.

The Chairman undertook to explain the impact of this proposal. He assumed that it would replace the entirety of article 7 and would represent an abandonment of the criteria of law represented by the 'most closely connecting factors' approach. It would instead establish a number of alternative connecting factors to come into play one after another. He observed that as drafted this proposal would not seem to offer a solution where property subject of a trust was located in different countries or where a number of trustees of a single trust resided in different countries.

M. Espinar (Espagne) déclare que le Président a parfaitement compris le sens de la proposition espagnole. Elle a surtout l'intention de revoir le problème de la technique de construction de la règle de conflit plus que la règle de conflit elle-même.
La proposition espagnole est de nature à résoudre les problèmes suscités par ces difficultés techniques.

The Chairman limited discussion to the issue whether the Commission supported the approach reflected in Working Document No 29 and called upon the Rapporteur.

Le Rapporteur pense qu'avant d'entrer dans le détail du second alinéa de l'article 7, il est possible de gagner du temps si on peut déterminer quel système suivre pour le rattachement.
Trois possibilités peuvent être envisagées.
Celle de l'avant-projet tout d'abord; elle met en avant la notion de lien le plus étroit et procède à l'énumération d'indices non hiérarchisés.
Ensuite, on peut envisager de retenir toujours la notion de lien le plus étroit mais procéder ensuite à une hiérarchisation des indices.
On peut enfin donner un rattachement plus précis, plus rigide dans le sens de la proposition espagnole.
Le second aspect de la proposition de la délégation espagnole devrait être étudié séparément car il consacre une solution *in favorem trustis*.
Il faudrait d'abord décider si on veut créer un rattachement fixe ou une hiérarchie ou se passer de hiérarchie.
Ensuite, on étudiera l'autre aspect de la proposition espagnole.

M. Loewe (Autriche) explique la position de la délégation autrichienne face à ce problème.
Il précise que le droit international privé autrichien est codifié et se réfère à des rattachements fixes, du moins le plus souvent. Lorsqu'aucun rattachement fixe n'est prévu, c'est alors la notion de «lien le plus étroit» qui est prise en considération.
Par conséquent il préfère un rattachement fixe mais se déclare disposé à accepter l'autre notion.
Ce qui le gêne davantage, c'est que le texte tel qu'il est rédigé, est difficilement conciliable avec la Constitution autrichienne. En effet, tout acte administratif ou juridictionnel doit être fondé sur la loi. Par conséquent, il faudrait dire à l'article 7, au début du paragraphe 2, «il est tenu compte notamment» et non pas le mot «peut».

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) déclare que le texte de l'avant-projet ne résout rien pour les praticiens. Il parle de «liens les plus étroits», mais qui va dire quels sont ces «liens les plus étroits»? La pratique exige une solution immédiate, or, c'est le juge qui devra préciser cette notion. Il faudra donc recourir à un jugement pour savoir quelle est la solution.
Une convention se doit de donner un texte qui évite toute incertitude. Il lui semble donc que la proposition espagnole constitue une amélioration au texte existant.

M. Riad (Egypte) souligne que les difficultés pratiques que soulève le texte actuel ont été mises en relief par les intervenants précédents. Dans les pays de droit civil, les pouvoirs des magistrats sont limités, aussi l'application de critères multiples dans un domaine inconnu risque d'entraîner une application irrégulière de la Convention.
D'autre part, le fait de choisir un rattachement fixe risque de perturber le dépeçage qui a été adopté par ailleurs.
Donc, la seule solution qui reste est de maintenir l'article 7 actuel en introduisant une hiérarchie parmi les indices afin de guider le choix des juges.

Mme Revillard (France) intervient pour soutenir les orateurs précédents. Elle pense qu'il est important d'établir une hiérarchie qui facilitera le travail des praticiens des pays de droit civil. Elle souligne à propos de cette hiérarchie que le critère fixé au *a* n'est ni clair ni raisonnable. Ce critère n'est pas essentiel dans l'ordre de la hiérarchie, il faudrait donc le placer en dernière position, à la place du *d*, et le formuler d'une manière plus explicite. D'autre part, il faudrait savoir à quel moment la notion de «liens les plus étroits» doit être appréciée. Elle suppose que c'est le moment de la constitution du trust qui est visé, mais elle souhaite une formulation plus explicite pour éviter tout doute.

The Chairman observed that the Commission should realize that it was attempting to establish a convention that would fit not only within the private international law systems in civil law countries but also would be acceptable to common law countries and their different approach regarding trusts. He observed, on the other hand, that a number of civil law countries were not unfamiliar with the approach of a rather free choice of factors representing the 'most substantial connection' with the controversy, particularly with regard to choice of law for contracts.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) croit que ce que vient de dire le Président est important et qu'il faut en tenir compte. Ce qui a été dit par les orateurs précédents va déjà dans cette direction. La proposition espagnole crée un nouvel article 7, mais les remarques des délégations autrichienne et française maintiennent les alinéas 1 et 3 de cet article.
L'alinéa 1 constitue déjà un rattachement non fixe, si, de plus, on maintient l'alinéa 3 tel quel, on garde une certaine souplesse désirée par les pays de *common law*, mais gênante pour les pays de droit civil surtout dans cette matière, différente de celle des contrats.
Il se prononce en faveur d'un compromis tenant compte des soucis des délégations autrichienne et espagnole et d'une formulation différente de l'alinéa 2 susceptible de donner satisfaction à toutes les délégations. Il est donc d'avis qu'il faudrait suivre, non une hiérarchie absolue, mais donner des indices précis. Il se range à l'avis de la délégation française qui désire placer le *a* à la place du *d*.

M. Voulgaris (Grèce) se rallie à ce qui a été dit par M. Riad. La proposition espagnole est séduisante, mais il

faut aussi tenir compte de considérations pratiques. Si la loi appliquée au moyen du lieu de rattachement ne permet pas non plus de reconnaître le trust, on risque de se trouver face à un vide.
Il exclut par conséquent la seule existence de rattachements fixes et souhaite que soit mis en oeuvre aussi un rattachement subsidiaire défini dans le sens de l'alinéa premier de l'actuel article 7.
Il souscrit aussi à ce qu'a dit Mme Revillard, mais souligne que le Document de travail No 41 traite cette question et qu'il faudra donc en discuter plus tard.

The Chairman asked whether Mr Espinar would be content to postpone his reply until the Commission had had fuller opportunity to debate this issue.

M. Espinar (Espagne) estime que si l'article 7, tel que défini dans le projet, est modifié de manière à ce que les praticiens aient une sécurité suffisante, il sera satisfait.
Il manifeste également son accord relativement à la proposition de la délégation française.

The Chairman then gave the floor to Mr Hayton.

Mr Hayton (United Kingdom) expressed his interest in hearing the problems faced by civil law countries with regard to this article. He wished to remind the Commission that in 99.9% of cases a trust would clearly demonstrate an express or implied choice of law, such as could be dealt with under article 6 of the Convention. He also reminded delegates that in all systems of law certain concepts that appear clear in the abstract present uncertainties in application. He gave as examples the concept of negligence in tort law, that is, the difficulty of determining in particular cases what constitutes 'unreasonable' conduct, and the common law concept of 'domicile', particularly in cases when a person with considerable financial resources adopts a mobile lifestyle.
He contended that the general law of choice of law for trusts in common law jurisdictions may be certain, but its application in particular cases must be the result of a consideration of all factors; all circumstances must be taken into account. There could be no fixed priority of factors under the common law. Emphasizing that this problem represented the exceptional case, he asserted that nothing further could be done to fix a ranking among the connecting factors.

Mr Pryles (Australia) endorsed Mr Hayton's comments. Under Australian common law it was traditional to look at all factors. He admitted that the result was untidy, but contended that no satisfactory alternative existed. If the Convention were to adopt a fixed system of connecting factors, it could not deal adequately with all cases as far as common law was concerned. He queried what would happen in an individual case that did not fit the model proposed and gave examples where the result would be unsatisfactory. Because of the variety of situations that trusts involve, it would be highly unsatisfactory to pay principal regard to one particular factor. He understood the difficulties this presented for civil law countries, but emphasized that any adoption of fixed factors would be open to serious question for common law countries. He stated that he would support acceptance of the present draft of article 7, with the modification proposed by the Austrian Delegate.

Mr Trautman (United States) confirmed the United States' support for the comments of the Australian and the United Kingdom delegates. He felt it would be extremely difficult to establish a hierarchy among connecting factors, except for the primary importance of the intention of the settlor. He affirmed that no other ranking would be possible. He noted that a very similar problem existed with regard to the subject of contracts and had been dealt with in the Rome Convention without the establishment of any hierarchy. He thought the problem even more complicated with regard to trusts because these implicate so many different areas, including families, businesses, and successions. Because of this variety one could not rank factors, and it was possible for example that in an individual case situs or domicile of settlor or beneficiary would emerge as important. He expressed no objection, however, to the Austrian suggestion that the word 'may' be changed in article 7 to 'shall'.

The Chairman noted that the Commission would have to reach a decision shortly on this issue and articulated the choice before the Commission as whether to retain the presently drafted article 7, which gives priority to the 'most substantial connecting factors' and states a number of criteria without hierarchy among them, or to adopt the other system proposed by the Spanish delegation, which could, as he understood, be amended to include the notion of 'more substantial connection' with a hierarchy of factors introduced. He understood that this latter proposal was supported by the French delegation. He gave the floor to Mr Riad.

M. Riad (Egypte) déclare que, quelle que soit la solution adoptée, il faut songer que le trust pourra être soumis à plusieurs tribunaux de divers pays. Si les règles ne sont pas claires, on risque de se trouver face à des décisions non homogènes ce qui n'est pas le but de la Convention. Si la détermination des points de rattachement est laissée aux juges, les décisions jurisprudentielles seront très différentes.
Il faut donc que la Convention éclaire les magistrats sans restreindre les liens de rattachement mais en présentant des exemples hiérarchisés, notamment des points de contact prioritaires.

Le Rapporteur souligne qu'un compromis est forcément nécessaire. Les juristes de droit civil préfèrent les règles fixes, ceux de *common law* et spécialement des Etats-Unis d'Amérique les règles de conflits nuancées. Mais, le résultat est, dans ce dernier cas, qu'une prévision sera quasi impossible. Il faudra donc prendre une décision judiciaire ce qui est fâcheux en pratique. Il est en effet préférable de ne pas recourir à un procès. Dans cette Convention, la solution de compromis possible est celle d'un rattachement eu égard à la notion de «lien étroit» assortie d'un recours à des indices hiérarchiques. Une telle solution n'apportera pas une sécurité absolue, mais elle constitue un compromis viable.

Mr Waters (Canada) was pleased with the Rapporteur's remarks. The Canadian delegation supported Mr Hayton's position, but would add that if a mandatory hierarchy were established in article 7 and the word 'shall' was added, it would not be clear what position the Convention would create as between common law countries with regard to international trusts. He might not be able to recommend adoption of such a Convention. *Inter se,* common law countries would have very serious problems with such a Convention.

M. Volken (Suisse) note que la proposition américaine débattue la veille avait tenté d'atomiser le rattachement objectif. Il constate avec satisfaction que la délégation américaine a accepté de revenir sur cette decision. On ne devrait pas maintenant tomber dans l'autre extrême.

En effet vouloir adopter la proposition espagnole serait consacrer une solution aussi excessive que celle qui avait été proposée par les Etats-Unis.
Il pense que la proposition soumise par la Commission spéciale dans l'article 7 constitue un compromis bien balancé et qu'il ne faut donc pas trop toucher à ce texte. Certes, il remarque que cet article ne permet pas d'avoir de certitude absolue, mais il comporte un indéniable élément d'éducation. Les praticiens qui veulent avoir un certain degré de sécurité devront faire usage de l'article 6 (choix de la loi applicable) sans se soumettre aux incertitudes de l'article 7. Il se prononce donc pour le maintien de l'article 7, premier et second alinéas, tel qu'il est, sauf à ajouter les précisions préconisées par M. Loewe. Il souligne, pour conclure, que Mme Revillard a soulevé un point important et qu'il faut en effet fixer le moment de la détermination du rattachement objectif.

The Chairman expressed his sympathy for Mr Volken's comments. The Commission should take care to adopt a Convention that would work among trust jurisdictions. Otherwise, the situation could become very difficult if civil law countries were to adopt the Convention while common law countries were to refrain. He suggested that the Commission should reflect a bit over this proposal and postponed voting until after the coffee break.

Mme Revillard (France) comprend les préoccupations des pays de *common law*, mais pense qu'en acceptant la proposition du délégué suisse de maintenir l'article 7 légèrement modifié, une hiérarchie implicite des critères sera créée, ce qui la satisfait pleinement car une telle hiérarchie servira de guide aux praticiens.
Cependant, elle estime qu'il serait plus satisfaisant pour les pays de droit civil de voir le premier critère *a* replacé en fin de texte, car ce critère laissera, pense-t-elle, perplexe le juge ou le praticien. Il résulte de l'ensemble des objections des pays de droit civil que ce critère est obscur. Elle sera donc satisfaite si le *a* vient prendre la place du *d*.

Le Président remarque qu'il s'agirait alors de changer la place des différents indices.

Mme Revillard (France) confirme la réflexion du Président.

M. Espinar (Espagne) souligne que si l'article 7 est maintenu tel qu'il est, cette Convention ne pourra être ratifiée par l'Espagne.
Il comprend la position des pays de *common law* mais il souligne que l'intérêt de ces pays est de voir appliquer la Convention dans ceux de droit civil. Dans cette optique, il est plus simple d'utiliser les institutions juridiques des pays qui vont être amenés à mettre en oeuvre cette Convention. Si les pays de *common law* acceptent une hiérarchisation au paragraphe 2, celle-ci serait nécessaire et suffisante pour entraîner l'adhésion de l'Espagne.

The Chairman recognized Mr Trautman as the last speaker on this issue.

Mr Trautman (United States) found the suggestion of the French delegation sound as long as the only kind of ranking among the factors in article 7 was implicit. Placing *a* at the bottom would be helpful and quite satisfactory, and the United States could adopt such a Convention. If civil law countries wished to read in a ranking among the factors he would not object, as long as the United States was not required to do so.

M. Volken (Suisse) attire l'attention sur une différence de rédaction entre le texte français et le texte anglais. Le texte anglais précise que les critères sont cumulatifs, le texte français ne dit rien à ce sujet.

Le Secrétaire général annonce une nouvelle qu'il estime réconfortante pour la Conférence. Il vient d'apprendre par l'intermédiaire du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas, la déclaration d'extension du texte relatif aux enlèvements internationaux d'enfants au Québec. Ce texte entrera en vigueur le 1er janvier 1985. Le Québec est la septième province du Canada à ratifier ce texte; il s'en réjouit beaucoup et voit dans cette ratification la consécration de beaucoup d'efforts de la délégation canadienne. Il exprime le souhait que ce texte soit bientôt en vigueur sur l'ensemble du territoire canadien.

The Chairman resumed the possible solutions. First, as suggested in the Spanish proposal, one could opt for a hierarchy of fixed connecting factors. Second, as suggested by France, and endorsed by the United States, one could opt for the solution of not specifically stating that there was a hierarchy of factors (but such a hierarchy could nevertheless be implied). In such a case, the Drafting Committee could be authorized to fix the sequence of connecting factors.
The Chairman then put to the vote the Spanish proposal contained in Working Document No 29, as orally amended: *should there be a binding hierarchy of connecting factors in paragraph 2 of article 7?*

Vote

The proposal was rejected by a vote of 20 against (Argentina, Australia, Belgium, Canada, Cyprus, Denmark, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Italy, Japan, Netherlands, Portugal, Spain, Suriname, Switzerland, United Kingdom, United States), 2 in favour (Luxemburg, Spain), with 4 abstentions (Austria Czechoslovakia, Egypt, Poland).

The Chairman then turned to the question of what instructions should be given to the Drafting Committee concerning paragraph 2 of article 7. He suggested that a vote should be taken, authorizing the Drafting Committee to draw up a provision along the lines of the French suggestion, that is, inserting terms such as 'shall be made in particular to', and placing under letter *a* the reference to the place of administration (under letter *b*) in the preliminary draft.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) raised the question of the *time problem*.

The Chairman said this point, contained in the Irish proposal, would be discussed after the vote.
The Chairman agreed that the issue was difficult to formulate since there was no written proposal to amend paragraph 2 of article 7. He explained that the vote was to give a general authorization to the Drafting Committee to rewrite this provision. In this respect, two changes could be made: firstly, while the draft now leaves a certain freedom to the courts to consider or not the factors listed, such consideration would become binding. Secondly, while there would be no fixed hierarchy of connecting factors, such a hierarchy might well be implied: therefore, the order of the connecting factors was important, and therefore the first place should be given to the place of administration. He then proceeded to put the issue to the vote.

Vote

The proposal to authorize the Drafting Committee to redraft paragraph 2 of article 7 was unanimously adopted.

The Chairman then turned to other issues concerning paragraph 2 of article 7. In this respect he asked the Irish Delegate to explain Working Document No 41, which contained, in particular, a reference to the *time element*.

Mr Lysaght (Ireland), explaining his proposal, stressed that article 6 would apply not only when the settlor makes an express choice, but also *when such a choice can be inferred from the terms of the trust instrument* and circumstances of the case. When the settlor chooses the place of administration of the trust, it was very likely that courts would *infer* from this choice that the settlor intended the law of this place to apply. It was therefore necessary to be clear on the limited scope of article 7, which would apply only when there was no possibility of inferring the intention of the settlor. Concerning paragraph 2 of article 7, Mr Lysaght stressed that it would be misleading to have a list of connecting factors that was not exhaustive. As to the various changes suggested in the list of connecting factors, he said that as regards 'the place of administration', this factor was originally qualified as 'designated by the settlor'. However, as he had already pointed out, such a designation would come under article 6, as it reveals the intention of the settlor regarding the applicable law. As to the two matters added to the text, he pointed out the importance of a reference to the habitual residence of the settlor, which was particularly important when a trust was created by a will. There were leading common law cases where this, or rather the predecessor concept of the domicile of the settlor, had been the factor which had determined the proper law of a trust. He admitted that the reference to the residence of the beneficiary was less essential as this might conceivably be encompassed by the category of objects of the trust in the existing text. He argued that a list of four connecting factors, as in the Commission's text, was as confusing as six and had the added disadvantage that it was misleading. Secondly, following a point brought to the attention of the meeting by the French Delegate, an indication had been inserted as to the time these connecting factors were to be taken into consideration: that is, at the time of the creation of the trust.

The Chairman, in view of the similarity between the Irish proposal and Working Document No 5 submitted by the Australian delegation, asked the Australian delegation to add their comments to those made by the Irish Delegate.

Mr Pryles (Australia) said that his case had been largely put by the Irish Delegate. However, letter *g* of the Australian proposal needed some explanation. Indeed, 'the form and language of the trust document' might be thought to concern an inferred choice of law (article 6). However, article 6 requires that such a choice be demonstrated with 'reasonable certainty'. Letter *g* thus covered cases where the formulation of the trust document gave no more than a hint as to the intention of the settlor.

The Chairman suggested that discussion should start with the question of the time element.

M. Loewe (Autriche) pense que ce point n'est pas très important mais il souligne qu'il n'a pas d'objection à une précision du texte relative au temps. Toutefois, il relève qu'il y a dans la liste une ou deux énonciations irréductibles à ce critère.
Le *d*, tout d'abord, désigne le lieu d'administration du trust; or, ce lieu d'administration ne sera pris en considération qu'après la création du trust. Le *f* fait quant à lui référence au lieu où les objectifs visés par le trust doivent être réalisés. Ce critère ne pourra pas non plus être mis en oeuvre au moment de la création du trust, mais plus tard.

Mr Trautman (United States) agreed with these observations. He said that it was important to point out that beneficiaries may change, and that residences may shift. He was opposed to having the time factor mentioned. Indeed, sometimes, questions of administration of the trust must be referred to the law as it exists at the time the act is carried out: the precision made in the Irish proposal could cause particular problems in such a case.

Mrs Grammaticaki-Alexiou (Greece) admitted that there could be problems here, but emphasized the importance of a crystallization in time of the connecting factors.

M. Beraudo (France) souligne que quand cette discussion a commencé la solution du problème paraissait facile; mais il se rend compte qu'on a en fait ouvert la boîte de Pandore.
Le trust peut être soumis à des lois différentes au cours de son existence. Il suggère que ce point soit examiné de manière approfondie et pense qu'il faudrait ajouter dans la Convention une disposition relative au conflit mobile pour que cette question soit suffisamment claire dans les pays de droit civil.

The Chairman pointed out that there was already a partial solution to the *conflit mobile* in the present article 10 of the draft (concerning the law applicable to administration). He said that there were several possible solutions to the problem: to deal with the time factor in a separate article; to remain silent; to retain the solution suggested by the Irish delegation; to envisage separately a time element for each individual matter listed in paragraph 2 of article 7.

M. Volken (Suisse) demande si l'élément temporel ne devrait pas être résolu de façon différente pour la création du trust et pour ses effets. Il désire poser une question aux pays de *common law*. Existe-t-il des cas où un trust valable initialement devient invalide par la suite du fait d'un changement de loi applicable?

Mr Hayton (United Kingdom) stated that the common law position was that once a trust was initially valid, then it was always valid. If a trust document contained a power to change the law governing the validity or the administration of a trust, then there should be an express or implied qualification that such a power cannot be exercised so as to lead to the validity of the trust being put into question. The exercise of such a power in this way would be null and void.

Mr Pryles (Australia) said that the position in Australian law (which also resulted from authorities on contract) was that the validity of the trust was established at the time it was made. There was no such thing as a 'floating trust' whose validity could be put into question at a later date. However, he was quite prepared, if the time question caused difficulties for other delegations, to see the reference to the time of creation deleted,

leaving each country to interpret the provision as it thought fit.

Mr Waters (Canada) stressed the importance of the remarks made by the Australian Delegate. They were indeed underlined by Working Document No 36, submitted by Australia. It was a clear doctrine of the common law that the validity of the trust, once established, could not be contested.

Mr Lysaght (Ireland), quoting from *Dicey and Morris,* confirmed that it was well settled that once a trust had been created, the proper law governing its validity could not be changed, except by an express power in the trust instrument, or by an agreement of the beneficiaries. However, he said that if it would be easier, the question could be left open. Obviously, however, sooner or later judges would be confronted with this question, and it would be easier for civil law systems if the time at which the connecting factor should be taken into consideration were indicated.

Mr Hayton (United Kingdom) said that the question should be put into perspective. In English law, there must be an express power in the trust instrument to change the law governing the validity or administration of the trust: but in such a case, article 6, concerning an express choice, would be applicable. It would therefore be very rare that an English judge would have to resort to article 7. The case might arise in some American states, which allow for an implicit power to change the applicable law by means of a transfer of assets or a change in the place of administration. However, if this point were to be covered, it would be necessary to state that the factors must be considered at the relevant time, and then to spell out what this time is. Thus, for certain questions of administration, the relevant time would be that of the act or omission in question. He also emphasized that the time of creation of a trust is considered relatively flexibly. It was therefore pedantic to worry about this expression.

The Chairman suggested that it might be better to avoid mixing the problem of the connecting factors to be mentioned in article 7, with the question of the *conflit mobile.* He wondered whether it would not be preferable to study the latter question in the context of *article 10.* He called for the views of the Rapporteur on this point.

Le Rapporteur déclare que les questions soulevées ici ne sont pas faciles à saisir. Il pense que, en matière de rattachement objectif, il ne faut pas faire mention du temps.
Plus important est le point de savoir s'il est possible de changer pendant le fonctionnement du trust la loi qui lui est applicable. Selon lui, il n'est pas possible de résoudre ce problème dès maintenant.
Les délégations qui désireront apporter une solution à ce problème déposeront des propositions qui seront discutées dans le cadre des articles 9 et 10.
Il faut néanmoins se souvenir que la Convention ne peut pas tout résoudre dans les détails. D'ailleurs, une telle attitude risquerait de compromettre son succès ainsi qu'on a pu le constater par le passé.

M. Voulgaris (Grèce) tient à souligner deux problèmes.
Le dépeçage résultant du rattachement dans le temps ne pose pas de problème, selon lui, puisque le principe du dépeçage est admis.
Mais le changement de la loi applicable au trust au cours de son fonctionnement paraît constituer un problème important. On ne peut changer la loi applicable au trust sans se heurter aux dispositions de l'article 6. Il pense qu'on pourrait définir le facteur temps comme on définit le facteur lieu; mais il faudrait d'abord tenir compte du facteur lieu car c'est lui qui conduit à préciser le facteur temps.
Comme des propositions sont en instance sur la question du lieu, il pense qu'il faut d'abord s'y arrêter. La question du temps lui paraît en l'état prématurée.

The Chairman agreed with the Rapporteur that it would not be appropriate to solve at this point the question of subsequent changes in the applicable law.

Le Rapporteur pense qu'on pourrait se prononcer sur ces ajouts en laissant la question du conflit mobile ouverte et discuter de ce dernier problème aux articles 9 et 10.
Il convient ici de prendre une décision relative aux propositions hollandaise et australienne.

M. Beraudo (France) rappelle que les Etats de droit civil, lors des réunions de la Commission spéciale, ont souhaité un rattachement fixe: le lieu d'administration du trust. Par la suite, on a multiplié les indices. Il estime que ceux qui existent présentement constituent un guide suffisant pour les juges de droit civil.
Un trop grand nombre d'indices risquerait d'introduire de la confusion et d'empêcher de connaître la valeur effective de chacun d'eux. Il faut donc se contenter des plus importants qui sont déjà contenus à l'article 7.

The Chairman announced that it would be best to proceed letter by letter. He suggested starting by the easiest point, that is, letter *b* in the draft, and letter *d* in the Irish proposal.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) expressed his support for the remarks made by the French delegation. He said that the extension of the connecting factors mentioned in paragraph 2 of article 7 might well cause additional confusion. Indeed, the change accepted from the permissive to the binding form ('shall') meant that *all* the elements listed in this article *must* be considered. However, it was clear, for example, that the residence of the beneficiaries could not be relevant in every case. It was therefore best not to further complicate matters by extending the list of connecting factors which the judge will be bound to take into account.

Mr Pryles (Australia) stressed that there was in fact no agreement as to what were the important connecting factors. It would be advisable either to leave them all in or to leave them all out: leaving in only some suggested that these were more important than others. But since there was no agreement on this point, such a solution was unacceptable.

Mr Trautman (United States) expressed doubts concerning the reference to the domicile or habitual residence of the settlor. He said that this factor was relevant for some issues and not for others. On balance however, he felt that it ought to be included.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that common law systems had in fact obtained what they wanted regarding this provision, and therefore it would be inappropriate for them to insist on further points. They should therefore accept the proposal made by France not to extend the list of connecting factors, thereby confirming the decision already made by the Special Commission.

The Chairman put to the vote *the question as to whether*

the list of connecting factors in article 7, paragraph 2, should be extended.

Vote

Such an extension was rejected by the meeting by a vote of 19 against (Argentina, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslavakia, Denmark, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Italy, Luxemburg, Netherlands, Poland, Suriname, Switzerland, United Kingdom, United States), 2 in favour (Australia, Ireland), with 5 abstentions (Egypt, Japan, Portugal, Spain, Venezuela).

The Chairman announced that the text would thus be sent back to the Drafting Committee with instructions not to extend the list of connecting factors, but to change their order. He then asked the Netherlands' delegation whether their vote on this question meant that the proposal contained in Working Document No 31 had been withdrawn.

Mr Westbroek (Netherlands) said that the adoption of the binding form ('shall') had changed the whole aspect of the question: the proposal had therefore been withdrawn.

The Chairman assumed that the meeting agreed to discussing the time element at a later stage. In the absence of any objection, he then turned to *paragraph 3 of article 7*. Since there were no working documents relating to this paragraph, he announced that it would be maintained as such for the moment.

Mr Matysiak (Poland) asked whether the Canadian proposal to delete this paragraph (Working Document No 36) still stood.

Mr Waters (Canada) replied that the proposal had been withdrawn.

The Chairman asked for *article 8* to be read. He then called upon the Canadian delegation to comment upon Working Document No 25, relating to this article.

Mr Waters (Canada) said that the suggested amendment was intended to deal with situations where there was a doubt as to the capacity of the recipient of the transfer to act as trustee. For example, in some common law jurisdictions, someone who is insolvent, or bankrupt, or convicted of theft or embezzlement, cannot act as a trustee; in the same way, a foreign corporation cannot act as a trust corporation.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) commented that the use of the word 'capacity' in the English text corresponded, in French, to the *'qualité d'agir'*.

Mme Revillard (France) pense que le point soulevé par M. Dyer est important. Si le terme «capacité» est maintenu, il faudra nécessairement faire application de la loi du statut personnel. Il sera impossible de faire régir les problèmes de capacité par la loi du trust. Par exemple, la question de la capacité d'un mineur à tester est régie par sa loi nationale au regard du droit français.
Il est donc nécessaire que la formule proposée soit précisée même dans le Rapport afin qu'il n'y ait aucune contestation possible.

M. Loewe (Autriche) estime que la traduction de M. Dyer n'est pas satisfaisante. Les interdictions qui sont faites à un failli d'exécuter certains actes relèvent bel et bien de la notion de capacité. Il se demande donc si on ne crée pas ici une équivoque.

Le Président pense que cette question dépend des législations en matière de faillite. En droit néerlandais, le failli ne peut pas faire certains actes, mais ces interdictions n'en font pas un incapable.

The Chairman added that it could be understood that the reference, in English, to 'capacity' should be translated by *'qualité'* in French.

M. Beraudo (France) pense qu'il faudrait recourir à des exemples; les problèmes relatifs à l'âge du *trustee* seront, pour le droit français, une question de capacité et non un problème de qualité pour agir. Il est donc nécessaire de connaître précisément le contenu des concepts compris sous le vocable anglais de capacité.

Le Rapporteur manifeste son désaccord avec l'observation de M. Beraudo. Le fait d'exiger un âge minimum pour exercer une fonction n'a rien à voir avec la capacité générale.
Si, en matière de trust, un âge minimum est exigé pour être *trustee*, il s'agit là d'une question spécifique qui peut être soumise à la loi du trust. La question est similaire en matière de droit des faillites. Un failli peut garder la capacité d'exercice alors que la loi du trust lui interdit d'être *trustee*. Il serait donc plus facile de parler des«qualités personnelles» requises pour devenir *trustee*.

Mr Waters (Canada) suggested adding, in French, *'capacité ou qualité'*.

The Chairman suggested that since there was agreement that the issue was that of the personal requirements for the exercise of the function of trustee, the actual drafting of this point in both languages could be left to the Drafting Committee.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) gave a number of examples where the special capacity to act as a trustee was different from general legal capacity. Thus a legislation might require that the trustee's age be higher than his normal majority; that he should not be bankrupt, nor deprived of his civil rights; in the same way, a law might provide that only those companies which were authorized by law could act as corporate trustees.

The Chairman said that it must be accepted that characterizations in different systems would not always lead to the same results.

Mme Revillard (France) n'est pas convaincue par l'exemple fourni par M. Dyer. En tout état de cause, le problème de la capacité restera soumis en droit français à la loi nationale.

The Chairman suggested that since the list contained in article 8 was not exhaustive, it would be possible to leave this question out.

M. Espinar (Espagne) déclare qu'à son avis il n'y a pas ici de problème. Les incapacités spéciales peuvent être soumises à d'autres lois que la loi du statut personnel.

M. Beraudo (France) remarque que pour exercer certaines professions, il faut avoir un certain âge. Il s'agit là d'une question de capacité professionnelle. L'activité de *trustee* doit être à la portée de toute personne; donc

cette question ne peut être soumise à la loi du trust mais à la loi nationale du *trustee*.
La loi nationale est le principe en matière de capacité, les lois particulières sont l'exception.
La proposition de M. Waters montre que la loi du trust est envahissante; elle prévaut même en matière de faillite. Or, en droit français, les incapacités consécutives à la faillite relèvent du droit des faillites.
Tout est affaire ici de traditions juridiques.

Mr Pryles (Australia) suggested that the issue could be formulated so as to refer to the qualifications for being a trustee, *except* general legal capacity.

The Chairman, pointing out that the drafting should be left to the Drafting Committee, put to the vote *the principle of the inclusion in article 8 of reference to capacity to act as a trustee.*

Vote

The proposal was accepted by a vote of 16 in favour (Argentina, Australia, Canada, Cyprus, Finland, Federal Republic of Germany, Ireland, Italy, Japan, Netherlands, Portugal, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela), 3 against (Austria, France, Luxemburg) with 7 abstentions (Belgium, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Greece, Poland, Suriname).

The Chairman then referred the matter of drafting to the Drafting Committee, and turned to *article 8*. He called upon the Canadian delegation to comment upon Working Documents Nos 36 and 38 relating to this provision.

Mr Waters (Canada) said that in certain common law countries, the trust instrument may carry the power to change the law governing validity and administration of the trust. The object of the proposal was to call to the attention of civil lawyers the fact that they may have to confront this type of power in a trust instrument. In such a case, the express power to change the law applicable to the trust should be assessed by the governing law, and this should be mentioned in article 8. In the course of discussion before the Special Commission, the issue had been taken out of article 8 and included in articles 9 and 10. It would be clearer however to include the matter once more in article 8.

Mr Trautman (United States) expressed his support for the suggestion.

M. Voulgaris (Grèce) rappelle tout d'abord que la discussion des termes «validité du trust» a été ajournée.
La proposition canadienne lui paraît dangereuse parce qu'elle introduit de façon indirecte la possibilité de changer la loi applicable au trust. La question de la loi applicable au trust doit être examinée à l'article 6; l'étudier à l'article 8 complique trop la matière.
Il faudrait donc savoir si le changement de la loi applicable au trust est possible et, si oui, le dire clairement et à l'endroit approprié.

Le Rapporteur estime que cette proposition est judicieuse et conforme à ce que disait M. Hayton.
Le fond en est justifié, mais la question de savoir si elle devra être placée dans l'article 6 ou dans l'article 8 devra être débattue au Comité de rédaction. Cette place dépendra des propositions relatives aux articles 9 et 10.

Mr Waters (Canada) said that as far as drafting was concerned, this was a matter for the Drafting Committee. As to the substance of the proposal, it was necessary to determine the law applicable to the validity of an express power contained in the trust instrument to change the law governing the validity or administration of the trust.

The Chairman suggested putting the proposal to the vote.

Mr Pryles (Australia) raised the question as to what exactly were the conditions upon which change in the applicable law should be allowed. He referred to the Canadian proposal (see Working Document No 36) which required that such a power be conferred by the trust instrument itself, and permitted by the governing law. He would agree to the addition suggested to article 8, if it was understood that these two requirements must be met.

The Chairman questioned the fact that the Canadian proposal actually required that power to change the applicable law be expressed in the trust instrument itself.

Mr Pryles (Australia) replied that the requirement appeared in the Canadian proposal relating to article 9. He emphasized that the proposals relating to articles 8 and 9 must be envisaged as 'a package deal'.

Mr Waters (Canada) emphasized that there must be an express power in the trust instrument allowing trustees to change the law governing the trust, and that courts must refer, in the assessment of this power, to the governing law. Reference to the matter in article 8 would, he said, make the situation clearer to courts of civil law countries.

The Chairman asked whether the meeting agreed that power to change the applicable law governing the trust should be limited to cases where these powers were expressly conferred by the trust instrument.

Mr Trautman (United States) did not agree. He said it was up to the applicable law to decide whether such powers existed.

The Chairman suggested that the question should be dealt with in article 6 in order to meet the difficulty.

Mr Trautman (United States) insisted that this change would make no difference, and that this was still an issue to be determined by the applicable law.

Le Rapporteur pense qu'il est possible de voter sur le principe de la délégation canadienne et de laisser le Comité de rédaction régler le reste du problème.

The Chairman suggested that a vote should take place on the principle of the proposal submitted by the Canadian delegation (while the choice of drafting and of the place of the provision should be left to the Drafting Committee).

M. Voulgaris (Grèce) précise qu'avant de procéder au vote, il faut savoir si ce principe est placé à l'article 6 ou à l'article 8.
Il déclare que s'il était placé à l'article 6, il ne pourrait accepter la Convention qui soulèverait alors trop de doutes. Il insiste une nouvelle fois sur la nécessité de la clarté de la Convention.

The Chairman replied that it would be up to the Drafting Committee to take into account the observations

made as to the appropriate place of this provision.

M. Voulgaris (Grèce) déclare faire confiance au Comité de rédaction; il s'est borné à mettre en lumière les dangers d'une mauvaise position de la proposition dans la Convention.

The Chairman put to the vote *the principle of the Canadian proposal.*

Vote

It was adopted by a vote of 14 in favour (Australia, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, France, Ireland, Italy, Luxemburg, Netherlands, Suriname, United Kingdom, United States, Venezuela), 1 against (Spain), with 9 abstentions (Belgium, Czechoslovakia, Finland, Federal Republic of Germany, Greece, Japan, Poland, Portugal, Switzerland).

Referring article 8 to the Drafting Committee, the Chairman adjourned the meeting at 1 p.m.

Documents de travail Nos 42 à 44
Working Documents Nos 42 to 44

Distribués le 12 octobre 1984 (matin)
Distributed on 12 October 1984 (morning)

No 42 – Proposal of the United States delegation

Articles 19 and 20

These articles should be combined and simplified. Their sense would be preserved by use of the following language:

This Convention does not prevent the application in exceptional cases of a mandatory rule of any State with which any question arising in relation to the trust has a significant and close connection, in particular the law of a State governing –

a succession rights, testate and intestate, in particular the indefeasible shares of spouses and relatives;

b the transfer of title to property especially in relation to third parties;

c the personal and proprietary effects of marriage;

d the protection of minors and incapable parties;

e the protection of third parties in insolvency.

In considering whether to give effect to such mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application.

This revision preserves the substance of article 19 of the original draft, although it omits explicit reference to the choice of law rules of the forum, which come into play by necessity and should not be given any wider role. It also preserves the sense of article 20, permitting the consideration of mandatory rules even when they are outside the normal choice of law rules. Its inclusion of the final sentence, taken from article 7 of the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, preserves necessary flexibility in the use of such mandatory rules.
It seems preferable to avoid any definition of what is meant by a mandatory rule, primarily because what is in issue is not necessarily the mandatory rules of domestic law but rules which are mandatory in the international sense; that notion is perhaps best reflected in the final sentence of the proposed revision, just referred to, without further explanation.

No 43 – Proposal of the United States delegation

Article 16

This article should read as follows:

In this Convention, the word 'law' means the law in force in a State, other than its rules of private international law, unless the settlor has specifically indicated otherwise.

This change from the text of article 16 agreed in the Final Clauses Committee permits a settlor to include in his choice of the applicable law the private international law rules of the State chosen; a settlor may reasonably want the trust governed not by the internal law of a State but by the rules that would be applied by the courts of the State.

No 44 – Proposal of the delegation of the Federal Republic of Germany

Insert instead of articles 19 and 20:

Article 19

This Convention does not prevent the application of a mandatory rule

1 of the law of the forum, if and so far as that rule applies irrespective of the law specified by choice of law rules,

2 of the law designated by the choice of law rules of the forum outside the applicability of the Convention governing in particular –

a (unchanged);

b property;

c, d (unchanged);

e the protection of third parties;

f corporations and legal persons;

g insolvency.

[Paragraph 2 unchanged.]
[Insofar as the effects of the trust cannot be achieved by result of the application of the preceding paragraphs the court shall try, and have discretion, to achieve an equivalent result by other technical means of the applicable law.]

Distribué le 12 octobre 1984 (matin)

Projet établi par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 16

Il est proposé de remplacer le texte figurant dans l'avant-projet par la disposition suivante:

Au sens de la Convention, le terme «loi» désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article 21

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la présente Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 22

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 23

Cette Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

Article 24

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.
Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 25

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 27, pourra faire la réserve prévue à l'article 24.
Aucune autre réserve ne sera admise.
Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer la réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Distributed on 12 October 1984 (morning)

Draft made by the Sub-Committee on General Provisions and Final Clauses

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 16

Substitute the following provision:

In this Convention, the word 'law' means the law in force in a State, other than its rules of private international law.

Article 21

For the purpose of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Article 22

A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply this Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Article 23

The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

Article 24

This Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created.
However, a Contracting State may reserve the right not to apply this Convention to trusts created before the date on which, in relation to that State, the Convention enters into force.

Article 25

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, or at the time of making a declaration in terms of article 27, make the reservation provided for in article 24.
No other reservation shall be permitted.
Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

Variante I – Article 26

La Convention sera ouverte à la signature de tous les Etats. Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.
La Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les Etats qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.
L'instrument d'adhésion sera déposé au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Variante II – Article 26

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 26 bis

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à .... . Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 27

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.
Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 28

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par l'article 26.
Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou [adhérant] postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

Option I – Article 26

The Convention is open for signature by all States. It shall be ratified, accepted or approved and the instrument of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.
The Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.
The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Option II – Article 26

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fifteenth Session.
It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 26 bis

Any other State may accede to the Convention.
The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.
The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in... Such an objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 27

If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

Any such declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
If a State makes no declaration under this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 28

The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in article 26.
Thereafter the Convention shall enter into force –

a for each State ratifying, accepting, approving [or acceding] to it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

[*a bis* pour tout Etat adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 26 *bis*;]

b pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 27 le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 29

Lorsque la présente Convention aura été en vigueur depuis quatre ans, tout Etat contractant pourra proposer la revision de cette Convention. Une telle proposition sera soumise au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention, qui informera les autres Parties ainsi que les Etats signataires.
Si la proposition recueille l'approbation d'un quart des Etats contractants ou d'un minimum de cinq Etats, si le quart est inférieur à ce nombre, le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, après consultation du dépositaire, convoquera une conférence à cette fin.
La revision prendra la forme d'un nouvel instrument international.
Le consentement à être lié par le nouvel instrument de revision impliquera *ipso jure* la dénonciation immédiate de la présente Convention, nonobstant les dispositions de son article 30, lorsque le nouvel instrument portant revision entrera en vigueur.

Article 30

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.
La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification.

Article 31

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux dispositions de l'article 26:

a les signatures, ratifications, acceptations, approbations [et adhésions] visées à l'article 26;

[*a bis* les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 26 *bis*;]

b la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 28;

c les extensions visées à l'article 27;

d la réserve ou le retrait de réserve prévus à l'article 25;

e les dénonciations visées à l'article 30.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le ....., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun

[*a bis* for each State, on the first day of the third calendar month after the expiry of the period referred to in article 26 *bis*;]

b for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with article 27, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that article.

Article 29

After this Convention has been in force for four years, any Contracting State may propose to revise this Convention. Such a proposal shall be submitted to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention, which shall inform the other Parties as well as the signatory States.

If the proposal meets with the approval of a quarter of the Contracting States, or a minimum of five States if a quarter of the Contracting states amounts to less than five, the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, in consultation with the depositary, shall convene a conference for that purpose.
The revision shall take the form of a new international instrument.
The consent to be bound by the new revising instrument shall *ipso jure* involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of its article 30, if and when the new revising instrument shall have come into force.

Article 30

A Contracting State may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.
The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

Article 31

The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands shall notify to the States Members of the Conference and the States which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with article 26, of the following –

a the signatures and ratifications, acceptances, approvals [and accessions] referred to in article 26;

[*a bis* the accessions and the objections raised to accessions referred to in article 26 *bis*;]

b the date on which the Convention enters into force in accordance with article 28;

c the extensions referred to in article 27;

d the reservation or withdrawal referred to in article 25;

e the denunciations referred to in article 30.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on ....., in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through the

des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session, ainsi que la République de Panama.

diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Fifteenth Session, and to the Republic of Panama.

Document de travail No 46
Working Document No 46

Distribué le 12 octobre 1984 (matin)
Distributed on 12 October 1984 (morning)

Proposition provisoire du Comité de rédaction
Tentative proposal of the Drafting Committee

Article 7 bis

La loi applicable à la validité du trust en vertu des articles précédents régit la possibilité de modifier la loi applicable à la validité du trust ou à son administration.

Article 7 bis

The law applicable to the validity of a trust under the preceding articles determines whether or not it is possible to change the law applicable to the validity of the trust or its administration.

Procès-verbal No 7

Séance du vendredi 12 octobre 1984 (matin)
Meeting of Friday 12 October 1984 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. Mr von Overbeck (Switzerland) was the Rapporteur.

The Chairman turned straight to consideration of articles 9 and 10 to which the following Working Documents are applicable: Working Document No 9 from Australia; Working Document No 13 from the United States; Working Document No 26 from the Netherlands; Working Documents Nos 36, 36*bis* and 38 from Canada, and Working Document No 37 from the Rapporteur. He intimated that the most wide-ranging Working Document was No 26, which would delete both articles 9 and 10. He explained that the Netherlands delegation would keep this proposal in reserve pending the outcome of the discussion on the other Working Documents.
He announced that the Australian delegation had withdrawn Working Document No 9 as they would be supporting the Canadian view expressed in Working Documents Nos 36, 36*bis* and 38.
He explained that Working Document No 37 from the Rapporteur suggested a replacement of articles 9 and

10 by a single article, and he called on the Rapporteur to speak to that proposal.

Le Rapporteur se réfère aux explications données par le Rapport aux Nos 72 et suivants. La genèse des articles 9 et 10 de l'avant-projet est assez compliquée. A la fin de ses travaux, la Commission spéciale les a elle-même jugés peu satisfaisants en l'état. Ainsi pour la commodité de la discussion, la version proposée au Rapport No 77 a-t-elle été présentée sous forme de document de travail. Cette proposition est soumise à la discussion, le Rapporteur étant ouvert à toute suggestion.
Il est possible de remplacer «la loi applicable au trust dans son ensemble» par «la loi désignée selon les articles 6 et 7» ainsi que le propose la délégation américaine (Doc. trav. No 13). La loi de la validité ou «loi principale» détermine si le lieu d'administration du trust peut être déplacé ou non et départage les questions relatives à l'administration des autres questions, ainsi que le domaine de la loi applicable à l'administration. Il demande aux délégués, spécialement aux délégués des pays de *common law* s'ils estiment cette disposition nécessaire. Peut-être s'agit-il d'une question de détail mais, si l'on en croit ce qui a été dit lors des débats de la Commission spéciale, d'un détail qui peut avoir son importance.

The Chairman referred delegates to Working Document No 13 from the United States, and explained that the approach in this document was different from that of Working Document No 37 from the Rapporteur. The Rapporteur's proposal would refer changes in the law of administration to the main law of the trust, whereas in Working Document No 13 such questions would be governed by the law of the administration. He called upon Mr Trautman to explain Working Document No 13.

Mr Trautman (United States) said that the desire in Working Document No 13 was to simplify the language in articles 9 and 10. The United States delegation found the words 'the law governing the trust as a whole' objectionable and thus wished that they be deleted. He pointed out that his proposal would mark a departure from the notion of a main law which decides subsidiary issues. He explained that United States courts are not as disciplined as those of the United Kingdom, and to limit them to a consideration of the main law would be very difficult. He pointed out that problems such as these brought in implications of *renvoi* which the United States delegation wished to prevent. They wished their courts to be free to look at a number of issues, and not to be tied to the law governing the validity of the trust.

The Chairman next referred to Working Documents Nos 36, 36*bis* and 38 from the Canadian delegation which, he said, seemed to be consistent with the ideas of the Rapporteur.

Mr Waters (Canada) looked first to their suggestions on article 9 which were contained in Working Document No 36, and explained that the law governing the validity of a trust should determine whether it is possible to change both the law governing the administration and that governing validity. In proposing this he had two objects in mind: (1) there must be evidence in writing that a change of law had been made; (2) the Convention should only accept a change of law where an express power to change the law of validity or of administration existed in the trust document, it should not concern itself with the unlikely event that the power could implicitly be changed. He explained that this would deal with the normal position; to provide for wider powers would be to provide for an extraordinary situation.
Mr Waters then turned to the Canadian proposal on article 10, which could be found in Working Documents Nos 36, 36*bis* and 38. He explained that there could be a power to change the law governing validity. If such a power existed he pointed out that the new law chosen could possibly invalidate the trust or part thereof. He considered this to be very unlikely because most lawyers would be more careful and, if it happened, there would be an action for professional negligence against the lawyer involved.
The Commission had two possibilities before it: (1) the Commission could do nothing – that is, leave the settlor with a problem that he himself had created and allow him possibly to invalidate the trust as a result; (2) the Commission could act and regulate such a position. But, if they did so, it might give rise to problems of retroactivity in civil law States. For example, the original law of validity allows wide investment powers – a trustee can invest in anything which is fairly safe, but the new law of validity has very narrow powers of investment. What if an investment was validly made under the old law but would be invalid under the new law? Should the investment be retroactively invalidated?
This, he suggested, would be too complex, and thus the Canadian delegation suggested that the new laws of validity should only govern the trust for the future and this was what they had tried to provide. Finally, he turned to a discussion of article 10*a* which appears in Working Document 36*bis*, and in Working Document No 38. He explained that there was nothing new of substance in this recommendation and that it was merely a question of redrafting. He stated that the reason for the proposal was that the present article 10 was misleading, in that it put too much emphasis on the law of administration, and that such a change in the law of administration would thus change the trust. He felt that the changes suggested by the Canadian delegation made the position clearer.

The Chairman informed the Commission that the Drafting Committee had already drafted an article to deal with the problems of changing laws governing the administration and those governing the validity of a trust. He said that this proposal was different from the Canadian proposal, and that it would be best to refer to the original articles 9 and 10 which would lead to focusing the attention of the Commission on the proposal from the Rapporteur in Working Document No 37 and that of the United States delegation in Working Document No 13.

Mr Trautman (United States) explained that some of the differences between the United States and Canadian proposals could be cleared up by replacing the words in brackets in the part of Working Document No 36 which deals with article 9, *i.e.* the words 'or specified by articles 6 or 7' with the words '*as* specified by articles 6 or 7'.

Mr Pryles (Australia) said that the terminology in articles 9 and 10 referring to the law of the administration was misleading because it could mean the physical place of administration or could mean the law governing the administration. He suggested that this article be clarified.

Le Rapporteur, sur cette question, est encore un peu perplexe. Pour l'information de la Conférence il rappelle que l'on a adopté la veille un article 8 *i)* de la

proposition du Canada (Documents de travail Nos 36 et 38) et que sur cette base, le Comité de rédaction a préparé un projet d'article 7 *bis*. Selon le texte préparé par le Comité de rédaction, l'article 7 *bis* disposerait «que la loi applicable à la validité du trust en vertu des articles précédents régit la possibilité de modifier la loi applicable à la validité du trust ou à son administration». Si l'on accepte cette formule, cela règle la question de la possibilité de changer la loi applicable à la validité ou à l'administration. Ce changement peut être autorisé de manière générale par la loi, comme c'est le cas dans certaines lois américaines ou à condition que le constituant l'ait prévu dans son acte originaire. Il ne resterait plus dès lors qu'à régler la question de la détermination du domaine de la loi applicable à l'administration et de la loi applicable à la validité. Peut-être aussi la question du changement non pas de la loi applicable mais du lieu d'administration lui-même. Ces questions paraissent un peu secondaires. Peut-être serait-il possible d'en faire l'un des éléments de l'article 8. Il ne serait peut-être pas nécessaire de prendre parti sur la question très pointue de savoir si le changement du lieu d'administration doit entraîner un changement de loi. Dès lors, il ne resterait plus de la proposition canadienne que la formule tendant à ce que ce changement doive être prouvé par écrit. Cette proposition est peut-être trop restrictive mais il serait sans doute possible de se prononcer immédiatement sur ce point.

The Chairman suggested that the Commission should begin by looking at the first paragraph of the proposal from the Rapporteur, which is contained in Working Document No 37. In this proposal, he explained that the law governing validity determines whether the place of the administration of the trust can be changed.
He intimated that he would also wish to consider whether the power to change the laws governing validity or those governing administration should be permitted only if the power to do so had been expressly provided for in the trust instrument.

Mr Trautman (United States) suggested that changes of the law of administration or validity which were not contained in an instrument or evidenced in writing could still be covered in United States law, but that other countries would not be required to recognize this change. Although he stated that this would not be a perfect solution, he intimated that the United States delegation would accept that position.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) estime, au contraire, que la proposition canadienne ne constitue pas une restriction. Elle tend à donner au praticien une plus grande sécurité juridique: la preuve écrite est nécessaire, la rétroactivité du changement est évitée. Ainsi parvient-on à la protection des tiers.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) expressed confusion and said he presumed that the Canadian proposal for article 9 which was contained in Working Document No 36 would not require that a change in the law of administration need be in writing or evidenced in writing unless there had been a provision for the power to change such law within the trust instrument itself; if such a power existed in the instrument, then an exercise of the power would have to be evidenced in writing. He asked whether this was a correct interpretation of the Canadian proposal.

Mr Waters (Canada) explained the proposal, and said that two points were intended. Firstly, in order to have a power to change the law of validity or of administration the power must be expressly given in the trust document itself. Secondly, in order to exercise this power there must be a written document or at least evidence in writing.

The Chairman recognized Mr Trautman.

Mr Trautman (United States) said that the United States would be unhappy if there was a substantive requirement that any change in the laws governing administration or validity needed to be in writing. He admitted that, where there was a requirement that the change in law needed to be recognized in another country, it might be necessary to have it in writing. Otherwise, such a requirement would be unnecessary. He explained that in the United States a trustee may have to make a change in the law in order to save the trust, even if the settlor had not provided for this power in the trust instrument, and stressed that, under the laws of the United States, a trustee needed to retain such a power. He then said he saw the problem as one of recognition of the change of law, but not as a substantive issue.

Mr Pryles (Australia) explained that the Commission could meet the United States argument by deleting the phrase 'further to the power in the instrument' which was contained in the Canadian proposal in Working Document No 36.

Mr Waters (Canada) said that he could accept such a change in the Canadian proposal.

The Chairman asked the delegates to return to the discussion of the Rapporteur's submission.

M. Loewe (Autriche) ne désire pas s'immiscer dans la conduite des débats mais observe que la proposition néerlandaise tend à la suppression complète de ces articles. Il se demande s'il ne serait pas nécessaire de se prononcer sur ce point avant d'insister sur le détail de leur rédaction.

The Chairman reiterated the Netherlands wish to await the outcome of the discussion of articles 9 and 10 before they decided whether or not to press their proposal which was contained in Working Document No 26.

Mme Revillard (France) fait observer que l'article 7*bis* tel qu'élaboré par le Comité de rédaction couvre la majorité des questions en cause. Il serait nécessaire d'examiner ces problèmes par référence à cette nouvelle rédaction de l'article 7*bis*. Seule la question de la qualification mériterait d'être réglée séparément. Cela permettrait de clarifier les débats.

Le Rapporteur estime, en effet, que l'amendement accepté pour la proposition canadienne dans son texte initial simplifie considérablement la difficulté. La question du changement du lieu d'administration peut quant à elle être insérée dans la liste de l'article 8 ainsi que l'a proposé M. Pryles. Ainsi le texte du premier alinéa de la proposition du Rapporteur pourra-t-il être inséré dans l'article 8. Dès lors, une seule question demeure: le changement a-t-il à être prouvé par écrit?
Cette difficulté doit être tranchée. Elle semble soulever de graves difficultés pour la délégation américaine. On peut se demander si cette précision est vraiment nécessaire pour les pays de droit civil. En toute hypothèse, si cette question était réglée dès à présent, le reste serait facile à mettre en place.

The Chairman explained that it would be possible to try

to deal with this problem by adding a paragraph at the beginning of article 8, but, if this were done, it would mean abandoning the idea that a change of administration should be covered by the law governing the validity of a trust.

The Rapporteur stated that this was a danger he, at least, could accept.

M. Volken (Suisse) partage le souci du Rapporteur mais entend faire une observation sur l'article 9, alinéa premier du Document de travail No 37. Si l'on lit la première ligne en tenant compte de l'amendement proposé par la délégation américaine et remplace les termes «la loi gouvernant la validité» par les termes «loi applicable en vertu des articles 6 et 7», la question soulevée paraît alors être réglée.

Le Président soumet à la discussion le Document de travail No 46 qui reproduit l'article 7*bis* tel que rédigé par le Comité de rédaction.

M. Dyer (Premier secrétaire au Bureau Permanent) indique que dans la version française le texte doit se lire de la manière suivante: «La loi applicable à la validité du trust *en vertu* des articles précédents régit la possibilité de modifier la loi applicable *à la validité du trust ou* à son administration.»

The Chairman turned to the suggested article 7*bis* which had been proposed by the Drafting Committee. He said that the Commission would not discuss it fully in this session as it would be considered at a later date. However, he did ask the delegates to take account of this provision in discussing other proposals.

Mr Waters (Canada) stated that it was clear that the subject-matter in Working Document No 36 would not be helpful to civil law jurisdictions, and therefore stated that the Canadian delegation would withdraw the recommendations it had made about article 10 in Working Document No 36. He went on to say that the Canadian proposal contained in article 10*a* was covered to some extent by the new article 7*bis* which was being proposed by the Drafting Committee, and by the proposal of the Rapporteur contained in Working Document No 37.

The Chairman introduced the Rapporteur to explain the choices which now lay before the Commission.

Le Rapporteur rappelle que la question de savoir si le lieu d'administration peut être changé est réglée au premier alinéa du texte qui figure au Document de travail No 37. Il propose d'ajouter une mention à l'article 8, alinéa 2 si on l'estime nécessaire. Il y a sans doute un léger danger car le dépeçage est permis par les articles 6 et 7. Mais ce danger ne lui paraît pas considérable et le Comité de rédaction pourrait peut-être porter remède à cette difficulté. Il convient donc de se prononcer d'abord sur la nécessité d'une telle précision et ensuite sur son emplacement à l'article 8, alinéa 2, conformément à sa suggestion.

Mr Hayton (United Kingdom) declared that he was not worried by the reference to 'place of administration'. He realized that it could possibly be a little misleading as there would be references to both the law of administration and place of administration in the Convention but really he felt that these two ideas would not be confused.
He expressed support for the new article 7*bis*, proposed by the Drafting Committee, which, he considered, could replace articles 9 and 10. He found the new article 7*bis* neater and simpler. He also expressed the opinion that article 7*bis* should be kept separate from article 8 – article 8 was concerned with matters internal to the trust whereas here we were dealing with instruments which are external to the trust.
He felt that there was no need for the provision to determine whether something is a question of administration or a question of validity, but that if guidance is needed on this issue it could be provided by an addition to article 7*bis* stating that it is to be decided by the laws governing validity. He did say however that he thought this was already implicit in article 7*bis* and would be very happy if this article were adopted and used to replace articles 9 and 10.

The Chairman pointed out that Working Document No 26 from the Netherlands dealt with the possibility of deleting articles 9 and 10.

M. Beraudo (France) adhère sur de nombreux points aux propos de M. Hayton. Il estime possible de régler plusieurs problèmes en étoffant l'article 7*bis*. On pourrait y ajouter que la loi applicable à la validité du trust s'applique également au déplacement physique du lieu d'administration du trust. Il conviendrait également de se prononcer sur la question du deuxième alinéa de l'article 10 du projet actuel. Est-il exact que le déplacement du lieu d'administration entraîne un changement de loi? C'est ce que les travaux de la Commission spéciale avaient fait apparaître. Si cette idée mérite d'être retenue, cela devrait sans doute faire l'objet d'une disposition spécifique. De fait, il peut arriver que le lieu d'administration soit déplacé. Il est donc indispensable de donner aux juristes continentaux une information suffisamment complète sur les conséquences juridiques d'un tel déplacement. Il serait fâcheux que l'article 7*bis* dans sa rédaction actuelle soulève ces difficultés sans les résoudre. Quant à la proposition de rassembler les questions du conflit mobile et du déplacement du lieu d'administration, cela lui semble être une excellente idée.

The Chairman turned the Commission's attention to Working Document No 26 which suggested that articles 9 and 10 be deleted. He asked the Netherlands delegation to speak to this proposal.

Mr Westbroek (Netherlands) explained that the preceding discussions had strengthened the Dutch resolve to put forward their proposal. He expressed support for what had already been said by Mr Hayton and felt article 7*bis* should be adopted in place of articles 9 and 10.

Le Rapporteur fait observer que la discussion est obscurcie par le résidu d'une idée qui avait été préalablement retenue par la Commission spéciale. Tant les articles 9 et 10 de l'avant-projet, que le Document de travail No 37 se réfèrent au lieu d'administration, sans distinguer véritablement les diverses questions que la suite des débats a permis de clarifier. A ce stade, il conviendrait de traiter séparément la question du changement de la loi applicable et celle du changement du lieu d'administration: la seule chose qui reste à décider lui paraît être de savoir si l'on veut que la possibilité de changer le lieu d'administration soit ou non soumise à la loi applicable à la validité du trust. Si tel était le cas, il serait possible d'ajouter une disposition à l'article 8, alinéa 2. Il resterait alors la question du deuxième alinéa du Document de travail No 37. C'est la question de

la qualification et de la distinction entre ce qui appartient au domaine de la loi de la validité et ce qui appartient au domaine de la loi de l'administration du trust. C'est sans doute la loi de la validité qui doit gouverner cette distinction. En réalité, il s'agit peut-être là d'un détail qu'il n'est pas absolument nécessaire d'inclure dans le texte de la Convention. Quant au changement du lieu d'administration et ses conséquences telles que la possible rétroactivité, etc., il semble qu'il s'agisse là également d'une précision qui ne mérite pas de figurer dans la Convention. En résumé, deux questions paraissent mériter d'être tranchées. En premier lieu, que faire de la question du lieu d'administration? Faut-il se prononcer sur ce point? Si oui, faut-il en parler à l'article 8 ou dans une disposition séparée? En second lieu, faut-il avoir une règle sur la qualification et une règle intertemporelle qui, ni l'une ni l'autre, ne lui paraissent véritablement s'imposer.

M. Voulgaris (Grèce) estime que la question du déplacement du lieu d'administration et de ses éventuelles conséquences ne doit pas être incluse sous la disposition de l'article 8. C'est une question distincte qui doit faire l'objet d'un traitement séparé.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) suggested that the Convention should not contain any proposals on the lines of articles 9 and 10 as this could only complicate the issue.

Mr Boggiano (Argentina) stated that he would also like to delete articles 9 and 10.

M. Beraudo (France) entend revenir sur la question du déplacement physique du lieu d'administration. En écoutant les débats, il lui apparaît qu'une controverse existe sur ce point. Est-ce la loi qui régit la validité du trust ou la loi applicable à l'administration elle-même qui gouverne la possibilité d'un tel déplacement physique du lieu de l'administration du trust? Cette question est importante. La façon dont elle doit être tranchée aura une influence directe sur la place de cette disposition. Si c'est la loi applicable à l'administration qui régit cette question, la présence de la disposition dans l'article 8 se justifie. Si, au contraire, la question du déplacement physique du lieu d'administration relève de la loi de la validité du trust elle doit être traitée dans l'article 7*bis*. C'est la question de fond qui peut paraître devoir être tranchée.

The Chairman suggested that the proposals dealt with under articles 9 and 10 could be split up along the lines suggested by the Rapporteur.

M. Voulgaris (Grèce) fait observer que pour l'instant on ne se trouve en présence ni d'un projet de règle ni d'une décision déjà prise par la Commission. Il convient de prendre une décision sur ce point, la plus logique possible. Cette solution doit être examinée par la Commission, de manière à éviter que des solutions divergentes soient retenues par les juges des différents systèmes qui auront à en connaître.

M. Espinar (Espagne) relève que les documents qui font l'objet des présents débats soulèvent en réalité quatre questions. Tout d'abord la question de la qualification: administration ou validité. Ensuite la question du conflit mobile qui apparaît dans la proposition du Canada. Egalement la question du changement du lieu d'administration. Enfin la question du changement de la loi applicable à l'administration du trust. Pour sa part il souhaite que la disposition de l'article 9 sur la qualification soit conservée mais que l'article 10 de l'avant-projet soit complètement supprimé.

The Chairman reserved any decision about the problem of characterization but called for a vote on the proposal to delete all references to the changes in the place of the administration.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 24 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Suriname, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela), none against, with 4 abstentions (Czechoslovakia, Israel, Poland, Turkey).

Thus all references to place of administration would be deleted.

Next, the Chairman called for a vote on the proposal that the Convention should not deal with the question of characterization.

Vote

This proposal was adopted by a vote of 21 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Turkey, United Kingdom, United States, Venezuela), 3 against (Israel, Portugal, Spain), with 4 abstentions (Czechoslovakia, Poland, Suriname, Switzerland).

He said that as article 10*a*, the proposal in Working Document No 36, had been withdrawn, the Commission could therefore pass onto Chapter III. The first item to be discussed under Chapter III was the title of the Chapter. The question was whether the title should read 'recognition' or 'the effects of recognition'.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) proposed that the words 'effects of' be deleted.

M. Beraudo (France) soutient cette proposition.

The Chairman called for a vote on the proposal to delete the words 'effects of' from the title of Chapter III.

Vote

This proposal was adopted by a vote of 24 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Portugal, Spain, Switzerland, Turkey, United Kingdom, United States, Venezuela), 2 against (Federal Republic of Germany, Netherlands), with 2 abstentions (Poland, Suriname).

Thus the Chairman declared that *the words 'effects of' would be deleted from the title of Chapter III.*

He then directed the attention of the Commission to article 11, under which there were three Working Documents to be considered, namely, Working Document No 13 from France, Working Document No 17 from the Bank for International Settlements, and Working Document No 27 from the Netherlands. He first asked the

Netherlands delegation whether it would be withdrawing Working Document No 27.

Mr Westbroek (Netherlands) withdrew Working Document No 27.

The Chairman suggested that the Commission turn to consideration of Working Document No 15 (France) and called on Mrs Revillard to speak to the proposal.

Mme Revillard (France) estime qu'il est extrêmement important de préciser que les biens du trust échappent non seulement à la succession personnelle du *trustee* mais également à son régime matrimonial quel qu'il soit. La préoccupation avait d'ores et déjà été exprimée par la délégation néerlandaise dans un document préliminaire. On trouve une préoccupation analogue à l'article 19 qui vise les effets matrimoniaux du mariage. Il serait nécessaire que cette précision apparaisse également à l'article 11. Une telle précision serait extrêmement précieuse pour la pratique.

The Chairman asked whether the Netherlands delegation would agree to this.

Mr Westbroek (Netherlands) expressed his agreement.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) appuie cette proposition.

The Chairman called for a vote on the French proposal contained in Working Document No 36.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 27 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Suriname, Switzerland, Turkey, United Kingdom, United States, Venezuela), none against, with 1 abstention (Ireland).

The Chairman announced that the Drafting Committee would take it into account. He then turned to Working Document No 17 proposed by the Bank for International Settlements.
The Chairman explained that the Bank was not present to address their proposal but none the less decided that it ought to be discussed. He questioned whether this was the best place to deal with this proposal.

Le Rapporteur estime que la proposition de la Banque des Règlements internationaux soulève une question importante qui mérite examen.
Il semble que les dispositions de la lettre *d* de l'article 11, alinéa 3, aient suscité de sérieuses craintes, de la part de certains juristes de droit civil. Pour apprécier le bienfondé de ces craintes il est important de savoir ce qu'est en réalité le *tracing* et quelle en est la portée exacte. Il convient également de se prononcer sur la proposition de supprimer complètement la lettre *d*, ce qui rendrait sans objet la proposition de la Banque des Règlements internationaux. Par ailleurs, si cette proposition devait être retenue, elle devrait être formulée différemment. En effet, il n'est pas certain que dans tous les systèmes juridiques ce soit la loi de la résidence habituelle du détenteur des biens qui régisse la question de la responsabilité. Il serait sans doute préférable de viser la loi applicable aux relations entre le détenteur des biens et le *trustee*. Sous réserve de cette précision la question soulevée lui paraît mériter de faire l'objet d'un examen approfondi.

Mr Trautman (United States) stated that this was an important point which ought to be included somewhere in the Convention, although he was not sure this was the best place to put it. He suggested that the laws for countries where the funds were deposited ought to have precedence, as this, he believed, would be the most clear law for civil law countries and, he suggested, also for the common law countries.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) asked whether the Convention, as it stood at present, would at all apply to matters dealt with in Working Document No 17.

Mr Trautman (United States) stated that in order to be liable, a bank must be aware of a breach of the trust – that is, it must have an actual knowledge of such breach and constructive knowledge ought only to be relevant if permitted under the laws of the State where the assets or funds are deposited. He was thus suggesting that the bank ought not to have a greater liability than it would have if an agent were embezzling money.

The Chairman asked whether, in countries which do not recognize the trust, their courts have problems such as that envisaged in Working Document No 17.

Mr Trautman (United States) pointed out that this problem could also be dealt with under articles 19 and 20.

Mr Hayton (United Kingdom) said that before dealing with article 11, paragraph *d*, he felt it was important to say that the rule relating to tracing must apply and only after this has been applied can the court turn to the laws of the land where the property is situated. It appeared to him that the banks were most worried about the right to trace but, in common law jurisdictions, this right already existed and had not adversely affected the banks. He thus questioned whether the banks in civil law jurisdictions were likely to suffer. He explained that the right to trace required that notice be given to the person against whom the tracing would be used. In common law countries tracing was only permitted if this notice was express, and implied notice was only of real importance when considering immovable property. In the cases the Commission was presently discussing he stated that a bank would be involved and thus that movable property would be involved; in such a case, actual notice was necessary before tracing takes place and, in the absence of such notice, the bank is perfectly entitled to assume that the trustee is acting properly. The bank must therefore either have actual knowledge that the trust assets are being appropriated or be very reckless in ignoring suspicious actions of the trustee. In consideration of this he believed that the civil law countries could accept the rules for tracing, as long as it was made clear that the tracing would be subject to the local mandatory rules.

M. Volken (Suisse) croit en effet que les explications données par M. Hayton sont extrêmement utiles pour comprendre l'institution du *tracing*. Ce qui fait difficulté, c'est l'article 11, alinéa 3, et plus précisément la rédaction actuelle du paragraphe *d*. Celui qui ne serait pas familier avec l'institution du *tracing* pourrait croire que la loi du trust s'applique à toutes les relations du *trustee* et du tiers. Or, il se peut parfaitement que le tiers ignore l'existence du trust. Même s'il connaît l'existence du trust, il ne connaît pas nécessairement la loi étran-

gère relative au trust. C'est cela qui a suscité des craintes parmi les milieux bancaires et industriels. Cela mériterait sans doute un éclaircissement. Il suffirait de préciser que la revendication ne peut intervenir que dans la mesure ou la loi applicable le requiert ou le permet. On peut estimer qu'une telle précision va de soi. Cependant, même si elle peut sembler superflue à certains, elle aurait tout de même l'utilité d'apaiser les craintes exprimées par la pratique.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) approuve entièrement ce qui vient d'être dit par M. Volken. Il serait très utile de préciser que la Convention ne crée pas le risque que certains ont cru y voir. Aussi la clarification apportée par la proposition de la Banque des Règlements internationaux lui paraît-elle extrêmement utile. Il n'est même pas nécessaire d'aller si loin que semble le faire le texte actuel de la proposition. On n'a pas besoin de préciser que la loi applicable est celle de la résidence habituelle; on peut se contenter d'abandonner la question à la loi normalement applicable selon les règles de conflit du for. Une clarification de ce type serait suffisante et ne causerait pas de difficultés particulières aux pays de droit civil.

The Chairman considered this to be a good suggestion and that problems, such as those under discussion, should not be governed by the laws of the trust.

Mr Bennett (Australia) expressed agreement with the views of Mr Hayton. He said he could understand the anxiety expressed by civil law countries about tracing but hoped that Mr Hayton had been able to allay their fears. He went on to suggest that if there was a need for a provision of the sort under discussion it should appear in article 19 and should extend the protection given to the rights of third parties.
However, if the Commission does feel that article 11 is too wide then he wished to point out the difference between 'simple mingling of assets' and 'tracing'. Tracing would bring into question third party rights whereas simple mingling of assets would not.
Common law countries would ask civil lawyers to accept tracing but, failing that, they asked that the civil law countries at least accept mingling of assets.

M. Gambaro (Italie) s'adresse aux représentants des pays de droit civil. Dans la mesure où ce sont les pays de droit civil qui auront principalement à appliquer cette Convention, c'est à eux de savoir s'il existe dans leurs systèmes une ambiguïté sur ce point. Existe-t-il des systèmes de droit civil d'après lesquels la responsabilité des *trustees* risquerait d'être soumise à la loi du trust? La responsabilité du *trustee* ne serait-elle pas plutôt régie par les règles de la responsabilité délictuelle (*lex loci delicti*) ou de la responsabilité contractuelle dans les relations du détenteur des biens du trust et du *trustee?* Pour ce qui est de l'Italie, cette question n'aurait rien à voir avec la loi du trust. Mais si au contraire, pour certains pays de droit civil, il y a place au doute, il conviendrait alors d'appuyer la proposition de la Banque des Règlements internationaux.

Mr Waters (Canada) wished to express support for Mr Hayton's ideas. He felt that article 11 should represent the Anglo-American trust and, if any reservation were necessary, it should appear in article 19.

Le Rapporteur pense au contraire que les dispositions de l'article 19 seraient insuffisantes à régler la question soulevée par la Banque des Règlements internationaux. Dans l'article 19 il s'agit en effet de dispositions impératives. En l'occurrence, la question de la responsabilité n'est pas nécessairement une règle impérative. On peut y déroger, un banquier pouvant toujours accepter une responsabilité plus élevée. Par ailleurs, le banquier peut tout à fait se trouver confronté à une action en revendication. Ainsi, par exemple, selon le Code des obligations suisse, le dépositaire ne doit restituer la chose qu'au déposant, du moins tant qu'une action en justice n'a pas été introduite. Si un banquier reçoit des biens du trust en dépôt, la rédaction actuelle de l'article 11, alinéa 3*d* laisse peut-être planer un doute sur la loi applicable. Il convient donc de résoudre le problème expressément. Même si en bonne analyse juridique la solution paraît aller de soi, il convient de rassurer la pratique. Dans la mesure où la solution de fond nous paraît certaine, il est probablement préférable de l'inclure expressément et cette précision devrait sans doute être apportée directement à l'article 11.

Le Président indique que la Conférence aura donc à se prononcer sur ce point lors de sa prochaine réunion. La question sera de savoir s'il convient de préciser à la fin de l'article 11 que la responsabilité du détenteur du trust sera régie par la loi applicable selon la règle de conflit du for.

La séance est levée à 13 heures.

Documents de travail Nos 47 à 49
Working Documents Nos 47 to 49

Distribués le 12 octobre 1984 (après-midi)
Distributed on 12 October 1984 (afternoon)

No 47 – Proposal of the United Kingdom delegation

Article 11 (3) (d)

Replace by:

d that the interest of the beneficiary under the trust shall be given effect to, to the extent that this does not conflict with the law governing the acquisition of the trust asset in respect of which the beneficiary seeks to assert his interest.

No 48 – Proposition de la délégation hellénique
– Proposal of the Hellenic delegation

Article 11, alinéa 2

Supprimer de cet alinéa la phrase:

... que les biens du trust soient distincts du patrimoine du *trustee* et ...

Explication: Cette phrase couvre les mêmes matières que l'alinéa 3 du même article, puisque les questions mentionnées dans l'alinéa 3 le sont d'une façon indicative (l'alinéa 3 utilise le terme «notamment»). Donc le même ensemble de questions est réglé différemment dans les deux alinéas: dans l'alinéa 2, on énonce une règle matérielle en ce qui concerne un minimum de reconnaissance; dans l'alinéa 3, on énonce non plus une règle matérielle mais une solution dans la mesure où celle-ci est requise ou prévue par la loi applicable au trust.

Article 11, paragraph 2

Delete the phrase:

... that the trust property constitutes a separate trust fund ...

Explanation: This phrase covers the same matters as the third paragraph of the same article, since the points mentioned in paragraph 3 are indicative (the third paragraph uses the term 'in particular'). Therefore the same group of questions is provided for in a different manner in the two paragraphs: in the second paragraph, a 'règle matérielle' *is adopted concerning a minimum of recognition; in the third paragraph, the draft Convention adopts not a* 'règle matérielle' *anymore but a solution* on the condition that it is required or provided by the law applicable to the trust.

No 49 – Proposition de la délégation autrichienne

Article 19, alinéa 2

Une disposition impérative, *au sens du présent article,* est une disposition à l'application de laquelle il ne peut être dérogé *à l'avance* par une manifestation de volonté.

Procès-verbal No 8

Séance du vendredi 12 octobre 1984 (après-midi)

Meeting of Friday 12 October 1984 (afternoon)

The meeting was opened at 3.45 p.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. Mr von Overbeck (Switzerland) was the Rapporteur.

The Chairman announced that the Commission was on the brink of a vote on article 11, paragraph 3*d*. Before proceeding to a vote he wished the Commission to consider a new document, Working Document No 47 (United Kingdom), submitted as a reaction to the proposal of the Bank for International Settlements. He called on Mr Hayton to speak.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that he believed two aspects were involved in article 11, third paragraph; first, whether a right to trace property existed at all under the applicable trust law; second, assuming the above, could effect be given to that trust law, given the law locally applicable where the property was located? If the rule under local law gave effect to a transfer of property, then the latter would prevail and no tracing of property under the trust would be allowed. He further explained that Working Document No 47 separated the two aspects presented in article 11, third paragraph *d*, which as presently drafted gave the impression that trust law should apply to both of these aspects and should prevail in the second case.
He thought Working Document No 47 would be acceptable to Canada, Australia, and the United States of America. It emphasized the two aspects of the problem so that recognition of a trust would imply that the interest of a beneficiary would be given assent where doing so would not affect local laws. Where the interest of the beneficiary would conflict with the law applicable in the jurisdiction where the assets were located or transferred, the latter law would prevail.

The Chairman suggested that it would be proper first to get the view of the Rapporteur.

Le Rapporteur déclare avoir lu cette proposition avec beaucoup d'intérêt. Il n'y est plus fait mention de la récupération des biens mais de la protection des intérêts des bénéficiaires et cet aspect est très positif. En revanche, en ce qui concerne la limite posée à l'application de la loi du trust, il n'est pas judicieux de se référer à l'acquisition des biens, parce que ce problème est couvert par l'article 19 de l'avant-projet. La préoccupation de M. Klein n'est pas relative au transfert, mais à la responsabilité du banquier envers le bénéficiaire du trust. Ainsi, la protection recherchée se place sur le plan du droit des obligations.

The Chairman asked for further comments and recognized Mr Beraudo.

M. Beraudo (France) déclare qu'il vient seulement de prendre connaissance de la proposition débattue, il n'a donc pas eu le temps d'y réfléchir longuement. Cependant, il la trouve assez abstraite et se demande si elle répond aux préoccupations dont elle devrait tenir compte.
Peut-être faudrait-il conserver l'idée qui est à sa base, c'est-à-dire donner une certaine compétence à la loi du lieu de situation des biens et de la résidence de leurs détenteurs. Il faudrait conserver à l'esprit ces préoccupations et y adapter la formulation du *d* du texte actuel.
Il note que si la proposition du Document de travail No 47 est adoptée telle qu'elle est actuellement, le contenu du *d* perd beaucoup de sa substance; or, il vise un cas précis et concret: la revendication des biens par le bénéficiaire. Il estime que les termes employés ne sont pas assez explicites, qu'il faudrait confier au Comité de rédaction la tâche de mieux rédiger ce *d*.

The Chairman thought it useful first to make a choice whether to retain *d* at all and to consider the Netherlands proposal to delete that sub-section. If the Commission decided to retain it, the Commission might first refer it as it stood to the Drafting Committee to reformulate in light of the concern expressed regarding the liability of banks, which should be governed by the law chosen by the conflict rules of the forum and subject to the suggestions contained in Working Document No 47.

Mr Waters (Canada) wished to clarify whether the Drafting Committee should confine its concern to bankers or should draft a broader exception.

The Chairman explained that he had intended the exception to be put broadly. He then wished to take a vote whether to retain or delete article 11, paragraph 3*d*.

Mr Westbroek (Netherlands) intervened to explain the present position of the Netherlands. It seemed that the Bank's proposal, the United Kingdom's proposal, and the Netherlands' proposal all arose out of related concerns, as Mr Hayton had explained. But it seemed that all agreed that the issue of recovery of trust property should be divided into two points: first, what rule was related to the trust itself; second, what rule comes into play with regard to the actual tracing of property alienated or misappropriated by a trustee. As no one would apparently deny the worth of the idea of tracing, which would be governed by the law of the trust, and as application of aspects of local law had already been provided for in article 19, it had been the opinion of the Netherlands delegation that *d* was unnecessary and created confusion. However, on second thought, and after consultation with others, he believed it was not without worth. The Netherlands therefore would be willing to withdraw its proposal to delete *d* after seeing the results of a referral to the Drafting Committee. He therefore suggested that a decision on this proposal could be postponed until after the Drafting Committee's work was completed.

The Chairman considered this not entirely a point of order that he could decide independently and requested the opinion of the Rapporteur.

The Rapporteur expressed no opinion on the issue.

The Chairman then proposed first to vote on the principle represented by *d*, as supplemented by the discussion, and if the vote should be in favour of retaining *d*, then to propose a referral to the Drafting Committee, which could proceed to attempt to introduce the idea of ascertaining the liability of third-party holders by the conflict of laws rules of the forum. The Drafting Committee should also be free to take into account the suggestion contained in Working Document No 47.

M. Loewe (Autriche) demande au Comité de rédaction d'essayer de donner au contenu de la lettre *d* un libellé suffisamment compréhensible pour les juristes de droit civil.
Il relève que le texte anglais pose des problèmes et s'interroge notamment sur la signification des mots «*shall be given effect*».

The Chairman affirmed that it was not presently clear how the Drafting Committee should proceed and that it was advisable to give them the greatest possible freedom.

Mr Loewe (Austria) wished to ascertain which ideas the Drafting Committee would be instructed to take into account. He proposed that the entirety of the article should be placed within brackets.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) understood that the Drafting Committee would have the discretion to incorporate and deal with the suggestion of Professor Klein contained in Working Document No 17, and even to incorporate it in a separate article. Further, the Drafting Committee would have discretion to introduce the concepts contained in Working Document No 47 into article 11.

The Chairman agreed with Mr Dyer's statements but believed that the Commission needed to take a formal decision on this, to give direction to the Drafting Committee. He proceeded to take a vote on *whether to refer to the Drafting Committee article 11 on the foregoing instructions*.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 23 in favour (Argentina, Australia, Austria, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, United Kingdom, United States, Venezuela), with 1 abstention (Switzerland).

The Chairman noted that sub-section *d* would be referred to the Drafting Committee. He then recognized Mr Pirrung who wished to make an observation on article 11.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) précise que la délégation allemande n'a pas soumis à la commission de proposition écrite concernant l'article 11.
Mais il estime utile de dire qu'il a des doutes sur la portée des alinéas 2 et 3 de cet article. Il pense que le point le plus important au regard du droit allemand n'est pas assez considéré ici. Il entend par là les principes essentiels du droit des biens.
Il pense que soumettre une remarque écrite serait difficile et risquerait de remettre en cause les acquis précédents.
Il croit que le seul moyen de traiter ce problème est l'article 19 de l'avant-projet mais qu'il faut tenir compte à l'article 11 du droit des biens. Ce qui le gêne le plus est un problème de rédaction de ces alinéas 2 et 3. En effet, on fait mention à l'alinéa 3 de la réserve de l'application de l'article 19; or, à l'alinéa 2 cette référence n'existe pas. Il pense que l'article 19, tel qu'il est rédigé

actuellement, peut être appliqué à l'article 11, alinéa 2. Mais il faudrait peut-être le dire expressément par souci de clarté.

Le Président demande au Rapporteur de répondre.

Le Rapporteur explique que la raison du défaut de mention de l'article 19 à l'alinéa 2 est dû au contenu de ces deux alinéas.
En effet, l'alinéa 3 comprend des dispositions assez ambitieuses; il a donc paru préférable d'insister sur l'application de l'article 19 à ce niveau. En revanche, l'alinéa 2 est beaucoup moins dangereux pour les législations des pays de droit civil; mais il est évident que l'article 19 concerne également les dispositions visées à cet alinéa.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souligne que le fait que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* est lié au droit des biens. C'est uniquement à propos de ce membre de phrase qu'il est intervenu précédemment; le reste du texte lui paraît suffisamment clair.

M. van Loon (Secrétaire au Bureau Permanent) explique que l'article 19 s'applique également à l'alinéa 2. Si l'alinéa 3 le mentionne expressément, c'est pour attirer l'attention du lecteur.

M. Voulgaris (Grèce) déclare que la délégation hellénique prépare actuellement un document de travail sur cet article. Mais il désire dès maintenant en présenter les grandes lignes. Il pense qu'il existe un contraste entre l'alinéa 2 et l'alinéa 3 de l'article 11. A l'alinéa 2, on exclut toute confusion du patrimoine du *trustee* avec les biens en trust. C'est là une règle matérielle énoncée par la Convention et qui n'est soumise à aucune autre restriction que celle des lois impératives. L'alinéa 3 présente la même exclusion, non au moyen d'une règle générale, matérielle, *mais* simplement indicative, ainsi qu'on peut en inférer de l'emploi du mot «notamment». Dans l'alinéa 2, l'exclusion est directement décidée alors que, dans l'alinéa 3, elle dépend de la loi applicable au trust.
Pour sa part il pense que c'est là un contraste; il est possible qu'il n'existe pas, mais il faudra alors le lui prouver.
Le but de la proposition hellénique est de rayer la première phrase de l'alinéa 2 comme règle générale substantielle.
Son objectif est uniquement de résoudre ce contraste, mais si les juristes de *common law* lui donnent un autre moyen de le faire, il le considérera comme acceptable.

Le Rapporteur relève qu'on peut en effet voir dans cette formulation une contradiction. Mais, en réalité, tel n'est pas le cas. L'alinéa 2 pose le principe très général que les biens du trust sont distincts de ceux du *trustee;* l'alinéa 3 spécifie les modalités de cette séparation, lesquelles modalités peuvent aller plus ou moins loin.
Si l'on fait référence à la logique, il est certain qu'il peut y avoir une hésitation; mais il ne faut pas oublier que le droit n'est pas une discipline entièrement logique et il souligne l'intérêt pédagogique qui est avant tout à la base de cette Convention.

M. Loewe (Autriche) a l'impression qu'il y a, en effet, un défaut dans la rédaction de ce texte que le Comité de rédaction pourra certainement régler. Il est évident que l'article 19 s'applique à toutes les dispositions de la Convention, mais, il y a un risque d'erreur si on le dit expressément à l'article 11. On pourrait alors croire que l'article 19 ne serait pas applicable à d'autres dispositions de la Convention alors que tel n'est pas le cas.

The Chairman expressed sympathy for this suggestion noting that any single provision of the Convention would be subject to all of the other provisions contained in it. Could Mr Loewe's suggestion meet Mr Pirrung's objection? He queried whether a decision by the Commission was needed here or rather drafting by the Drafting Committee. He considered that to delete the word in question would require a decision to refer to the Drafting Committee and asked whether there was any objection to doing so.

Mr Goldwater (Israel) questioned whether the statements in article 11 were expressed strongly enough, or whether reference in article 11 to the mandatory rules was necessary.

The Chairman explained that this was only a question of the language of article 19 and properly could be dealt with when discussion took place on that article. He asked for opposition to the suggestion to refer to the Drafting Committee and proposed to postpone any discussion on Mr Voulgaris's proposal until the written document containing it was before the Commission. He then directed the attention of the Commission to article 12, noting that no written working document proposing amendment to article 12 had been submitted. This being the case, he proposed to leave the text of that article and to consider article 13. The only working document proposing alteration of this article was Working Document No 1 from the United States, which proposed deletion of the entire article.

Mr Trautman (United States) stated that he had nothing to add to the comments contained in Working Document No 1. He considered it merely a matter of recognizing that many jurisdictions found the issue of recognition of foreign judicial judgments highly controversial and believed that article 13 was probably unnecessary.

M. Loewe (Autriche) adhère à la proposition des Etats-Unis. Il pense en effet que cet article serait de nature à poser de très graves problèmes de ratification.
Les problèmes de reconnaissance et d'exécution des jugements ont déjà été soulevés et il a été souligné qu'ils ne sont pas inclus dans les objectifs de cette Convention.
La reconnaissance des décisions juridictionnelles et administratives obéit à des règles différentes de celles qui régissent le choix d'une loi. Il souligne deux difficultés dans l'application de cet article.
Tout d'abord, il doute du bien-fondé de ce catalogue de compétences. Il est mauvais de constituer une juridiction compétente au moyen d'un acte unilatéral. Quant à dire que la loi applicable entraîne la compétence, il lui semble que c'est là la négation du droit international privé.
De plus, ces différents chefs de compétence lui semblent pouvoir faire l'objet d'un choix. Que se passera-t-il si plusieurs tribunaux prennent des décisions au sein de plusieurs Etats? Quelle décision faudra-t-il reconnaître? Tous ces points exigeraient une nouvelle convention.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) explained that the Secretariat had initiated introduction of this article out of the concern that judges and lawyers in countries not having the concept of trust could find themselves called upon to recognize trusts under article 11 without being aware that certain internal aspects of

these trusts could have been established by foreign judgments, such as the identity of the trustee himself in cases where no trustee had been appointed by the settlor.
Upon reflection, however, Mr Dyer agreed with the comments of the United States and Austrian delegations that article 13 should perhaps be suppressed, inasmuch as it raised more questions than it solved.
He suggested that the Rapporteur should specifically mention this problem in his Report to educate jurists in civil law countries that certain material aspects of trusts, in individual instances, may be contained in judicial decisions.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) wished to add to Mr Loewe's comments that he was aware of no grounds for refusing recognition to such judgments and indeed specific mention in the Convention might unnecessarily encumber it and confuse its application.

The Chairman asked whether the Rapporteur agreed that the matter should be put to a vote.

Mr Trautman (United States) welcomed Mr Dyer's recommendation to include mention of the problem in the Rapporteur's notes. He further questioned why this was a problem different from that presented by foreign judgments concerning the internal affairs of corporations or executors' actions.

The Chairman proceeded to take a vote *on the proposal contained in Working Document No 1 (United States).*

Vote

The proposal was unanimously adopted.

The Chairman turned the attention of the Commission to Working Document No 48 from the Greek delegation, which also concerned article 11. He noted that the Greek Delegate had already spoken on this Working Document and that the Rapporteur had given his first views. He observed that if the Commission chose to adopt this proposal, he thought it would cause severe damage to the entirety of article 11, throwing its entire structure into doubt. If this proposal were adopted, the rest of article 11 would have to be reviewed. He was of the opinion that the second paragraph of article 11 did no more than make reference to a basic characteristic of the trust in any system of law containing that concept. It simply recognized that the existence of a trust implied recognition of trust property as separate property. He asked for further comments on the issue and, finding none, recognized Mr Voulgaris.

M. Voulgaris (Grèce) déclare que, même après les explications qui viennent d'être données, le contraste entre les deux alinéas subsiste. Le Rapporteur a dit que la phrase qu'il désirait supprimer énonçait un principe qui fait la substance du trust. Mais, s'il s'agit d'un simple principe, il est déjà énoncé à l'article 4 qui donne la définition du trust, et cet article a d'ores et déjà été accepté.
Donc, si c'est un simple principe, il est mal placé parmi les règles substantielles matérielles. Par conséquent, de deux choses l'une, ou toutes ces notions constituent des principes ou elles sont toutes des règles. Il pense quant à lui qu'il y a là une règle substantielle contrastant avec la règle de non-confusion des biens du *trustee* avec ceux du trust.
La proposition grecque a pour ambition de donner une solution à ce problème, si on en propose une autre, il se déclare prêt à l'accepter. *Ce qu'il désire, c'est supprimer ce contraste.* Il ne s'agit aucunement de défendre la proposition grecque à tout prix.

The Chairman felt that the matter was ripe for a vote on whether to amend article 11, paragraph 2.

Mr Waters (Canada) intervened to suggest that the phrase in question be made the subject of a separate paragraph.

The Chairman thought that this suggestion would not improve the provision.

M. Riad (Egypte) se demande si le texte de l'article 11 sera plus harmonieux si on supprime le troisième paragraphe.

The Chairman asked the Rapporteur to comment. He felt that this could not be done because in this case the Commission was operating in the domain of applicable law.

M. Loewe (Autriche) remarque que la lettre *d* de l'article 11 a été renvoyée au Comité de rédaction.
Son désir n'est pas de contrecarrer cette proposition mais il regretterait que la discussion précédente recommence.

The Chairman proceeded to take a vote on Working Document No 48.

Vote

The proposal contained in Working Document No 48 was rejected by a vote of 16 against (Australia, Austria, Belgium, Canada, Finland, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Switzerland, United Kingdom, Venezuela), 1 in favour (Greece), with 8 abstentions (Argentina, Cyprus, Denmark, Egypt, France, Federal Republic of Germany, Poland, United States).

The Chairman then noted that the Commission was finished with article 11, apart from the work of the Drafting Committee. He also noted that articles 12 and 13 were completed. He then proceeded to consideration of article 14 and its two variants, which were read. He noted that several working documents concerned article 14: Working Document No 4 (Australia), Working Document No 28 (Netherlands), and Working Document No 33 (Argentina, Egypt, Spain, France, and Greece).
The Chairman proposed that Working Document No 33 be first considered because it took a very different approach to the entire problem, making non-recognition of certain categories of trust obligatory.

M. Beraudo (France) déclare que le Document de travail No 33 est présenté par cinq pays de tradition juridique de droit civil, disposés à reconnaître le trust mais désirant recevoir une contrepartie destinée à protéger leurs intérêts.
Il estime que le texte actuel de l'article 14 ne procure pas une telle protection; il prévoit seulement qu'un Etat n'est pas tenu de reconnaître un trust quand tous ses éléments sont situés dans des Etats qui ignorent cette institution. En quelque sorte, pour qu'un Etat de droit civil ne soit pas contraint de reconnaître un trust, il faut qu'à la fois les biens, le constituant, le bénéficiaire soient situés, domiciliés ou résident dans un Etat ne le connaissant pas (variante B). La variante A prévoit en-

core que le *trustee* réside dans un Etat qui ne connaît pas le trust.
Donc, la protection de l'article 14 n'en est pas une. Jamais tous les éléments d'un trust ne se trouveront dans des Etats qui ne le connaissent pas. Ces considérations expliquent la proposition qui vise deux types de situation. La première concerne des biens situés dans des Etats ne connaissant pas le trust. Au cours des travaux des commissions, les Etats de droit civil ont appris que ce qui caractérisait le trust ce sont les biens sur lesquels il porte. Il est impossible de concevoir qu'un trust porte sur des biens situés dans des Etats qui ne le connaissent pas; si le premier alinéa de l'article 14 comprend l'adverbe «principalement», c'est dans le but de parer à la situation dans laquelle la plupart des biens sont situés dans des Etats ne connaissant pas le trust mais où un compte en banque, par exemple ouvert au Liechtenstein, suffirait à valider le trust. Il s'agit d'éviter la fraude qui consisterait à placer artificiellement un bien sur le territoire d'un Etat connaissant le trust.
La seconde situation décrite vise le cas où à la fois le constituant *et* le bénéficiaire ont la nationalité et leur résidence dans des Etats ne connaissant pas le trust. Le problème est clair: le constituant et le bénéficiaire ont leur résidence dans cet Etat. Le *trustee* est naturellement choisi dans un Etat qui connaît le trust. Dans un tel cas, les liens avec l'Etat connaissant le trust sont artificiels. Cependant la proposition est ouverte aux réalités. Un Britannique domicilié sur la Côte d'Azur pourrait constituer un trust. De même, un Espagnol ou un Français émigré aux Etats-Unis et y ayant leur résidence pourraient y constituer un trust.
La sanction des deux situations visées dans la proposition sera l'absence de reconnaissance du trust.
Ce que demandent les délégations qui ont présenté ce Document de travail aux Etats de la Conférence, c'est de manifester leur solidarité à l'égard des Etats de droit civil pour les protéger des trusts frauduleux. En effet, en reconnaissant les bons trusts, les pays de droit civil acceptent de modifier certains principes fondamentaux de leur législation, notamment ceux qui concernent l'unité du patrimoine.
De même, les pays de droit civil s'efforceront de faire apparaître sur leurs registres, spécialement celui de la propriété immobilière, le trust en tant que tel. Le *trustee* pourra intervenir dans certains Etats en tant que demandeur ou défendeur. En contrepartie, ces mêmes pays de droit civil demandent aux pays de *common law* de jouer un rôle actif pour les protéger contre les trusts qui n'ont pas de liens réels avec eux.
Il pense que cette question constitue le carrefour politique de la Convention. Pour que les parlements des pays de droit civil fassent un accueil favorable à la Convention, il leur faut une contrepartie.

The Chairman declared the debate open and recognized Mr Gambaro.

M. Gambaro (Italie) déclare partager la philosophie de la proposition étudiée. Il pense qu'elle a le mérite de tenir compte des éléments essentiels du trust sans s'arrêter simplement aux éléments formels, c'est-à-dire le constituant, le bénéficiaire ou le *trustee*.
L'article 14 tel qu'il est rédigé vise surtout ces éléments formels alors que la proposition débattue prend en compte des éléments matériels hors de portée du choix du constituant.
Mais il ajoute que, en tant que délégué italien, il est prêt à aller plus loin dans la reconnaissance du trust et il fait ici référence au Document de travail No 34 qu'il a proposé.
Ce document prend en compte deux situations et il reprend, pour les exposer, les exemples tirés du précédent rapport.
Un trust constitué par un Américain pour gérer des biens situés sur la Côte d'Azur serait invalidé par la proposition du Document de travail No 33. Une telle rigueur peut être adoucie; en effet, un Américain a le droit de voir respecter le droit qu'il utilise habituellement.
De même, pourquoi empêcher un Italien émigré aux Etats-Unis d'Amérique, qui y a la plupart de ses biens, et qui revient en Italie à la fin de sa vie pour y mourir, de constituer un trust à New York?
C'est là toute la différence entre la proposition italienne et celle du Document de travail No 33.
Il lui paraît exagéré de demander aux Américains de ne pas reconnaître un trust uniquement parce que les biens dont il fait l'objet sont situés en France.

The Chairman recommended that further discussion be limited to the subject of Working Document No 33 and not concern Working Document No 34 because the philosophy of these two was highly different. The Italian proposal in Working Document No 34 was non-mandatory while the proposal in Working Document No 33 presented an obligatory commitment.

M. Espinar (Espagne) déclare qu'à entendre M. Gambaro, il semblerait que la proposition conjointe du Document de travail No 33 est plus restrictive que celle de l'article 14 actuel.
Il pense au contraire que, de toutes les propositions présentées, y compris l'article 14, la proposition qu'il défend est la moins restrictive. Dire: «aucun Etat n'est tenu de reconnaître le trust», c'est mettre en oeuvre un mécanisme très semblable à celui de l'ordre public. Dans ces conditions, le juge pourrait annuler beaucoup de trusts. Or, dans la proposition No 33, seuls deux cas sont visés où le trust ne sera pas reconnu. Se référant au second exemple donné par M. Gambaro, il déclare que, dans ce cas, le trust serait valable au regard de la proposition qu'il défend.

Mr Westbroek (Netherlands) supported the arguments of Professor Gambaro. He found the proposal contained in Working Document No 33 highly restrictive and excluding situations he would prefer to include, such as that of an Italian returning to Italy after having resided abroad and that of a United States' citizen holding property in France. He conceived it possible that a Dutch resident holding property in the United States should be able to take advantage of the trust form to organize his property. He considered that the effect of proposal 33 could jeopardize the entire Convention and the work of the Commission.

Mr Hayton (United Kingdom) looked first at Working Document No 33. Although he had sympathy for the legitimate worries of the civil law countries, he could conceive of practical examples raising serious difficulties with this proposal. First, with regard to the first half of the proposal in Working Document No 33, he envisaged the case of a French citizen, owner of a prosperous French company, deciding to emigrate to England, where he there might die married to an English woman and having English children. This French citizen could have decided to create a testamentary trust placing the French shares of the French company in trust for the benefit of his wife and children. Mr Hayton believed that the first half of the proposal contained in Working Document No 33 would require an English court to refuse to give effect to this trust. The same effect would result if the trust were *inter vivos*. He considered such a

result unjust with regard to this fair and legitimate trust. He asked whether a narrower formulation of this proposal was possible. As to the second half of the proposal contained in Working Document No 33, Mr Hayton put forth a second example. A 70-year old French bachelor with considerable wealth, having as his only relatives a French brother and wife, all of whom are habitually resident in France, decides to buy a small house in the south of England, used by all parties for holidays. The bachelor then decides before his death to settle this house in trust on the brother and wife, knowing that these wish to retire to England. Mr Hayton thought that the second half of the proposal would require an English court also to deny effect to this attempted trust. He found this troublesome and would want this trust upheld. He emphasized that this was not a fraudulent trust entered into to avoid taxes, but entirely straightforward. He thought proposal No 33 too broadly worded and encompassing too many ordinary, morally good situations.

Mr Trautman (United States) endorsed the comments of Mr Hayton. Although the United States understood the philosophy behind Working Document No 33 and would like to co-operate with the civil law jurisdictions in dealing with this problem, he believed the proposal as drafted too broad. It would seem to require courts in trust jurisdictions to deny effect to trusts that would otherwise be considered valid. He wished to make two points:
First, could there be some better way to identify fraudulent or artificial trusts? If so, perhaps a better system in articles 19 and 20 would solve many of the problems arising for civil law jurisdictions. Such fraudulent or artificial trusts presumably would have as object the evasion of some important policy or concern of the State, and he thought this idea similar to the problem of the application of mandatory rules and better dealt with in that context.
Second, he was uncertain whether States would find acceptable the broad proposal not to recognize the types of trusts proposed in Mr Hayton's examples. Further, he thought the proposal would create great uncertainty in application. What would follow, he questioned, a court's determination that the Convention prevented it from recognizing a particular trust? Should it then hold that the trustee owned the property outright, a result he considered manifestly unjust? Would title instead then be passed to the beneficiaries?
If the problem envisaged by the five delegations proposing Working Document No 33 centred on the notion of fraud, Mr Trautman believed the Commission could satisfy their concerns. He was not as certain about a more general approach to non-recognition.

M. Loewe (Autriche) déclare qu'il est bien évident que son pays n'est pas disposé à reconnaître le trust dans des situations qui ne présentent pas des liens suffisants avec un pays dont le droit reconnaît cette institution. Il estime cependant que la proposition du Document de travail No 33 va trop loin. Le droit international privé se doit d'adopter des solutions de nature à satisfaire tous les Etats en présence.
Si le trust concerne des biens situés principalement dans un «Etat non trust», mais dont le constituant et le bénéficiaire ont la nationalité d'un Etat reconnaissant le trust, ce dernier ne sera pas reconnu, mais si le trust concerne des biens situés principalement dans un Etat qui reconnaît le trust alors que les bénéficiaires et le constituant sont de la nationalité d'un «Etat non trust», ce dernier ne sera pas non plus reconnu. Par conséquent, cette disposition ne lui paraît par équitable. Il préférerait une règle tenant mieux compte des intérêts de toutes les parties.

Mr Bennett (Australia) stated his opinion that this Convention had as its topic the recognition of common law trusts within civil law jurisdictions not otherwise adopting that concept. It had appeared to him earlier that the civil law countries were prepared to recognize the trust on a general basis, but that impression now was in great doubt. He understood the concern of civil law countries to be allowed under the Convention not to recognize fraudulent trusts, but he agreed with the comments of Mr Hayton and Mr Trautman that the present proposal appeared to go much further.
Although put forward in good faith, this proposal seemed based on a suspicion of the common law trust as a frequently used vehicle for fraud. He wished to assure the civil law delegations that this was not the case. While there was some need to guard against fraud and to make provision for mandatory rules, restriction of the Convention to the extent envisaged by either Working Document No 33 or 34 would make the Convention most unattractive to Australia. He also agreed with Mr Hayton and Mr Trautman that such a Convention would render the common law countries worse off than previously by obliging them to refuse recognition to a number of trusts now frequently recognized, which they would wish to continue to recognize.
He considered this a highly important provision, perhaps providing the ultimate success or failure of the Convention. He urged that the Commission should not decide hastily on this issue.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) sought to advance the discussion by articulating the basic concerns presented by the proposals before the Commission in article 14 and its variants A and B and Working Document No 33. These presented three bases for meeting the problem. Variant B of article 14 avoided recognition of trusts lacking foreign elements with reference to the *lex fori*.
Variant A of article 14 went further to protect all jurisdictions not knowing the trust by giving other non-trust countries almost the same position as the *lex fori*.
Both variant A and variant B adopted a traditional line of international private law.
Working Document No 33, on the other hand, presented a different approach, connected to the notion of reciprocity. This element of reciprocity worked to give civil law countries something in return for their general recognition of trusts: certainty of non-recognition of trusts that these countries considered 'purely internal', not really trusts but creatures within their own civil laws.
He considered it very important to hear Mr Trautman say that he understood the philosophy behind Working Document No 33. If all delegations could accept the fundamental philosophy of this document, the Commission could take a great step forward. He expressed sympathy with the concrete cases advanced in discussion, but urged that the Commission should first decide whether to adopt the general principle, leaving the details to be discussed thereafter. He framed the issue at hand as whether it could be agreed that the presence of certain factors could be sufficient to render a trust purely internal.

Mr Gambaro (Italy) answered Mr Trautman and Mr Bennett by agreeing with the German Delegate's explanation that article 14 does not deal with fraud and thus cannot be dealt with in article 19. It does not concern the subject of mandatory rules or *ordre public*. Rather,

it attempts to address the subject of purely internal trusts, which could be perfectly clean and moral, but to which he would not like to give effect because he considered it simply too costly. It would require civil law countries to create statutes, legal documents, etc. He did not wish to give Italian citizens a new legal tool with which to reach results achievable under other presently existing institutions.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) se déclare surpris de constater que la discussion porte sur une proposition hostile au trust. Il pense que le rôle de la Convention est de chercher une solution pratique; il se demande si les exemples fournis par M. Hayton et M. Trautman se rencontrent fréquemment.
La reconnaissance du trust exige certaines concessions de caractère politique mais doit aussi sacrifier à la clarté, aux exigences des praticiens.

Mr Möller (Finland) expressed much sympathy for Working Document No 33 but thought that it went too far. He agreed with the comments of Mr Pirrung that the principle itself was essential. The Convention might be more attractive for some civil law States if it contained a mandatory non-recognition provision.

Mr Waters (Canada) stated that he had believed that article 14 addressed the possibility that the trust device could be fraudulently used. In that context he thought the issue could be adequately handled within the Convention. However, he expressed dismay with regard to the broad framing of the issue by the German Delegate. He asked how this issue of reciprocity could be handled. Could the civil law delegations advise him why, for example, a Dutch citizen should not be allowed to use the trust device legitimately?

The Chairman stated that Working Document No 33 dealt with a different problem from that in article 14 as originally proposed. The Convention attempted to solve the problem of the recognition of trusts as a matter of co-ordination between civil law and common law countries. It attempted to provide for the effects to be granted to common law trusts within civil law jurisdictions. The present proposal would envisage the non-recognition of common law trusts within common law jurisdictions, quite a different proposal. It would create a rule declaring invalid within common law jurisdictions trusts that would be otherwise valid. The Commission should be very careful in this area, and the Chairman believed it would be unwise to ask common law jurisdictions to invalidate otherwise valid trusts.
The Chairman requested the view of the Rapporteur.

Le Rapporteur remarque que la plupart des arguments de fond pour ou contre cette solution ont été avancés. Il voudrait faire d'abord des remarques de caractère technique.
Le premier alinéa se base sur la situation des biens pour exclure certains trusts. Cette solution est claire pour les immeubles; mais dès lors qu'il s'agit de droits ou de valeurs, le lieu de situation devient douteux. Au second alinéa, il est fait utilisation comme point de rattachement de la notion de nationalité. L'utilisation d'un tel critère est légitime en matière de successions ou de régimes matrimoniaux, mais en droit des affaires ce rattachement n'a plus aucune importance de nos jours.
En fait, tous les critères choisis ici sont douteux; sauf peut-être celui de la résidence. En tout cas, en les utilisant, on risque d'invalider nombre de trusts fort honorables.
De plus, cet article étant rédigé sur le mode impératif, la Convention risque, si on adopte la proposition, d'annuler davantage de trusts que la pratique actuelle.
Il est possible que, dans un certain sens, cette disposition soit le carrefour politique de la Convention; mais il n'est pas convaincu que tous les Etats de droit civil soient disposés à se faire les défenseurs d'autres Etats de droit civil.
Cette proposition devrait donc être rédigée de manière plus nette, mais il doute que ce soit possible.
En fait, la solution de ces problèmes peut se faire au moyen d'une clause de sauvegarde dans le sens des variantes A ou B de l'article 14 actuel éventuellement modifiées.

M. Espinar (Espagne) se déclare sensible à certains arguments critiquant la proposition qu'il défend. Les considérations de politique législative sont à la base de cette proposition. Il veut bien souscrire à une convention qui a pour but la reconnaissance de trusts faits dans des pays de *common law*, mais pas à une convention permettant d'introduire cette institution dans les pays de droit civil. L'article 14 actuel ne donne pas de garantie suffisante.

Mme Revillard (France) est étonnée des réserves des pays de *common law;* elle les trouve excessives.
Elle ne conteste pas le caractère sérieux de l'institution du trust, mais se déclare surprise qu'un juriste de *common law* puisse conseiller à un Français domicilié en Grande-Bretagne et ayant des biens en France de faire un trust. Elle imagine mal qu'on puisse aux Etats-Unis conseiller à un Espagnol ayant sa fortune principalement en Espagne de recourir à un trust pour la gérer.
Elle insiste sur la nécessité pour les pays de droit civil de disposer d'une protection satisfaisante, et conclut dans le sens de la remarque du délégué espagnol en s'élevant contre l'idée que la Convention puisse permettre d'introduire le trust dans les pays qui ne connaissent pas cette institution.

M. Voulgaris (Grèce) comprend le doute émis par les pays de *common law*. Il souligne que le trust est une institution valable, mais manifeste son désir de préserver la tradition juridique des pays de droit civil. Il déclare que la Convention ne doit pas permettre une introduction indirecte dans les pays de droit civil d'une institution étrangère. Il décide donc de continuer à soutenir la proposition faite au Document de travail No 33.

The Chairman stated that a vote on Working Document No 33 would be postponed to the following morning, and adjourned the meeting at 6.00 p.m.

Procès-verbal No 8

Documents de travail Nos 50 à 54
Working Documents Nos 50 to 54

Distribués le 13 octobre 1984 (matin)
Distributed on 13 October 1984 (morning)

No 50 – Proposal of the Chairman
– Proposition du Président

Article 14

Variant A

No Contracting State shall be bound to recognize a foreign trust all of the relevant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration or the habitual residence of the trustees, are most closely connected with the law of a State which does not have the institution of the trust or that category of trust.

Variant B

No Contracting State shall recognize a foreign trust all of the relevant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration or the habitual residence of the trustees, are most closely connected with the law of a (Contracting) State which does not have the institution of the trust.

Note: Adoption of either variant B or the proposal in Working Document No 33 will necessitate the revision of article 15.

Article 14

Variante A

Aucun Etat contractant ne pourra être contraint de reconnaître un trust étranger quand tous ses éléments, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu de son administration ou de la résidence habituelle des *trustees*, ont des liens plus étroits avec l'Etat qui ne connaît pas le trust ou cette catégorie de trust.

Variante B

Aucun Etat contractant ne reconnaîtra un trust étranger dont tous les éléments, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu de son administration ou de la résidence habituelle des *trustees*, ont des liens plus étroits avec la loi de l'Etat (contractant) qui ne connaît pas l'institution du trust.

Note: L'adoption de la variante B ou de la proposition figurant au Document de travail No 33 nécessitera la revision de l'article 15.

No 51 – Proposition des délégations de la France et du Royaume-Uni
– Proposal of the French and United Kingdom delegations

Nouvel article

Tout Etat contractant pourra, par déclaration, étendre l'application de la Convention aux trusts institués par une décision de justice.

Cette disposition est inspirée de l'article 25 de la Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires.

New article

A Contracting State may by declaration extend the application of the Convention to trusts declared by a judicial decree.

This provision is inspired by article 25 of the Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations.

No 52 – Proposal of the Hellenic delegation
– Proposition de la délégation hellénique

Article 20

1 *Replace in the first line the word* 'application' *by the expression* 'giving effect'.

2 *Add a third paragraph:*

Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the trust.

Article 20

1 *Remplacer dans la première ligne le mot* «application» *par l'expression* «donner effet».

2 *Ajouter un troisième alinéa:*

Aucune disposition de cette Convention ne doit restreindre l'application de règles de la loi du for dans le cas où elles sont impératives quelle que soit la loi autrement applicable au trust.

No 53 – Suggestion du Bureau Permanent en consultation avec la Banque des Règlements internationaux.
– Suggestion of the Permanent Bureau made in consultation with the Bank for International Settlements

(Ce document remplace le Document de travail No 18)

Article 19

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des règles impératives de la loi désignée par les règles de conflit du for, régissant en particulier:

b le transfert de propriété, spécialement à l'égard des tiers, et les sûretés;

(This document replaces Working Document No 18)

Article 19

This Convention does not prevent the application of a mandatory rule of the law designated by the choice of law rules of the forum governing in particular –

b the transfer of title to property especially in relation to third parties, and security interests;

No 54 – Proposition du Rapporteur
– Proposal of the Rapporteur

Article 19

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des

règles de la loi désignée par le droit international privé du for auxquelles il ne peut être dérogé par une manifestation de la volonté et qui régissent en particulier:

a ...
b ...
c ...
d ...
e ...

[Le deuxième alinéa est supprimé.]

Article 19

This Convention does not prevent the application of rules of the law of a State designated by the private international law of the forum, which cannot be derogated from by voluntary act, and governing in particular –

a ...
b ...
c ...
d ...
e ...

[Delete the second paragraph.]

Procès-verbal No 9

Séance du samedi 13 octobre 1984 (matin)
Meeting of Saturday 13 October 1984 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman turned the attention of the Commission to Working Document No 33, which had been put forward on behalf of five delegations, and which introduced an obligation not to recognize a trust in certain defined cases. He suggested that a provision such as this would essentially change the Convention. He said that at present the intention of the Convention is contained in article 15, that is, that a Contracting State is allowed to recognize trusts even if it is not bound to do so under the provisions of the Convention. If Working Document No 33 were adopted, it would prevent countries from recognizing trusts in this way and thus some delegations would be unable to ratify the Convention. For this reason he said he had submitted Working Document No 50. Variant B in this document contained a ban on recognition, but it was a limited ban. He explained that in variant B reference was made to trusts coming from another jurisdiction, and not one which was created in the jurisdiction in which recognition was sought. This would allow, for example, an English court to recognize an English trust but not to recognize one from another State. He explained that his intention had been to limit the ban on recognition of trusts as much as possible. Finally, he stated that he would prefer not to have any ban on recognition and thus suggested that a State be free to recognize trusts which lay outside the provisions of the Convention although it would not be required to do this.

Mr Boggiano (Argentina) stated that he was prepared to accept the draft along the lines of variant A in Working Document No 50, that is, it should begin 'No Contracting State shall be bound...', with the purpose to amend the proposal in Working Document No 33, just to present it, as a matter of principle, in a facultative character. This, certainly, was subject to a proper drafting of the text.

Mr Reese (United States) said he would welcome a proposal which began 'No Contracting State shall be bound...', but would ask that the Drafting Committee be free to consider the wording of the French proposal in Working Document No 33, and merely to prefix it with the words 'No Contracting State shall be bound'.

The Chairman pointed out that the Drafting Committee would certainly be permitted to do this.

M. Riad (Egypte), en sa qualité de co-auteur du Document de travail No 33 accepte d'apporter un amendement à ce texte de manière à le rendre plus acceptable pour les pays de *common law*. Dans sa version modifiée, la proposition devrait être comprise comme signifiant que «les Etats parties ne sont pas tenus de reconnaître...».

M. Voulgaris (Grèce), également co-auteur de la proposition du Document de travail No 33, se rallie à cet amendement. Il est admissible de faire de cette disposition une simple faculté et non une obligation. Il accepte également la proposition de M. Reese qu'il serait possible de combiner avec la proposition commune du Document No 33.

Le Rapporteur estime également qu'il est bon de rendre cette clause de sauvegarde facultative. Dans le cas contraire, on risquerait de faire tomber des trusts parfaitement respectables sous le couperet de cette disposition. Sur le choix entre la proposition du Document de travail No 33 ou la proposition du Président, cette dernière paraît préférable. Le caractère indéterminé de la disposition permet d'éviter que l'on puisse la tourner trop facilement. Il y a cependant deux éléments à modifier dans la proposition du Président: tout d'abord l'idée de «trusts étrangers». Il s'agit là d'une idée nouvelle qui est particulièrement vague et qui ne paraît pas se justifier ici. En second lieu, à l'avant-dernière ligne, il serait préférable de parler d'«Etats» au pluriel plutôt qu'au singulier. On engloberait ainsi une situation qui a déjà été évoquée dans le contexte de la discussion du Document de travail No 33. Si un trust n'a de lien effectif qu'avec la Belgique et les Pays-Bas, il ne doit pas être reconnu.

Le Président indique que la version française du Document de travail No 50 (variante A, cinquième ligne) doit être lue comme faisant référence aux «liens les plus étroits avec *un* Etat». Pour tenir compte de l'observation du Rapporteur, il conviendrait alors de lire «liens plus étroits avec *des* Etats qui ne connaissent pas le trust ou la catégorie de trust».

M. Loewe (Autriche) se prononce dans le même sens. La proposition du Document de travail No 33 a de quoi surprendre. Un pays ne peut pas s'engager à ne pas reconnaître quelque chose. On peut s'engager à reconnaître, non s'engager à ne pas reconnaître. La variante A de la proposition du Président est la meilleure, si on la lit avec l'amendement proposé par le Rapporteur. Il conviendrait toutefois d'aligner le texte français sur la rédaction du texte anglais.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that the United Kingdom delegation agreed with the views of the Austrian Delegate. He explained that they could not accept Working Document No 33 in its present form, as trusts, presently valid in the United Kingdom, would then be invalidated. He said that if Working Document No 33 were prefixed by the words 'No Contracting State shall be bound...', he would be able to accept it.
He noted that the countries of the European Economic Community already had a Convention, the Brussels Convention on jurisdiction and recognition of judgments which provided for recognition of certain judgments from other EEC States, and which included recognition of judgments about trusts. He asked other EEC States to keep this Convention in mind when discussing the provision at present before the Commission. He felt that variant A of Working Document No 50 was the best choice as it allowed common law countries sufficient freedom to recognize trusts but, in extracting the elements which would give rise to a sham trust, it would not force civil law States to accept trusts made under their own laws.

Mr Andersen (Denmark) felt that the Convention should not talk of 'foreign trusts' but rather talk about 'trusts'.

Mme Revillard (France) est également d'accord pour rendre la disposition facultative. En revanche, la proposition du Document de travail No 50 lui paraît surprenante, surtout dans sa variante A. Elle s'interroge sur la portée exacte de cette clause. Interprétée strictement, elle serait infiniment plus restrictive que la proposition du Document de travail No 33. La référence à un trust «étranger» serait en toute hypothèse à éviter. Quant à la version française, le terme *«relevant»* n'y apparaît pas. Il y aurait lieu de trouver une formule équivalente. Mais elle aimerait également que l'on donne des exemples pratiques de façon à ce que l'on puisse réfléchir sur la portée exacte de la variante A.

Le Rapporteur estime que sur le fond, le texte s'inspire de la variante B de l'avant-projet. Le fait de désigner un *trustee* à Londres, de choisir la loi anglaise, en bref de jouer sur les éléments qui dépendent de la volonté des parties, ne rend pas pour autant le trust véritablement international. C'est cette situation qu'il convient d'exclure lorsque les principaux éléments objectifs du trust sont situés dans des pays qui ignorent l'institution.
Par ailleurs, il faudrait préciser qu'il ne s'agit pas des éléments reliés «à une loi» mais reliés «à un Etat», la loi n'intervenant que de manière seconde. Pour illustrer le sens de la proposition, il est possible de réfléchir sur des exemples. Dans la première hypothèse, on peut imaginer qu'un constituant français entende faire un trust sur un immeuble situé aux Etats-Unis. Dans ce cas le trust aura un véritable caractère international et il conviendra d'en assurer la reconnaissance. Si le même immeuble est en Espagne, les liens essentiels existent avec des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust et l'on ne peut pas reconnaître le trust.

Mr Gambaro (Italy) expressed a preference for variant A of Working Document No 50, in so far as it did not contain a mandatory ban on recognition. However, he preferred the wording of Working Document No 33. He felt Working Document No 33 explained the elements of a trust which must be looked to in this context more clearly than was done in Working Document No 50. This he felt would be easier for courts of civil law jurisdictions to apply.

The Chairman felt it was impossible to enumerate the important issues to be taken into account, and felt that it should be a question of the State with which the trust was most closely connected. He called for a vote on the proposals set out in Working Document No 33.

M. Riad (Egypte) se demande dans ces conditions ce que devient la proposition du Document de travail No 33. Ne faut-il pas la mettre également aux voix?

M. Gambaro (Italie) estime également que cette proposition devrait être préalablement mise aux voix.

Mr Reese (United States) asked whether the vote was on Working Document No 33 as it stands or prefixed by the words 'No Contracting State shall be bound'.

The Chairman said that the vote would include the prefix.

Mr Reese (United States) suggested that it might be better to vote on the idea that States should be free to recognize trusts if they so desired.

The Chairman explained that though this would be acceptable to the Chair he could not refuse a request for a vote on Working Document No 33.

M. Volken (Suisse) estime que la proposition du Document de travail No 33 soulève une difficulté particulière à l'article premier. La référence au lieu de situation des biens se justifie peut-être pour les immeubles.
Pour les meubles, en revanche, il est particulièrement difficile de prouver le *situs*. L'imprécision de la situation de certains meubles tels que les meubles incorporels rendrait extrêmement difficile à mettre en oeuvre une telle disposition.

Le Président partage cette opinion.

M. Loewe (Autriche) insiste également sur les difficultés soulevées par le Document de travail No 33. Le mot «principalement» lui paraît ouvrir de grandes incertitudes. Par ailleurs, même si elle devient facultative, la proposition est plus restrictive que celle du Document de travail No 50. Il semble bien y avoir une certaine concurrence entre les deux documents. En effet plusieurs délégations semblent prêtes à accepter l'une ou l'autre de ces propositions. Dès lors, l'ordre du vote devient particulièrement important, le vote sur une disposition risquant d'enlever toutes ses chances à l'autre. Aussi propose-t-il que l'on procède tour à tour à un vote sur chacune des propositions.

Mr Andersen (Denmark) felt that he could not agree with the last proposal and wished to have a vote on Working Document No 33.

Mr Hayton (United Kingdom) declared that he found it difficult to understand the principle of Working Document No 33, as it appeared to contain a number of separate ideas.

He stated that it appeared to him that most people would agree with variant A in Working Document No 50, subject to its wording being tightened up in the Drafting Committee so as to conform more closely to the wording in Working Document No 33.

The Chairman said that if Working Document No 33 was not withdrawn he would have to have a vote upon it, but he made it clear that he would, whatever the outcome of the vote on Working Document No 33, allow a vote on Working Document No 50.

Mr Westbroek (Netherlands) stressed that under Working Document No 33 the restrictions on people in common law countries would be too great.

Mme Revillard (France) précise, sur la question de nationalité qu'il ne s'agit pas d'interdire qu'une personne de nationalité d'un Etat de *common law* puisse constituer un trust sur une masse de biens comprenant des biens situés en France. Ce qu'il convient d'éviter c'est qu'un trust soit constitué exclusivement sur des biens situés en France. Les juristes des pays de *common law* savent parfaitement qu'ils n'auront jamais intérêt à conseiller la constitution d'un trust sur des biens situés exclusivement en France. Par ailleurs, il ne semble pas qu'il faille exagérer la difficulté de localiser des biens, même meubles. On peut toujours réussir à localiser un patrimoine.

Mr Bennett (Australia) agreed with Mr Hayton in saying that the principle in Working Document No 33 was unclear, and suggested that if the delegates were to vote on Working Document No 33 such a vote should either be on a single specific principle or on an exact proposal.

The Chairman announced a vote on the *principle contained in Working Document No 33 but to be prefixed by the words 'No Contracting State shall be bound...'.*

Vote

This proposal was rejected by a vote of 11 against (Australia, Austria, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Ireland, Japan, Netherlands, Switzerland, United Kingdom, Venezuela), 7 in favour (Argentina, Denmark, Egypt, France, Greece, Italy, Spain), with 4 abstentions (Belgium, Federal Republic of Germany, Poland, United States).

A vote was then taken on the *proposal contained in variant A of Working Document No 50.*

Vote

This proposal was adopted by a vote of 16 in favour (Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Federal Republic of Germany, Ireland, Japan, Netherlands, Poland, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela), none against, with 6 abstentions (Argentina, Denmark, Egypt, France, Greece, Italy).

It was announced by the Chairman that this proposal would now be sent to the Drafting Committee.
The Commission then turned to consideration of article 15. The Chairman said that there were no proposals for amending this article and thus it would be adopted as it stood.
He then turned to discussion of Chapter IV: General Clauses, and began discussion of this Chapter by looking at article 16. Under this article there was a suggested amendment in Working Document No 45 from the Sub-Committee on General Provisions and Final Clauses. He called upon Mr Růžička to address this Working Document.

Mr Růžička (Czechoslovakia) explained that the proposed change was simply one of drafting and that the Sub-Committee had preferred the wording to be found in the International Convention on the Sale of Goods, which they had thus adopted.

The Chairman introduced Working Document No 43 from the United States of America.

Mr Reese (United States) explained that normally if a settlor made a choice of law he meant only the local laws, and would not mean to have included its private international laws. However, if the settlor wished to include the whole, including its private international law rules, he should be allowed to do so, by expressly stating this at the time he makes the choice.

M. Loewe (Autriche) a un sentiment mêlé à l'égard de la proposition américaine. En principe, dans toutes les matières où les parties sont libres de choisir la loi, cela implique l'exclusion des règles du droit international privé. Peut-être peut-on admettre que la loi soit indirectement choisie à travers la référence aux règles de droit international privé d'un système. En toute hypothèse, cette solution ne devrait pas jouer lorsque la détermination de la loi ne repose pas sur un choix mais sur un élément de rattachement objectif. Ainsi, dans son état actuel, la proposition américaine est trop générale. Il serait sans doute possible de l'améliorer en ajoutant la précision que cet amendement vaut «lorsqu'il s'agit de la loi choisie par le constituant».

M. Voulgaris (Grèce) soutient la proposition américaine. Celle-ci est conforme aux pouvoirs du constituant. A quoi bon limiter le pouvoir que lui a donné la Convention? Ce qui peut désigner une loi directement, doit pouvoir également désigner une loi indirectement par référence aux règles de conflit d'un système déterminé.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) thought that a choice of private international law rules would normally be those provided for within the Convention. He did not wish to give the settlor a chance to choose his own private international law rules as this would lead to complications and, for the sake of clarity, should be prevented.

M. Riad (Egypte) relève que le texte de la proposition américaine est parfaitement rationnel. Il est vrai que le constituant a le pouvoir de choisir la loi et qu'un choix indirect est concevable. Mais le constituant ne doit pas avoir le droit de rendre la question trop confuse. Il devrait lui-même chercher dans le droit international privé la loi applicable et la désigner directement en nous épargnant ce labyrinthe.

The Rapporteur saw no danger in the proposal but wondered whether there was any need for it, as an ability to choose one's own private international law rules would only be attractive to an expert on private international law.

Mr Reese (United States) said that although he would prefer to permit the settlor to have the power to make this choice he would not insist upon it.

M. Volken (Suisse) entend poser une question au Secrétariat. Parmi les différentes Conventions de La Haye élaborées depuis 1951, existe-t-il aussi des conventions

qui admettent un tel système? Ou serait-on, au contraire, en présence d'une règle totalement nouvelle?

Le Président répond que ce serait la première fois que l'on verrait un tel système dans une Convention de La Haye.

Mme Revillard (France) observe que l'introduction d'un renvoi, même limité, compliquerait singulièrement les choses. Ce serait également contraire aux traditions des Conventions de la Conférence de La Haye.

The Chairman called for a vote on the *proposal contained in Working Document No 43.*

Vote

The motion was rejected by a vote of 12 against (Australia, Austria, Belgium, Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, France, Federal Republic of Germany, Japan, Netherlands, Poland, Switzerland), 4 in favour (Greece, United Kingdom, United States, Venezuela), with 5 abstentions (Argentina, Canada, Denmark, Ireland, Italy).

The Chairman thus adopted article 16 subject to amendment by the Drafting Committee as suggested in Working Document No 45. He announced that as there were no proposals to amend article 17, it would be adopted in its present form. Therefore he turned to article 18 where, although there were no firm proposals, it was clear that the delegates had some comments to make.

M. Loewe (Autriche) n'a pas de proposition à présenter sur ce point, mais il voudrait que le Comité de rédaction reprenne le texte français en supprimant la négation. Une telle formulation serait plus cohérente avec les autres dispositions de la Convention.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) pointed out that the wording chosen was not foreign to international conventions.

Mr Loewe (Austria) suggested that other conventions had a different formulation.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) pointed out the Hague Convention on the Law Applicable to Agency contained a formula which had already been used in many conventions and suggested that it might be better to keep to such a formulation.

Le Rapporteur pense, quant à lui, que l'article 18, tel qu'il est rédigé actuellement, est meilleur que la proposition de M. Loewe.

The Chairman explained that the text of article 18 was going to go before the Drafting Committee in any case as the French and English texts were not exactly compatible.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) suggested that the English text was closer to that normally found in such conventions.

Le Rapporteur, faisant référence au texte anglais, dit qu'il correspond au texte français relatif à la Convention sur la protection des mineurs.

The Chairman referred article 18 to the Drafting Committee with instructions that they take into account the preceding discussions. He then postponed discussion of articles 19 and 20 and looked instead at Working Document No 51 from the French and English delegations.

Mr Hayton (United Kingdom) explained the idea of Working Document No 51. He said that under article 3 of the present Convention the Commission had excluded judicially created trusts from recognition, but EEC States were already bound, by the Brussels Convention on jurisdiction and recognition of judgments, to recognize such trusts. Thus, for EEC States it would be better to make it clear that EEC countries could recognize judicially created trusts. Thus this provision would allow EEC States to stay within their present international obligations.
He added that the proposal in Working Document No 51 could possibly be extended so as to read 'Contracting State, on such terms as it chooses, may...'.

M. Volken (Suisse) désirerait poser une question à M. Hayton. Si le Royaume-Uni fait usage de cette déclaration, il voudrait savoir quelles seraient les répercussions pour la Suisse.
Il pense qu'il serait utile que le Comité de rédaction éclaire cette difficulté.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that the proposal would allow, for example, the United Kingdom to expressly declare it would recognize all judicially created trusts which had been created in EEC countries, and thus they would recognize Irish trusts. It would also allow them to declare that they would recognize all judicially recognized trusts created by any other Contracting State, possibly even all States. It would be up to the State itself to decide how wide the recognition should go.

The Chairman noted that, under this proposal, no State would be bound to recognize judicially created trusts, but could, if it wished to do so.

M. Loewe (Autriche) se déclare d'accord pour que le Comité de rédaction ou que le Comité s'occupant des clauses finales examine ces questions. Il désirerait savoir, notamment, quand une telle déclaration peut être faite et si elle peut être retirée. Il désirerait également d'autres précisions techniques du même genre.

Le Rapporteur note que cette question dépendra essentiellement des pays. En matière de trust judiciaire, il n'est pas possible de mettre d'obligations à la charge des Etats contractants. Il ne s'agit ici que de permettre à un Etat d'aller éventuellement plus loin que les règles de la Convention. Mais, il est clair qu'aucune obligation ne sera mise à la charge des Etats contractants sur ce point.

The Chairman called for a vote on the *proposal in Working Document No 51.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 21 in favour (Argentina, Australia, Belgium, Canada, Cyprus, Denmark, Czechoslovakia, Egypt, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Italy, Japan, Netherlands, Poland, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela), none against, with 1 abstention (Austria).

The proposal in Working Document No 51 was thus sent to the Drafting Committee.
The Commission turned its attention to consideration of

articles 19 and 20 and the Chairman explained that the proposals were contained in the following working documents: Working Document No 10 from Austria, Working Document No 18 from the Bank for International Settlements; Working Document No 42 from the United States of America; Working Document No 44 from the Federal Republic of Germany; Working Document No 49 from Austria; Working Document No 52 from Greece; Working Document No 53 from the Permanent Bureau in consultation with the Bank for International Settlements; and Working Document No 54 from the Rapporteur. The Chairman turned to a discussion of Working Document No 54 from the Rapporteur.

Le Rapporteur relève qu'il s'agit là d'un point assez controversé et important. Le Rapport ne consacre pas moins de six pages à la genèse des articles 19 et 20 de l'avant-projet. Il est en effet important de connaître le cheminement intellectuel qui a conduit cette commission à retenir ces textes. La proposition du Document de travail No 54 n'entend nullement apporter de nouveaux éléments. Elle est d'ordre purement rédactionnel. Il s'agit de tenter de clarifier la discussion. La difficulté tient au fait que l'on emploie les mêmes termes de «règle impérative» ou «*mandatory rule*» pour désigner des choses bien différentes aux articles 19 et 20. A l'article 19, il s'agit simplement de règles impératives au sens du droit interne. On ne peut pas y déroger à l'avance mais on peut y renoncer par la suite: les héritiers ne sont pas tenus de réclamer leur réserve. En ce sens, les dispositions impératives s'opposent aux règles dispositives. En revanche, au sens de l'article 20 il s'agit des lois d'application immédiate ou, dans la terminologie de la Convention de Rome, des lois de police. Ces dispositions veulent absolument s'appliquer quelle que soit la loi normalement applicable. Leur fondement est différent. La proposition vise à éliminer la terminologie de règles «impératives» à l'article 19 en visant simplement les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par une manifestation de volonté. Quant aux lois de police, il devient possible de leur réserver le terme de dispositions impératives à l'article 20.

The Chairman explained that, if the proposals of the Rapporteur were followed, the Commission could, none the less, retain the words 'mandatory rules' in article 20 but, if this were done it might mean using the phrase 'mandatory rules' in an abnormal way.

Le Rapporteur observe que la confusion terminologique provient de la Convention de Rome. Le terme «*mandatory rule*» ou «disposition impérative» y est pris dans deux sens différents: dispositions impératives au sens du droit interne et lois de police. C'est là une question de rédaction qu'il est possible d'améliorer, mais il est nécessaire de tenir compte de cette distinction pour les besoins de la discussion.

Mr Reese (United States) turned to Working Document No 42 and explained that the United States proposal would amalgamate articles 19 and 20 and that, although the Rapporteur's suggestion would go some way towards the United States proposal, he still felt that Working Document No 42 was important.
He said that in using the words, in article 20, 'So far as under the law of that State that rule applied irrespective of the law specified by the choice of law rules of that State', the Convention was talking of a rule of law which a State would apply before getting to its choice of law rules. This was an idea that was very difficult for American lawyers to grasp. He said that for this reason the American proposal would amalgamate articles 19 and 20.

The Rapporteur pointed out that in his Report he had suggested that the words which Mr Reese had said would cause problems in the United States ought to be deleted. Under Working Document No 42 he said that the choice of law rules of the forum would be excluded, and that it was important to civil law States that these be included; thus, he would not support the American proposal.

Mr Reese (United States) considered that the choice of law rules were implicitly included in Working Document No 42 but, if this were not the case, he would be quite happy to add them.

The Chairman suggested that the Commission ought first to decide whether it wanted to have a proposal such as that contained in the present article 20. The Federal Republic of Germany, in Working Document No 44, had proposed to exclude it.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) explained that the underlying idea of Working Document No 44 was to accept the principle contained in the present article 19, but also to extend it and to put article 20, insofar as it is acceptable, into the same article. However, he said that he would not be opposed to the Rapporteur's suggestion for two articles. His delegation had recognized that articles 19 and 20 used the phrase 'mandatory rules' differently. What was proposed was that one should restrict article 20 by leaving out the internationally mandatory rules of third States, *i.e.* leaving out the rules contained in article 7(1) of the Rome Convention.

The Chairman explained that this would mean that a State would not apply laws of immediate application which were not part of the laws of the forum or of the applicable law.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) expressed support for what had been said by the Rapporteur, when he was discussing article 19, but said he would like to make a few points clearer.
(1) He wished to have extra protection for transfer of property.
(2) He considered that protection of third parties was very important. At present third parties were only specifically protected on insolvency; he would prefer a general protection for third parties.
(3) One of the dangers of the Convention as far as civil law countries were concerned was that recognition of trusts might cause problems in the company law of such countries and he wished that provision be made for protection in this area.
(4) He also wished to apply mandatory rules to insolvency in general, rather than having them confined to protection of third parties, as at present. He had realized that his proposals were far-reaching and that common law countries might find them difficult to accept. He thus suggested a second paragraph to article 19, which would provide that a judge try to give effect to the trust as far as possible, despite problems of mandatory rules.

The Chairman tried to limit the debate to the question of whether the Convention should contain a provision such as the present article 20, whether this should be completely deleted, or be included in a way similar to that suggested by the Austrian delegation.

Procès-verbal No 9

M. Loewe (Autriche) explicite le sens de la proposition formulée au Document de travail No 10 tendant à la suppression pure et simple de l'article 20 sur l'avant-projet. Sur les lois de police, il n'y aurait qu'un seul précédent, celui de la Convention de Rome. Malheureusement, l'Autriche n'est pas Partie à la Convention de Rome. Au cours des travaux de la Conférence de La Haye tendant à la revision de la Convention de 1955 sur la vente, la question a été très discutée. Cette question relève du droit international public et n'a pas sa place dans un texte de droit international privé. Par ailleurs, une telle disposition serait extrêmement vague et son application pourrait conduire à fausser les résultats auxquels conduit l'application du droit international privé du for. Les lois de police pourraient également être utilisées comme prétexte par certains pour se dérober à leurs obligations. On trouve la même idée dans le Document de travail No 42 émanant de la proposition américaine. C'est la raison pour laquelle elle ne serait pas davantage acceptable. En revanche, il serait possible d'accepter la proposition allemande sous réserve de questions de rédaction, à l'exclusion du paragraphe entre crochets qui donne un pouvoir trop large aux juges.

Mrs Grammaticaki-Alexiou (Greece) said that everybody was aware that the Rome Convention did not apply to all countries of the Commission, but none the less if it could help the Commission in its deliberations it should be looked at, especially the principles found in article 7 of the Rome Convention.
She stressed that the mandatory rules referred to by article 19 are not the same as *règles d'application immédiate* (internationally mandatory rules). If the latter were to be accepted as a principle, then they should be placed separate from ordinary mandatory rules of the forum, which are simply the rules of *'jus cogens'* of each legal system.
She wanted internationally mandatory rules of the forum to be dealt with by the Convention and suggested the formula used in article 7(2) of the Rome Convention.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) recalled, in answer to the Austrian suggestion, that in article 16 of the Hague Convention on the Law Applicable to Agency there was a provision very similar to that found in article 7(1) of the Rome Convention.

M. Espinar (Espagne) appuie la proposition du Rapporteur. Il convient de maintenir les deux articles. Il s'agit de deux questions complètement différentes. D'une part, le trust peut se heurter à d'autres institutions qui doivent être préservées dans la mesure où elles ne sont pas dispositives. La question de l'article 20 est différente. On trouve des dispositions semblables dans la Convention de Rome ainsi que dans les Conventions de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière et sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits. La rédaction peut être plus précise et plus courte mais il convient de donner au juge de tels instruments de façon à lui permettre de tenir compte des divers problèmes susceptibles de se poser.

Mr Hayton (United Kingdom) wished to express support for the German proposal insofar as it clarified the position, certainly for common law lawyers. He explained that trust lawyers would find it very difficult to know what is meant by internationally mandatory rules and to have them enumerated along the lines of the German proposals would simplify the position.

Le Rapporteur relève que l'on a, à présent, clairement mis en lumière les différences entre la philosophie des articles 19 et 20. Il ne s'agit pas d'entrer dans un nouvel épisode de la guerre de religion entre partisans et adversaires des lois de police. Ceux qui sont opposés à l'article 7 de la Convention de Rome seront aujourd'hui opposés à l'article 20 de l'avant-projet. L'inverse n'est pas nécessairement vrai. On peut être partisan du principe du recours aux lois de police étrangères sans que l'on estime nécessaire d'insérer ce mécanisme dans une convention précise. Dans une convention sur le trust, il y aurait toutefois un argument supplémentaire en faveur de l'inclusion. C'est l'idée d'entraide entre les Etats. La délégation française a essayé d'introduire cette idée de solidarité entre les Etats à plusieurs reprises et notamment dans la discussion de l'article 14. Le trust pourrait être utilisé pour tourner certaines règles étrangères importantes. Cela devrait être, pour les pays de droit civil, un argument supplémentaire pour permettre l'application des lois de police étrangères. Quant à la proposition allemande, elle contient des points intéressants. Elle explicite le recours aux lois de police du for qui se trouvait implicitement inclus dans l'article 20 de l'avant-projet. Cela paraît aller de soi et cela sera toujours le cas même si la Convention ne le dit pas. Dans cette hypothèse, il conviendrait peut-être d'avoir deux dispositions séparées pour traiter de deux questions distinctes. Par ailleurs, c'est l'intérêt de la proposition allemande d'émettre une idée intéressante sur les imputations. Mais la question mériterait d'être également discutée séparément.

Mr Reese (United States) said he had no objection to the Rapporteur's suggestion.

Mr Pryles (Australia) expressed a preference for the proposal of the German delegation in Working Document No 44 which, he considered, to be much clearer than the present wording in articles 19 and 20.
In relation to exclusion of foreign mandatory rules, he preferred the German proposal to that of article 7(1) in the Rome Convention.

Le Président estime que si l'on supprime de l'article 20 la question des lois de police étrangères, un seul article sera sans doute suffisant. Si, en revanche, on ne supprime pas la disposition relative aux lois de police étrangères, deux textes seront sans doute nécessaires.

M. Espinar (Espagne) demande si dans la proposition allemande ce qui disparaît c'est l'article 19 ou l'article 20, compte tenu de l'ambiguïté de la notion de normes impératives.

M. Volken (Suisse) fait remarquer que ce qui rend le choix difficile, c'est que les propositions se recoupent partiellement. La proposition allemande tient à l'article 19 du projet de la Commission spéciale qui mentionne les dispositions impératives de la loi applicable: c'est le deuxième alinéa de la proposition allemande. Quant à l'article 20, la proposition allemande n'en retient que la moitié, celle qui concerne les lois de police du for et exclut les lois de police étrangères. C'est d'ailleurs la seule question véritablement controversée.

The Chairman explained that if a decision were made on the proposal to delete article 20 it would not limit the Commission in discussion of the German proposal.

M. Volken (Suisse) estime qu'il convient de mettre aux voix les principes et non des textes précis. Veut-on réserver: 1) les règles impératives de la loi applicable?

2) les règles d'application immédiate ou lois de police du for? 3) les lois d'application immédiate étrangères ou lois de police des Etats tiers? Il serait sans doute possible de voter sur ces trois principes en réservant la question de la rédaction.

Mrs Grammaticaki-Alexiou (Greece) said that if the German proposal were adopted it would need careful redrafting so as to clarify the definition of mandatory rules.

The Chairman called for three votes.

Votes

Vote on the proposal that mandatory rules, as envisaged in article 19, should be retained: this proposal was unanimously adopted.

Vote on the proposal that the rules of immediate application of the forum be adopted: this proposal was unanimously adopted.

Vote on the proposal that the rules of immediate application of third States be adopted: this proposal was rejected by 13 votes against (Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, Federal Republic of Germany, Ireland, Japan, Poland, United Kingdom, United States), 6 in favour (Argentina, Czechoslovakia, Italy, Spain, Switzerland, Venezuela), with 3 abstentions (France, Greece, Netherlands).

These decisions were sent to be dealt with by the Drafting Committee.

The Chairman closed the meeting at 1 p.m.

Document de travail No 55

Distribué le 15 octobre 1984 (matin)

Proposition du Comité de rédaction

N.B. Le Comité de rédaction n'a pas pris de décision sur l'ordre de présentation des quatre premiers articles.

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier – Variante A

La présente Convention détermine la loi applicable au trust; elle régit également sa reconnaissance dans les rapports entre les Etats contractants.

Variante B

[La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.]

Article 2

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité de testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee*.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le

Working Document No 55

Distributed on 15 October 1984 (morning)

Proposal of the Drafting Committee

N.B. The Drafting Committee has not made a decision on the order of the first four articles.

CHAPTER 1 - SCOPE

Article 1 – Variant A

This Convention specifies the law applicable to trusts; it also governs their recognition in relations between Contracting States.

Variant B

[This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.]

Article 2

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Article 3

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Article 4

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – *inter vivos* or

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, 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.

Article 5

La Convention ne s'applique pas lorsque les lois déterminées par les articles 6 et 7 ne connaissent ni l'une ni l'autre l'institution du trust ou la catégorie du trust en cause.

on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

a the assets constitute a separate trust fund and are not a part of the trustee's own estate;

b title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

c the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Article 5

The Convention does not apply when neither the law specified by article 6 nor the law specified by article 7 provides for trusts or the category of trust involved.

Document de travail No 56
Working Document No 56

Distribué le 15 octobre 1984 (matin)
Distributed on 15 October 1984 (morning)

Proposition de la délégation suisse

Article 26bis

Changer la première phrase de l'alinéa 3:

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion.

Procès-verbal No 10

Séance du lundi 15 octobre 1984 (matin)
Meeting of Monday 15 October 1984 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. Mr von Overbeck (Switzerland) was the Rapporteur.

The Chairman welcomed the new delegates. He then resumed the discussion on article 19, recalling that on Saturday morning the Commission had taken a number of decisions of principle with regard to articles 19 and 20. He summarized those decisions as follows. First, article 19 would deal with mandatory rules in the normal sense. Second, article 19 would make reference to the rules of immediate application *(lois d'application immédiate)* of the forum. Third, article 20 would not deal with the rules of immediate application of third States.
The Chairman noted that the suggestions contained in the second article of Working Document No 44, proposed by the delegation of the Federal Republic of Germany, might either go into a separate article 20 or might be combined in article 19. Also, the article could take the structure suggested in Working Document No 54 from the Rapporteur, or could combine the structural approaches of Working Documents Nos 44 and 53.

These were matters he thought proper to refer to the Drafting Committee.
He turned then to the specific matters set out in article 19, noting the following working documents, which concerned principally the substance of *b* in article 19: Working Document No 49 (Austria), which he considered superseded by the other decisions taken by the Commission; Working Document No 18 (Bank for International Settlements); Working Document No 44 (Federal Republic of Germany), which left unchanged *b* but proposed a change to make *b* wider by use of the general word 'property'; and Working Document No 53 (Permanent Bureau), which was based on a previous proposal from the Bank.
The Chairman called on the Permanent Bureau to speak with regard to its proposal on *b*.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) explained that most civil law jurisdictions have rather precise rules ranking security interests in a fixed hierarchy. Professor Klein previously had convincingly argued that the Convention should not encroach upon these mandatory rules.
Otherwise, the effect of the Convention might be that trusts involving secured property could be created so as to affect assets in civil law countries and disturb the complicated technical structure of these mandatory rules. Although the present article 19 as drafted could be seen as covering this point, he thought it beneficial to make more precise the protection of the mandatory rules in civil law countries with regard to security interests. Professor Klein had submitted a proposal, contained in Working Document No 18, to add a provision under *b* safeguarding *'les droits réels, spécialement à l'égard des tiers'*. However, the Permanent Bureau believed that this provision went too far. After discussions, Professor Klein had agreed with the Permanent Bureau's alternate provision, contained in Working Document No 53. This new formulation would also make superfluous the suggestion contained in Working Document No 19, also from the Bank for International Settlements, which proposed an addition to article 2 to exclude business trusts and trusts creating *'sûretés'* from the scope of the Convention.
Mr van Loon suggested that if the Commission found the Permanent Bureau's proposal acceptable certain technical problems in civil law countries would be avoided.

The Chairman recalled that article 19 was also the subject of Working Document No 42 from the United States, but that this document proposed no amendment to letters *a* to *e;* therefore consideration of this Working Document could be postponed for the moment. He noted that the Permanent Bureau's Working Document No 53 concerned the same subject as that in Working Document No 44 from the Federal Republic of Germany, and he called on Mr Pirrung to comment.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) stated that *b* utilized the word 'property' as a way of making plain that the concept of *'Sachenrecht'* was included. He translated this term roughly as 'rights *in rem'* or *'droit des choses'*. His general formulation would adequately and legitimately meet the German concerns. He did not consider the precise form of his proposal crucial, but sought consensus on the general proposal.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) explained that article 11 as drafted, and in particular paragraphs 2 and 3 thereof, are subject to article 19. In the hands of a judge or other official not willing to give effect to the Convention, a broadly drafted article 19 could be used to nullify the contents of article 11. He therefore thought it important to be as precise as possible in article 19 to avoid a formulation overlapping entirely article 11. He wished to leave as much as possible in article 11 beyond the scope of article 19 while ensuring protection of the vital interests of third-party creditors.

Le Rapporteur se demande si la différence est vraiment très grande. Si l'on s'en tient à la lettre du document de travail, presque toutes les questions relatives aux droits réels sont prises en considération, du moins semble-t-il.
Une formule plus précise est préférable à une référence générale aux droits réels. En effet, une formulation générale donne l'impression que tout l'acquis de la Convention est remis en cause par l'article 19. Il se rallie donc à la proposition exposée au Document de travail No 53, d'autant qu'elle a obtenu l'agrément de M. Klein.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed with the comments of the Rapporteur that it would be best to define more specifically the contents of article 19. He disapproved the proposal that 'property' as a general term be part of article 19. Because property is an essential component of any common law trust, inclusion of the term 'property' in article 19 would set up a contradiction in the Convention. Article 11 would direct that Contracting States recognize trusts, while article 19 would allow Contracting States not to recognize trusts. He agreed that civil law countries must be allowed to preserve their own laws regarding transfers of title, but contended that this could be done without this broad exception.

M. Loewe (Autriche) se déclare surpris que l'on attache autant d'importance à cette liste. En effet, dans le texte de base se trouvent à la fin de la phrase les mots «régissant en particulier», or, dans les diverses propositions écrites, ces termes ont été maintenus.
Il confirme le point de vue de M. van Loon: un juge qui voudra ne pas faire application d'un trust parce qu'il existe une règle impérative, pourra toujours rallonger la liste déjà existante.
Il se demande si cette question nécessite une grande discussion, à moins que l'on ne réfléchisse à la portée de cette fin de phrase.

Mr Trautman (United States) wondered about the position of the language 'especially in relation to third parties' in Working Document No 53. He asked whether this language qualified both 'transfer of title' and 'security interests'.
With regard to Working Document No 18 he thought that Professor Klein had intended the qualification for the entire concept. He questioned whether Professor Klein found a limitation acceptable with regard to security interests. He believed that the fundamental problem at hand was protection of third parties acting without knowledge of secret trusts.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) answered that it had been thought self-evident that security interests affect the rights of third parties. If useful, however, the sub-section could be rephrased.

Mr Pryles (Australia) agreed with the comments of the Austrian Delegate. The words 'in particular' in the introductory paragraph of article 19 suggest that the matters enumerated therein are not exclusive. Therefore, in the hands of an unfriendly judge, article 19 could be a ready tool with which completely to negate article 11.

Procès-verbal No 10

He considered Mr van Loon's comments highly relevant, and wished carefully to confine article 19. He would prefer sub-section *b* as drafted in Working Document No 53 to the German proposal.

Mme Revillard (France) a des préoccupations similaires à celles des délégations autrichienne et australienne. Elle se demande si le terme «sûreté» a sa place dans le texte. Il vaudrait mieux, pour être plus précis, utiliser le texte du Document de travail No 53 qui semble viser les sûretés réelles.
Le terme «sûreté» employé isolément, peut être excessif.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) said he would be grateful for a more precise formulation, which the Bureau had not yet been able to achieve.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) proposed that the reference could be more precisely drafted as 'transfer of title to property and security interests in property, especially with regard to third parties'. This formulation would limit the term.

The Chairman believed that the effect of Mme Revillard's suggestion would be to exclude *'sûretés'* of an obligatory nature. He suggested that *b* could be rephrased to reflect that it dealt only with *'sûretés'* in property and not those of another character.

Le Rapporteur croit qu'une restriction aux sûretés réelles satisferait M. Klein. En effet, ce dernier s'est surtout inquiété de l'effet de la création de sûretés, au profit de créancier antérieur à la formation du trust.
Il déclare quand même partager les remarques de M. Loewe.

Mr Varady (Yugoslavia) expressed his dilemma over the introductory sentence of article 19.

The Chairman explained that the Commission had previously taken decisions with regard to this part of article 19 and had referred it to the Drafting Committee. He suggested that Mr Varady wait to consider the new text to see if it met his objections.

Mr Varady (Yugoslavia) agreed to review the new draft and to make his comments thereon.

The Chairman framed the decision presently before the Commission as follows: first, the Commission should decide whether *b* as it presently stands should be extended to include an express mention of security interests as suggested in Working Document No 53. If the Commission so decided, it should secondly consider whether further specification of this reference was required or whether it was satisfied with the rather general term included in Working Document No 53.

Mr Lysaght (Ireland) pointed out that the intended effect of article 19 is to enable common law jurisdictions (or indeed any jurisdiction) to apply the common law choice of law rule regarding land according to which the *lex situs* governs the choice of law. He had not been satisfied with the original draft but thought the present draft covered the matter.
He thus would not agree with Mr Pryles that the words 'in particular' should be eliminated. He said that to do so would exclude the application of the general common law rule, which he believed should be protected by this Convention.

The Chairman noted that no proposal presently before the Commission sought to amend article 19 so as to delete the words 'in particular'.

Mr Lysaght (Ireland) wished to make a supplementary point that the Drafting Committee should take account of this *lex situs* rule to assure its protection.

The Chairman proceeded to take a vote *on the issue whether* b *of article 19 will be extended to make express mention of security interests.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 18 in favour (Argentina, Australia, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, Finland, Federal Republic of Germany, Ireland, Israel, Italy, Japan, Netherlands, Poland, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela), none against, with 7 abstentions (Austria, Belgium, Czechoslovakia, France, Greece, Spain, Yugoslavia).

The Chairman noted that therefore reference to security interests would be made in *b*.
He then asked the Rapporteur to explain how such a reference could be made more specifically.

Le Rapporteur énonce que la principale préoccupation de M. Klein concerne les trusts créant des sûretés qui priment d'autres sûretés déjà accordées de manière conventionnelle.
Pour exprimer cette idée, on pourrait adopter les termes: «l'effet de la constitution de sûretés au profit de créanciers antérieurs».

M. van Loon (Secrétaire au Bureau Permanent) voudrait ajouter au texte ce qu'a dit M. Klein relativement à la possibilité de créer des sûretés que ne connaissent pas des pays de droit civil. Il s'agit, par exemple, de sûretés sans dépossession ou de sûretés constituées au profit de créanciers non encore connus.

The Chairman suggested that the Commission could vote on the question of specificity in the text, although this would not apparently solve the problem posed by Mr van Loon. He suggested that it would be difficult to decide on the specific form of the words. If the Commission were willing to accept the Rapporteur's general proposal, reference to the Drafting Committee could be made.

Le Rapporteur pense que les sûretés ne sont pas concernées par ces préoccupations: ou il s'agit de sûretés obligatoires, et alors elles sont inoffensives; ou il s'agit de sûretés sans dépossession, et la lettre *b*, les prend déjà en considération. Par conséquent, les règles de protection à l'égard des tiers jouent.
Cependant, il déclare ne pas avoir d'idée définitive sur ce point.

The Chairman proposed to take a vote on *whether provision* b *of article 19 should be made more specific by reference to already existing creditors.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 14 in favour (Australia, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Japan, Poland, Spain, United Kingdom, United States, Yugoslavia), 5 against (Belgium, Federal Republic of Germany, Italy, Netherlands,

Switzerland), with 6 abstentions (Argentina, Austria, Greece, Ireland, Israel, Venezuela).

The Chairman stated that article 19 would be referred to the Drafting Committee to develop a specific text to carry out this recommendation.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) stated that he had voted on *b* with the understanding that if the Commission decided that a special letter would be given to the matter of protection of the rights of third parties, the question just voted on would be reviewed. He considered that it might facilitate matters to have such a separate letter devoted to third parties generally.

The Chairman thought that if such a separate letter were devoted to protection of third parties the relative weight of the other letters would be increased and the references therein could take on a life of their own.

Le Rapporteur se déclare favorable à cette idée qui permettrait de ne plus employer les termes «spécialement à l'égard du tiers». Il est évident que le transfert de propriété reste régi par la loi applicable.

Mme Revillard (France) se demande, à propos de la proposition allemande, s'il ne serait pas préférable de regrouper d'abord les questions concernant les personnes, puis les biens. Mais, elle relève que ce problème pourrait être facilement réglé par le Comité de rédaction.

The Chairman thought this essentially a matter of drafting to which the Drafting Committee could see.

Mr Hayton (United Kingdom) wondered whether *e* was needed as a separate item. He thought it exceptionally broad and general, and an extension of the list of so-called exceptional cases. He thought the existing references were sufficient to protect the rights of third parties. These could be affected only by transfer of title and therefore were covered by the present *b*. He expressed his opposition to the creation of a separate paragraph.

Mr Waters (Canada) asked whether civil law delegations could comment on the possible effect of the Convention's granting protection to third parties in insolvency. Could the result be that a judge in a civil law country would allow creditors to attach trust property, thus reducing the rights granted to a trust beneficiary to *in personam* rights?

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) was entirely in agreement with the Canadian delegate's comment and emphasized the seriousness of this problem.

The Chairman emphasized that a general provision on protection of third parties would aggravate the problem.

M. Beraudo (France) considère que le présent article 19 a pour but de protéger les tiers qui se sont fiés à une certaine apparence. Il est vrai que, dans une certaine mesure, cet article détruit l'idée de séparation du patrimoine à l'égard du *trustee*, mais, les tiers peuvent valablement se fonder sur l'apparence que le *trustee* a laissé se créer à propos des biens.

The Chairman believed it possible, if a general provision on third parties' rights were included, to make specific reference to the aim of such a provision, in consonance with Mr Beraudo's comments.

The Rapporteur expressed no opinion on this issue.

M. Loewe (Autriche) se déclare également perplexe, notamment sur les questions relatives à l'insolvabilité.
En droit autrichien, un créancier ne peut jamais saisir des biens qui n'appartiennent pas à l'insolvable, même en cas d'apparence. La procédure de faillite a tôt fait de détruire cette apparence.
Ce qu'il a vu dans cette disposition c'est la sauvegarde des règles du droit des faillites, d'ailleurs, à son avis, non concernées par la Convention, mais aussi la protection des tiers. Cette protection ne va pas faire entrer dans le patrimoine de quelqu'un des biens qui ne lui appartiennent pas.

M. Gambaro (Italie) déclare que la protection des tiers est limitée à celle des tiers de bonne foi. Il semble se rappeler que la décision a été prise d'insérer à l'article 19 la protection des tiers pour régler le cas où des biens du trust ont été placés au nom du *trustee* lorsque ce dernier tombe en faillite. Le problème a donc été résolu à la lettre *e* de l'article 19; il voudrait maintenir cette solution.

The Chairman proceeded to take a vote on *whether article 19 should contain a separate general provision providing for the protection of third parties as proposed in Working Document No 44.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 11 in favour (Argentina, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Spain, Switzerland, Venezuela, Yugoslavia), 6 against (Australia, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Israel, United Kingdom) with 8 abstentions (Australia, Belgium, Ireland, Italy, Japan, Netherlands, Poland, United States).

The Chairman noted that this vote would influence the drafting of other provisions and that the Drafting Committee would have to take it into account.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) asked about the status of Mr Gambaro's proposal that the general protection of third parties should be qualified by the addition of a 'good faith' requirement. What discretion would the Drafting Committee have on this point?

The Chairman believed that any general reference would surely be implicitly subject to the limitation of good faith, which was incorporated in most systems of law. He wondered whether it need be expressly stated.

Mr Riad (Egypt) concurred in the suggestion that the words 'in good faith' should be added.

M. Loewe (Autriche) pense que cette suggestion est très bien venue; elle cadre bien avec le *d* qui concerne la protection des incapables ou des mineurs. Dans ce cas, la notion de bonne foi n'entre pas en compte. Mais, lorsqu'on désire protéger d'autres personnes, il paraît préférable d'ajouter les termes de «bonne foi».

Mr Trautman (United States) expressed his opposition to the suggestion that 'in good faith' be added. Such would be a bow to including substantive provisions not belonging in this Convention, which develops choice-of-law rules rather than substantive substitutions for the law applicable under those choices.

The Chairman thought a vote on this issue necessary to give sufficient guidance to the Drafting Committee.

Mr Waters (Canada) stated in response to Mr Trautman's comments that the words 'in particular' in the introduction to article 19 indicated that the list of subjects therein was not exclusive and that therefore other instances in which local laws gave protection to third parties would not necessarily be excluded.

The Chairman proceeded to take a vote on *whether the words 'in good faith' should be added to article 19* e.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 12 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Egypt, France, Greece, Poland, Spain, Switzerland), none against, with 13 abstentions (Czechoslovakia, Denmark, Finland, Federal Republic of Germany, Ireland, Israel, Italy, Japan, Netherlands, United Kingdom, United States, Venezuela, Yugoslavia).

The Chairman noted that this proposal also would be referred to the Drafting Committee for precise formulation.
He proceeded to consideration of *f* of article 19 and noted that Working Document No 44 from the Federal Republic of Germany, with its amendment 44*bis*, proposed inclusion of corporation law in the list of mandatory rules.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) noted that the precise formulation of this proposal might not be correctly worded and that he had intended an equivalent to the French term *sociétés*. He thought that the correct English equivalent might be the word 'companies'.

The Chairman thought it depended on whether the drafting was done in English or American.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) suggested that the precise language be left to the Drafting Committee, and emphasized that the major idea behind this proposal was that recognition of trust law within civil law jurisdictions was not meant to be available to override local law pertaining to societies and legal persons. His proposal was intended for clarification and not substantive change.

Le Rapporteur pense que cette inclusion est utile.

Mr Waters (Canada) did not oppose this suggestion and believed the entirety of article 19 was intended to enable civil law jurisdictions to look to their own interests. However, he was concerned about the scope of the amendment. The Convention would apply between common law jurisdictions as well as civil law jurisdictions, and Working Document No 44*bis* could raise problems in common law courts. He questioned the scope of the intended protection and asked how it would affect unit trusts, investment trusts, and pension trusts.

The Chairman believed that its effect would not be to invalidate the types of trust mentioned by Mr Waters. He believed *f* as proposed was intended only to apply if local law required a type of purpose to be achieved in a corporate form only.

Mme Revillard (France) demande des précisions sur cet alinéa. En effet, le *trustee* peut être une personne morale et elle se demande si seul le fonctionnement des sociétés est visé ici, ou si d'autres institutions, telles que les associations ou les fondations, sont également concernées. Si tel était le cas, il se poserait un problème de compatibilité de cette Convention avec celle conclue le 1er juin 1956 et concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères. La formulation présentement employée n'est pas claire, les termes peuvent prêter à interprétation ultérieure.

Mr Trautman (United States) joined Mrs Revillard in finding the language of the proposal not clear enough. If a trust attempted to accomplish what was prohibited for companies as a matter of mandatory law, would that trust come within article 19? If the Drafting Committee could work out a clearer formulation, the United States could possibly support it.

Mr Kötz (Federal Republic of Germany) explained that the German proposal was intended to reach the following case. It was a principle of German law that a person acting as a sole trader must set up a corporation. If he failed to do so he would be personally liable, and all his assets reachable by creditors. If a trustee in England administering a trust holding both English and German property were to go to the Federal Republic of Germany and trade there as a sole trader using trust property, and if he should there get into financial difficulties, he should not be able to circumvent this principle of German law. He should not be able to defend against personal liability by claiming that he had been acting as trustee.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) confessed his worry on the scope of the proposal. Although certain areas important to business organizations should be protected under the Convention, he wondered whether the case put by Mr Kötz was not already protected by article 11. He knew of no reason why a trustee would not in the posited case be personally liable; only the trust assets themselves are to be considered separate.
On the basis of the original research done by himself and Mr van Loon, he believed that the category of business trusts was extremely amorphous and therefore that the proposal swept too broadly. For example, he feared that it would prevent an American trustee, holding stock in a German corporation for the benefit of American citizens, from taking possession of that stock and voting it within Germany.

The Chairman thought this a problem of characterization. The situation posited by Professor Kötz, that someone would trade as sole trader without adopting the corporate form, was not a matter of corporate law but rather of general rules of full liability for one's actions.

Mr Hayton (United Kingdom) thought the entire discussion a red herring. Under traditional common law pertaining to trusts, where a trustee acts pursuant to his trust, he can be indemnified out of the estate of the trust. Thus, in the situation posited by Professor Kötz, if a trustee should go bankrupt, for example, his creditors would in turn be subrogated to the trustee's right to indemnification and thus recover from the trust assets themselves.

The Chairman proposed to take a vote on inclusion of *f* and its reference to corporation law. If a majority supported inclusion, the Drafting Committee would take charge of the precise language.

Mr Waters (Canada) requested further comment from the German delegation inasmuch as the example given had been shown to have been already provided for in the Convention as drafted.

Mr Kötz (Federal Republic of Germany) stated that he was not really concerned about reaching the trust assets. Rather, his concern was to provide for the possibility of creditors being able to reach the personal property of the trustee. The fact that a trustee was acting in his capacity as trustee should not insulate him from personal liability for debt so incurred. These debts should be satisfiable not only from the trust assets but also from the private assets of the trustee.

The Chairman asked whether this would depend on whether the trustee made it clear that he was acting as a trustee, or he had failed to make this clear beforehand.

Mr Kötz (Federal Republic of Germany) stated that this should not matter. If a trustee were to act as sole trader without setting up a corporation, he should be liable to the extent of all his personal assets. He admitted the possibility that the Convention as drafted did not touch this subject and therefore left unchanged the German rule, and that as drafted the Convention provided that a creditor could also go to trust assets. None the less, he wished this clarified.

Mr Hayton (United Kingdom) argued that the problem was based on a misconception. Under common law, a trustee has no separate personality as trustee. He is always individually liable for his acts. If he should enter into a contract it is as a private person and always with the risk of liability to the extent of his personal fortune. It is possible for a trustee to reach agreement with another party to limit the trustee's liability. That however is a matter of contract.

The Chairman doubted whether a provision regarding corporate or company law would express clearly enough the intentions of the German delegation.

Mr Pryles (Australia) stated his difficulty with the illustration. If a trustee were considered a private person, any reference in the Convention to corporate law would be completely irrelevant. He thought, however, that the German proposal had merit independent of this illustration, such as in the situation where a trustee is a corporate body and seeks to issue debentures. Its compliance with local law governing corporations could be considered a mandatory issue.

Mr Trautman (United States) agreed that United States' law was as Mr Hayton had suggested. A trustee's personal liability was without limitation. He had thought the German proposal directed to other situations, such as those in which parties seek to achieve a limited liability, such as through a Massachusetts business trust, in a form other than a corporation. In a Massachusetts business trust, the trustees are personally liable, but individual participants have limited liability. He could conceive of situations in which this effort to achieve limited liability could disadvantage persons where the business is conducted. He was still in support of the German proposal and was primarily concerned to protect creditors and third parties.

Mr Varady (Yugoslavia) noted that article 11, paragraph 2, provided that a trustee may sue and be sued in his capacity as trustee.
In countries without a rule of trusts, this suggested a different status from that of a private party. He found a contradiction between article 19 and article 11, if the German proposal were included. If all mandatory rules concerning corporations were to apply under the Convention, could the minimum specified in article 11 be maintained? He suggested that inclusion of additional words in article 19, such as 'subject to article 11', might meet this problem and safeguard the minimums of article 11.

The Chairman announced that a vote would take place on Working Document No 44*bis*, and that discussion would then turn to the reciprocity requirement, sincé the content of the final provisions of the Convention would be influenced by the decision on this point.
The Chairman said that the example suggested by Mr Kötz dealt with a question that would not be covered by a reference to corporations in general. If this principle were to be dealt with, it would have to be made the subject of a separate provision. However, since there was no written proposal on this point, the vote would concern Working Document No 44*bis* only (subject to further drafting).

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) asked for further indications on the subject of the vote. He asked whether, since the list of matters in article 19, paragraph 2, was not exhaustive, mandatory rules on corporation could still be taken into consideration even if the German proposal were not accepted.

The Chairman, agreeing on this point, put Working Document No 44*bis* to the vote.

Vote

The proposal was rejected by a vote of 9 against (Canada, Egypt, France, Greece, Italy, Japan, Netherlands, Portugal, United Kingdom), 7 in favour (Argentina, Austria, Belgium, Denmark, Federal Republic of Germany, United States, Venezuela), with 9 abstentions (Australia, Cyprus, Czechoslovakia, Finland, Israel, Poland, Spain, Switzerland, Yugoslavia).

The Chairman then turned to a discussion on the last paragraph of the proposal put forward by the Federal Republic of Germany in Working Document No 44.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) said that the proposal was intended to facilitate the broadening of article 19. However, since letter *f* proposed in Working Document No 44*bis* had not been adopted, Germany had no particular interest in maintaining its proposal.

Le Rapporteur regretterait que cette proposition soit retirée, car elle comporte des règles facilitant le travail d'adaptation du magistrat. Les mots «*of the applicable law*» pourraient néanmoins être biffés. Il serait également possible d'envisager d'en faire un article séparé. En tout état de cause, il s'agit là de dispositions appropriées à une convention qui ne peut régler tous les détails.

The Chairman suggested that it would facilitate the debate if the German delegation would maintain its proposal.

M. Loewe (Autriche) déclare que le Document de travail No 49 a trait à une disposition qui figure déjà à l'article 19.
Cependant, il accepte que l'on considère ce document comme une suggestion au Comité de rédaction.

The Chairman replied that the Drafting Committee would take this into account.

M. Loewe (Autriche) se déclare indifférent à l'adoption ou au rejet de la proposition allemande.
Cependant, il souligne que deux mots dans le texte anglais rendraient, s'ils étaient maintenus, la Convention inacceptable pour l'Autriche. Il s'agit des termes «*at discretion*». Il rappelle que les juridictions autrichiennes n'ont aucune liberté dans ce domaine.
Il exprime qu'il serait dommage que cette proposition mette en danger la ratification d'un Etat. Il souhaite donc que ces mots, d'ailleurs non essentiels, soient supprimés.

Le Rapporteur précise qu'il faudrait alors employer les mots «*shall try to achieve*».

Mr Boggiano (Argentina) expressed his support for the principle contained in the last paragraph of Working Document No 44. He also agreed that the language referring to the discretion of the courts in achieving the intended result should be deleted. He added that, in any case, courts would use their discretion in this connection.

The Chairman said that the vote could take place on the understanding that the reference to the discretion of the courts, as well as the words 'of the applicable law' at the end of the paragraph, could be omitted.

Mr Trautman (United States) enquired as to the meaning of 'other technical means'. He was in favour of omitting the word 'technical'. He then asked for further clarification of the exact purpose of this provision. If it was a directive to say that article 19 should not be read too broadly, then did this article say the same thing as article 20, paragraph 2, of the draft, inspired by the text of the Rome Convention? If so, he would approve the proposal.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) replied that the proposal was indeed inspired by paragraph 2 of article 20.

Mr Trautman (United States) suggested that, this being the case, it would be helpful to use the same language.

The Rapporteur said that in fact the proposal went a step further than paragraph 2 of article 20, since it meant that courts could still try to give effect to the will of the settlor, even when the effects of the trust could not be achieved according to the provisions of the Convention.

The Chairman put Working Document No 44, last paragraph, to the vote, on the understanding that *the proposal might be made the subject of a separate provision, that the words 'discretion', 'technical', and 'of the applicable law', should be omitted, and that the whole would be adopted subject to drafting.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 21 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Egypt, Finland, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Netherlands, Poland, Portugal, United Kingdom, United States, Venezuela, Yugoslavia), 2 against (France, Spain), with 2 abstentions (Czechoslovakia, Switzerland).

The provision was then referred to the Drafting Committee. The Chairman proposed that discussion would now resume on the question of reciprocity, and particularly on Working Document No 55. The words in square brackets in the first paragraph of article 11 of the draft would also have to be dealt with.

Le Rapporteur souligne que le libellé demeure presque inchangé; seuls certains mots ont été supprimés dans le texte français.
La Commission spéciale avait décidé que, comme il s'agissait d'une Convention relative à la loi applicable, il n'était pas nécessaire d'en restreindre l'application aux Etats contractants.
Cependant, les dispositions relatives à la reconnaissance et aux effets du trust paraissaient trop larges pour justifier la prise en considération d'institutions provenant de pays très différents.
Toutefois, une tendance s'est manifestée en faveur de l'application générale de la Convention. Il semble que, actuellement, suffisamment de sauvegardes ont été prévues pour pouvoir éviter une restriction de son application aux seuls Etats contractants.
Une Convention de ce genre n'est pas faite pour procurer des avantages à un Etat, mais pour faciliter les rapports juridiques des particuliers au plan international. Sous cet angle précis, le système général est beaucoup plus satisfaisant.
Il souligne que le système «restrictif» est différent de la notion de réciprocité.
Il lui paraît hypothétique que la mise en œuvre de la «réciprocité» puisse être de nature à faciliter l'adhésion à la Convention des Etats de *common law*. En effet, ces Etats ont intérêt à voir les règles de conflit définies dans le texte s'appliquer.

M. Loewe (Autriche) déclare qu'il est du même avis que le Rapporteur pour quatre raisons:
1) Il serait curieux, si on prévoyait la nécessité d'une réciprocité, de devoir appliquer une partie de la Convention, chercher la loi applicable à un trust et dire ensuite que ce trust n'est pas reconnu.
2) Il n'est pas certain que la loi applicable, surtout si elle repose sur la volonté de quelqu'un, soit vraiment la loi qui a le plus de liens avec le trust.
3) Ou bien le système défini par la Convention est acceptable pour les pays de droit civil et alors il doit être applicable à tous les trusts, ou le système n'est pas acceptable et alors il faut rejeter tous les trusts.
4) Il ne voit pas comment pourrait s'exercer une réciprocité, puisque l'Autriche ne connaît pas le trust.
Il conclut donc en faveur de la version la plus large qui reconnaît, sous les conditions prévues, tous les trusts.

Mr Hayton (United Kingdom) pointed out that a great many States could be concerned by the creation of a trust (the States of the settlor, the trustee, those of all the various beneficiaries, those of all the various assets...), and it would be inappropriate to oblige the settlor to go 'shopping' for the appropriate State. He added that since broad protection was afforded to civil law countries (article 19) the Convention could be universally applicable without prejudice to their interests.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) énonce qu'il y a là une tendance assez nette déjà manifestée à d'autres stades de la discussion. Il pense cependant qu'il faut aussi tenir compte d'autres réactions et notamment de celles dont se fait écho le Document de travail No 23. Ne pas faire de restrictions, conduirait la République fédérale d'Allemagne à reconnaître éventuellement tous les types de trusts. Il pense, quant à lui,

qu'une restriction est souhaitable afin que seuls soient pris en considération les trusts parfaitement connus, parce que mis en oeuvre dans des Etats membres de la Conférence. Ce qui lui paraît essentiel, est de ne pas faire un texte dont on ne pourrait connaître à l'avance les répercussions.

Mr Goldwater (Israel) expressed his support for the principle of universality, in accordance with the tradition of previous Hague Conventions. He said that it made no difference that the draft contained a provision relating to recognition. It would also be extremely inconvenient for a State to have two sets of rules, one for its relations with countries who have ratified the Convention, and others for countries which were outside the Convention.

M. Beraudo (France) ne nie pas que les arguments avancés en faveur d'une reconnaissance universelle des trusts aient beaucoup de pertinence. Il est vrai qu'il sera possible de rencontrer un trust soumis, pour sa création, à la loi d'un Etat contractant et, pour son administration, à celle d'un Etat non contractant. Une telle situation serait susceptible d'engendrer des difficultés pratiques.
Il souligne, cependant, que le trust est inconnu dans les pays de droit civil et que son introduction est de nature à susciter des craintes même si elle est limitée.
Par conséquent, il vaut mieux que cette reconnaissance se fasse au profit de trusts d'Etats membres de la Conférence.
D'autre part, des difficultés de mise en oeuvre de la Convention nécessiteront peut-être la réunion, de temps à autre, des Etats membres par le Bureau Permanent. Si des difficultés sont nées à propos de trusts d'Etats non membres, de telles réunions seront inefficaces. En conclusion, même si une foule d'arguments juridiques de grande valeur militent en faveur du caractère universel de la reconnaissance, une attitude de prudence s'impose. Il faut donc reconnaître exclusivement les institutions en vigueur dans les Etats contractants.

Mr Bennett (Australia) expressed his support for the universal character of the Convention. It had been suggested earlier that the provisions on recognition had no object. However, the view had been rightly taken that such provisions were useful, since the trust was an unknown institution for many countries. However, it would be highly inappropriate to have a reciprocal requirement relating to recognition, and a universal approach as to the choice of the applicable law. He said that he had listened with interest and sympathy to the observations made by the French Delegate, but emphasized that these fears should in fact have been expressed earlier, for instance, in the form of a restriction to party autonomy. He pointed out that it was not usual for Hague Conventions on applicable law to have a reciprocity requirement, and stressed his hope that the recognition provisions would be of universal application.

M. Gambaro (Italie) a écouté avec grand intérêt les différents arguments en faveur d'une convention à portée universelle. Il souligne cependant que des aspects politiques ou psychologiques doivent aussi entrer en compte dans le choix d'une des variantes. Ce point a d'ailleurs été déjà souligné par M. Beraudo.
Il pense qu'il faut être sincère avec les pays de *common law* et leur dire que les pays de droit civil éprouvent des craintes à l'égard des trusts. Faute en incombe du reste aux Etats-Unis qui ont largement utilisé ce terme pour désigner de grandes sociétés. C'est pourquoi, en Italie, ce terme est synonyme de «loi antitrust».
Ainsi que l'a judicieusement noté le Représentant de la République fédérale d'Allemagne, il sera impossible de convaincre des parlements de droit civil d'accepter une institution qui peut provenir de n'importe où.
Le trust est «un étrange animal»; il faut donc savoir d'où il vient et surtout le soumettre à un contrôle sérieux.

Mr Westbroek (Netherlands) supported the universality concept. While he had sympathy for those who felt the need for prudence, he felt that *article 19* afforded sufficient protection.

M. Volken (Suisse) pense qu'un aspect qui créera de nombreux problèmes est la structure même du projet.
En effet, le chapitre II de l'avant-projet qui concerne la loi applicable, a une portée de nature universelle. En revanche, le chapitre III met en oeuvre une technique différente.
Il a entendu parler de «l'animal étrange» qu'est le trust. Mais qu'est-ce-que le trust? Ce n'est pas une personne morale ni une décision judiciaire. Est-ce donc un contrat? Dans ce cas, les articles 6, 7 et 8 règlent l'essentiel et sont en principe suffisants.
Il s'interroge s'il ne serait pas possible d'abandonner le chapitre III. Pourquoi consacrer un chapitre à la reconnaissance du trust s'il n'y a rien à reconnaître?
Il déclare donc accepter le chapitre II, y compris l'article 8 dont la portée est universelle, mais estime qu'il existe un problème du point de vie conceptuel au chapitre III et voudrait avoir des explications à ce sujet.

The Chairman emphasized that there had already been much discussion on the need for a separate provision relating to recognition. The arguments in favour of this provision resulted particularly from the fact that the Convention introduced into the legal system of many countries a foreign legal institution. A decision had been taken on this point, and at this stage it was necessary to work on this basis.

Mr Möller (Finland) said that he realized that civil law countries wished to know for certain from which countries the institutions to be recognized would come, so as to be sure as to which institutions exactly were concerned. However, he said that in view of the fact that the Convention might well be of an open nature, this result would still not be achieved. He added that, were a 'strange' trust to appear, the Convention already afforded sufficient protection to the recognizing State.

Mr Boggiano (Argentina) said that it was difficult to discuss this point without having taken a decision relating to *article 14*, which was in fact the crucial point of the Convention. He therefore felt it would be best to have before the meeting a draft article 14, before concluding this discussion relating to reciprocity requirement. Nevertheless, he advanced a preference in favour of variant A of article 1 of the preliminary draft.

Mr Růžička (Czechoslovakia) expressed his support for the reciprocity requirement.

M. Espinar (Espagne) pense que, malgré les arguments exposés par la France et la République fédérale d'Allemagne, il faut voir cette Convention dans une toute autre optique. Une convention fermée est plus difficile à appliquer; c'est pourquoi il pense que la réciprocité doit être écartée.

Mr Loizou (Cyprus) gave his support to the universality approach, since the Convention afforded sufficient protection for civil law countries.

Procès-verbal No 10

Mr Waters (Canada) stated that the intention of the Convention was surely to achieve universality. He was certain that every possible risk for civil law countries had been taken into account by articles 14, 17, 18 and 19. The essential features of the Convention were thus its universality on the one hand, and on the other the protection it afforded to civil law countries.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) souligne que, dès le début, le Notariat latin a souhaité une application universelle de la Convention. Les arguments présentés par la délégation finlandaise l'ont convaincue.
M. Beraudo a insisté sur la difficulté de connaître certains trusts; ce faisant, il a, à son avis, négligé la définition de l'article 4. Le seul fait de l'existence de cette conférence suffit-il à garantir que tout système légal est parfaitement connu? A son avis, il faudra toujours des informations complémentaires.
Par conséquent, elle appuie l'application universelle de la Convention.

M. Beraudo (France) rappelle qu'il existe un article 15 qui permet à tous les Etats de reconnaître un trust dans des conditions autres que celles prévues à la Convention.
Il serait donc fâcheux qu'il y ait sur ce point un vote dont le résultat aurait pour effet d'obliger les Etats de droit civil à reconnaître un trust, alors que les Etats de *common law* peuvent le faire par application de l'article 15.

Le Rapporteur pense que l'article 15 ne concerne pas ce type de problème, mais des cas en dehors de la Convention.
Il ne désire pas trop s'étendre sur les arguments avancés.
Certains pays désirent une application universelle pour des raisons pratiques ou de principe. D'autres Etats préfèrent la variante B. Il pense qu'il faudrait se prononcer pour une application universelle, quitte à mettre en oeuvre une procédure spécifique destinée à garantir la sécurité des Etats de droit civil.

Le Secrétaire général se déclare sensible aux arguments présentés en faveur de l'universalité, technique tout à fait dans l'esprit de la Convention. Mais, ce qui le gêne, c'est de voir que certains Etats qui ont participé activement aux débats, ont montré des réticences à l'égard d'une universalité immédiate. En effet, ces Etats représentent en fait un nombre impressionnant de ratifications des Conventions de La Haye. Il ne voudrait pas qu'ils s'abstiennent de ratifier celle-ci. Il pense donc qu'il est possible de leur donner la faculté de faire une réserve. Le point de départ serait l'universalité mais chaque Etat pourrait déclarer qu'il limitera la reconnaissance aux trusts ayant des relations, à préciser, avec les Etats contractants. La réserve peut être ou non utilisée, mais elle constituerait, en tout état de cause, un garde-fou destiné à rassurer certains Etats. Une réserve peut d'ailleurs toujours être retirée.
Il suggère que l'on charge le Comité de rédaction de préparer une clause de réserve selon les formules classiques des Conventions de La Haye.

The Chairman personally endorsed this suggestion. A number of countries had serious reservations as to the universal character of the Convention and it was the task of the meeting to enhance as far as possible the chances of ratification of the Convention. Therefore, there was no reason to say that the Convention would *only* work universally.

Mr Trautman (United States) expressed strong support for the suggestion made by the Secretary General and endorsed by the Chairman. He had already informed the Secretariat of his delegation's position on this point, and furthermore pointed out that a reservation could be unilaterally withdrawn.

Mr Lysaght (Ireland) said that he had deliberately abstained from supporting the view of the common law delegations, since he felt that civil law countries were being asked to provide for the recognition of their trusts. It would therefore be inappropriate not to have a reservation intended to protect civil law systems.

M. Riad (Egypte) déclare qu'il était partagé entre le souhait de voir la Convention adopter l'universalité et la crainte du trust.
Il avait lui-même songé à proposer la suggestion du Secrétaire général à laquelle, de ce fait, il se rallie pleinement.

The Chairman announced that the vote would take place separately on the principle of universality on the one hand and then on the other on the possibility of having a reservation in favour of civil law countries.

Le Rapporteur déclare que, dans la mesure où l'universalité serait exclue ou dans celle où une réserve serait adoptée, la restriction porterait sur les trusts d'Etats non contractants.

The Chairman put the *principle of universality* to the vote.

Vote

The proposal was adopted by a vote of 15 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Finland, Ireland, Israel, Japan, Netherlands, Spain, United Kingdom, United States, Venezuela), 9 against Czechoslovakia, Denmark, France, Federal Republic of Germany, Greece, Italy, Portugal, Switzerland, Yugoslavia), with 2 abstentions (Egypt, Poland).

The meeting was then asked to vote upon the *possibility of having a reservation as to the universal character of the Convention.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 24 in favour (Argentina, Australia, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela, Yugoslavia), none against, with 2 abstentions (Austria, Denmark).

The drafting of the reservation was referred to the Drafting Committee.

The Chairman then adjourned the meeting at 1 p.m.

Document de travail No 57
Working Document No 57

Distribué le 15 octobre 1984 (après-midi)
Distributed on 15 October 1984 (afternoon)

Proposal of the Netherlands delegation

Article 27

To add:

Article 27a

1 Any State may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that the Convention shall extend to all the territories for the international relations of which it is responsible, or to one or more of them. Such a declaration shall take effect at the time the Convention enters into force for that State.

2 Such declaration, as well as any subsequent extension, shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Comment: cf. article 39 of the Child Abduction Convention.

Procès-verbal No 11

Séance du lundi 15 octobre 1984 (après-midi)
Meeting of Monday 15 October 1984 (afternoon)

The meeting was opened at 3 p.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. Mr von Overbeck (Switzerland) was the Rapporteur.

The Chairman opened the session by turning to Working Document No 45, which deals with general and final provisions. He called on the Chairman of the Sub-Committee on general and final clauses, Mr Růžička, to explain the provisions.

Mr Růžička (Czechoslovakia) thanked the Permanent Bureau for its preliminary work, which had aided the Sub-Committee in its own work, by explaining the formulations used in previous Hague Conventions.
He explained that the inspiration for the wording in article 21 of Working Document No 45 was found in the text of the draft Convention on the law applicable to sales of goods and also in Working Document No 3 from Australia.

Mr Bennett (Australia) indicated that he supported the general proposal but had doubts about its exact wording. Working Document No 3 finished with the words 'in such a territorial unit', which were the words used in the draft Convention on sales. He felt that the words used in Working Document No 45, *i.e.*, 'the territorial unit in question', assumed the existence of a unit which was ascertainable under the Convention whereas the Australian formulation suggested that a court should look to the private international law of a federation to decide what territory was in question. He preferred the Australian proposal.

Mlle Langlois (Canada) précise qu'il s'agit d'une clause d'interprétation et non de fond. C'est la Convention qui déterminera de quelle unité il s'agit. The problem was, she continued, that it was not possible to identify which specific territorial unit was referred to. It was thus simpler to refer to the territorial unit 'in question'.

Mr Bennett (Australia) said that the problem seemed centred on the words 'such territorial unit', and he suggested that the Convention should refer to 'a territorial unit'.

Le Rapporteur avoue ne pas comprendre la portée de la modification proposée. Ainsi, si le texte litigieux se rattache de prime abord au Canada, de deux choses l'une: ou bien le constituant a choisi la loi du Québec, et on l'appliquera, ou bien les dispositions de l'article 7 s'appliqueront, et l'on cherchera la loi de la province en question.

Mlle Langlois (Canada) demande si le Rapporteur voudrait ajouter la précision «selon la présente Convention».

Elle précise cependant que ces termes figurent déjà dans la première phrase de l'article 21.

Le Rapporteur souligne que cette dernière précision n'a pas cette portée là. Il ajoute qu'il existe deux possibilités: soit, appliquer la loi désignée par le *settlor,* ou à défaut, déterminée directement en vertu de l'article 7 (solution visée par l'article 21); soit appliquer les règles interprovinciales de l'Etat concerné.

The Chairman stated that clarity was extremely important in this area.

Le Secrétaire général après avoir souligné qu'il entend la même discussion depuis 15 ans estime qu'il est possible de préciser, dans une formule ramassée, qu'une unité territoriale sera considérée comme un Etat au sens de la Convention: mais il est tout aussi possible d'adopter une formule plus explicite. Telle est la position adoptée dans le Document de travail No 45. La référence à «l'unité territoriale concernée» vise l'unité désignée par la volonté du *settlor,* ou par un rattachement objectif.

The Chairman asked whether the Commission wished to consider the formulation used in article 19 of the Hague Convention on the Law Applicable to Agency. He suggested that that formulation would be better than either of the texts proposed.

M. Loewe (Autriche) précise que des deux possibilités énoncées par le Rapporteur, la seconde viderait de toute portée l'article 22. Il ajoute que, ou bien les règles de droit international privé se transforment en règles interrégionales, ou bien l'on se réfère aux règles interprovinciales de l'Etat concerné. Il est impossible de combiner les deux solutions.

Mr Varady (Yugoslavia) asked whether one would apply the same approach if there existed a federal State in which some units recognized the trust but others did not.
Would this mean that each federal unit would have to have rules about trust laws?
He expressed preference for the wording in article 12 of the Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents, as under this provision every federal unit would be a State.

The Chairman stated that the Traffic Accident provisions were basically similar to the formulation of article 19 of the Convention on Agency.

M. Riad (Egypte) précise que bien que la question ne se pose pas dans son pays, il favorise l'extension des solutions précises prévues pour les conflits internationaux aux conflits interterritoriaux internes.

The Chairman asked whether the Commission would prefer the wording of article 21 in Working Document No 45 or the formulation in the Hague Convention on Agency.

Mr Pfund (United States) stated that the United States preferred the words 'in the territorial unit in question' to the words 'shall be considered as a State'.

The Chairman suggested a vote whereby those in favour would vote for Working Document No 45, and those against would vote for a draft such as that contained in the Traffic Accidents Convention.

Mr Pfund (United States) asked what would happen if there were an express choice of law of a federal State.

Mr Trautman (United States) explained that such a choice would be ineffective, and one would apply article 7.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) stated a preference for a provision such as that in article 16 of the Hague Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations, but intimated that he would also support Working Document No 45.

The Chairman called a vote on the *proposed article 21 contained in Working Document No. 45.* Those in favour of the proposal would vote Yes, and those who preferred the formulation of the Agency or Traffic Accidents Convention would say No.

Vote

The proposal in Working Document No 45 was adopted by a vote of 17 in favour (Argentina, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, France, Federal Republic of Germany, Greece, Israel, Italy, Japan, Poland, Portugal, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States), 1 against (Australia), with 5 abstentions (Egypt, Luxemburg, Netherlands, Venezuela, Yugoslavia).

He then turned to consideration of article 22, contained in Working Document No 45, and called upon Mr Růžička to explain this proposal.

Mr Růžička (Czechoslovakia) explained that the proposal for article 22 in Working Document No 45 corresponded to article 18 of the draft Convention on Sales of Goods.

Le Rapporteur soulève la question de savoir si les Etats à système plurilégislatif ont vraiment besoin de cette disposition. L'omission de cet article ne simplifierait-elle pas les rapports entre les pays de *common law?*

Mr Trautman (United States) stated that he would like to see the article read 'The law that makes the trust a valid rule', but he realized that this would not be possible and thus accepted the suggestion.

The Chairman said that as there were *no proposals to delete or change article 22 he considered the article adopted,* and would send it to the Drafting Committee.

Mlle Langlois (Canada) précise que son pays ne tient pas particulièrement à l'inclusion d'un tel article. La question est tout à fait interne, et pour le Canada, la solution va de soi.

The Chairman introduced article 23, in Working Document No 45.

Mr Růžička (Czechoslovakia) explained that this proposal was the same as article 22 in the Hague Convention on the Law Applicable to Agency.

The Chairman declared that *there were no proposals for deletion or change of this article, and stated that it had been adopted* and sent to the Drafting Committee.
He then turned to article 24, contained in Working Document No 45.

Mr Růžička (Czechoslovakia) explained that the Sub-Committee had discussed two options: (1) should the Convention apply only to trusts created after its entry

into force; (2) should the Convention apply to trusts in general, whether created before or after entry into force?
The present proposal had been drafted so that all trusts would be covered, whether created before or after the date on which the Convention came into force, but permitting States to reserve rights in this area.

The Chairman explained that trusts could have a very long life and that thus it was generally preferable to allow all trusts to be covered by the Convention, but that a reservation was necessary in case there were States who found this general position unacceptable.

M. Volken (Suisse) fait valoir que lorsque ces clauses ont été discutées, l'on ne savait pas si la condition de réciprocité serait adoptée, ou si la Convention aurait un caractère ouvert. La première variante, à savoir la rétroactivité, est plus appropriée au caractère ouvert de la Convention. En revanche, si l'on avait attaché davantage d'importance au moment de l'entrée en vigueur de la Convention, la solution de la réciprocité se serait imposée. Mais puisque ce matin une solution intermédiaire a été adoptée, la solution prévue au texte, solution également intermédiaire, semble la plus appropriée.

Le Rapporteur demande, ici encore, si cette réserve est vraiment nécessaire. Il précise qu'une telle réserve a été adoptée dans la Convention relative aux testaments et qu'aucun Etat ne s'en est servi jusqu'à présent. Il demande s'il y a vraiment lieu de distinguer entre un trust créé avant, et un trust créé après, l'entrée en vigueur de la Convention.

Mr Bennett (Australia) explained that he was pleased to see article 24 in the Convention, as in Australia there was a strong dislike of retroactivity and, at present, he could not be sure what position an Australian Parliament would take towards retroactivity in this area. He added that if such retroactivity was unacceptable and there was no possibility of a reservation, Australia might be unable to ratify the Convention.

Mr Trautman (United States) questioned whether the Convention gave rise to a change of substantive law. He saw it as a way of extending the application of already existing substantive rights, but not of extending substantive law. He asked whether this was a general view.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed with the views of Mr Trautman. He said that retroactivity would only be dangerous if it changed substantive law, but that this article would not have that effect as it would only extend the territories in which already existing rights could be recognized.

M. Loewe (Autriche) estime que c'est à partir de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat en question que le trust prend vie. Mais cette entrée en vigueur n'affecte pas la validité des actes accomplis avant cette date. En ce qui concerne le paragraphe 2 qui vise à sauvegarder les droits acquis, M. Loewe estime que la disposition sème la confusion, car il sera impossible de déterminer quand et où un trust lié avec plusieurs pays sera valable.

Mr Bennett (Australia) explained that in his country there would be very little change to substantive law, but that such change would arise especially in relation to *dépeçage* and the applicable law in the case of testamentary disposition of movables. Although, he admitted. these were not large changes in substantive law, he felt that they could be important and thus would prefer that there were a reservation.

M. Riad (Egypte) fait valoir que l'article 24, alinéa premier est le bienvenu dans le domaine de la reconnaissance du trust, puisqu'il permet de reconnaître des trusts créés avant l'entrée en vigueur de la Convention. Il estime cependant que s'agissant de la question de la loi applicable, la rétroactivité de la Convention risque de porter atteinte aux droits acquis. Mais il s'en remet sur ce point à la décision de délégués des pays de *common law*.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) asked whether a reservation had to be taken in whole or whether a country could make a partial reservation. He believed that, in the past, a country had been permitted to make a partial reservation and thus asked that the position be clarified in drafting.

The Rapporteur could not see how retroactivity could be split into parts.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) explained that the earlier problem had arisen under the Hague Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations, when the United Kingdom was worried about the previous acquisition of property rights and thus had made a declaration limiting the scopes of application of its reservation concerning retroactivity. He expressed a fear that another such case might arise.

M. Loewe (Autriche) rappelle qu'au regard du droit international public, une réserve peut toujours être faite *partiellement*. Par conséquent, la précision n'est pas utile ici, d'autant plus qu'elle pourrait conduire à croire que lorsque d'autres conventions ne le prévoient pas, la réserve partielle n'est pas possible. Une telle réserve partielle pourrait préciser, par exemple, que lorsqu'un jugement rendu avant l'entrée en vigueur de la Convention consacre un droit subjectif ne tenant pas compte de l'existence d'un trust, celui-ci ne sera pas reconnu.

The Chairman advised against any split in the reservation power but said he would leave the final decision up to the Drafting Committee. He then recognized Mr Růžička.

Mr Růžička (Czechoslovakia) said that this subject had not been discussed in the Sub-Committee because it was not then known whether any reservation would be allowed under the Convention.

Le Secrétaire général précise qu'il s'agit d'un article tout à fait classique qui ne soulève en réalité que des questions de rédaction.

The Chairman then passed to consideration of Chapter V and the final clauses, taking first article 26 with its two options and 26*bis* together. He noted that Working Document No 56 from the Swiss delegation contained a proposal to amend article 26*bis*.

Mr Růžička (Czechoslovakia) noted that article 26 proposed two alternative options. Option 1 provided that the Convention would be open to signature by all States. Option 2 provided alternatively that the Convention would be open for signature only to Member States. Article 26*bis* was a normal formulation that had been applied in at least one previous Convention.

Procès-verbal No 11

Le Rapporteur souligne le caractère ambigu de la notion de rétroactivité. Il précise qu'en général, en cas de changement de la règle de conflit, il existe une tendance à appliquer la nouvelle règle de conflit sous réserve du respect des droits acquis. Toutefois, si les différentes délégations ressentent un véritable besoin d'inclure cet article, il n'y voit pas d'inconvénient.

The Chairman said that there were two possible decisions: (1) to accept only the first paragraph of article 24 in Working Document No 45 and (2) to accompany such a provision by a reservation.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) said that if the reservation was not available, a country that had already refused to recognize a trust might now be required to recognize that same trust. Therefore, he thought there might possibly be a need for a reservation.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) said that, for reasons suggested by Mr Dyer, he would prefer a vote on the whole article.

The Chairman called for a vote on the *proposal in article 24, in its entirety, as it appeared in Working Document No 45*

Vote

This article was adopted by a vote of 21 in favour (Argentina, Australia, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, France, Federal Republic of Germany, Greece, Israel, Italy, Japan, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Switzerland, United Kingdom, Venezuela, Yugoslavia), none against, with 2 abstentions (Austria, United States).

The Chairman announced that, subject to drafting, the article had been adopted in its entirety.

Le Rapporteur suggère de préciser, au début de la Convention, le domaine de celle-ci dans le temps et de faire figurer ensuite la réserve parmi les clauses finales.

Le Secrétaire général répond que la lecture de la Convention sera plus facile si l'article et son exception y figurent ensemble dans un premier temps. Ensuite, l'article 25 permettra de signaler la présence d'une réserve.

Le Rapporteur précise que de même que l'article premier, relatif au domaine de la Convention dans l'espace, est affecté d'une réserve séparée, de même l'article 2, relatif au domaine de la Convention dans le temps, pourrait être assorti d'un article séparé figurant parmi les clauses finales de la Convention.

The Chairman asked for clarification whether it was the intent of the Sub-Committee that article 26*bis* apply regardless whether Option 1 or 2 was selected.

Mr Růžička (Czechoslovakia) clarified that article 26*bis* would apply only if the Commission selected Option 2.

Le Secrétaire général précise que les deux options reflètent la pratique de la Conférence. Ainsi, la Conférence a adopté un bon nombre de conventions universelles, c'est-à-dire, au regard desquelles le point de rattachement n'est pas forcément situé dans un Etat contractant. Dans ce cas, il n'y aucune raison de limiter l'accession d'Etats non membres. Cette position correspond à la variante 1 de l'article 26, qui est devenue une solution traditionnelle (sous réserve d'une certaine modernisation lors des discussions sur le projet de Convention sur la vente internationale de marchandises). La variante 2 correspond à la pratique de la Conférence en ce qui concerne les conventions reposant sur une condition de réciprocité. Ici, plusieurs systèmes sont envisageables. Le premier système est celui de «l'opposition préventive». Le second, proposé par la Suisse, est celui de «l'acceptation positive». Les délégués sont libres de choisir.

M. Loewe (Autriche) exprime son soutien pour la variante 1. Toutefois, s'agissant du paragraphe 2, il demande si la référence à la date de la signature de la Convention ne devrait pas être une référence plutôt à l'entrée en vigueur de celle-ci.

Le Secrétaire général précise que ce texte a été accepté pour le projet de Convention sur la vente internationale de marchandises, après consultation des Etats participants ainsi que du dépositaire. Il se peut en effet que pour simplifier la procédure, les Etats, mêmes Membres de la Conférence, préfèrent au système de la signature et de la ratification, un système d'adhésion simplifié: le texte signifie que l'adhésion est désormais possible pour tous les Etats.

Le Rapporteur exprime sa méfiance pour une telle solution et demande si l'ancienne ne serait pas aussi simple.

M. Volken (Suisse) fait valoir que si la variante 1 correspond en substance à la solution retenue pour le projet de Convention sur la vente internationale de marchandises, en revanche, adoptée dans le cadre de la Convention sur les trusts, elle serait introduite pour la première fois dans une Convention de La Haye. La variante 2 correspond au contraire à la solution traditionnelle: il estime que l'on devrait rester dans ce cadre.

Mr Matysiak (Poland) supported the Swiss Delegate's position and stated his preference for Option 2 of article 26. He considered this procedure the more normal and traditional manner of proceeding, as well as more practical in its application.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) similarly supported Mr Volken's statement. He preferred not to adopt a proposal based on a project not yet accepted by the Commission. The traditional approach would be the easiest and the simplest. The last Hague Convention had proceeded on the basis of Option 2, and this approach would be best followed here. He would add also a last paragraph modelled on that in the Convention on Child Abduction.

M. Beraudo (France) donne sa préférence à la variante 2, telle qu'elle se trouve traditionnellement dans les Conventions de La Haye. Il estime que l'amendement suisse serait d'un maniement plus lourd que le système de «l'opposition préventive».

Mr Möller (Finland) also supported Option 2 and saw no reason to adopt the procedure set out in Option 1. However, he was not in favour of the Swiss proposal with regard to the Convention on Child Abduction.

M. Volken (Suisse) précise, au sujet de la proposition suisse, que lorsque celle-ci a été soumise, il n'était pas clair si la Convention allait revêtir un caractère universel, ou si son application serait subordonnée à une condition de réciprocité. Etant donné le choix de la Com-

mission en faveur du caractère ouvert de la Convention, il estime devoir retirer la proposition de la délégation suisse, comme manquant d'objet.

The Chairman proceeded to take a vote on *whether to adopt Option 1 or 2 of the article 26 as set out in Working Document No 45. He emphasized that if the Commission adopted Option 2 article 26 bis would be a part of that Option.*

Vote

Option 2 was adopted by a vote of 19 in favour (Argentina, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Israel, Italy, Luxemburg, Netherlands, Poland, Spain, Switzerland, Yugoslavia), 1 against (Japan), with 6 abstentions (Australia, Czechoslovakia, Ireland, United Kingdom, United States, Venezuela).

The Chairman noted that the proposed amendment to article 26 of Working Document No 56 had been withdrawn.

Le Rapporteur demande à quel moment un Etat peut adhérer à la Convention. Il précise que jusqu'en 1973 (Convention sur les obligations alimentaires), ce moment se situait après l'entrée en vigueur de la Convention. Depuis cette date, la question a été laissée ouverte. Il convient cependant de la régler, et de préciser par conséquent, si le moment de l'adhésion se situe à l'entrée en vigueur de la Convention ou à la date de signature de celle-ci.

Le Secrétaire général affirme que c'est en vertu d'une volonté délibérée que l'on a prévu qu'une convention pouvait entrer en vigueur par l'effet de l'adhésion d'un Etat tiers. Certes, cette solution se conçoit davantage dans le cadre d'une convention ouverte. Il s'agit clairement d'un choix politique: est-ce qu'un Etat tiers doit attendre l'entrée en vigueur de la Convention pour adhérer à celle-ci?

The Chairman asked whether there was opposition to the text as it stood.

Le Rapporteur répond qu'il faut néanmoins préciser si la date d'adhésion se situe au moment de la signature de la Convention, ou au moment de son entrée en vigueur.

The Chairman asked whether the Commission had a preference for one solution over another and called upon the Chairman of the committee to speak.

Mr Růžička (Czechoslovakia) stated that paragraph 2 of Option 1 of article 26 could possibly be adopted as a supplement to article 26*bis*.
Turning then to consideration of article 27, he noted that the formulation of this article was traditional for Hague Conventions and uncontroversial.

The Chairman asked whether there was either opposition or comments.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) pointed out the disparity between the language in article 27, which spoke of 'territorial units in which different *systems* of law are applicable', and articles 21 and 22 which spoke of 'territorial units each of which has its own *rules* of law'. He suggested that these provisions should employ the same language.

The Chairman concurred and noted that the matter would be referred to the Drafting Committee. He proceeded to consideration of Working Document No 57 from the Netherlands delegation.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) explained that the Netherlands consists of its European part and the Netherlands Antilles. Except for matters of international relations, these two parts were independent and could choose their own policies on legislation. Because the result of this structural independence could be that the Netherlands could ratify the Hague Convention and the Netherlands Antilles decide not to, the proposed article 27*a* would make it possible to give effect to the Convention in one or the other part of the Kingdom.

Mr Růžička (Czechoslovakia) stated that his difficulty with this proposal arose from certain resolutions of the United Nations General Assembly, which would regard this proposal as unacceptable. He emphasized that he spoke not in his capacity as Chairman of the Sub-Committee, but rather as the Delegate from Czechoslovakia. He stated that he considered the Netherlands proposal not in conformity with the United Nations resolutions against colonization. He also thought that the problems posed by the Netherlands would be solvable without resort to such an objectionable provison.

Le Secrétaire général précise que toutes les conventions, jusqu'à la vingt-neuvième, contenaient une disposition analogue à celle de l'article 27*a*. Mais, il y a eu une évolution des idées, ainsi que de la pratique. Consultés au moment des discussions relatives au projet de Convention de La Haye sur la vente internationale de marchandises, de nombreux Etats ont fait savoir qu'ils estimaient suffisante la formule retenue à l'article 93 de la Convention de Vienne. Il exprime son hostilité personnelle pour la solution de l'article 27*a*.

The Chairman sought to ascertain whether the Netherlands delegation was authorized to withdraw its proposal.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) stated that in tabling this proposal he had been well aware of the difficulties and differences of opinion. He stated that the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands took the position that a clause like that contained in Working Document No 57 was indeed needed and that he had no choice but so to declare it. He answered the considerations of the Secretary General by stating that in the field of trusts it was not possible to apply article 27 for the situation as to trust law in the Netherlands and the Netherlands Antilles was the same.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) noted that several Member States were without any trust law and thus could not be able to apply article 27 to this type of problem. Because the provision in question followed a well-established tradition in the Hague Conference, and because he found the present situation not a good case for change, he supported the Netherlands proposal.

Mr Matysiak (Poland) could not support the Netherlands proposal. The words used, 'territories for the international relations of which it is responsible', were contrary to a well-established position. He urged that it would be more appropriate to follow the United Nations resolutions than out-dated nineteenth century traditions. He thought the Drafting Committee could

change article 27 or modify article 27*a* to eliminate this problem.

Le Secrétaire général propose donc de modifier l'article 27, en éliminant «aux matières régies par cette Convention».

The Chairman proposed to take a vote; first, on whether the proposed article 27*a* was acceptable to the Commission. If it were rejected, the Commission, secondly, could decide whether to amend article 27 as proposed.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) intervened to emphasize that amending article 27 as suggested would not necessarily solve the Netherlands problem, but any proposal so to do would require consultation with the Foreign Ministry.

Le Rapporteur suggère de supprimer également «dans lesquels des systèmes de droit s'appliquent».

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) said it was important to be as exact as possible and fully supported the Netherlands proposal.

Miss Langlois (Canada) noted that the Canadian delegation had understood the phrase 'systems' not to refer to the difference between civil law and common law systems but rather to include the differences among its own ten provincial laws.

Mr Lysaght (Ireland) was not clear about the issue at hand. He questioned what underlay the move away from the traditional formulation.

The Chairman explained that the relationship between the Netherlands and the Netherlands Antilles involved a degree of independence such that it felt the neccessity for some provisions taking into account this independence. Conversely, certain objections taken from United Nations resolutions moved some delegates to object to the formulation of the proposal. He felt he could say no more, and moved to a vote *on whether to adopt the proposal contained in Working Document No 57.*

Vote

The proposal was rejected by a vote of 13 against (Argentina, Belgium, Czechoslovakia, Egypt, Finland, France, Greece, Poland, Spain, Switzerland, United Kingdom, Venezuela, Yugoslavia), 3 in favour (Federal Republic of Germany, Netherlands, United States), with 10 abstentions (Australia, Austria, Canada, Cyprus, Denmark, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg).

The Chairman asked for authority to refer article 27 to the Drafting Committee. Finding no objection, he considered it so referred and turned discussion to article 28 as formulated in Working Document No 45.

Mr Růžička (Czechoslovakia) noted that the substantive question in article 28 was the number of States that would be necessary for entry into force of the Convention. Further, he noted that in paragraph 1 of article 28, because of the acceptance of article 27*bis*, the first bracket would be deleted and its contents included within the paragraph; that sub-section *a bis* would become *b* and be included; and that sub-section *b* would become sub-section *c*.

M. Loewe (Autriche) estime curieux le traitement différent des adhésions antérieures à l'entrée en vigueur de la Convention, et de celles postérieures à cette date.

Mr Matysiak (Poland) questioned the formulation of article 28, asking for further precision on how the Convention would come into force.

Le Secrétaire général se déclare d'accord avec l'observation faite par M. Loewe. Il estime qu'il faudrait supprimer la disposition *a bis*, en même temps que le terme «adhérent» dans le paragraphe premier.

M. Volken (Suisse) demande quelle est la date définitive de l'adhésion. Il estime qu'il faut maintenir le paragraphe *a bis*, mais supprimer la référence à l'adhésion au paragraphe *a in fine*.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) suggère, afin d'éliminer l'ambiguïté, qu'il soit fait référence à «l'Etat adhérent non-membre».

Le Secrétaire général estime qu'il convient de ne pas rédiger en séance. Il précise que la Commission était tenue par un certain nombre d'options préalables. Maintenant qu'une décision a été prise en ce qui concerne l'article 28, on peut reconsidérer l'article 28 compte tenu du choix de la variante 2 de l'article 26.

The Chairman referred article 28 to the Drafting Committee for it to take into account the foregoing comments. He turned the Commission's attention to article 29.

Mr Růžička (Czechoslovakia) noted that the major question in paragraph 1 of article 29 was the numbers of years that should pass before the Convention could properly be revised.
The Sub-Committee had proposed four years.
In the second paragraph of article 29, the Sub-Committee had proposed that a minimum of five States would be required to make it possible to convene a Conference of Revision. He considered the remainder of the text purely traditional in formulation.

Le Secrétaire général précise que ce texte a été copié sur celui du projet de Convention sur la vente internationale de marchandises. En effet, lors de la revision de la Convention de 1955, on s'est rendu compte des difficultés que soulève la revision d'une convention en l'absence de toute clause relative à la revision de celle-ci. Cette omission soulève des problèmes délicats de droit international public. La question est donc de savoir si les délégués veulent admettre tout de suite la clause proposée pour le projet de Convention sur la vente. Il s'agit d'un assouplissement du système de dénonciation.

M. Loewe (Autriche) exprime son hostilité à l'égard des clauses de revision. Il estime qu'il est toujours possible pour les Etats parties à une convention de s'entendre pour remettre celle-ci sur le chantier. Il estime que les nouveaux mécanismes de revision automatique n'ont rien apporté de positif.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) fait valoir que le dernier paragraphe de l'article 29 esquive un problème délicat: normalement, lorsque des Etats parties à une Convention se mettent d'accord sur l'adoption d'une Convention nouvelle, celle-ci s'applique dans les rapports entre ces Etats, alors que l'ancienne Convention demeure en vigueur dans le rapport avec des Etats non parties à la nouvelle Convention.

Le Secrétaire général précise cependant que, dès lors que la Convention revêt un caractère universel, l'Etat voulant dénoncer la Convention n'a pas de «partenaire», car il est toujours possible que le rapport litigieux se localise dans un Etat non signataire. C'est dans cette hypothèse par conséquent que l'effet automatique du paragraphe 4 de l'article 29 devient important. En effet, *il ne peut pas y avoir de chevauchement de deux obligations universelles*. L'argument de M. Pirrung serait fort pertinent si la Convention était entièrement basée sur la condition de réciprocité. En revanche, la solution du paragraphe 4 de l'article 29 se justifie entièrement en raison du caractère universel de la Convention.

The Chairman noted that two questions were before the Commission: first, whether to have a clause dealing with revision; second, if yes, whether to include a last paragraph like that in the proposed draft of article 29. He noted that no proposal had been made to amend the period of time or number of Member States selected by the Sub-Committee. He proceeded to take a vote on *whether the Convention should include a revision clause.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 18 in favour (Argentina, Australia, Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, France, Greece, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Poland, Spain, United Kingdom, United States, Venezuela, Yugoslavia), 1 against (Austria), with 7 abstentions (Belgium, Canada, Denmark Finland, Federal Republic of Germany, Israel, Switzerland).

The Chairman then proceeded to take a vote on *whether to include the last paragraph of article 29 as drafted.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 18 in favour (Argentina, Australia, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, France, Greece, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Poland, Spain, United Kingdom, United States, Yugoslavia), none against, with 8 abstentions (Austria, Belgium, Denmark, Finland, Federal Republic of Germany, Israel, Switzerland, Venezuela).

The Chairman proceeded to consideration of article 30, as contained in Working Document No 45.

Mr Růžička (Czechoslovakia) noted that the Sub-Committee had met no difficulty whatsoever with this formulation.

The Chairman noted no objection to the draft as proposed by the Sub-Committee. With regard to article 31, he noted that the Secretariat would have to re-phrase this article to conform with decisions previously made before the Commission could address it.

Le Secrétaire général précise qu'il s'agit d'un article tout à fait traditionnel qui ne soulève en réalité que des problèmes de numérotation.

M. Volken (Suisse) se déclare préoccupé par le mélange que présente les solutions adoptées entre les solutions traditionnelles et les nouvelles solutions du projet de Convention sur la vente internationale de marchandises (article 26, variante 1, et article 27). Il regrette que les différentes administrations nationales n'aient pas encore eu la possibilité de se prononcer sur ces nouvelles solutions avant la Quinzième session.

The session was adjourned at 6.00 p.m.

Document de travail No 58

Distribué le 17 octobre 1984 (matin)

Texte établi par le Comité de rédaction

[PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AU TRUST ET SUR SA RECONNAISSANCE]

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de *common law*, adoptée par d'autres Etats avec certaines modifications,

Working Document No 58

Distributed on 17 October 1984 (morning)

Text drawn up by the Drafting Committee

[DRAFT CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION]

The States signatory to the present Convention,

Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants qui naissent de sa reconnaissance;

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Article 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, 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.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee.*

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie du trust en cause.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with some of the most important issues of the recognition of trusts,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER ONE – SCOPE

Article 1

This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Article 2

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

a the assets constitute a separate trust fund and are not a part of the trustee's own estate;

b title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

c the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Article 3

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Article 4

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Article 5

The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 6

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.
Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in article 7 shall apply.

Article 7

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

a du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;

b de la situation des biens du trust;

c de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*;

d des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 et 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.
Cette loi régit notamment:

a la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, l'aptitude particulière à exercer les fonctions de *trustee* ainsi que la transmission de ses fonctions;

b les droits et obligations des *trustees* entre eux;

c le droit du *trustee* de déléguer tout ou partie de ses pouvoirs et de se faire représenter;

d les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;

e les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;

f les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;

g les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;

h la modification ou la cessation du trust;

i la répartition des biens du trust;

j l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application des articles 6 et 7, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être soumis à une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de changer la loi applicable à la validité du trust ou à un élément de celui-ci susceptible d'être isolé.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust dans tous les Etats contractants.
La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.
Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

a que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;

In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to –

a the place of administration of the trust designated by the settlor;

b the situs of the assets of the trust;

c the place of residence or business of the trustee; and

d the objects of the trust and the place or places where they are to be fulfilled.

Article 8

The law specified by articles 6 and 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust.
In particular that law shall govern –

a the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;

b the rights and duties of trustees among themselves;

c the right of trustees to delegate all or a part of the performance of their duties, and to appoint agents;

d the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;

e the powers of investment of trustees;

f restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;

g the relationship of the trustees to the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;

h the variation or termination of the trust;

i the distribution of the trust estate;

j the duty of trustees to account for their administration.

Article 9

In applying articles 6 and 7 a severable aspect of the trust, in particular matters of administration, may be governed by a different law.

Article 10

The law applicable to the validity of the trust shall determine whether the law governing the validity of the trust or the law governing a severable aspect may be changed.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 11

A trust created in accordance with the law specified by the preceding chapter shall be recognized as a trust in all States.
Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –

a that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;

b que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;

c que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee;*

d que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee,* en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, dans un registre sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee* sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

a la protection des mineurs et des incapables;

b les effets personnels et patrimoniaux du mariage;

c les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;

d le transfert de propriété et les sûretés réelles;

e la protection des tiers en cas d'insolvabilité;

f et, à d'autres égards, la protection des tiers de bonne foi.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit.

b that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

c that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;

d that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of a holder of the assets, other than the trustee, shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

Article 12

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Article 13

No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

Article 14

The Convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 15

This Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum in so far as such provisions of such law cannot be derogated from by voluntary act, in particular the following matters –

a the protection of minors and incapable parties;

b the personal and proprietary effects of marriage;

c succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;

d the transfer of title to property and the security interests in property;

e the protection of third parties in insolvency;

f the protection of third parties in good faith in other respects.

If recognition of the trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objectives of a trust by other means.

Article 16

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of conflicts of law rules.

Article 17

Au sens de la Convention, le terme «loi» désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Article 20

Tout Etat contractant peut, à tout moment, déclarer que les dispositions de la présente Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.
Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

L'article 32 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21

Tout Etat contractant peut se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts régis par la loi d'un Etat contractant.

Article 22

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.
Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la présente Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25

Cette Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 26

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 21 et 22.

Article 17

In this Convention the word 'law' means the rules of law in force in a State other than its rules of private international law.

Article 18

The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy *(ordre public)*.

Article 19

Nothing in this Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.

Article 20

A Contracting State may, at any time, declare that the provisions of this Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions.
This declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and will come into effect on the day when this notification is received.
Article 32 is applicable to the withdrawal of this declaration in the same way as it applies to a denunciation of the Convention.

Article 21

A Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III only to trusts governed by the law of a Contracting State.

Article 22

This Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created.
However, a Contracting State may reserve the right not to apply this Convention to trusts created before the date on which, in relation to that State, the Convention enters into force.

Article 23

For the purpose of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Article 24

A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply this Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Article 25

The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 26

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, or at the time of making a declaration in terms of article 29, make the reservations provided for in articles 21 and 22.

Aucune autre réserve ne sera admise.
Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention, après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 33. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.
Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.
Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;

b pour tout Etat adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;

c pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier

No other reservation shall be permitted.
Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

Article 27

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fifteenth Session.
It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 28

Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with article 30, paragraph 1.
The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.
The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in article 33. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 29

If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

Any such declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
If a State makes no declaration under this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 30

The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in article 27.
Thereafter the Convention shall enter into force –

a for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval;

b for each acceding State, on the first day of the third calendar month after the expiry of the period referred to in article 28;

c for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with article 29, on the first

jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 31

Lorsque la présente Convention aura été en vigueur depuis quatre ans, tout Etat contractant pourra proposer la revision de cette Convention. Une telle proposition sera soumise au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention, qui informera les autres Parties ainsi que les Etats signataires.
Si la proposition recueille l'approbation d'un quart des Etats contractants ou d'un minimum de cinq Etats, si le quart est inférieur à ce nombre, le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, après consultation du dépositaire, convoquera une conférence à cette fin.
La revision prendra la forme d'un nouvel instrument international.
Le consentement à être lié par le nouvel instrument de revision impliquera *ipso jure* la dénonciation immédiate de la présente Convention, nonobstant les dispositions de son article 32, lorsque le nouvel instrument portant revision entrera en vigueur.

Article 32

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.
La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Article 33

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

a les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;

b la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;

c les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;

d les extensions visées à l'article 29;

e les déclarations visées à l'article 20;

f les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;

g les dénonciations visées à l'article 32.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le ....., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session, ainsi qu'à la République de Panama.

day of the third calendar month after the notification referred to in that article.

Article 31

After this Convention has been in force for four years, any Contracting State may propose to revise this Convention. Such a proposal shall be submitted to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention, which shall inform the other Parties as well as the signatory States.

If the proposal meets with the approval of a quarter of the Contracting States, or a minimum of five States if a quarter of the Contracting States amounts to less than five, the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, in consultation with the depositary, shall convene a conference for that purpose.
The revision shall take the form of a new international instrument.
The consent to be bound by the new revising instrument shall *ipso jure* involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of its article 32, if and when the new revising instrument shall have come into force.

Article 32

A Contracting State may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.
The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the notification is received by the depositary or on such later date as is specified in the notification.

Article 33

The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands shall notify to the States Members of the Conference and the States which have acceded in accordance with article 28, of the following –

a the signatures and ratifications, acceptances or approvals referred to in article 27;

b the date on which the Convention enters into force in accordance with article 30;

c the accessions and the objections raised to accessions referred to in article 28;

d the extensions referred to in article 29;

e the declarations referred to in article 20;

f the reservations or withdrawals referred to in article 26;

g the denunciations referred to in article 32.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on....., in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through the diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Fifteenth Session, and to the Republic of Panama.

Documents de travail Nos 59 à 62
Working Documents Nos 59 to 62

Distribués le 17 octobre 1984 (matin)
Distributed on 17 October 1984 (morning)

No 59 – Proposition des délégations des Etats-Unis, de la Finlande, de la France et de la Suisse
– Proposal of the delegations of the United States, Finland, France and Switzerland

Ajouter à l'article 16 (ancien article 20) un deuxième alinéa:

A titre exceptionnel, il pourra également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat à condition qu'elles présentent avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Add to article 16 (former article 20) a second paragraph:

Effect can also be given, in exceptional cases, to rules of another State having the same character as mentioned in the first paragraph of this article, provided that there is a sufficiently close connection with the case.

No 60 – Proposal of the Australian, United Kingdom, Canadian, United States and Irish delegations

Article 4

Add

or set aside by a person to be held by himself as trustee.

No 61 – Proposal of the Drafting Committee
– Proposition du Comité de rédaction

Article 8c

the right of trustees wholly or partly to delegate the discharge of their duties or the exercise of their powers.

Article 8c

le droit du *trustee* de déléguer l'exécution de tout ou partie de ses obligations ou l'exercice de tout ou partie de ses pouvoirs.

No 62 – Proposal of the German delegation

Article 21

A Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter II only to trusts the significant elements of which are connected with a Contracting State and of Chapter III only to trusts governed by the law of a Contracting State.

Procès-verbal No 12

Séance du mercredi 17 octobre 1984 (matin)
Meeting of Wednesday 17 October 1984 (morning)

The meeting was opened at 9.40 a.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. Mr von Overbeck (Switzerland) was the Rapporteur.

The Chairman opened the session by beginning a second reading of the draft Convention, incorporated in Working Document No 58, as prepared by the Drafting Committee. He indicated that each article would be read in French and English; that the Rapporteur, Chairman of the Drafting Committee, would then comment on each article, and that following this discussion on that article would be opened. He reminded delegates that decisions already reached by the Commission on matters of principle could be reopened only by decisions to that effect as regulated by article 16 of the rules of procedure. He also suggested that the title and preamble of the draft Convention be read but that discussion thereof be postponed until after discussion of the contents of the draft Convention.

Le Rapporteur souligne que la structure de l'ensemble de l'avant-projet est restée sensiblement la même. Seuls ont été effectués quelques remaniements dans l'ordre des articles; ils seront expliqués au fur et à mesure de la discussion. La quatrième partie du projet inclut les clauses finales. Le chapitre premier concerne le champ d'application de la Convention. L'article premier est resté le même, l'article 2 est l'ancien article 4, l'article 3 a conservé sa place. Il y a peu de remarques à faire sur l'article premier qui concerne l'application générale de la Convention.

The Chairman opened debate on, first, the proposed order of Chapter I, and, second, the contents of article 1. Finding no opposition to either, he *considered article 1 and the order of Chapter I adopted unanimously.* He turned to article 2.

Le Rapporteur déclare que cet article reprend l'ancien article 4 de l'avant-projet. La substance n'en est pas modifiée, mais simplement la présentation. On reprochait à l'ancienne rédaction d'être descriptive; le nouveau texte prend en considération ces remarques.

M. Mathékowitsch (Luxembourg) souhaite savoir si l'article 2 permet de prendre en considération des institutions analogues aux trusts.

Le Rapporteur confirme que l'avant-projet actuel n'exclut pas son application à des institutions analogues aux trusts classiques.

M. Mathékowitsch (Luxembourg) est satisfait de la réponse du Rapporteur. Il voudrait qu'elle soit reprise dans le Rapport.

The Chairman stated that it must be understood that analogous institutions would be only covered to the extent that their legal structure conformed to that set out in article 2. Other institutions set up to achieve similar purposes, but containing different structures, would not be covered by the Convention.

Mme Revillard (France) appuie la remarque du délégué du Luxembourg.

The Chairman requested other comments on this provision but as none existed he stated that article 2 was *adopted unanimously*. He then turned to consideration of article 3.

Le Rapporteur déclare qu'il n'a pas été apporté de changement à cet article.

The Chairman asked for comments or observations on article 3, and finding none, considered it as *adopted*. He then turned to consideration of article 4.

Le Rapporteur déclare que l'article n'a pour ainsi dire pas été modifié. La Commission avait adopté l'idée de remplacer le mot «transfert» par le mot «contrôle», ceci afin de couvrir la «*declaration of trust*». A la réflexion, le Comité de rédaction s'est rendu compte que ce terme n'exprimait pas mieux l'idée que le précédent. Il est même plus clair de parler de transfert. Les mots «acte juridique» ont encore été ajoutés au texte français. Dans le texte anglais, le mot «instrument» a été remplacé par le mot «*act*».

The Chairman opened debate on this article.

Mr Waters (Canada) asked whether a declaration of trust by a settlor would be considered a preliminary issue under this article.

The Chairman stated that he did not think so and that the words 'other acts by virtue of which assets are transferred' was intended to have a wider application than the previous formulation.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) gave the following concrete example: an English citizen declares a trust with regard to a house located in The Hague. To give effect to this declaration of trust, he would have to proceed to change registration of ownership under Dutch law from his own name to himself as trustee. The requirements of Dutch law applicable to transfer of registration would be included under article 4 as a preliminary issue.

Mr Goldwater (Israel) asked whether the word 'acts' indicated a wider scope than the previously used term 'instruments' and what other type of transaction would be included.

The Chairman replied in the affirmative and suggested that a purely oral juristic act creating a trust would come under 'acts' while excluded from 'instruments'.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) stated that the problem arose as a consequence of the Convention's not requiring a written act to create a trust, but only that there be evidence in writing thereof.

The Chairman ruled that *article 4 was adopted as drafted*. He turned to consideration of article 5.

Le Rapporteur déclare que l'article 5 a été un peu modifié dans sa rédaction. Pour simplifier, il est renvoyé simplement aux dispositions du chapitre II. Le cas visé est celui où la loi régissant principalement le trust est celle d'un Etat contractant, mais où le constituant a choisi une loi qui ne connaît pas le trust pour régir certains de ses aspects. Il pense néanmoins que c'est là un cas d'école.

The Chairman opened debate on article 5. Finding no opposition, he considered it *adopted*. He then turned to consideration of Chapter II and article 6.

Le Rapporteur déclare que les articles 6, 7 et 8 sont pour l'essentiel maintenus. Simplement, les articles 6 et 7 ont été amputés de leur dernier alinéa qui concernait le dépeçage. Cette question est maintenant visée à l'article 9.

The Chairman invited comments, firstly, on the order of the provisions in Chapter II. Finding no comment, he proceeded to the substance of article 6.

Le Rapporteur note que le nouvel article 6 est inspiré du Document de travail No 20 présenté par les Pays-Bas. Il a été jugé utile de garder la clause «au besoin» et d'exclure les termes «*with reasonable certainty*» qui avaient été critiqués.

M. Gambaro (Italie) se demande si le choix doit être impliqué dans l'acte créant le trust ou dans celui apportant la preuve du trust.

Le Rapporteur dit qu'il ne voit pas la différence.

M. Gambaro (Italie) parle de l'exemple d'un trust créé verbalement, puis dont on donne une preuve par écrit. Il suppose ensuite que le document qui prouve l'existence du trust ne comprend pas toutes les conditions de création de l'acte. Il se demande si ces deux cas sont équivalents.

Le Rapporteur pense que s'il n'y a qu'un acte qui apporte la preuve du trust, il faudra faire jouer la partie de l'article qui vise les «circonstances de la cause».

The Chairman stated that in this aspect the provision had not changed from that contained in the previous versions. He noted that the Commission thus far had found this formulation acceptable. He believed that the possibility that the document evidencing the trust might not contain sufficient material to make clear the appropriate choice of law was inevitable.
In as much as no proposal had been made to amend the language of article 6, he considered it *adopted as drafted*. He turned to consideration of article 7.

Le Rapporteur déclare que l'article 7 s'applique quand la loi applicable au trust n'a pas été choisie ou quand la loi désignée par l'article 6 ne connaît pas le trust. Les modifications apportées à l'article sont essentiellement de nature rédactionnelle.

M. Gambaro (Italie) souligne qu'il reste une différence entre les textes anglais et français à la lettre *c*.

Le Rapporteur pense que cette différence devrait, en effet, être supprimée.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) observed that the preliminary draft of article 7 had read in the first line thereof 'where no applicable law has been chosen in accordance with article 6'. He noted that

the reference to article 6 had now been omitted and asked whether this was the correct formulation.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) thought it necessary to align the initial words of article 7 with the second paragraph of article 6 so that the former would read 'where no applicable law has been chosen or where the choice of law has been ineffective'.

The Chairman thought no real problem existed in article 7 and that if article 6 did not apply, article 7 would come into force and thus express reference to the matter was not necessary.

Mr Lysaght (Ireland) wished to make two observations: first, he agreed with Mr van Loon's suggestion that it would be better to include in article 7 the words 'no applicable law ... in accordance with article 6'. Secondly, he questioned whether the Commission had formally decided to omit reference to time factors in this article.

Le Rapporteur déclare qu'il n'est pas favorable au renvoi à l'article 6. D'autre part, il pense qu'il faut laisser une certaine souplesse dans la Convention en ce qui concerne la notion de temps.

Mr Lysaght (Ireland) made three points. First, he was in favour of Mr van Loon's suggestion that article 7 contain an express reference to article 6. Second, while he noted that the Irish delegation's amendment with regard to article 7 had been voted down as a whole, he felt certain points contained therein might be acceptable to the Commission. Third, he questioned whether the words 'designated by the settlor' were necessary in *a* of article 7. He felt that the place of administration of the trust was a relevant factor whether or not designated by the settlor.

The Chairman suggested that these points be taken *seriatim*. He considered the question of reference to time elements in article 7 a substantive one. He thought the reference to article 6 a drafting point but one that could be voted on by the Commission presently. He directed debate to the first point raised by Mr Lysaght.

M. Riad (Egypte) estime préférable que la référence à l'article soit complète. Il souhaite que l'énumération des critères laisse entrevoir une certaine hiérarchie dans l'article 7, au moins dans la note explicative.

M. Loewe (Autriche) trouve plus élégante la solution actuelle. Il n'aime pas les doubles renvois.

Mr Goldwater (Israel) stated that if no reference were made to article 6, the first sentence in article 7 should read 'where no law has been effectively chosen'.

Le Rapporteur est de l'avis de M. Loewe. Il pense qu'il n'est pas besoin de références.

M. Beraudo (France) n'est pas favorable à ce que, au début de l'article 7, on fasse référence aux deux alinéas précédents de l'article 6. Mais, si une majorité se dégage en sens contraire, il suggère que l'on adopte la démarche de M. Dyer. Il pense, toutefois, que si l'on suit cette méthode, il sera impossible de rédiger un article sans avoir fait au préalable référence aux articles précédents.

The Chairman suggested that Mr Goldwater's suggestion would prove to be the easiest manner of proceeding.

Mr Waters (Canada) preferred the draft as it stood. He considered the proposed additional language highly ambiguous.

Mr Bennett (Australia) supported Mr Water's comments and preferred the text as drafted.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) noted that the Dutch saying 'simplicity is the mark of truth' was applicable to the situation and that the text was better as it stood.

The Chairman proceeded to take a vote on *whether any additional language in paragraph 1 of article 7 was necessary.*

Vote

This proposal was rejected by a vote of 18 against (Argentina, Australia, Austria, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, France, Federal Republic of Germany, Greece, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela, Yugoslavia), 3 in favour (Denmark, Ireland, Israel), with 3 abstentions (Egypt, Poland, Portugal).

The Chairman turned to discussion of whether to delete the words 'designated by the settlor' from article 7*a*.

The Rapporteur stated that he had no strong objection to this proposal.

Mr Hayton (United Kingdom) supported retention of the words in question. He thought that cases would arise in which a settlor's designation of the place of administration of a trust would be insufficient to establish a choice of law under article 6, and that therefore article 7 would come into play. Because many of the civil law jurisdictions had expressed a wish to consider the listing in article 7 as hierarchical, it was important that *a* of article 7 be confined to instances where the place of administration had been designated by the settlor. In other circumstances, *i.e.*, those in which the trustees themselves might from time to time change the place of administration, *c* of article 7 would be applicable.

Mr Waters (Canada) supported the comments of Mr Hayton. The factual place of administration was accounted for by *c* of article 7. Article 7*a* was intended to have a different scope.

The Chairman proceeded to take a vote on *whether to delete the words 'designated by the settlor' from* a *of article 7*

Vote

This proposal was rejected by a vote of 18 against (Argentina, Australia, Austria, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, France, Federal Republic of Germany, Greece, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Portugal, United Kingdom, United States, Venezuela), 1 in favour (Ireland), with 6 abstentions (Egypt, Finland, Netherlands, Poland, Switzerland, Yugoslavia).

The Chairman then directed the discussion to the second issue raised by Mr Lysaght, whether article 7 should include reference to the time element. He felt that this issue had not previously been expressly decided and thus could be discussed by the Commission without previous vote on a motion to reconsider. Because no

definite proposal was before the Commission, he asked Mr Lysaght to speak on its status.

Mr Lysaght (Ireland) stated that he had simply wished to recall the previous decision of the Commission and did not wish to make a formal proposal to amend this point.

Le Rapporteur croit que, si l'article 10 fait référence à la création du trust, ce moment est déterminant. Il peut cependant y avoir ensuite un changement de loi applicable et c'est au moment où se présentera un problème qu'il faudra alors se placer.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) raised a drafting question with regard to the English text of *d* of article 7. The English text read 'the place or places' while the French text stated simply *'des lieux'*. Should not the words 'place or' be eliminated from the English text?

Mr Riad (Egypt) raised another question with regard to *d* of article 7. He asked whether the word 'objects' in the English version corresponded with the word *'objectifs'* of the French text.

Mr Reese (United States) wished to make the same point. He felt the word 'objects' more properly should be 'objectives'. He felt either 'objectives' or 'purposes' would suffice, but would prefer the word 'purposes'.

Mr Waters (Canada) noted that the word 'objects' was a term of art meant to refer both to beneficiaries and inanimate objects. He was in favour of retaining the term in the draft, but would find the alternative 'objectives' acceptable.

Mr Hayton (United Kingdom) was not worried about the choice between 'objects' and 'objectives'. He felt the first word a better choice but noted that the French and English texts were intended to be equally effective and that one could simply consult the French text to ascertain the meaning of the term. He would prefer, however, to leave the text as drafted.

The Chairman stated that the term 'objects' would stand and that *article 7 had been adopted* with the understanding that the words 'place or' would be deleted from *d* thereof. He turned to consideration of article 8.

Le Rapporteur déclare que cet article a fait l'objet de peu de modifications. Celles-ci sont, au surplus, de nature essentiellement rédactionnelle.

Mme Revillard (France) relève que le Bureau Permanent avait proposé de prévoir une formule délivrée par les autorités d'un Etat décrivant les pouvoirs du *trustee*. Ce point n'a pas été repris, il serait pourtant utile en pratique. Elle voudrait avoir des précisions sur cette question.

Le Rapporteur note que ce point est, en effet, tombé dans l'oubli. Il pense qu'il sera très difficile de créer de tels instruments, mais confirme leur utilité si cette démarche est faisable.

The Chairman recalled that the United Kingdom had not been favourably disposed to such a proposal.

Mr Hayton (United Kingdom) stated his strong opposition to establishing a requirement of long detailed certificates regarding the powers of trustees. He recalled that the 1973 Hague Convention concerning the International Administration of Estates had included a similar provision and that the Law Commission of England and Wales had attempted six draft reports in compliance, but had found none satisfactory and had suspended its work. He was informed by the Law Commission that if such a requirement were included in this Convention, it expected a similar problem. He also noted that implementing such proposal would entail a large expenditure and emphasized that he considered it wiser to leave the draft as it stood.

The Chairman explained that the introduction of such certificates would depend upon the willingness of the trust jurisdictions to co-operate. He urged that Mr Hayton's comments be given much weight. Noting that no formal proposal to amend had been submitted, he *considered this suggestion rejected.*

Mr Bennett (Australia) noticed that the first line of article 8 contained the words 'articles 6 and 7', in contrast to the previous draft, which had read 'article 6 or 7'. He asked that the change be explained.

Le Rapporteur déclare que, dans les cas où le choix d'une loi applicable ne connaît pas le trust, ce problème peut se poser. Il faudrait donc faire emploi du terme «ou».

The Chairman asked whether there was opposition to the first line of article 8, reading '6 or 7' instead of '6 and 7'. No opposition existed so he announced that this was accepted.

M. Gambaro (Italie) estime qu'il s'agit d'un point de détail, mais il voudrait être assuré que les termes employés dans le texte anglais et dans le texte français à la lettre *c* sont bien identiques.

Le Rapporteur pense qu'on peut déléguer des pouvoirs, non des *duties*. Il faudrait employer les termes *«performance of duties»*. Mais, il se soumet sur ce point à l'avis des délégués anglophones.

Mr Gambaro (Italy) stated that he would be satisfied if the words 'performance of their duties' in *c* of article 8 were made to correspond to their French equivalent.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) pointed out that article 8*d* now contained the additional words 'including the personal liability of the trustees to the beneficiaries'. The addition had been made to emphasize that only liability to beneficiaries was involved.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) wished to make two points. First, he suggested that the change in the first sentence of article 8 of the word 'and' to 'or' necessitated, in the English draft, that the word 'articles' be made singular rather than plural. Second, he noted a discrepancy between the English and French text with regard to article 8*a*. A previous change in the English texts had required the addition of the words 'capacity to act as a trustee'. The following words 'and the devolution of the office of trustee' no longer corresponded to the French text, which made reference to *'la transmission de ses fonctions'*. He suggested that the possessive pronoun be similarly eliminated from the French text.

M. Beraudo (France) sans vouloir marquer une opposition formelle à cette proposition, pense que le texte français se suffit à lui-même. En revanche, la traduction

littérale des textes anglais et français pourrait causer des difficultés. La rédaction française est, quant à elle, sans aucune ambiguïté.

The Chairman noted that an initial point of difference between the French and English texts in article 8*a* was that the English text was phrased in the plural whilst the French text was phrased in the singular.

Le Rapporteur note que, dans le texte, on utilise deux fois le terme «fonction» ce qui est de nature à engendrer des incertitudes. Il faudrait dire: «aptitude particulière à agir en tant que *trustee*» ou quelque chose de similaire.

M. Beraudo (France) dit que l'alternative pose un problème. Le terme actuellement employé couvre les verbes être et agir qui ont des significations différentes. Si on dit soit «agir» soit «être», le texte français sera amoindri; alors que le terme «fonction» couvre les deux idées.

M. Mathékowitsch (Luxembourg) propose d'employer les termes «exercer comme *trustee*» au lieu «d'exercer les fonctions de *trustee*».

Le Rapporteur déclare que l'expression «agir comme *trustee*» traduit exactement l'idée anglaise. Le mot «fonction» traduit un aspect officiel qui n'est pas de mise ici.

M. Beraudo (France) pense qu'il serait peut-être possible de dire «aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee*» et «transmission des fonctions de *trustee*».

The Chairman asked whether it would be necessary to include the words 'of *a* trustee' in the first line of the English text.

M. Vrellis (Grèce) pense qu'il existe une différence entre les formulations de la lettre *a* et celles des lettres *e* et *j*. De plus, à la lettre *d*, le texte français utilise le mot «et» (administré *et* disposé) alors que le texte anglais utilise le mot *or*.

The Chairman thought this purely a matter of differences in the language of the texts as developed by the bilingual Drafting Committee, and he proposed to retain the draft as it stood.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) had one further question regarding the correspondence of the two texts. In article 8*g*, the French text stated *'les relations* entre *le* trustee *et le bénéficiaire'* whilst the English text stated 'the relationship *of* the trustees *to* the beneficiaries'. He thought these should be made to correspond by the substitution of the word 'between' in the English text.

The Rapporteur agreed with this suggestion.

The Chairman noted no objection to this suggestion and stated that the word 'between' would be substituted for the word 'of' and the word 'and' would be substituted for the word 'to' in the English text of article 8*g*. He noted that this appeared to conclude discussion of article 8.

Mr Goldwater (Israel) asked whether the reference in article 7*b* to 'assets of the trust' should be made to correspond with article 8*i* which referred to 'trust estate'.

The Rapporteur said the suggestion made sense. Article 8 should read 'trust assets'.

Mr Lysaght (Ireland) asked whether the reference to 'duties' in article 8*c* would necessarily cover the exercise of a power under a trust. He suggested that the word 'function' might be more appropriate.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed that this sub-section appeared to enter into the grey area of the relationship of duties to powers. It was quite possible that in a discretionary trust a trustee's duty to distribute property could be co-extensive with his power to choose the recipients of the property. However, in other situations duties and powers could be distinct. It would be ideal to cover both of these areas, both obligatory duties and the wider concept of discretionary powers. He could think of no better formula to cover both than the proposed term 'functions'.

Mr Kötz (Federal Republic of Germany) felt that this was an important point. Under the common law, it appeared both acceptable and common for a settlor to confer powers on a trustee both to determine beneficiaries and to allocate property. A specific mention in article 8 would be necessary to avoid the possibility of conflict in civil law jurisdictions with severe restrictions on the power to allow a third party to determine heirs.

Mr Waters (Canada) was also in favour of adding a reference in article 8 to powers and suggested addition of the words 'or exercise of powers'.

The Chairman felt the problem arose in the drafting due to the difference in meaning between the French *'pouvoirs'* and the English 'powers'.

Mr Hayton (United Kingdom) supported Mr Water's suggestion to add the words 'or exercise of powers'.

The Chairman felt that it might be easiest to substitute the word 'powers' for the word 'duties'.

Mr Waters (Canada) was not entirely happy with this suggestion because under the common law control over duties was much stronger and substantially different from control over powers.

The Chairman asked whether one could not simply translate *'pouvoirs'* to 'powers'.

Mr Waters (Canada) disagreed. He felt the distinction existed between powers and duties, that powers commonly could be delegated but that different jurisdictions took different views on the delegation of duties. He would prefer the original formulation of this sub-section.

Mr Hayton (United Kingdom) felt that the language proposed by Mr Waters would be better because it would put more clearly the distinction between powers and duties.

Mr Lysaght (Ireland) asked whether the term 'function' could not be used. He pointed out that both duty and power were terms of art and that to use one and not the other could create confusion.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) appuie la proposition de M. Waters qui, à son avis, rend plus précise la description de l'institution du trust. Elle souhaite que sur ce point le texte français soit aligné de près sur le texte anglais, d'autant plus que dans certains pays de

civil law, qui ignorent le trust, les tribunaux, les autorités et les parties intéressées auront tendance à se référer de préférence au texte français.

Mr Bennett (Australia) added, with regard to Mr Lysaght's suggestion, that in Australia the normal drafting of such a provision would speak of 'powers or functions'.

M. Beraudo (France) déclare que le droit français connaît également la distinction entre «obligation» et «pouvoir». Cette distinction rejoint celle présentée par M. Hayton. Le pouvoir renforce les attributions d'une personne. A l'article 8, il est fait un usage judicieux de cette distinction entre pouvoir et obligation. Il n'existe pas d'ambiguïté dans le texte français. Il indique qu'au cours de la conférence, le texte anglais a été très peu modifié, et qu'il ne voit pas pourquoi une telle modification interviendrait aujourd'hui.

The Chairman noted that the Commission could either decide this issue immediately or refer the matter to the Drafting Committee. He asked for the views of the Rapporteur.

Le Rapporteur pense que si la proposition de M. Waters est prise en compte, le texte français devra être modifié.

The Chairman noted that *c of article 8 would be referred to the Drafting Committee to redraft in view of these suggestions. He asked Mr Dyer to read the various changes to article 8 that had been adopted.*

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) noted the following changes in the English version:

1 No change in *a* or *b*;

2 *c* was referred to the Drafting Committee to consider changes with regard to 'powers' and 'duties';

3 No change as to *d*, *e*, or *f*;

4 The word 'of' in the English text of *g* to be replaced by the word 'between';

5 *h* remained the same;

6 in *i*, the words 'trust estate' changed to 'trust assets';

7 *j* remained the same.

In both texts, paragraph 1 was changed to refer to 'article 6 *or* 7'. In the French text, *a* was altered with regard to *'les fonctions de trustee'* which became *'les attributions de trustee'; c* was also referred to the Drafting Committee.

Le Rapporteur pense qu'il faut réserver la lettre *c*; un texte a été mis au point qui sera distribué incessamment.

The Chairman turned to the consideration of article 9.

Le Rapporteur déclare que ce texte n'a rien de commun avec l'ancien article 9. Il a trait à la possibilité de soumettre un élément du trust à une autre loi. Deux cas sont visés: premièrement, le *settlor* peut avoir choisi une loi pour la création du trust et une autre pour son administration. Deuxièmement, si l'application de l'article 7 ne permet pas de soumettre le trust à une seule loi, notamment pour les questions d'administration, l'article 9 entrera en application. Cependant, lorsque le constituant a choisi une loi applicable, celle-ci régit l'intégralité du trust.

M. Loewe (Autriche) déclare que l'article le satisfait, mais il se demande s'il est correct de ne nommer que les articles 6 et 7. L'article 8 ne doit-il pas être compris? Si tel était le cas, il faudrait le mentionner et employer, par exemple, les termes: «présent chapitre».

Le Rapporteur manifeste son accord.

Mr Reese (United States) wished to observe that the English text was ambiguous in its use of the term 'in particular'. He believed that the text should read 'particularly in matters of administration'.

The Chairman agreed with this suggestion and also accepted Mr Loewe's suggestion.

Mr Waters (Canada) noted that the language 'by way of exception', contained in the original article 7, did not appear in the present article 9. He asked for comments on this change.

Le Rapporteur souligne que les termes *«by exception»* ne concernent que le rattachement subjectif, alors que l'article 9 vise les deux rattachements objectif et subjectif. Il pense que M. Trautman verrait, s'il était là, des inconvénients à cette restriction.

The Chairman noted that *article 9 had been adopted with the changes indicated.* He turned to consideration of article 10.

Le Rapporteur souligne que l'article 10 n'a plus qu'une lointaine parenté avec l'ancien texte. La question de savoir si le constituant peut choisir une nouvelle loi est visée par la loi régissant la validité. L'hypothèse prise en considération ici est celle d'un changement de loi effectué au moyen de l'autonomie de la volonté ainsi qu'un changement de circonstances conduisant à appliquer une autre loi conformément aux dispositions de l'article 7. Il pense que l'idée pourrait être exprimée de façon plus claire.

Mr Reese (United States) stated that the United States would feel happier if, after the word 'trust' in line 1 of article 10, the words 'under article 6 or 7' were included. As written, this article might suggest that only one law could govern a trust. This was not the case with the earlier draft.

Le Rapporteur estime que cette proposition ne change rien au sens; il préfère éviter les références quand c'est possible.

Mr Reese (United States) agreed with the comments of the Rapporteur that it would be clearer to include a reference to articles 6 and 7.

The Rapporteur thought that it would not be necessary to make a reference also to article 9. He would prefer that no reference at all be made.

The Chairman reminded the Commission that it had taken a previous decision with regard to article 7 not to insert a reference to article 6.

The Rapporteur added that Mr Trautman had not supported this formulation and had finally consented to the present language.

Mr Reese (United States) stated that his position differed from that of Mr Trautman.

Mr Kötz (Federal Republic of Germany) asked whether

it was really necessary in article 10 to speak, first, of 'the law applicable' and, later, of 'the law governing'. Was there a difference between these two formulations?

The Chairman stated that the Drafting Committee had considered replacing the words 'whether the law governing' with the words 'whether that law', but had found the present formulation more acceptable.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) noted that this distinction did not exist in the French draft and thought the discrepancy the result of rapid drafting.

Mr Waters (Canada) would prefer the draft as it stood inasmuch as the two references nicely balanced each other in the English text.

Mr Varady (Yugoslavia) thought that the present formulation of article 10 took the provision further than intended. He questioned whether the Commission intended to include legislative changes in the applicable law.

The Rapporteur agreed with this observation and proposed an alternative formulation: 'whether a change in the law can occur'.

The Chairman suggested that this provision be referred back to the Drafting Committee, with the understanding that the Commission was in general agreement to avoid reference to changes in the applicable law through legislation. He thought there was insufficient support for the proposal that a specific reference to articles 6 and 7 be included in this article, and *considered it referred as a whole to the Drafting Committee.*
He turned then to consideration of Working Document No 61, which contained a proposal with regard to paragraph 2 *c* of article 8.

Le Rapporteur déclare que le Document de travail No 61 reflète la discussion précédente sur la lettre *c*. Ce nouveau texte prend en compte l'idée de l'exécution des devoirs ou obligations du *trustee* par autrui.

Mr Waters (Canada) would prefer the language 'in whole or in part'. He thought the present formulation might be read to refer to the right rather than to the delegation.

The Chairman asked whether other proposals were to be put forward, and, finding none, *considered article 8 adopted with this change.* He further noted *that the whole of article 9 had been adopted.*
He turned then to consideration of Working Document No 60, concerning article 4, which had already been adopted. He noted that further consideration of changes to this article would have to be preceded by a vote on a motion to reopen discussion. Passage of this motion would depend on achieving an absolute majority.

Mr Bennett (Australia) stated that article 4 in its present form was the result of adoption of Working Document No 2, intended to extend the scope of article 4 to cover declarations of trust. He, and the other delegates joining this Working Document, had found difficulty with the present formulation, which referred to 'other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee'. He noted that in civil law jurisdictions a settlor's declaration of trust might be considered a transfer, but queried whether the same result would be reached in all common law jurisdictions. The common law delegations sought to avoid this problem by the formulation contained in Working Document No 60. Although a declaration of trust involved in some sense a transfer of equitable interest and a change in the manner in which this equitable interest was held, many common law lawyers would not understand a declaration of trust to be included within the term 'transfer' of article 4. This point could be made clear in the Rapporteur's Report, but the delegations proposing Working Document No 60 thought it better to make express reference in article 4.

The Chairman asked for one more speaker in favour of a motion to reconsider article 4.

M. Loewe (Autriche) voudrait une traduction française de ce texte.

Mr Loizou (Cyprus) expressed his support of a motion to reconsider this article.

M. Beraudo (France) déclare que le problème dont il est question a été discuté pendant deux ans; il concerne la déclaration de trusts. Le Comité a considéré que les mots employés visaient le transfert juridique à soi-même en une autre qualité juridique. Cette qualification a été acceptée par les deux juristes de *common law* et les membres du Secrétariat. Il pense qu'il faut désormais suspendre les débats sur cette question.

The Chairman proceeded to take a vote on *whether to reconsider article 4.*

Vote

This proposal, in the absence of an absolute majority in favour, was rejected by a vote of 6 against (Denmark, Egypt, France, Luxemburg, Poland, Spain), with 11 abstentions (Argentina, Austria, Czechoslovakia, Finland, Italy, Japan, Netherlands, Portugal, Switzerland, Uruguay, Yugoslavia), and 10 in favour (Australia, Canada, Cyprus, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, United Kingdom, United States, Venezuela).

The Chairman then turned the discussion to consideration of Chapter III and article 11.

Le Rapporteur déclare que ce chapitre a été maintenu en substance. Seul l'article 13 de l'ancien avant-projet a été supprimé. Les modifications de l'article 11 ont surtout été faites au niveau du troisième alinéa. Les premier et second alinéas n'ont subi que des modifications d'ordre rédactionnel. Les lettres *a* et *b* sont inchangées. Dans la lettre *c* a été inclue la référence au régime matrimonial. La même idée est exprimée en anglais quoique de façon un peu différente. La seconde phrase du *d* répond aux préoccupations des banques. La question a été soulevée au Comité de ne prendre ce problème en considération qu'à propos de l'article 19. Mais ce dernier ne réserve que des dispositions impératives alors que, dans l'esprit des banques, c'est l'intégralité de la loi qu'il faut considérer. La formule a donné lieu à quelques discussions. Mais il a paru finalement préférable de parler des droits et obligations d'un tiers détenteur des biens.

Mr Reese (United States) suggested that in *d* of article 11 the words 'choice of law rules of the forum' be changed to 'law of the place where the property was acquired'. In discussions with Professor Klein, he had understood that Professor Klein would be happier if the Convention made it clear that the law of the place where the assets had been acquired would determine the rights therein.

Le Rapporteur estime que si les banquiers sont mécontents des règles de conflit du for, ce n'est pas l'affaire de la Convention. La proposition des Etats-Unis d'Amérique est assez peu précise en définitive.

M. Gambaro (Italie) voudrait que les textes anglais et français soient maintenus en parallèle. Or, le texte français emploie les termes «Etats contractants» alors que le texte anglais utilise les mots «*All States*». A la lettre *d*, il remarque que les mots «*other than the trustee*» ne sont pas traduits en français.

Le Rapporteur estime que cette notion est exprimée par les termes «tiers détenteur des biens».

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) agreed with the last point made that a reader of the Convention without benefit of the present discussions might be misled by the reference to third parties contained in *b* of article 2. That paragraph made reference to 'or in the name of another person on behalf of the trustee'. The present article was really intended to made reference to a different category of third parties, and this distinction needed to be made clear.

The Rapporteur considered this a question of trust law. If a trustee were to put funds into a bank, would this bank be considered 'another person' within the meaning of article 2 *b*?

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) wished there to be a clear distinction between managing and custodian trustees. He believed that it required more than mere deposit of funds into a bank to give that bank the status of either managing or custodian trustee or to make that bank part of a trust enterprise.

Mr Waters (Canada) agreed with Mr McClean's comments and noted that in the majority of pension plans a custodian trustee would be directly responsible to the beneficiaries and that the reference in *d* of article 11 could be read to include custodian trustees.

The Rapporteur suggested that the words 'other than the trustee or another person on behalf of the trustee' be substituted for the present clause in *d* of article 11.

Mr Waters (Canada) proposed, as an alternative, that the word 'the' before the word 'trustee' in *d* of article 11 be changed to 'any'.

The Rapporteur thought, however, that the language in article 2 implied that the holder need not necessarily be a trustee and could have another status.

The Chairman preferred that the question be explained only in the Report.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) asked whether there would be objection to substituting the words 'another person' with the words 'a third party holder'.

The Rapporteur felt this alternative more satisfactory and closer to the French text.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) questioned whether this formulation would be acceptable to the English speakers.

Mr Hayton (United Kingdom) would go along with the proposal, believing that it dealt with the small problem of banks in a civil law context. These would normally not be considered to be holding as trustee but only as third parties. Under the common law, banks were often expressly made trustees and accepted the duties of trustees. He thought it might be useful to have a final sentence in *d* referring expressly to banks. However, he thought it neater to include the words 'rights and obligations of any third party holder'.

Mr Waters (Canada) could agree with the proposal of adding the words 'other than *a* trustee'.

The Rapporteur emphasized that the terminology in *d* of article 11 must not include the 'other person' of article 2.

The Chairman thought that if terminology referring to a 'third party' were added to *d*, the reference to 'a trustee' could be deleted.

The Rapporteur proposed the words 'a holder foreign to the trust' as an alternative formulation.

The Chairman thought the proposal referring to third parties was the best formulation.

Mr Waters (Canada) asked whether in that case the words 'other than the trustee' would come out of the paragraph.

The Chairman replied in the affirmative and stated that the last sentence of article 11 *d* would read 'However, the rights and obligations of any third party holder shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum'.

Mr Waters (Canada) wondered whether the opening words of paragraph 1 of article 11, 'A trust created in accordance with', fully embraced the intended subject. He suggested that it might be better to have the first phrase read 'A trust subject to'.

The Rapporteur thought this suggestion reasonable.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) was not certain whether such a proposal would not fundamentally alter the structure of the paragraph, which was intended to specify that the validity of a trust should be governed by the law applicable at the time of its creation.

The Chairman noted that the present draft adopted a formulation unchanged for a lengthy period and doubted whether it would be wise to change its structure at this time.

Mr Waters (Canada) emphasized that article 11, paragraph 1, was drafted so as to refer only to the first law applicable to a trust. If the proposal at hand were adopted, the average lawyer might reach a different result in cases where there had been a valid change in the applicable law.

The Chairman noted that the Convention provides for subsequent changes in applicable law. Introduction of this concept into article 11 would give rise to confusion. He thus felt its adoption would be unwise.

Mr Pryles (Australia) agreed with the present wording of the first paragraph of article 11. He alternatively proposed Mr Waters' wording: 'A trust valid by the law specified by the preceding chapter'.

The Rapporteur agreed that there was a problem here.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) agreed that a trust valid under the originally applicable law could come subsequently under a law that could judge its creation invalid, and also the reverse situation could occur.

Mr Pryles (Australia) emphasized that a trust must be valid at the time created. It could subsequently become subject to a different law.

The Chairman was still hesitant to entertain changes at this late date.

Mr Waters (Canada) proposed a possible solution: he would substitute the language 'A trust created or valid in accordance with the law chosen under article 10'.

Mme Revillard (France) pense qu'il ne faudrait pas utiliser le terme «valable». Il ajoute un élément qui n'existait pas. Le terme «créé» est bien suffisant.

Mr Hayton (United Kingdom) supported the comments of Mme Revillard.

The Chairman maintained that it would be better to adopt the present drafting of article 11, *and considered it so adopted.* He turned to consideration of article 12.

Le Rapporteur note que cet article n'a subi qu'une modification de rédaction. Notamment les termes «Etats contractants» ont été supprimés. Il pense qu'il faudrait déplacer l'expression «dans un registre» et la mettre après le verbe «inscrire».

The Chairman asked for opposition to article 12, and, finding none, *considered it adopted.*

The meeting was adjourned at 1.15 p.m.

Document de travail No 63

Distribué le 18 octobre 1984 (après-midi)

Working Document No 63

Distributed on 18 October 1984 (afternoon)

Texte revisé établi par le Comité de rédaction

[PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AU TRUST ET SUR SA RECONNAISSANCE]

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de *common law,* adoptée par d'autres Etats avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants qui naissent de sa reconnaissance;

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Revised text drawn up by the Drafting Committee

[DRAFT CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION]

The States signatory to the present Convention,

Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution,

Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with some of the most important issues of the recognition of trusts,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER ONE – SCOPE

Article 1

This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Article 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, 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.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee.*

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie du trust en cause.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

a du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;

b de la situation des biens du trust;

c de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*;

d des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 2

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

a the assets constitute a separate trust fund and are not a part of the trustee's own estate;

b title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

c the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Article 3

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Article 4

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Article 5

The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 6

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.
Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in article 7 shall apply.

Article 7

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.
In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to –

a the place of administration of the trust designated by the settlor;

b the situs of the assets of the trust;

c the place of residence or business of the trustee;

d the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.

Cette loi régit notamment:

a la désignation, la démission et la révocation du *trustee,* l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee* ainsi que la transmission des fonctions de *trustee*;

b les droits et obligations des *trustees* entre eux;

c le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;

d les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;

e les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;

f les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;

g les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;

h la modification ou la cessation du trust;

i la répartition des biens du trust;

j l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être soumis à une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust détermine également s'il est possible que le trust ou un élément de celui-ci, susceptible d'être isolé, soit soumis à une loi différente.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.
La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.
Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

a que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;

b que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;

c que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee;*

d que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee,* en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec

Article 8

The law specified by article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust.

In particular that law shall govern –

a the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;

b the rights and duties of trustees among themselves;

c the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers;

d the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;

e the powers of investment of trustees;

f restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;

g the relationship between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;

h the variation or termination of the trust;

i the distribution of the trust assets;

j the duty of trustees to account for their administration.

Article 9

In applying this chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law.

Article 10

The law applicable to the validity of the trust shall determine if it is possible for the trust or a severable aspect thereof to become subject to another law.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 11

A trust created in accordance with the law specified by the preceding chapter shall be recognized as a trust.
Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –

a that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;

b that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

c that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;

d that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the

ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

Article 12

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Procès-verbal No 13

Séance du jeudi 18 octobre 1984 (après-midi)
Meeting of Thursday 18 October 1984 (afternoon)

The meeting was opened at 2.10 p.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. Mr von Overbeck (Switzerland) was the Rapporteur.

The Chairman continued with the second reading of the draft Convention. Before proceeding to article 13, he directed the Commission's attention to Working Document No 63, from the Drafting Committee, which contained revisions of the first twelve articles. The changes in these from the text contained in Working Document No 58 were largely drafting amendments that could be dealt with by the Commission the following morning. He noted, however, that the newly drafted article 10 presented a complete reformulation and requested discussion of this change.

Le **Rapporteur** déclare que cet article a fait l'objet d'une nouvelle rédaction et qu'il est maintenant parfaitement clair. En cas de changement de la loi applicable, la formule neutre indique que cet événement peut se produire soit du fait du choix du constituant, soit par l'application de l'article 7.

Mr Waters (Canada) noted that the matter had also been discussed among the delegates from the common law countries. He wished to propose as an alternative that the words 'to another law' be added to the formulation contained in article 10 of Working Document No 58. He thought the present formulation in Working Document No 63 ambiguous.

Mr Reese (United States) wished to support Mr Waters' suggestion. He thought it quite important that it be clearly apparent in this provision that the law applicable to the validity of a trust could be changed.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau), in order to meet Mr Waters' problem, proposed the following amendment to article 10 of Working Document No 63: '... or a severable aspect thereof *to be changed and* become subject to another law'.

Mr Waters (Canada) explained that he proposed that article 10 be revised to adopt the language contained for that article in Working Document No 58 with the addition at the end thereof of the words 'to another law'.

The Chairman thought that Mr Waters' formulation expressed exactly the same idea contained in the present draft and that the present draft formulation was more elegant.

Mr Pryles (Australia) supported the Canadian and United States Delegates. He thought that on first reading the new formulation of article 10 did not clearly suggest that the law pertaining to the validity of the trust could be changed. The present language suggested merely the possibility of the addition of new law in the case of *dépeçage*.

The Chairman noted that this problem did not arise in the French text.

M. Beraudo (France) relève que le texte actuel couvre également l'hypothèse où c'est la loi applicable à la validité du trust qui est changée. Cette rédaction est sans doute plus élégante, mais il pense qu'elle enlève une partie de la substance de l'ancien article. Il voudrait donc qu'on choisisse entre l'ancienne rédaction figurant au Document de travail No 58 et la nouvelle figurant au Document de travail No 63.

The Chairman asked whether the text of article 10 in Working Document No 63 could not be modified to add at the end thereof the language 'than the one previously applied'.

Le Rapporteur pense qu'il est possible de rendre l'idée de M. Waters, en mettant en français les termes: «possible de remplacer par une autre loi». En fait, il s'agit d'utiliser le mot «remplacer» au lieu de «changer».

The Chairman asked for a repetition of the proposed new text and questioned whether this formulation would be acceptable to the common law delegates.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) suggested as an alternative that the words 'replaced by another law' be added to the end of article 10 as contained in Working Document No 58.

Mr Waters (Canada) noted that Canada would find this alternative acceptable.

The Chairman had the new proposal read again.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) asked why the language pertaining to 'a severable aspect' in article 10 of Working Document No 63 was found objectionable. He asked whether, in the opinion of common law delegates, the severability pertained both to validity and other aspects such as administration, or solely to validity. He thought if severability pertained both to validity and other aspects that there could be no objection to the new text in Working Document No 63.

The Chairman noted that in French the words *'un élément de celui-ci'* clearly referred only to the trust.

Mr Reese (United States) thought that severability referred to both administration and validity.

The Chairman recommended leaving the text as it stood and asked whether the Commission would be satisfied with an explanatory reference in the Report. He proceeded to note *that article 10 in its new version was accepted.* He turned then to consideration of article 13.

Le Rapporteur déclare que cet article est issu du Document de travail No 50 proposé par le Président. La formule employée est un compromis. La signification est identique en français et en anglais.

Mr Pryles (Australia) recalled that the previous draft had used the term 'or' rather than the present 'and'. The present formulation made the factors necessarily cumulative rather than alternative.

The Chairman thought that this alteration had been rightly done. With regard to the applicable law it was irrelevant under the Convention where these three elements were located.

Mr Pryles (Australia) found this explanation acceptable.

Mr Westbroek (Netherlands) noted that the new text did not employ the word 'all' when referring to the 'significant elements' of the trust. He thought the use of the word 'the' alone produced a different emphasis. He asked what the result would be if only one significant element pointed away.

The Chairman thought that the result of the Drafting Committee's formulation was that as soon as one significant element, other than the three specifically excluded elements, was connected with a trust jurisdiction, this article would no longer apply.

Mr Westbroek (Netherlands) would rather that the article contained the word 'all'.

Le Rapporteur pense que la signification serait la même si on ajoutait tous les éléments; mais, pour la compréhension de l'article, une telle précision serait peut-être préférable.

M. Beraudo (France) est d'accord avec la solution préconisée par le Président. Il pense que l'introduction du terme «tous» modifierait le sens de l'article.

Le Président souligne que la première partie de cette proposition est en contradiction avec la seconde.

M. Beraudo (France) déclare que le problème dont il est ici débattu est subtil et qu'il ne faut pas détruire les nuances contenues dans le présent article 13.

Le Rapporteur ne partage pas l'interprétation de M. Beraudo. Il pense que, quelle que soit la terminologie employée, le résultat est le même.

The Chairman noted that the Commission had before it one drafting proposal, that was to add the word 'all' to modify the 'significant element' referred to in this article. He thought this proposal should be understood not to change the meaning of this article.

M. Beraudo (France) souligne que cette question est très sérieuse. Si un compte en banque est ouvert dans un Etat qui connaît le trust, et sert de prétexte à la création d'un trust, il sera impossible d'utiliser l'article 13.

The Chairman thought the discussion was proceeding on the basis of a misunderstanding. The case put, for example, of the placement of a small bank account belonging to a trust into a bank located in a non-trust jurisdiction, would not give rise to a 'significant' element sufficient to bring article 13 into play.

M. Gambaro (Italie) est d'accord avec M. Beraudo. Le mot «significatif» implique une idée de jugement en droit anglo-saxon. Il pense que l'emploi de ce mot conduit à l'interprétation qui a été donnée par M. Beraudo.

The Chairman thought that if the presence or absence of the word 'all' made a difference in meaning in article 13, the Commission would be obliged to include it because the previous vote on this article had been based on Working Document No 50, which contained the word 'all'. The Commission had adopted that formulation. He asked whether any delegates felt that this proposal concerned a matter of substance.

M. Loewe (Autriche) donne de cet article une interpré-

tation plus nuancée. Il pense qu'il s'enchaîne aux articles 6 et 7. Les éléments significatifs visés à l'article 13 sont les mêmes que ceux qui sont pris en considération lors du choix de la loi conformément à l'article 7, à l'exception de ceux qui sont expressément nommés ensuite.

The Chairman agreed that the proposal was related to article 7.

M. Loewe (Autriche) souligne qu'il s'agit de l'ensemble des liens de rattachement à l'exception de ceux qui sont indiqués.

Mr Varady (Yugoslavia) also supported the addition of the word 'all'. He noted another problem: that if all of the significant elements including the three excluded in article 13 were more closely connected with non-trust jurisdictions the article would not be applicable.

The Chairman agreed and noted that then the entire Convention would not apply.

Mr Varady (Yugoslavia) explained that he thought the word 'except' was not very clear in the context of article 13.

Le Rapporteur déclare que, dans ce cas, c'est l'article 5 qui intervient. Il est clair que, si tous les éléments se trouvent dans un Etat qui ne reconnaît pas les trusts, la Convention ne s'applique plus.

Mr Hayton (United Kingdom) thought that the Commission should be very careful not to reopen already decided issues. He thought the civil law countries were mainly worried that their own nationals would take property abroad in order to create trusts concerning them. He thought that exchange control law would largely prevent this problem and that the rich could avoid it in any case by creating companies. He thought the Commission should accept article 13 as it stood because it did exactly what it was supposed to do.

The Chairman recommended not reopening the substantive decision previously taken. He thought this only a point of drafting.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) aligned himself with Mr Loewe in thinking article 13 the same with or without the additional word. He recommended not changing Working Document No 58.

The Chairman wished to take a vote on *whether to retain article 13 as presented in Working Document No 58.*

Mr Loizou (Cyprus) wanted clarification on whether Working Document No 58 or Working Document No 63 was involved.

The Chairman emphasized that Working Document No 58 contained the draft of article 13 presently under consideration. He proceeded to take the vote on *whether to retain article 13 as drafted in Working Document No 58.*

Vote

This proposal was adopted by a vote of 22 in favour (Argentina, Australia, Austria, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Italy, Japan, Luxemburg, Poland, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States, Uruguay, Venezuela), 2 against (Netherlands, Yugoslavia).

The Chairman noted that article 13 had been adopted, and turned to consideration of article 14.

Le Rapporteur souligne que cette disposition reprend l'ancien article 15 dans une rédaction différente, qui a été empruntée à la Convention relative au mariage où l'on réserve également la possibilité de reconnaître un mariage en dehors de la Convention. Il s'agit là d'une disposition *in favorem trustis.*

The Chairman noted that as there were no observations proffered with regard to *article 14, he considered it adopted.*
He turned to consideration of Chapter IV, General Clauses, and asked the Rapporteur generally to discuss this chapter.

Le Rapporteur déclare que ces dispositions ont tenu compte du travail du Comité de rédaction et de celui des clauses protocolaires. Dès lors, il ne s'agissait plus que de mettre au point l'ordre des articles.

The Chairman turned to consideration of article 15.

Le Rapporteur déclare que cet article reprend l'ancien article 19. Son chapeau reprend les suggestions du Document de travail No 54. Il introduit l'idée de protection des tiers de bonne foi. La clause résiduelle, figurant à cet article, a l'avantage de préciser qu'aux autres lettres on réserve la protection des tiers en évitant les répétitions. Mais, en matière d'insolvabilité, la protection des tiers présente des aspects particuliers; c'est pourquoi on a jugé utile de citer une référence aux tiers. Le *b* fait référence aux sûretés réelles, conformément aux voeux de la Banque des Règlements internationaux. La loi applicable selon cet article peut être, soit la loi du for, soit celle d'un autre pays. Mais, ce qu'il juge très important de rappeler, c'est que cette énumération n'est pas exhaustive. Il aurait été possible de faire figurer une clause générale, mais on a cru finalement préférable de procéder à l'énumération.

Mr Pryles (Australia) wished to make a series of drafting suggestions. Firstly, in the first paragraph of article 15, he thought that the phrase 'such provisions of such law' should be replaced with 'those provisions'. Secondly, he thought that the last phrase in the first paragraph of article 15 needed grammatical correction to read 'relating in particular to the following matters'. Thirdly, he thought that the word 'the' before the words 'security interests' should be eliminated. Fourthly, he thought that *f* should be rephrased to read: 'The protection in other respects of third parties in good faith'. His final suggestion was that the word 'objectives' in the second line of the final paragraph of article 13 should be replaced with the word 'objects'.

The Chairman doubted whether the second suggestion was necessary.

Mr Varady (Yugoslavia) thought that the Convention contained a contradiction between article 11*d* and article 15 as to the application of mandatory and non-mandatory rules of the forum.

The Chairman explained that article 11*b* expressed what the Commission considered to be self-evident, that is, that matters not really the subject of trust law would remain the same despite the Convention, whether they

were mandatory in nature or not. Article 15, on the other hand, assumed that it would be at least debatable whether the provision in question formed a part of trust law; if so, only mandatory rules would supersede the Convention.

Le Rapporteur se déclare d'accord avec le Président. Dans l'article 15, il est fait référence au transfert de propriété de façon générale, mais on se réfère aux règles impératives. Dans l'article 11, dernier alinéa, il est fait simplement référence au tiers détenteur, dans ce cas la règle de conflit fonctionne. Il ne peut donc y avoir, *a priori,* de confusion.

Mr Varady (Yugoslavia) asserted that article 15 did indeed deal with non-mandatory rules, in that it excluded the application of non-mandatory rules with regard to the listed subjects. He queried whether this was the intended result.
He also still found difficulty in understanding *d* of article 11, and maintained that a contradiction existed.

The Rapporteur thought the point interesting and was inclined to include a reference in his Report.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) questioned whether parties in bad faith, but in insolvency, would be protected under *e* of article 15.

The Rapporteur thought it best to refer the question to Mr Loewe.

M. Loewe (Autriche) pense, qu'en cas d'insolvabilité, la question n'est pas de savoir si le tiers agit de bonne foi. Du reste, une telle question ne se pose même pas. Les lois concernant la faillite sont faites pour protéger les créanciers. Il estime que ce serait aller trop loin s'il fallait toujours protéger les tiers contre le trust.

M. Gambaro (Italie) déclare que si l'article 15 fait renvoi aux règles impératives du for, la détermination de la bonne foi doit être réglée par la loi du for et non par la Convention.

The Chairman thought that a decision of principle had already been taken by the Commission to include the concept of 'good faith' in this article.

Le Rapporteur se demande s'il ne serait pas possible de modifier le texte de la lettre *e* en utilisant les termes: «protection des créanciers».

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) proposed a rewording of *e* as 'the protection of creditors in matters of insolvency'.

The Chairman then requested further observations, and, finding none, *considered article 15 adopted with the above drafting amendments.* He turned to consideration of article 16.

Le Rapporteur déclare que cette disposition a trait aux lois de police ou d'application immédiate. La rédaction a été plus ou moins fixée en séance. La disposition actuelle contient un certain pléonasme, mais M. Trautman a estimé qu'il était nécessaire pour les juristes de *common law* d'inclure une référence aux situations internationales pour éviter toute incertitude.

The Chairman turned the Commission's attention to the proposal contained in Working Document No 59.

Mr Pryles (Australia) thought that the term 'conflicts' in the last line of this proposal should be in the singular.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) noted the lack of unanimity among English speakers on this issue.

Mr Waters (Canada) thought it better to say 'rules of conflict of laws'.

Mr Hayton (United Kingdom) stated he had no views on the issue.

The Chairman asked the Rapporteur whether he wished to change the order of the words as suggested by Mr Waters.

The Rapporteur thought this a good suggestion and further suggested it be carried throughout the draft Convention.

The Chairman noted that the language would be changed to read 'rules of conflict of laws'.

Mme Revillard (France) remarque que les problèmes de la réglementation des changes (qui concernent de nombreux Etats) n'ont pas été abordés; ils peuvent intervenir lors de la constitution et de la liquidation du trust. Elle demande que cet aspect soit mentionné dans le Rapport explicatif à titre d'illustration des lois de police du for visées à l'article 16, alinéa premier.

The Chairman passed to consideration of the proposal contained in Working Document No 59, put forward by a number of delegations. He noted that because it addressed a matter of substance on which the Commission had already taken a decision, the rules of procedure first required passage by absolute majority of a motion to reconsider. He asked Mr Beraudo to speak in support of this motion.

M. Beraudo (France) déclare que, bien qu'une disposition de l'avant-projet ait été écartée une nouvelle délibération relative aux lois de police étrangères lui paraît nécessaire. Il déclare que, si le vote du premier texte a été négatif c'est que sa lecture en était difficile. Aussi, un texte plus clair a été élaboré.

The Chairman noted that under the rules of procedure he could recognize one other speaker in favour of the motion to reconsider and two speakers against. He recognized Mr Espinar in favour.

M. Espinar (Espagne) intervient pour manifester son soutien à la proposition figurant au Document de travail No 59.

M. Loewe (Autriche) déclare que la Convention contient déjà suffisamment de dispositions qui permettent de ne pas reconnaître un trust. Il pense que, si une restriction est encore ajoutée, on croira que le trust est une institution néfaste. Il ne pense pas que le changement de rédaction intervenu dans l'article 16 actuel ait une incidence sur la règle proposée. La nouvelle rédaction conserve toutes les anciennes imprécisions, par exemple les termes «à titre exceptionnel» ou «suffisamment étroit». De telles expressions ne peuvent qu'engendrer de graves incertitudes.

The Chairman requested that the speakers confine their comments to the motion to reconsider and avoid the substance of the issue.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) thought that if article 16 were changed as proposed it would be necessary to have a reservation available against this second paragraph.

The Chairman noted that this matter of having a reservation could be considered subsequently. He proceeded to take a vote on the *motion to reconsider article 16.*

Vote

The motion to reconsider was adopted by a vote of 17 in favour (Argentina, Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, Finland, France, Greece, Ireland, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Spain, Switzerland, United States, Uruguay, Venezuela), 1 against (Austria), with 7 abstentions (Australia, Canada, Denmark, Federal Republic of Germany, Poland, United Kingdom, Yugoslavia).

The Chairman then called on Mr Beraudo to address the substance of Working Document No 59.

M. Beraudo (France) voudrait rappeler ce que sont les lois visées par l'article 16 par rapport à la notion d'ordre public. Dans nombre de systèmes juridiques, existent des lois simplement impératives; le droit international privé introduit la notion d'ordre public. Mais, depuis vingt-cinq ans, a été dégagé ce que la Convention de Rome a appelé les lois de police; ces lois s'imposent aux juges immédiatement sans qu'il y ait à s'interroger sur la loi compétente. Ces lois de police peuvent être celles du for mais également des lois de police étrangères. Cette question n'a donc rien à voir avec celle de savoir s'il faut être ou non favorable au trust. L'article 16 oblige le juge à prendre en considération les lois de police du for, mais il est muet sur la question de savoir si le juge peut prendre en considération une loi de police étrangère. Une telle lacune doit être comblée, son existence pourrait donner lieu à une interprétation *a contrario* défavorable au trust. Il estime que le texte de l'article 16 est un progrès par rapport à l'actuelle Convention de Rome; il a reçu l'assentiment des rédacteurs des Etats de *common law* et de droit civil. Comme il s'agit de permettre la prise en considération de lois de police étrangères, il est nécessaire de rendre cet examen facultatif pour le juge. Des Etats ont estimé que des lois de police étrangères n'avaient à jouer qu'un rôle exceptionnel; cette considération explique l'emploi des premiers termes de la proposition. Le verbe «pouvoir» montre qu'il s'agit d'une disposition facultative pour le juge.

The Chairman directed that a vote would be taken on the principle of the proposal contained in this Working Document, but, if adopted, the article would be sent to the Drafting Committee for a precise formulation.

M. Loewe (Autriche) déclare que si l'article 16 doit recevoir un complément, il faudrait qu'il soit dans le sens du Document de travail No 10 qu'il avait proposé.

The Chairman thought that Mr Loewe's suggestion was intended to solve the same problem addressed by the German Delegate through the medium of a reservation. He thought the second alternative perhaps preferable.

Mr Hayton (United Kingdom) thought the major issue would be the increase in complexity and uncertainty for English lawyers. The Convention as drafted contained adequate protection in new article 13 and further special protection in article 15. These cumulatively required an English lawyer to consult the laws of many foreign jurisdictions. He thought adoption of Working Document No 59 would only increase the difficulties. It would further require English lawyers to attempt to characterize their own rules as mandatory or non-mandatory in nature, a concept with which common law lawyers were not comfortable.

The Chairman gave the following example: a trust with the majority of its assets in England could contain certain assets located in a foreign jurisdiction the law of which would not, however, apply under the Convention. The foreign jurisdiction could have exchange regulations limiting the ability of the trustee to pay out money from the trust assets to beneficiaries. If a suit were brought against a trustee to require payment out of these assets, but such were forbidden under the foreign exchange regulations, a judge in the English system would not know how to take into account these regulations in the absence of the proposed amendment.

Mr Pryles (Australia) thought it would be inconceivable that a common law court of equity would require a trustee to perform an act illegal where performed. He thought the Chairman's example presented no difficulty under common law, which would incorporate the foreign law and enforce it. He supported Mr Hayton's position that the purpose behind the common law rule permitting settlors to choose the law applicable to trusts is certainty. Adoption of the proposal at hand would rather increase uncertainty.

The Chairman wished to regulate the debate to allow the Commission to take a vote quickly.

Mr Reese (United States) noted that it was a well-established principle of common law that the settlor's right to choose the applicable law had definite limits.

M. Espinar (Espagne) voudrait souligner trois problèmes. D'abord la prise en considération des lois de police étrangères n'est qu'une faculté pour le juge. Ensuite, il ne s'agit pas d'appliquer ces règles mais de donner un effet direct aux lois de police étrangères. Enfin la notion de «lien suffisamment étroit» ne pose aucune difficulté puisque l'article 7 permet de le déterminer. Pour toutes ces raisons il appuie la proposition d'ajouter un second alinéa à l'article 16.

M. Volken (Suisse) déclare que si la délégation suisse soutient cette proposition, c'est pour une raison d'équilibre formel et matériel. Formellement, l'article 16, alinéa premier ne vise que les lois de police du for; la mention des lois de police étrangères contribuerait donc à l'équilibrer. Ensuite, lorsqu'il a été débattu sur la question de savoir si la Convention devait être ouverte ou fermée, les partisans d'une Convention ouverte ont dit que l'équilibre se trouverait réalisé grâce aux articles 19 et 20. Or une partie de ces articles a été abandonnée dans l'actuelle rédaction. Il est d'accord que sur ces questions on discute depuis fort longtemps, mais il faudrait laisser aux Etats qui ont besoin d'une telle disposition la possibilité de l'avoir, quitte à l'assortir d'une réserve.

M. Loewe (Autriche) voudrait faire une transaction. Il souhaite que cette règle soit transformée en faculté pour les Etats.

The Chairman noted that the Commission could decide in favour either of a faculty in the provision itself or a reservation against the provision. He thought it best to take a vote, first, on whether to include the provision

contained in the Working Document. Subsequently the Commission could consider whether a reservation or similar protection would be allowed.

Le Rapporteur pense que la proposition figurant au Document de travail No 59 devrait exprimer plus clairement l'élément essentiel: c'est-à-dire que la règle d'un Etat étranger peut s'appliquer au trust en question. Le problème ne se pose que pour les lois de police d'un Etat autre que celui dont la loi régit le trust. Il conclut en disant que les juridictions de *common law* appliquent les lois de police étrangères sans le savoir parce que leur système de droit international privé est plus souple que celui des pays de droit civil.

The Chairman proceeded to take a vote on the *proposal contained in Working Document No 59.*

Vote

The proposal was adopted by a vote of 15 in favour (Argentina, Czechoslovakia, Egypt, Finland, France, Greece, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Spain, Switzerland, United States, Uruguay, Venezuela); 10 against (Australia, Austria, Canada, Cyprus, Denmark, Federal Republic of Germany, Ireland, Poland, United Kingdom, Yugoslavia), with no abstentions.

The Chairman *noted that article 16 would be referred to the Drafting Committee* to consider a precise formulation of the amendment. He turned to discussion of the proposal put forward by the Austrian and German Delegates with regard to a reservation.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) noted that the Rome Convention had a similar provision subject to reservation. He thought it important to allow a reservation similarly here.

M. Loewe (Autriche) déclare que cette proposition ne lui plaît pas beaucoup mais qu'elle constitue l'unique moyen pour l'Autriche de conserver un intérêt pour cette Convention.

M. Beraudo (France) déclare qu'il serait paradoxal de prévoir une réserve uniquement sur un point facultatif.

Le Rapporteur note que la Convention de Rome, dans son article 22, se réfère à l'article 7 paragraphe premier. Il déclare que si la proposition du Document de travail No 59 avait été rejetée, il aurait suggéré la suppression de la référence aux lois de police du for qui serait devenue inutile. Il pense qu'il est préférable de faire porter la réserve sur l'intégralité de l'article.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) found the Rapporteur's remarks not apposite. He wished to avoid the uncertainty resulting from requiring judges to consult many laws? He thought it most simple to follow the example of the Rome Convention or to adopt Mr Loewe's suggestion. If the words *'si la loi du for le permet'* were added, he considered that the law of the Federal Republic of Germany would not so permit. The consequences would thus be the same.

The Chairman wished to take a vote on whether a reservation would be allowed.

M. Loewe (Autriche) voudrait que l'on vote d'abord sur sa proposition.

The Chairman thought it best to vote on both issues.

M. Volken (Suisse) déclare que si l'on insère la formule proposée par M. Loewe on s'abandonne à l'application de la loi du for; alors que si l'on procède par voie de réserve, chacun pourra savoir immédiatement quel Etat a accepté la disposition. Un telle démarche favorise la prévisibilité.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) strongly supported Mr Volken. He opposed any camouflaging of a reservation. He preferred to make the fact of a reservation plain.

The Chairman noted that he would take first a vote on whether to include a faculty in the article itself and, second, whether a reservation to the article would be permitted.

Mr Reese (United States) requested that the term 'faculty' be defined.

The Chairman explained that he was making reference to the proposal contained in Working Document No 10. He proceeded to take a vote on *whether to adopt the proposal contained in Working Document No 10.*

Vote

This proposal was rejected by a vote of 7 against (Czechoslovakia, Greece, Luxemburg, Netherlands, Spain, United Kingdom, Venezuela), 3 in favour (Argentina, Austria, United States), with 14 abstentions (Australia, Canada, Cyprus, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Ireland, Italy, Japan, Poland, Uruguay, Yugoslavia).

The Chairman then proceeded next to take a vote on *whether a reservation against the second paragraph of article 16, that is, the proposal following from having adopted Working Document No 59, would be allowed.*

Vote

This proposal was adopted by a vote of 23 in favour (Argentina, Australia, Austria, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxemburg, Netherlands, Poland, Switzerland, United Kingdom, United States, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia), 1 against (Japan), with 1 abstention (Spain).

A reservation against the new second paragraph of article 16 would be allowed.

The Chairman proceeded to consideration of *article 17,* and noting that no comments were proffered *considered it adopted.* He then proceeded directly to consideration of article 18.

Le Rapporteur déclare à propos de l'article 17 que cet article n'a pas été modifié. Il se rapporte au renvoi; sa rédaction tient compte des deux éléments, car il ne s'agit pas d'une convention sur la seule loi applicable.

M. Volken (Suisse) estime qu'il existe un problème dans l'ordre de présentation des articles 17 et 18. Le renvoi figure entre les lois de police et les dispositions relatives à l'ordre public, aussi voudrait-il intervertir l'ordre des propositions.

Le Rapporteur pense que les deux solutions sont acceptables et qu'il faudrait négliger ces problèmes de pré-

sentation qui peuvent donner lieu à des centaines de possibilités.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) preferred the order contained in the present draft. He did not like the idea of putting 16 and 18 in proximity.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) concerning article 18 noted that the standard formula would include the word 'only' in the following phrase: 'The provisions of the Convention may be disregarded *only* ...'.

Le Rapporteur déclare qu'il a déjà expliqué pourquoi il ne désirait pas que l'article soit rédigé négativement.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) noted that the same problem arose under the Rome Convention. Some people considered *lois de police* part of *ordre public,* while others did not.

The Chairman noted that the change had been made as a result of discussions taken in Plenary Session. He thought the Commission therefore must leave the text as it is even if it departed from other existing texts. He *considered articles 17 and 18 adopted,* and turned to consideration of article 19.

Le Rapporteur déclare qu'il n'a pas d'observation particulière à faire sur cet article.

The Chairman noting no objections, *considered article 19 adopted.* He turned to consideration of article 20.

Le Rapporteur estime que cet article s'explique sans difficulté. Il a paru opportun de placer ici les modalités relatives à la déclaration.

The Chairman, noting no further comments, *considered article 20 adopted.* He turned to consideration of article 21, noting that Working Document No 62 contained a proposal concerning this article.

Le Rapporteur déclare qu'il n'a rien de précis à ajouter.

The Chairman turned to consideration of Working Document No 62, and asked the Delegate of the Federal Republic of Germany to speak on the motion to reconsider this article.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) thought that this might not be a question of substance requiring a motion to reconsider. His point concerned the manner of dividing the Convention into two parts.

The Chairman opened discussion on the motion to reconsider, recognizing that it was questionable whether the matter had previously been decided, and suggesting that a motion be rapidly granted. Noting no opposition thereto, he proceeded to request debate on the substance of the issue.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) thought that his formulation would make it possible to take account of the interests of all Contracting States with regard to trusts. He thought it would be possible to avoid differences created by the division of the Convention between Chapters II and III. He thought the consequence of adopting his formulation would be that if the law to be applied according to article 7 were that of a non-Contracting State, but another significant element had connection with a Contracting State, the Convention would have to be applied even by a Contracting State having made a reservation.

The Chairman asked whether it would not be better to delete the word 'the' before the words 'significant elements'.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) found this alteration acceptable. He intended the phrase not in the sense that all elements were required to be connected with the Contracting State but rather to increase clarity.

Mr Varady (Yugoslavia) wished to make another point with regard to article 21. He thought that matters of *dépeçage* would not be covered in cases where an aspect of a trust were governed by the law of a Contracting State while other aspects were covered by the law of a non-Contracting State. He proposed two alternative phrasings to avoid this problem, the second of which was the addition of the words 'the validity of which is' after the word 'trusts' in article 21.

Le Rapporteur voudrait que l'on fasse ici référence à la loi s'appliquant à la validité du trust. Il pense que, comme vient de l'énoncer le délégué yougoslave, une certaine ambiguïté subsiste en effet sur ce point. Il croit que ce n'est pas l'intention des auteurs de la réserve d'exclure un trust dès lors que ce serait la volonté d'un Etat contractant.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) thought that if the Commission found the Rapporteur's suggestion acceptable, he would prefer it.

The Chairman noted that a reservation as proposed would be more limited and more intricate than that suggested by the Rapporteur.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau), referring to the preliminary draft Convention, noted that the assumption of the Special Commissions had always been that the Convention could either be accepted universally for both applicable law and recognition of trusts or for applicable law only. Indeed, even where no question of recognition proper arose, rules on applicable law could still serve a useful purpose.

M. Gambaro (Italie) signale qu'il a des doutes sur la proposition du Rapporteur qui désire faire référence à la loi s'appliquant à la validité du trust. En effet, les pays de droit civil ne peuvent pas effectuer de contrôle de l'administration des trusts; c'est une raison substantielle pour parler de la loi d'un Etat contractant au lieu de la loi régissant la validité.

The Chairman noted that the text at present conformed to previous decisions and that the Commission had before it a written proposal in Working Document No 62 to amend the text. He noted the presence of various oral suggestions, but proposed first to take a vote on Working Document No 62. If this proposal were rejected, the Commission could then maintain article 21 as drafted and perhaps consider the addition of the language orally proposed. He proceeded to take a vote on *whether to adopt Working Document No 62.*

Vote

This proposal was rejected by a vote of 10 against (Australia, Canada, Cyprus, Greece, Japan, Netherlands, Switzerland, United Kingdom, United States, Venezuela), 3 in favour (Czechoslovakia, Egypt, Federal Republic

of Germany), with 12 abstentions (Argentina, Austria, Denmark, Finland, France, Israel, Italy, Luxemburg, Poland, Spain, Uruguay, Yugoslavia).

The Chairman proceeded to take a vote on the *question whether article 21 should be made more specific by addition of a reference to the validity of the trust.*

Vote

This proposal was adopted by a vote of 13 in favour (Australia, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Luxemburg, Netherlands, Poland, Switzerland, United Kingdom, United States, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia), 3 against (Federal Republic of Germany, Italy, Spain), with 9 abstentions (Argentina, Austria, Denmark, Egypt, Finland, France, Greece, Israel, Japan).

M. Volken (Suisse) pense qu'il faudrait placer l'article 21 à la fin du chapitre III puisque les autres réserves sont, elles aussi, liées au sujet auquel elles se rapportent (*cf.* art. 16, 22).

The Rapporteur stated that he had mixed feelings on this issue. He thought it usual to place reservations in the general part of a convention, even if they did not refer to the entire convention. However, he could see the justice in Mr Volken's remarks. He thought the Drafting Committee could consider this point.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) wished to note an additional technical problem. In article 1, if the place of the reservation were changed as suggested by Mr Volken, it would be necessary to add additional language, such as 'subject to the reservation under article ...'.

The Chairman thought it preferable to keep all reservations together in one section. He turned to article 22.

Le Rapporteur déclare qu'il s'agit de l'ancien article 24 proposé par le Comité sur les clauses finales. Cet article concerne l'application dans le temps et les réserves.

M. Gambaro (Italie) demande de signaler au Rapport que les réserves peuvent avoir un effet cumulatif.

Le Rapporteur déclare que ces réserves n'ont aucun effet réciproque.

M. Gambaro (Italie) déclare qu'il visait le cas où un Etat fait la réserve de l'article 22. Dans cette hypothèse, il doit être considéré comme Etat non contractant à l'égard des trusts créés avant la Convention.

Le Rapporteur déclare avoir saisi l'objection de M. Gambaro, mais voudrait y réfléchir avant de donner son avis.

The Chairman noted that there would be *no change in article 22, and considered it adopted as drafted.* He turned to consideration of article 23.

Le Rapporteur déclare qu'il n'a pas de remarque à faire sur ce point, l'article n'a pas été modifié.

The Chairman asked for observations, and, finding none, *considered article 23 adopted.* He similarly asked for *observations on article 24 and ruled it adopted.* He proceeded to consideration of article 25. Finding no comments, he *considered article 25 adopted.* He proceeded to consideration of article 26.

Le Rapporteur déclare qu'il n'a pas d'observation à faire.

The Chairman asked whether Mr Růžička, as Chairman of the Sub-Committee on Final Clauses, had any suggestions.

Mr Růžička (Czechoslovakia) stated that he had no suggestions.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) noted that language pertaining to article 16 and the new reservation therein would have to be added to article 26.

The Chairman *considered article 26 adopted* and proceeded to consideration of the following articles, *which were adopted without discussion: article 27; article 28; article 29; and article 30.* The Chairman turned to consideration of article 31.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) did not approve the solution provided by the last paragraph of this article. Although intended to solve practical problems, he believed it created additional problems.

M. Volken (Suisse) voudrait savoir à quoi correspondent les termes: «nonobstant les dispositions de l'article 32».

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) thought that the final paragraph of article 31 was intended to have the effect that the formalities required by article 32 need not be fulfilled in the case of a new convention. Both notification and the six-month period should be obviated.

M. Volken (Suisse) déclare que le dernier alinéa de l'article 31 est issu de l'expérience, mauvaise à son avis, de la Convention de 1955 relative aux ventes. Or, il existe entre cette Convention et celle qui est négociée actuellement, des différences substantielles. Dans la Convention de 1955, la dénonciation ne pouvait intervenir qu'aux termes de cinq ans et ne pouvait être effectuée que tous les cinq ans. Mais, dans la Convention relative aux trusts, il sera possible d'opérer la dénonciation à tout moment dès lors que le premier délai sera expiré. Il pense que l'article 31 perd toute portée pratique dans ce cas.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) was troubled by this paragraph. He recognized that the problem, under previous conventions and denunciations, was that it was difficult to predict the date that any particular instrument would come into force. It was possible that a country having an old convention would want that convention to continue in force until a new revised instrument came into force. The denunciation should be in that case simultaneous with the coming into force of the new instrument. He doubted whether this was achieved by the last paragraph of article 31, however, because it could be read to mean only that the formalities of article 32, and not the six-month waiting period, were eliminated.

M. Beraudo (France) déclare que les dispositions du dernier paragraphe de l'article 31 sont devenues habituelles dans beaucoup de conventions internationales. L'avantage d'une telle formulation est de permettre une dénonciation simultanée d'une institution ancienne.

Ainsi, toute lacune entre les instruments successifs est évitée. Il ne voit donc aucune objection à l'adoption de ce paragraphe.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) agreed with Mr Volkens's comments. Because the reservations and other sections of the Convention rely on the status of a State as a Contracting State, there could be reason to want continuing application of some part of an old convention.

The Chairman asked whether this decision had not already been taken by the Commission.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) thought not, because the draft had only been circulated.

Mr Varady (Yugoslavia) suggested that the words 'from the moment' be added to the last paragraph after the words 'if and' in the second-to-last line.

Le Rapporteur déclare qu'il lui semble que cette clause n'existe pas dans les Conventions de La Haye. Il estime cavalier de ratifier une nouvelle convention tout en dénonçant en même temps une ancienne. Il pense qu'il faudrait trouver un moyen d'aménager la succession des conventions sans encourir les critiques des spécialistes du droit des traités. Il pense que la suppression du dernier alinéa retirerait tout intérêt à l'article 31.

M. Evrigenis (Grèce) déclare que la dernière clause de l'article 31 est justifée; mais que ce problème pourrait être éventuellement envisagé lors de la revision de la nouvelle Convention. Une clause telle que celle qui est visée au dernier alinéa de l'article 31 sera utile pour éviter de créer des lacunes dans le temps entre ancienne et nouvelle Convention. Il déclare que si le maintien de la clause est voté, il aura une proposition à faire sur sa rédaction.

The Chairman proceeded to take a vote on *whether to delete the last paragraph of article 31.*

Vote

This proposal was rejected by a vote of 11 against (Australia, France, Greece, Israel, Japan, Luxemburg, Poland, Portugal, United Kingdom, United States, Yugoslavia), 8 in favour (Argentina, Canada, Denmark, Federal Republic of Germany, Spain, Switzerland, Uruguay, Venezuela), with 7 abstentions (Cyprus, Czechoslovakia, Egypt, Finland, Ireland, Italy, Netherlands).

The Chairman noted that the fourth paragraph of article 31 would remain. He proceeded to request discussion on any proposed alterations.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) understood that the Drafting Committee would still have liberty to revise this paragraph.

The Chairman agreed, noting that Mr Evrigenis wished to make a proposal as to this paragraph.

M. Evrigenis (Grèce) souligne que les termes «consent à être lié» ne sont pas précis. Il se demande s'ils visent la signature de la Convention ou sa ratification. Dans l'un ou l'autre cas, une certaine période entre signature, ratification et mise en vigueur de la Convention peut s'intercaler. Il est possible que l'ancienne Convention soit dénoncée avant que la nouvelle soit en vigueur. Il faudrait dire que, lors de la mise en vigueur dans chaque nouvel Etat de la nouvelle Convention, l'ancienne est considérée comme dénoncée.

The Chairman thought it best rather to take account of these suggestions and *to refer this paragraph for redrafting to the Bureau and the Chairman of the Sub-Committee.*
He proceeded to consideration of article 32.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) wished to make it clear that paragraph 2 of article 32 did not intend to provide that a Contracting State could denounce the Convention without giving a specific date on which that denunciation would take effect. Although this paragraph provided that the notification could contain a later date than the six months specified, that later date would have to be specifically set, and a Contracting State could not hinge denunciation on the occurrence of some later event.

The Rapporteur agreed with Mr Dyer's remarks. One could under paragraph 2 of article 32 fix a later date for denunciation, but could not link denunciation to the uncertain occurrence of some future event.

The Chairman, noting no further reservations, *considered article 32 adopted.* He proceeded to consideration of article 33.

M. Evrigenis (Grèce) pense qu'il faudrait peut-être ajouter quelque chose concernant la dénonciation implicite à l'article 31.

The Chairman asked the Secretariat and the Chairman of the Sub-Committee to consider this suggestion.

Mr Mathysiak (Poland) pointed out that, as amended, article 16 must be included in this article.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) wished to suggest that the word 'the' preceding the words 'diplomatic channels' should be eliminated from the fourth line of the closing paragraph of this article.

The Chairman, finding no other observations, *considered this article adopted with the small change.* He noted that the preamble still had to be reviewed and suggested it be taken, together with the final text, the following morning.

The meeting was adjourned at 5.20 p.m.

Procès-verbal No 13

Distribué le 19 octobre 1984 (matin)

Distributed on 19 October 1984 (morning)

Texte revisé établi par le Comité de rédaction

[PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AU TRUST ET SUR SA RECONNAISSANCE]

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de *common law*, adoptée par d'autres Etats avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants qui naissent de sa reconnaissance,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Article 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, 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.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Revised text drawn up by the Drafting Committee

[DRAFT CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION]

The States signatory to the present Convention,

Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution,

Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with some of the most important issues of the recognition of trusts,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER ONE – SCOPE

Article 1

This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Article 2

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

a the assets constitute a separate trust fund and are not a part of the trustee's own estate;

b title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

c the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Article 3

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee*.

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie du trust en cause.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

a du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;

b de la situation des biens du trust;

c de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*;

d des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.
Cette loi régit notamment:

a la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee* ainsi que la transmission des fonctions de *trustee*;

b les droits et obligations des *trustees* entre eux;

c le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;

d les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;

e les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;

f les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;

g les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;

h la modification ou la cessation du trust;

i la répartition des biens du trust;

Article 4

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Article 5

The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 6

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.
Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in article 7 shall apply.

Article 7

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.
In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to –

a the place of administration of the trust designated by the settlor;

b the situs of the assets of the trust;

c the place of residence or business of the trustee;

d the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

Article 8

The law specified by article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust.
In particular that law shall govern –

a the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;

b the rights and duties of trustees among themselves;

c the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers;

d the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;

e the powers of investment of trustees;

f restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;

g the relationship between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;

h the variation or termination of the trust;

i the distribution of the trust assets;

j l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être soumis à une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer par une autre loi la loi applicable à la validité du trust ou à un élément de celui-ci susceptible d'être isolé.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.
La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.
Dans la mesure où la loi applicable au trust requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

a que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;

b que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;

c que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee;*

d que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee,* en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee* sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

j the duty of trustees to account for their administration.

Article 9

In applying this chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law.

Article 10

The law applicable to the validity of the trust shall determine whether the law governing the validity of the trust or the law governing a severable aspect may be replaced by another law.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 11

A trust created in accordance with the law specified by the preceding chaper shall be recognized as a trust.
Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –

a that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;

b that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

c that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;

d that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum

Article 12

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Article 13

No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

Article 14

The Convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts.

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

a la protection des mineurs et des incapables;

b les effets personnels et patrimoniaux du mariage;

c les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;

d le transfert de propriété et les sûretés réelles;

e la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;

f et, à d'autres égards, la protection des tiers de bonne foi.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit.
A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Article 17

Au sens de la Convention, le terme «loi» désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Article 20

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la présente Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.
Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

L'article 32 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21

Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux

Article 15

This Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters –

a the protection of minors and incapable parties;

b the personal and proprietary effects of marriage;

c succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;

d the transfer of title to property and security interests in property;

e the protection of creditors in matters of insolvency;

f the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

If recognition of the trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of a trust by other means.

Article 16

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.
If another State has a sufficiently close connection with a case then, in exceptional circumstances, effect may also be given to rules of that State which have the same character as mentioned in the preceding paragraph.
A Contracting State may, by way of reservation, declare that it will not apply the second paragraph of this article.

Article 17

In this Convention the word 'law' means the rules of law in force in a State other than its rules of private international law.

Article 18

The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy *(ordre public)*.

Article 19

Nothing in this Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.

Article 20

A Contracting State may, at any time, declare that the provisions of this Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions.
This declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and will come into effect on the day when this notification is received.
Article 32 is applicable to the withdrawal of this declaration in the same way as it applies to a denunciation of the Convention.

Article 21

A Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III only to trusts the validity of

trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Article 22

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.
Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la présente Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 26

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.
Aucune autre réserve ne sera admise.
Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention, après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 33. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, accep-

which is governed by the law of a Contracting State.

Article 22

This Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created.
However, a Contracting State may reserve the right not to apply this Convention to trusts created before the date on which, in relation to that State, the Convention enters into force.

Article 23

For the purpose of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Article 24

A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply this Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Article 25

The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 26

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, or at the time of making a declaration in terms of article 29, make the reservations provided for in articles 16, 21 and 22.

No other reservation shall be permitted.
Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

Article 27

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fifteenth Session.
It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 28

Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with article 30, paragraph 1.
The accession will have effect only as regards the relaMinistry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.
The accession will have effects only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in article 33. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they

tation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.
Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.
Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;

b pour tout Etat adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;

c pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 31

Lorsque la Convention aura été en vigueur depuis quatre ans, tout Etat contractant pourra en proposer la revision. Une telle proposition sera soumise au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention, qui informera les autres Parties ainsi que les Etats signataires.
Si la proposition recueille l'approbation d'un quart des Etats contractants ou d'un minimum de cinq Etats, si le quart est inférieur à ce nombre, le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, après consultation du dépositaire, convoquera une conférence à cette fin.
La revision prendra la forme d'un nouvel instrument international.
Le consentement à être lié par le nouvel instrument de revision impliquera *ipso jure* la dénonciation immédiate de la présente Convention, nonobstant les dispositions de son article 32, lorsque le nouvel instrument portant revision entrera en vigueur à l'égard de l'Etat concerné.

Article 32

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.
La dénonciation prendra effet le premier jour du mois

ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 29

If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

Any such declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
If a State makes no declaration under this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 30

The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in article 27.
Thereafter the Convention shall enter into force –

a for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval;

b for each acceding State, on the first day of the third calendar month after the expiry of the period referred to in article 28;

c for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with article 29, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that article.

Article 31

After this Convention has been in force for four years, any Contracting State may propose to revise this Convention. Such a proposal shall be submitted to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention, which shall inform the other Parties as well as the signatory States.
If the proposal meets with the approval of a quarter of the Contracting States, or a minimun of five States if a quarter of the Contracting States amounts to less than five, the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, in consultation with the depositary, shall convene a conference for that purpose.
The revision shall take the form of a new international instrument.
The consent to be bound by the new revising instrument shall *ipso jure* involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of its article 32, if and when the new revising instrument shall have come into force in respect of the State concerned.

Article 32

A Contracting State may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.
The denunciation takes effect on the first day of the

suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Article 33

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

a les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;

b la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;

c les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;

d les extensions visées à l'article 29;

e les déclarations visées à l'article 20;

f les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;

g les dénonciations visées à l'article 32.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le ....., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session, ainsi qu'à la République de Panama.

month following the expiration of six months after the notification is received by the depositary or on such later date as is specified in the notification.

Article 33

The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands shall notify to the States Members of the Conference and the States which have acceded in accordance with article 28, of the following –

a the signatures and ratifications, acceptances or approvals referred to in article 27;

b the date on which the Convention enters into force in accordance with article 30;

c the accessions and the objections raised to accessions referred to in article 28;

d the extensions referred to in article 29;

e the declarations referred to in article 20;

f the reservations or withdrawals referred to in article 26;

g the denunciations referred to in article 32.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on ....., in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Fifteenth Session, and to the Republic of Panama.

Document de travail No 65
Working Document No 65

Distribué le 19 octobre 1984 (matin)
Distributed on 19 October 1984 (morning)

Proposition du Président du Comité de rédaction
Proposal of the Chairman of the Drafting Committee

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi ou la loi applicable à un élément du trust, susceptible d'être isolé, par une autre loi.

Article 10

The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law.

Procès-verbal No 14

Séance du vendredi 19 octobre 1984 (matin)
Meeting of Friday 19 October 1984 (morning)

The meeting was opened at 9.30 a.m.
Mr van Boeschoten (Netherlands) was in the Chair. The Rapporteur was Mr von Overbeck (Switzerland).

The Chairman opened the meeting by turning to Working Document No 64. He suggested that the Commission should look only at the parts of the draft Convention which had been changed in the Drafting Committee, thus they would look only at those parts which had not yet been adopted. The title of the Convention and the preamble thereto were both read and then the Chairman called on Mr von Overbeck, the Rapporteur, to explain these parts of the Convention.

Le Rapporteur déclare qu'il n'a pas d'observation particulière à faire sur le titre et le préambule. Le préambule précise que la Convention est centrée sur les trusts de *common law* et qu'elle permet aussi de prendre en compte des institutions analogues dès lors que ces dernières sont conformes à la définition posée par l'article 2.

Mr Waters (Canada) pointed out that in the second paragraph of the preamble the English read 'modifications in other jurisdictions', whereas the French read *'adopté par d'autres Etats'*. He suggested that the French text was slightly incorrect and asked how it might be modified.

The Chairman agreed with Mr Waters and changed the French text so as to read *'d'autres pays'*.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) noticed that the French and English text were not entirely the same in paragraph 3 of the preamble because the English text read 'some of the most important' whereas the French text read *'les problèmes les plus importants'*. He suggested that the two texts be aligned.

The Chairman deleted the words 'some of' in the third paragraph of the preamble.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) pointed out that the English and French texts were still not the same in paragraph 3 as the French text read *'qui naissent de sa reconnaissance'* whereas the English text read 'of the recognition of trusts'; he thus suggested that the English be changed so as to read 'arising from the recognition of trusts'.

The Chairman agreed that this change should be made. He then asked whether there were any other changes to be made in the preamble but, finding none, he announced that the title and preamble to the Convention were adopted. Next the Chairman turned to article 7 where he asked for the English text to be read as only this text had been changed.

The Rapporteur explained that only one change had been made in the English text and that was to take out the phrase in letter *d* of article 7 in Working Document No 58 which read 'the place or places' and replace it, in the new article 7 *d*, by the words 'the places'. He said that this was the only change.

The Chairman found there were no observations on this text and therefore announced that article 7 was adopted as it stood in Working Document No 64. He turned next to article 8.

Le Rapporteur indique que le «et» a été remplacé par un «ou» dans le premier alinéa, qu'à la lettre *a* le terme de «fonctions» a été remplacé par celui «d'attributions». La lettre *c* a également été modifiée sur la base du Document de travail No 61 pour faire ressortir que l'on peut déléguer séparément ces obligations d'une part et ces fonctions d'autre part en tout ou en partie. Quant à la lettre *g* dans le texte anglais, les termes *«trust assets»* ont été jugés préférables à *«trust estate»*.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) questioned whether in letter *g* of article 8 in the English text the word 'relationship' should not be shown in the plural as this would be a better translation of the French text.

The Chairman agreed and therefore an 's' would be added to the word 'relationship', so it became 'relationships'. Finding no further comments on this article, he announced it would be adopted.

Le Rapporteur observe que l'article 10 ne fait l'objet que de changements d'ordre rédactionnel, le terme «chapitre» ayant été préféré à celui de «articles 6 et 7».

The Chairman reiterated that article 8 had been adopted, and turned to consideration of article 9 which was read and, as there were no alterations to be made, was adopted. The Chairman then passed over discussion of article 10, which he said would be considered later, and went straight on to article 11.

Le Rapporteur relève que les modifications concernent le premier alinéa. Il était inutile de préciser qu'il s'agissait d'Etats «contractants». La lettre *d* du texte anglais a également été modifiée et précise «*any third parties*».

The Chairman announced that article 11 was adopted, and turned to consideration of article 10, pointing out that there was a new suggestion that came from the Chairman of the Drafting Committee, and which was contained in Working Document No 65.

Le Rapporteur fait remarquer que le texte qui avait été arrêté la veille après la discussion du Comité de rédaction n'était pas très satisfaisant. La version exprimée par le Document de travail No 65 paraît préférable mais dans le texte français il convient de supprimer la première virgule.

Mr Varady (Yugoslavia) suggested that the end of article 10 in Working Document No 65 should read, in the English text, 'may be subsequently replaced by another law'. He stated that he would not insist upon this change but thought it would further clarify the article.

The Chairman discovering that the Commission did not wish to make this change announced that article 10 would be adopted as it appeared in Working Document No 65. He then went on to consideration of article 15.

Le Rapporteur indique que le terme «tiers» a été remplacé par celui de «créancier»; que dans le texte anglais l'expression «*in particular to the following matters*» est plus élégante dans le texte anglais qui a également subi une modification rédactionnelle à la lettre *f*.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) suggested that because the words 'third parties' had been removed from part *e* of article 15 it would be unnecessary to have the words 'in other respects' in part *f* of that article.

Mme Revillard (France) indique qu'il existe un «et» dans le texte français qui ne figure pas dans le texte anglais.

Le Rapporteur acquiesce. Le texte français pourrait se lire «la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards». Pour répondre à M. Pirrung, il observe que la suppression due à «d'autres égards» laisserait entendre que pour les autres matières il ne s'agit pas de la protection de bonne foi, ce qui semble erroné.

Mr Bennett (Australia) pointed out that the final paragraph of article 15 read 'objects of *a* trust by other means' whereas it should read 'objects of *the* trust'.

The Chairman agreed with Mr Bennett but added that the beginning of the final paragraph in article 15 should read 'if recognition of *the* trust' instead of 'if the recognition of *a* trust'.

Le Rapporteur propose à nouveau d'aligner les deux textes en indiquant dans le texte français «la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards».

The Chairman announced that, with the above amendments, article 15 had been adopted and then turned to the consideration of article 16. After this article had been read, he called on the Rapporteur to explain the new paragraph.

Le Rapporteur indique que le premier alinéa est inchangé sauf dans le texte anglais qui se lit «*rules of conflict of laws*». Le deuxième alinéa fait référence aux lois d'application immédiate étrangères et la construction de la phrase n'est pas exactement la même en français et en anglais. Le Comité a estimé de bonne technique législative d'exprimer la même idée aussi bien que possible dans l'une et l'autre langue même si cela devait entraîner une construction différente de la phrase. Quant au troisième alinéa, c'est simplement le texte de la réserve qui a été décidé la veille. On aurait pu songer à déplacer l'article 16 pour regrouper toutes les réserves, mais il a semblé qu'il était préférable de le maintenir avec l'article 15. On trouve d'autres exemples de Conventions de La Haye dans lesquelles les réserves sont éparpillées comme en l'occurrence.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) explained that there had been some difficulty in drafting the English text of paragraph 2 of article 16 and that for this reason it appeared, at first sight, to be different from the French text. This difference was, however, only a difference in the order in which the words were placed. It was not a difference of substance. He had one suggestion to make which was that the word 'then' in the English text ought to be deleted.

Mr Bennett (Australia) disagreed with this suggestion and wished to retain the word 'then' in the English text.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) pointed out that if the word 'then' were to be removed the phrase 'in exceptional circumstances' would have to be moved and the article would then read 'if another State has a sufficiently close connection with a case effect may, in exceptional circumstances, also be given to...'.

Le Rapporteur indique qu'à l'article 21 les termes «dont la validité» ont été ajoutés.

The Chairman announced that the Commission did not wish to delete the word 'then' and thus adopted article 16 as it appears in Working Document No 64.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) said he wished to make one more comment on article 16 before they left the discussion of it. He stated that the phrase '*l'objet du litige*' in the French text had been translated by the words 'with a case' in English and questioned whether these two phrases were in fact synonymous. He felt that the French phrase meant a lawsuit whereas the English phrase could mean a lawsuit or merely a set of circumstances. He thus suggested that the wording should be clarified so that it could only apply to litigation.

M. Beraudo (France) relève que les termes «objet du litige» ne visent pas nécessairement un procès. Le pra-

ticien se met à la place du juge. Même si l'on visait le juge, il est clair, dans la littérature de droit international privé, que le conseil, l'avocat, le praticien qui donne une solution se met à la place du juge pour envisager la question.

Le Rapporteur quant à lui n'aime pas l'expression «l'objet du litige». Le terme de «situation» est employé par la Convention de Rome. Par ailleurs, on peut se demander si ce n'est pas avec le trust que l'Etat doit présenter des liens.

M. Beraudo (France) répond que ce n'est pas avec le trust que l'Etat doit présenter des liens. La disposition impérative étrangère, comme par exemple le contrôle des changes, ne se préoccupe pas nécessairement du trust. Il ne voit pas de difficulté à conserver l'expression «objet du litige».

The Chairman therefore announced that article 16 would be left as it appears in Working Document No 64 and again announced that it had been adopted.

Mr Goldwater (Israel) wished to return to article 15 as, in part *c* of that article, the words *'la réserve'* in the French text would be better translated by 'of spouses *and* of their relatives' rather than by 'of spouses *or* their relatives'.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) stated that in some countries a wife is included as a relative whilst in others she is not; therefore if the wording were changed as suggested by Mr Goldwater, it might give rise to problems in certain States, so he suggested that the wording be left as it appeared in Working Document No 64.

The Chairman, finding that the rest of the Commission wished to retain article 15 in its present form, again announced that it had been adopted and next turned to consideration of article 26.

Le Rapporteur dit qu'il a seulement été ajouté la référence à l'article 16.

The Chairman finding no opposition to article 26 announced that it had been adopted and turned to article 31.

Le Rapporteur observe que l'on a allégé le texte français en utilisant la formule «en proposer la revision». Pour le dernier alinéa, la Commission des clauses finales a ajouté l'expression «à l'égard de l'Etat concerné». Ajoutant une observation personnelle, le Rapporteur observe qu'il n'apprécie pas beaucoup la formule «consentement à être lié», on pourrait parler de ratification, d'acceptation ou d'adhésion..., on éviterait alors cette phrase très lourde du dernier alinéa.

Mr van Loon (Secretary at the Permanent Bureau) explained that the phrase 'consent to be bound' had been suggested by the depositary, the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands. He explained that any new instrument of the Commission would, itself, decide how it would come into force.

Mr Reese (United States) suggested that the English and French texts could be better aligned by changing the English text in paragraph 1 of article 31 so that it would read 'may propose its review' rather than 'may propose to revise this Convention'.

Mr Bennett (Australia) suggested that in the phrase 'its article 32' in the final paragraph of article 31 the word 'its' should be deleted.

The Chairman agreed with both of these proposals and asked that they be included in the revised text.

M. Loewe (Autriche) abonde dans le sens du Rapporteur. Le dernier alinéa de l'article 31 est extrêmement obscur. Qu'est-ce exactement qu'un «Etat consentant»? Faut-il avoir signé ou ratifié? Quant à la «dénonciation immédiate», l'expression n'est pas claire. La dénonciation est toujours immédiate. Ce sont ses conséquences qui ne le sont pas nécessairement. On veut parler ici d'effet immédiat. En définitive, il serait préférable que le dernier alinéa soit purement et simplement supprimé.

Le Rapporteur ajoute une observation de fond. D'après ce texte, un instrument remplacera l'autre automatiquement. La dénonciation tombera sur les Etats contractants comme la foudre du ciel sans que le délai de six mois n'ait à être respecté. La solution lui parait fâcheuse.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) said that originally he had been of the same opinion as the Rapporteur but, on second thoughts, found that the last paragraph of article 31, read in conjunction with article 32, would mean that the present Convention would be brought to an end. He stated that he did not like the final paragraph of article 31 but he did consider that it was sufficiently clear.

M. Fernandes (Portugal) propose que l'on étudie une nouvelle rédaction qui pourrait être la suivante: «L'entrée en vigueur du nouvel instrument de revision dans un Etat impliquera *ipso facto* pour cet Etat la dénonciation immédiate de la présente Convention et nonobstant les dispositions de son article 32».

M. Beraudo (France) préférerait alors l'expression «de plein droit» plutôt qu' «*ipso jure*» qui a donné lieu à des controverses sans fin.

Le Président demande si la matière peut être renvoyée au Comité de rédaction. Il constate que le voeu du Rapporteur semble plutôt que l'alinéa soit purement et simplement supprimé.

M. Volken (Suisse) demande officiellement la suppression du quatrième alinéa.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) proposed that the Commission should reopen discussion on the final paragraph of article 31.

The Chairman called for a vote on whether discussion of that paragraph ought to be reopened.

M. Evrigenis (Grèce) se prononce en faveur du maintien de ce texte. Une fois en vigueur, la nouvelle Convention remplacera l'ancienne et l'ancienne cessera d'avoir effet. Cependant l'ancienne Convention pourra toujours produire ses effets dans les rapports de l'Etat qui l'a dénoncée et les autres Etats qui n'ont pas accepté la Convention révisée.

The Chairman, finding no further observations on this point, called for a vote on the *proposal that discussion of the fourth paragraph of article 31 be reopened.*

Vote

This proposal was adopted by a vote of 17 in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, Federal Republic of Germany, Greece, Poland, Spain, Switzerland, United States, Uruguay, Venezuela), 6 against (Canada, Israel, Japan, Netherlands, Portugal, United Kingdom), with 2 abstentions (France, Yugoslavia).

The Chairman announced that he was reopening the discussion on the final paragraph of article 31 but asked for interventions to be brief.

M. Fernandes (Portugal) propose à nouveau la rédaction qui a été citée précédemment et se prononce en faveur du maintien de cet alinéa.

The Chairman stated that the first decision to be made was whether or not there was a need for provision such as this in the Convention at all.

Mr Bennett (Australia) said that he had voted against deletion of the last paragraph of article 31 as he felt that if this final paragraph were deleted the rest of the article would become meaningless. He asked whether this was in fact the case.

M. Volken (Suisse) est favorable à la suppression de cet alinéa. Outre les arguments d'ordre rédactionnel qui ont été précédemment avancés, il indique un argument de fond. Cette disposition est née dans le contexte de la revision de la Convention de 1955 sur la loi applicable aux ventes. Pour cette Convention le délai de dénonciation est de cinq ans, ce qui pose des problèmes très sérieux. Ici, il s'agit d'une période de six mois simplement. Ces six mois sont extrêmement utiles pour permettre de mettre de l'ordre et d'examiner les changements qu'entraînerait le passage d'un instrument à l'autre. Dans ces conditions, le quatrième alinéa n'a aucun intérêt ici. Il devient donc nécessaire de le supprimer pour ne pas alourdir la Convention.

Le Secrétaire général partage les vues de M. Volken. C'est bien dans le contexte de la vente que ce texte a paru utile. En l'occurrence le souci exprimé par certaines délégations pourra être satisfait par une formulation adéquate de la Convention revisée. Il suffira d'indiquer dans la clause d'entrée en vigueur que la Convention entrera en vigueur «six mois après la troisième ratification» et il n'y aura plus ni superposition, ni lacune. On peut donc très facilement supprimer l'alinéa final de l'article 31.

The Chairman stated that if the last paragraph of article 31 were dropped the rest of the article would still be of use.
He took a vote on the *proposal to delete the last paragraph of article 31.*

Vote

This proposal was adopted by a vote of 17 in favour (Argentina, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, Federal Republic of Germany, Greece, Poland, Spain, Switzerland, United States, Uruguay, Venezuela), 3 against (Netherlands, Portugal, United Kingdom), with 5 abstentions (Australia, France, Israel, Japan, Yugoslavia).

The Chairman thus announced the deletion of the fourth paragraph of article 31, and that the first three paragraphs of that article would be adopted.
Having taken this decision on article 31 he pointed out that the Commission could leave article 33 as it stood at present and thus announced adoption of both articles 32 and 33.
He concluded that the work of the Commission was finished but, in bringing the meeting to an end, he wished to make a few remarks. He said that as Chairman he was very grateful for the immense help he had had from the various delegations who had all been very co-operative and he pointed out that, if delegates were not co-operative, they could make the job of a chairman very difficult but, in the past two weeks, far from being uncooperative they had in fact greatly facilitated his task and helped to bring the Convention into existence within the time allotted.
He pointed out that the Commission would have been unable to finish had it not been for the great help of the Rapporteur who was also the Chairman of the Drafting Committee and also for the members of the Secretariat and the secretaries. Finally, he announced that, without interpreters, international conferences, such as this, would be impossible and he therefore thanked them for their invaluable help.

Mr Waters (Canada) said that it was with great pleasure that he, on behalf of all delegations, could thank the Chairman for the immense skill and good humour which he had displayed during the past two weeks and which had steered them all through this Convention.
The rest of the delegates joined with him in the usual way to show their appreciation of the work done by the Chairman.

The Chairman brought the meeting to a close at 10.45 a.m.

Séance plénière

Document de travail No 2[1]

Distribué le 19 octobre 1984 (après-midi)

Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de *common law*, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants qui naissent de sa reconnaissance;

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Article 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, 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.

[1] N'est reproduit ici que le Document de travail ayant trait au projet de Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Le Document de travail No 1 est publié dans le tome I, *Matières diverses*.

Working Document No 2[1]

Distributed on 19 October 1984 (afternoon)

Draft Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition

The States signatory to the present Convention,

Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution,

Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with the most important issues arising from the recognition of trusts,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions -

CHAPTER ONE – SCOPE

Article 1

This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Article 2

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

a the assets constitute a separate trust fund and are not a part of the trustee's own estate;

b title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

c the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

[1] Only the Working Document containing the draft Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition is reproduced here. Working Document No 1 will be found in Book I, *Miscellaneous matters*.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee*.

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie du trust en cause.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

a du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;

b de la situation des biens du trust;

c de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*;

d des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.
Cette loi régit notamment:

a la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee* ainsi que la transmission des fonctions de *trustee;*

b les droits et obligations des *trustees* entre eux;

c le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;

d les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;

e les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;

f les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;

g les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;

Article 3

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Article 4

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Article 5

The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 6

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.
Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in article 7 shall apply.

Article 7

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.
In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to –

a the place of administration of the trust designated by the settlor;

b the situs of the assets of the trust;

c the place of residence or business of the trustee;

d the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

Article 8

The law specified by article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust.
In particular that law shall govern –

a the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;

b the rights and duties of trustees among themselves;

c the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers;

d the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;

e the powers of investment of trustees;

f restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;

g the relationships between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;

h la modification ou la cessation du trust;

i la répartition des biens du trust;

j l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être soumis à une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi ou la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé, par une autre loi.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.
La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.
Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

a que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;

b que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;

c que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee*;

d que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee* sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

h the variation or termination of the trust;

i the distribution of the trust assets;

j the duty of trustees to account for their administration.

Article 9

In applying this chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law.

Article 10

The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 11

A trust created in accordance with the law specified by the preceding chapter shall be recognized as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –

a that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;

b that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

c that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;

d that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

Article 12

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Article 13

No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

Article 14

The Convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts.

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

a la protection des mineurs et des incapables;

b les effets personnels et patrimoniaux du mariage;

c les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;

d le transfert de propriété et les sûretés réelles;

e la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;

f la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit.
A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Article 17

Au sens de la Convention, le terme «loi» désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Article 20

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la présente Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.
Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

L'article 32 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21

Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux

Article 15

This Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters –

a the protection of minors and incapable parties;

b the personal and proprietary effects of marriage;

c succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;

d the transfer of title to property and security interests in property;

e the protection of creditors in matters of insolvency;

f the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.

Article 16

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.
If another State has a sufficiently close connection with a case then, in exceptional circumstances, effect may also be given to rules of that State which have the same character as mentioned in the preceding paragraph.
A Contracting State may, by way of reservation, declare that is will not apply the second paragraph of this article.

Article 17

In this Convention the word 'law' means the rules of law in force in a State other than its rules of private international law.

Article 18

The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy *(ordre public)*

Article 19

Nothing in this Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.

Article 20

A Contracting State may, at any time, declare that the provisions of this Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions.
This declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and will come into effect on the day when this notification is received.
Article 32 is applicable to the withdrawal of this declaration in the same way as it applies to a denunciation of the Convention.

Article 21

A Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III only to trusts the validity of

trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Article 22

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.
Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la présente Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 26

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.
Aucune autre réserve ne sera admise.
Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention, après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 33. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, accep-

which is governed by the law of a Contracting State.

Article 22

This Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created.
However, a Contracting State may reserve the right not to apply this Convention to trusts created before the date on which, in relation to that State, the Convention enters into force.

Article 23

For the purpose of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Article 24

A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply this Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Article 25

The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 26

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, or at the time of making a declaration in terms of article 29, make the reservations provided for in articles 16, 21 and 22.

No other reservation shall be permitted.
Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

Article 27

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fifteenth Session.
It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 28

Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with article 30, paragraph 1.
The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.
The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in article 33. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they

tation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.
Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.
Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;

b pour tout Etat adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;

c pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 31

Lorsque la Convention aura été en vigueur depuis quatre ans, tout Etat contractant pourra en proposer la revision. Une telle proposition sera soumise au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention, qui informera les autres Parties ainsi que les Etats signataires.
Si la proposition recueille l'approbation d'un quart des Etats contractants ou d'un minimum de cinq Etats, si le quart est inférieur à ce nombre, le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, après consultation du dépositaire, convoquera une conférence à cette fin.
La revision prendra la forme d'un nouvel instrument international.

Article 32

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.
La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 29

If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

Any such declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
If a State makes no declaration under this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 30

The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in article 27.
Thereafter the Convention shall enter into force –

a for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval;

b for each acceding State, on the first day of the third calendar month after the expiry of the period referred to in article 28;

c for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with article 29, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that article.

Article 31

After this Convention has been in force for four years, any Contracting State may propose its revision. Such a proposal shall be submitted to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention, which shall inform the other Parties as well as the signatory States.
If the proposal meets with the approval of a quarter of the Contracting States, or a minimum of five States if a quarter of the Contracting States amounts to less than five, the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, in consultation with the depositary, shall convene a conference for that purpose.
The revision shall take the form of a new international instrument.

Article 32

A Contracting State may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.
The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the notification is received by the depositary or on such later date as is specified in the notification.

Article 33

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

a les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;

b la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;

c les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;

d les extensions visées à l'article 29;

e les déclarations visées à l'article 20;

f les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;

g les dénonciations visées à l'article 32.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le ....., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session, ainsi qu'à la République de Panama.

Article 33

The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands shall notify to the States Members of the Conference and the States which have acceded in accordance with article 28, of the following –

a the signatures and ratifications, acceptances or approvals referred to in article 27;

b the date on which the Convention enters into force in accordance with article 30;

c the accessions and the objections raised to accessions referred to in article 28;

d the extensions referred to in article 29;

e the declarations referred to in article 20;

f the reservations or withdrawals referred to in article 26;

g the denunciations referred to in article 32.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on ....., in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Fifteenth Session, and to the Republic of Panama.

Procès-verbal No 3[1]

Séance du vendredi 19 octobre 1984 (après-midi)

Meeting of Friday 19 October 1984 (afternoon)

The meeting was opened at 3.00 p.m.
Mr Schultsz (Netherlands) was in the Chair.

Working Document No 2 was discussed, article by article. *The text was adopted unanimously, subject to the following modifications:*

Modifications to the English text

The preamble

Sub-paragraph 3, last line, the words 'arising from' are replaced by 'concerning'.
This change was the result of a formal vote.

Vote

11 voted in favour (Argentina, Australia, Austria, Belgium, Czechoslovakia, Federal Republic of Germany, Sweden, Switzerland, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia), 9 against (Canada, Cyprus, Finland, France, Greece, Ireland, Netherlands, Spain, United Kingdom), with 5 abstentions (Israel, Japan, Poland, Portugal, United States).

Article 2

The colon at the end of the first line of sub-paragraph 2 is replaced by a dash.

Article 15

The first word of the article, 'This', is replaced by 'The'.

Article 17

The terms 'private international law' are replaced by 'conflict of laws' (line 2).
This change was the result of a formal vote.

Vote

18 voted in favour (Argentina, Australia, Canada, Cyprus, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, Japan, Netherlands, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia), none against, with 8 abstentions (Austria, Belgium, Czechoslovakia, Egypt, Poland, Portugal, Sweden, Turkey).

Article 20

The first word of the article, 'A', is replaced by 'Any'.

Article 21

The first word of the article, 'A', is replaced by 'Any'.

Article 22

The first word of the article, 'This', is replaced by 'The'.
Sub-paragraph 2: the word in the second line, 'this', is replaced by 'the'.

Article 23

Second line: the word 'This' is replaced by 'The'.

Article 28

Sub-paragraph 3: 'will' is replaced by 'shall' (line 1) and 'such' by 'those'. The reference to article 33 becomes a reference to article 32.

Article 31

The article is deleted.

Article 32

Becomes article 31.

Article 33

Becomes article 32.
The reference to article 32 under *g* becomes a reference to article 31. The last phrase of the article, 'and to the Republic of Panama', is deleted. *The Convention, thus modified, was adopted unanimously as a result of a formal vote.*

Modifications au texte français

Le préambule

Les termes «qui naissent de» à l'alinéa 3 sont remplacés par «relatifs à». Cette modification résulte d'un vote formel.

Vote

11 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Egypte, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Uruguay, Yougoslavie), 9 contre (Canada, Chypre, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Pays-Bas, Royaume-Uni), et 5 abstentions (Etats-Unis, Israël, Japon, Pologne, Portugal).

Le point virgule qui figure à la fin de l'alinéa 3 est remplacé par une virgule.

Article 9

Les termes «soumis à» sont remplacés par «régi par». (ligne 3).

Article 13

Une virgule est ajoutée après le terme «significatifs» (ligne 2).
Une virgule est ajoutée après le terme *«trustee»* (ligne 4).

Article 17

Les termes «droit international privé» sont remplacés par «conflit de lois» (ligne 3).
Cette modification résulte d'un vote formel.

Vote

18 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Canada, Chypre, Espagne, Etats-Unis,

[1] N'est reproduit ici que la partie du Procès-verbal ayant trait au projet de Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. La suite de ce Procès-verbal ainsi que les autres Procés-verbaux sont publiés dans le tome I, *Matières diverses.*
Only the part of the *Procès-verbal* dealing with the draft Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition is reproduced here, The second part of the *Procès-verbal* and the other *Procès-verbaux* will be found in Book I, *Miscellaneous matters.*

France, Grèce, Irlande, Israël, Japon, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suisse, Uruguay, Venezuela, Yougoslavie) et 8 abstentions (Autriche, Belgique, Egypte, Pologne, Portugal, Suède, Tchécoslovaquie, Turquie).

Article 20

Le terme «présente» est supprimé (ligne 2). La référence à l'article 32 est remplacée par une référence à l'article 31 (alinéa 3).

Article 23

Le terme «présente» est supprimé (ligne 1).

Article 28

La virgule qui figure après le mot «Convention» à l'alinéa 1 est supprimée. La référence à l'article 33 devient une référence à l'article 32.

Article 31

L'article est supprimé.

Article 32

L'article 32 devient l'article 31.

Article 33

L'article 33 devient l'article 32.
Le dernier membre de la dernière phrase («ainsi qu'à la République de Panama») est supprimé.
La référence à l'article 32 figurant sous *g* est modifiée.
L'article visé est maintenant l'article 31.

La Convention ainsi modifiée a été adoptée à l'unanimité.

Convention

Extrait de l'Acte final de la Quinzième session signé le 20 octobre 1984[1]

Extract from the Final Act of the Fifteenth Session signed on the 20th of October 1984[1]

CONVENTION RELATIVE À LA LOI APPLICABLE AU TRUST ET À SA RECONNAISSANCE

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de *common law*, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION

The States signatory to the present Convention,

Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution,

Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with the most important issues concerning the recognition of trusts,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

[1] Pour le texte complet de l'Acte final, voir *Actes et documents de la Quinzième session (1984)*, tome I, *Matières diverses*.

[1] For the complete text of the Final Act, see *Proceedings of the Fifteenth Session (1984)*, Book I, *Miscellaneous matters*.

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Article 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, 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.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee.*

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

CHAPTER ONE – SCOPE

Article 1

This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Article 2

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.
A trust has the following characteristics –

a the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;

b title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

c the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Article 3

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Article 4

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Article 5

The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 6

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.
Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

a du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;

b de la situation des biens du trust;

c de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee;*

d des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.
Cette loi régit notamment:

a la désignation, la démission et la révocation du *trustee,* l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee* ainsi que la transmission des fonctions de *trustee;*

b les droits et obligations des *trustees* entre eux;

c le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;

d les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;

e les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;

f les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;

g les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;

h la modification ou la cessation du trust;

i la répartition des biens du trust;

j l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé, par une autre loi.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.
La reconnaissance implique au moins que les biens du

Article 7

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.
In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to –

a the place of administration of the trust designated by the settlor;

b the situs of the assets of the trust;

c the place of residence or business of the trustee;

d the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

Article 8

The law specified by Article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust.
In particular that law shall govern –

a the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;

b the rights and duties of trustees among themselves;

c the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers;

d the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;

e the powers of investment of trustees;

f restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;

g the relationships between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;

h the variation or termination of the trust;

i the distribution of the trust assets;

j the duty of trustees to account for their administration.

Article 9

In applying this Chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law.

Article 10

The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 11

A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust.
Such recognition shall imply, as a minimum, that the

trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.
Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

a que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;

b que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;

c que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee;*

d que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –

a that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;

b that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

c that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;

d that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 12

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 13

No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

Article 14

The Convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

a la protection des mineurs et des incapables;

b les effets personnels et patrimoniaux du mariage;

c les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;

d le transfert de propriété et les sûretés réelles;

e la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 15

The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters –

a the protection of minors and incapable parties;

b the personal and proprietary effects of marriage;

c succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;

d the transfer of title to property and security interests in property;

e the protection of creditors in matters of insolvency;

f la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.
A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Article 17

Au sens de la Convention, le terme «loi» désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Article 20

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.
Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

L'article 31 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21

Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Article 22

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.
Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant

f the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.

Article 16

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.
If another State has a sufficiently close connection with a case then, in exceptional circumstances, effect may also be given to rules of that State which have the same character as mentioned in the preceding paragraph.
Any Contracting State may, by way of reservation, declare that it will not apply the second paragraph of this article.

Article 17

In the Convention the word 'law' means the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws.

Article 18

The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Article 19

Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.

Article 20

Any Contracting State may, at any time, declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions.
This declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and will come into effect on the day when this notification is received.
Article 31 is applicable to the withdrawal of this declaration in the same way as it applies to a denunciation of the Convention.

Article 21

Any Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III only to trusts the validity of which is governed by the law of a Contracting State.

Article 22

The Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created.
However, a Contracting State may reserve the right not to apply the Convention to trusts created before the date

la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 26

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.
Aucune autre réserve ne sera admise.
Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 32.

on which, in relation to that State, the Convention enters into force.

Article 23

For the purpose of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Article 24

A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply the Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Article 25

The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 26

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, or at the time of making a declaration in terms of Article 29, make the reservations provided for in Articles 16, 21 and 22.

No other reservation shall be permitted.
Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

Article 27

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fifteenth Session.
It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 28

Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 30, paragraph 1.
The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.
The accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the

Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration. Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.
Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;

b pour tout Etat adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;

c pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 31

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.
La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Article 32

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

a les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;

b la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;

notification referred to in Article 32. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Article 29

If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

Any such declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
If a State makes no declaration under this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 30

The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in Article 27.
Thereafter the Convention shall enter into force –

a for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval;

b for each acceding State, on the first day of the third calendar month after the expiry of the period referred to in Article 28;

c for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 29, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that article.

Article 31

Any Contracting State may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.
The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the notification is received by the depositary or on such later date as is specified in the notification.

Article 32

The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands shall notify the States Members of the Conference, and the States which have acceded in accordance with Article 28, of the following –

a the signatures and ratifications, acceptances or approvals referred to in Article 27;

b the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 30;

c les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;

d les extensions visées à l'article 29;

e les déclarations visées à l'article 20;

f les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;

g les dénonciations visées à l'article 31.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le..... 19....., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

c the accessions and the objections raised to accessions referred to in Article 28;

d the extensions referred to in Article 29;

e the declarations referred to in Article 20;

f the reservations or withdrawals referred to in Article 26;

g the denunciations referred to in Article 31.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the .... day of ..... 19 .., in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Fifteenth Session.

Rapport

Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck

Introduction

LA MARCHE DES TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1 La Conférence de La Haye de droit international privé a décidé d'inscrire le trust à son ordre du jour lors de sa Quatorzième session de 1980[1].

2 Les travaux ont excellemment été préparés par un rapport très complet de MM. A. Dyer et H. van Loon, secrétaires au Bureau Permanent de la Conférence[2]. Ce rapport décrit en détail le fonctionnement du trust dans les pays qui le connaissent et les problèmes de droit international privé qu'il soulève. Sa lecture est indispensable pour la compréhension des travaux de la Conférence, il y est expressément et une fois pour toutes renvoyé.

3 Une Commission spéciale fut convoquée, elle tint trois sessions, du 21 au 30 juin 1982, du 28 février au 11 mars 1983 et du 24 au 28 octobre 1984. Elle appela à sa présidence M. C.D. van Boeschoten (Pays-Bas); M. P.H. Pfund (Etats-Unis) fut nommé Vice-président de la première session, M. D.T. Trautman (Etats-Unis) Vice-président des deuxième et troisième sessions. M. A.E. von Overbeck (Suisse) fonctionna comme rapporteur à partir de la deuxième session.

Des experts des pays suivants: République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Canada, Danemark, Espagne, Etats-Unis, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Venezuela, ainsi que des observateurs de l'Institut international pour l'unification du droit privé, de la Banque des Règlements internationaux, du *Commonwealth Secretariat* et de l'Union internationale du Notariat latin, participèrent aux travaux.

4 Un Comité de rédaction *ad hoc* présidé par M. A.E. Anton (Royaume-Uni) et comprenant également M. J.-P. Beraudo (France) et M. B. Wiesbauer (Autriche), se réunit entre la première et la deuxième session, du 2 au 5 novembre 1982. Il rédigea un «projet d'articles sur

[1] *Acte final de la Quatorzième session*, partie E, No 3. Voir *Actes et documents de la Quatorzième session*, 1980, Tome I, *Matières diverses*, p. 64, 167, 189, 230, 241.
[2] *Rapport sur les trusts et institutions analogues*, Document préliminaire No 1, mai 1982 (cité «Rapport Dyer/Van Loon»).

Explanatory Report by Alfred E. von Overbeck

TRANSLATION OF THE PERMANENT BUREAU

Introduction

THE DEVELOPMENT OF THE WORK DONE BY THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

1 The Hague Conference on Private International Law decided to include trusts in its agenda at its Fourteenth Session in 1980.[1]

2 There was excellent preparation for the work by way of a very thorough report by Messrs A. Dyer and H. van Loon, secretaries at the Conference's Permanent Bureau.[2] This report describes in detail the functions of trusts in those countries which have them and the private international law problems that they raise. It is indispensable to read that report in order to comprehend the Conference's work, and reference is here made to it once and for all.

3 A Special Commission was convened which held three sessions, from 21 to 30 June 1982, from 28 February to 11 March 1983 and from 24 to 28 October 1984. It chose as its Chairman Mr C.D. van Boeschoten (Netherlands); Mr P.H. Pfund (United States) was named Vice-Chairman of the first session, and Mr D.T. Trautman (United States) as Vice-Chairman of the second and third sessions. Mr A.E. von Overbeck (Switzerland) served as Reporter starting with the second session.
Experts participated from the following countries: Argentina, Australia, Austria, Canada, Denmark, France, the Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States and Venezuela. Also participating were observers from the International Institute for the Unification of Private Law, the Bank for International Settlements, the Commonwealth Secretariat and the International Union of Latin Notaries.

4 An *ad hoc* Drafting Committee, presided over by Mr A.E. Anton (United Kingdom) and comprising also Mr J.-P. Beraudo (France) and Mr B. Wiesbauer (Austria), met between the first and the second sessions, from 2 to 5 November 1982. It prepared 'draft articles on the

[1] *Final Act of the Fourteenth Session*, Part E, No 3. See *Acts and Documents of the Fourteenth Session*, 1980, Book I, *Miscellaneous matters*, pp. 64, 167, 189, 230, 241.
[2] *Report on trusts and analogous institutions*, Preliminary Document No 1, May 1982 (referred to as 'Dyer/Van Loon Report').

la loi applicable et la reconnaissance du trust»[3]. Ce même Comité de rédaction, auquel se sont joints M. D.T. Trautman (Etats-Unis) et M. A.E. von Overbeck, fonctionna durant les deuxième et troisième sessions.

5 La Commission spéciale adopta un «avant-projet de Convention sur la loi applicable au trust et sur sa reconnaissance», le 28 octobre 1983. L'avant-projet et le rapport furent soumis aux gouvernements en mars 1984[4].
Les Gouvernements de la République fédérale d'Allemagne, d'Argentine et des Pays-Bas, ainsi que la Banque des Règlements internationaux et le *Commonwealth Secretariat* présentèrent des observations écrites sur l'avant-projet[5].

6 La Quinzième session de la Conférence se tint à La Haye du 8 au 20 octobre 1984. Elle appela à sa présidence M. J.C. Schultsz (Pays-Bas). Les affaires générales furent confiées à la Première commission; l'élaboration d'une Convention sur le trust, seul sujet de fond à l'ordre du jour, fut confiée à la Commission II. Celle-ci appela à sa présidence M. C.D. van Boeschoten (Pays-Bas) et à la vice-présidence M. D.T. Trautman (Etats-Unis). La tâche de rapporteur fut confiée à M. A.E. von Overbeck (Suisse).

Le nombre d'Etats représentés à la Quinzième session était notablement supérieur à celui des pays ayant délégué des experts à la Commission spéciale. Les pays suivants étaient représentés par des délégués: République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chypre, Danemark, Egypte, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Suriname, Tchécoslovaquie, Turquie, Uruguay, Venezuela, Yougoslavie. Le Panama envoya un observateur. Les observateurs de la Banque des Règlements internationaux, du *Commonwealth Secretariat*, de l'Union internationale du Notariat latin et de l'Office international du cadastre et du registre foncier apportèrent une contribution précieuse, fondée sur leur expérience pratique.

7 Un Comité de rédaction fut constitué. M. A.E. Anton ne faisant plus partie de la délégation du Royaume-Uni, ce Comité fut présidé par le rapporteur, M. A.E. von Overbeck, et comprenait M. J.-P. Beraudo (France), M. D.J. Hayton (Royaume-Uni), M. R. Loewe (Autriche) et M. D.T. Trautman (Etats-Unis).

8 La Commission désigna aussi un Sous-comité sur les dispositions générales et les clauses finales, chargé d'élaborer en particulier les clauses fédérales, mais aussi les autres clauses finales. M. J. Růžička (Tchécoslovaquie), qui avait déjà présidé un comité analogue lors de l'élaboration du projet de Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises[6], présida ce Sous-Comité qui comprenait M. A. Boggiano (Argentine), Mlle M. Langlois (Canada), M. P.H. Pfund (Etats-Unis) et M. P. Volken (Suisse).

9 La Deuxième commission tint quatorze séances et le

law applicable and the recognition of trusts'.[3] This same Drafting Committee, joined by Mr D.T. Trautman (United States) and Mr A.E. von Overbeck, served during the second and third sessions.

5 The Special Commission adopted a 'preliminary draft Convention on the law applicable to trusts and on their recognition' on 28 October 1983. The preliminary draft and the report were submitted to the governments in March 1984.[4]
The Governments of Argentina, the Netherlands and the Federal Republic of Germany as well as the Bank for International Settlements and the Commonwealth Secretariat offered written comments on the preliminary draft.[5]

6 The Fifteenth Session of the Conference was held at The Hague from 8 to 20 October 1984. It chose as its President Mr J.C. Schultsz (Netherlands). General affairs of the Conference were entrusted to the First Commission; the preparation of a Convention on trusts, which was the only subject on the agenda for definitive treatment, was entrusted to Commission II. That Commission chose as its Chairman Mr C.D. van Boeschoten (Netherlands) and as its Vice-Chairman Mr D.T. Trautman (United States). The Reporter's task was entrusted to Mr A.E. von Overbeck (Switzerland).
The number of States represented at the Fifteenth Session was markedly higher than the number of countries which had sent experts to the Special Commission meetings. The following countries were represented by delegates: Argentina, Australia, Austria, Belgium, Canada, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Egypt, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Norway, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Suriname, Turkey, United Kingdom, United States, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia. Panama sent an observer. The observers for the Bank for International Settlements, the Commonwealth Secretariat, the International Union of Latin Notaries and the International Office for Land Registration and Surveys brought a very valuable contribution to the meetings founded on their practical experience.

7 A Drafting Committee was established. Since Mr A.E. Anton was no longer a member of the United Kingdom delegation, this Committee was chaired by the Reporter, Mr A.E. von Overbeck, and included Messrs J.-P. Beraudo (France), D.J. Hayton (United Kingdom), R. Loewe (Austria) and D.T. Trautman (United States).

8 The Commission also designated a Sub-Committee on general and final clauses, charged in particular with drafting the federal clauses but also dealing with the other final clauses. Mr J. Růžička (Czechoslovakia), who had chaired an analogous committee during the preparation of the draft Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods,[6] chaired this Sub-Committee which included Mr A. Boggiano (Argentina), Miss M. Langlois (Canada), Mr P.H. Pfund (United States) and Mr P. Volken (Switzerland).

9 The Second Commission held fourteen sittings and

[1] Document préliminaire No 7 de novembre 1982 (cité par la suite «Projet d'articles de novembre 1982»).
[4] *Trust – Loi applicable et reconnaissance, avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale et Rapport de M. Alfred E. von Overbeck*, Document préliminaire No 9, de mars 1984, à l'intention de la Quinzième session (cité: «Rapport de la Commission spéciale»).
[5] Document préliminaire No 10.
[6] *Loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, projet de Convention adopté par la Commission spéciale et Rapport de M. Arthur Taylor von Mehren*, Document préliminaire No 4 d'août 1984 à l'intention de la Conférence diplomatique d'octobre 1985 (cité: «Projet de Convention en matière de vente»).

[3] Preliminary Document No 7 of November 1982 (hereinafter referred to as 'Draft articles of November 1982').
[4] *Trusts – Applicable law and recognition, preliminary draft Convention adopted by the Special Commission and Report by Alfred E. von Overbeck*, Preliminary Document No 9 of March 1984 for the attention of the Fifteenth Session (hereinafter referred to as 'Report of the Special Commission').
[5] Preliminary Document No 10.
[6] *Law applicable to contracts for the international sale of goods, draft Convention adopted by the Special Commission and Report by Arthur Taylor von Mehren*, Preliminary Document No 4 of August 1984 for the attention of the Diplomatic Conference of October 1985 (hereinafter referred to as 'Draft Sales Convention').

Comité de rédaction et le Sous-comité sur les dispositions générales et les clauses finales se réunirent, selon les besoins, à de nombreuses reprises entre les séances.
Il faut souligner ici l'importante part que les membres du Bureau Permanent, en particulier M. C.A. Dyer et M. J.H.A. van Loon, ainsi que les secrétaires rédacteurs *ad hoc*, au dévouement jamais en défaut, M. E. Gaillard, M. E. Kerckhove, Mme S. Lahne, Mlle H. Muir-Watt et Mlle K.S. Williams, ainsi que tout le secrétariat de la Conférence, ont apportée aux travaux.

10 L'ensemble du projet de Convention a été adopté à l'unanimité lors de la séance plénière du 19 octobre 1984 et l'*Acte final*, contenant le projet de Convention, a été signé le 20 octobre 1984.

OBJET DU PRÉSENT RAPPORT

11 Le présent Rapport vise en premier lieu à expliquer la Convention aux personnes n'ayant pas participé à son élaboration, mais aussi à en retracer la genèse.

Dans la partie consacrée au commentaire de la Convention, on trouvera en général, au début, un exposé succinct des points les plus importants de chaque article ou alinéa, puis des explications plus détaillées, fondées sur les discussions en Quinzième session et, autant que besoin, sur celles de la Commission spéciale. Il est renvoyé au Rapport de la Commission spéciale pour plus de précisions sur les travaux de cette dernière.

LES CARACTÉRISTIQUES DE LA CONVENTION

12 La présente Convention veut régler une institution, le trust, connue de certains Etats membres de la Conférence, le plus souvent Etats de *common law*, mais qu'ignorent la plupart des Etats de *civil law*, Membres de la Conférence. En cela, elle diffère essentiellement des autres Conventions de La Haye, qui règlent, sur le plan des conflits de lois, des conflits de juridictions ou de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, des institutions, telles que l'adoption, le divorce, le contrat de vente ou les obligations alimentaires, régies certes par des règles de droit international privé divergentes dans les divers Etats, mais connues partout. Si certaines de ces Conventions visaient à réconcilier les pays à principe de nationalité et les pays à principe de domicile, la présente Convention est plus particulièrement destinée à jeter des ponts entre pays de *common law* et pays de *civil law*.

13 Le caractère particulier de la Convention permet aussi de postuler, à son égard, une certaine indulgence de la part de ceux pour qui le droit ne doit comporter que des règles absolument positives et strictes. Il était impossible de régler tous les problèmes de détail susceptibles de surgir et la Convention laisse délibérément une place à l'interprétation et à l'adaptation

On remarquera, par exemple, que, si l'application de la Convention au trust proprement dit ne fait pas de doute, la question de savoir si des institutions analogues existant dans certains pays de *civil law* répondent encore aux critères de la Convention, sera plus difficile à résoudre (*infra*, No 26, *ad* article premier). Notons, avec le Président de la Commission, qu'il faudra distinguer les institutions structurellement analogues au trust, qui tombent sous la Convention, de celles qui ne sont que

the Drafting Committee and the Sub-Committee on general provisions and final clauses met, as needed, on numerous occasions between the sittings.
Stress should be placed here on the important part that the members of the Permanent Bureau, in particular Mr C.A. Dyer and Mr J.H.A. van Loon, as well as the *ad hoc* recording secretaries, never failing in their devotion, Messrs E. Gaillard, E. Kerckhove, Mrs S. Lahne, Misses H. Muir-Watt and K.S. Williams, as well as all the secretariat of the Conference, brought to the work.

10 The draft Convention in its entirety was adopted unanimously during the plenary session of 19 October 1984 and the *Final Act*, containing the draft Convention, was signed on 20 October 1984.

PURPOSE OF THIS REPORT

11 This Report is intended in the first place to explain the Convention to persons who did not participate in its preparation, but it also endeavours to recount its genesis.
In the part devoted to the commentary on the Convention the reader will find in general, at the beginning, a succinct account of the most important points of each article or paragraph, and then more detailed explanations based on the Fifteenth Session's discussions and where necessary on those of the Special Commission. Reference is made to the Report of the Special Commission for additional details on its work.

THE CONVENTION'S CHARACTERISTICS

12 This Convention is intended to deal with an institution, the trust, which is known in certain Member States of the Conference, most often States of common law, but which is unknown in the majority of the civil law States of the Members of the Conference. In this it differs essentially from the other Hague Conventions which deal on the level of conflict of laws, of conflict of jurisdictions or of recognition and enforcement of judgments, with institutions such as adoption, divorce, sales contracts or maintenance obligations governed to be sure by divergent rules of private international law in different States, but known everywhere. If certain of these Conventions sought to reconcile the countries having the nationality principle and the countries having the principle of domicile, this Convention is more particularly intended to build bridges between countries of common law and countries of civil law.

13 The particular character of the Convention also justifies requesting, in respect of it, a certain amount of indulgence on the part of those persons for whom law should be comprised only of absolutely positive and strict rules. It was impossible to deal with all the problems of detail which might arise and the Convention deliberately leaves a place for interpretation and adaptation.
It will be noted for example that if the application of the Convention to trusts properly speaking is not in doubt, the question of whether analogous institutions existing in certain civil law countries also meet the criteria of the Convention will be more difficult to resolve (*infra*, No 26, concerning article 1). We note, along with the Chairman of the Commission, that it will be necessary to distinguish those institutions which are structurally analogous to the trust, and which fall under the

fonctionnellement analogues et qui ne sont pas réglées.

14 Les Etats membres de la Conférence se divisent en deux groupes, ceux connaissant le trust ou des institutions analogues et ceux ne les connaissant pas. L'intérêt de l'un et de l'autre groupe à ratifier la Convention n'est, par conséquent, pas identique.

Pour les Etats connaissant le trust, le principal intérêt est évidemment de voir reconnaître les trusts de leur droit dans les pays qui ne connaissent pas l'institution. Cependant, il est apparu que, même dans les rapports entre eux, les Etats de *common law* trouvaient utiles les règles de conflit de la Convention, étant donné que leurs systèmes nationaux de droit international privé diffèrent en la matière.
L'intérêt des Etats ne connaissant pas le trust apparaît avec moins d'évidence. Ceux-ci pourraient, au contraire, craindre que les principes de leur système juridique ne soient ébranlés par l'intrusion d'une institution étrangère quelque peu inquiétante. A ce propos, il convient de souligner qu'il n'a jamais été question d'introduire le trust dans les pays de *civil law*, mais simplement de fournir à leurs juges les instruments propres à appréhender cette figure juridique. Et c'est précisément là que réside l'intérêt de la Convention pour des Etats ne connaissant pas le trust. L'institution n'étant pas prévue par leur droit matériel, ils ne possèdent pas non plus de règles de droit international privé qui puissent la régir et ils en sont réduits à chercher laborieusement à faire entrer les éléments du trust dans leurs propres concepts. Au contraire, la Convention met à disposition des règles de conflit de lois relatives au trust; puis elle indique en quoi doit consister la reconnaissance du trust, mais aussi les limites de cette reconnaissance.
Plusieurs délégations de pays de *civil law* ont fait remarquer que leurs juridictions étaient saisies avec une certaine fréquence de problèmes relatifs au trust, cela tout particulièrement en matière successorale. Ces questions peuvent notamment surgir dans des pays qui, comme la Suisse, permettent aux étrangers domiciliés de soumettre leur succession à la loi nationale, ou encore dans des pays rattachant objectivement les successions à la loi nationale.

15 Par ces remarques et par d'autres sources d'information, l'intérêt pratique considérable de la Convention a pu être constaté. Cela tout particulièrement lorsqu'on a affaire à des trusts dont il n'est pas évident qu'ils sont soumis d'emblée à une loi déterminée, mais pour lesquels plusieurs lois peuvent entrer en ligne de compte.

L'utilité d'une convention dans ce domaine est également démontrée par l'intérêt exceptionnel qu'elle a rencontré auprès des praticiens faisant partie de l'Union internationale du Notariat latin. Cette organisation a délégué, comme observateurs, des notaires allemand, espagnol, français et néerlandais.

16 Dans l'ensemble, les délégués se sont montrés très ouverts aux arguments qui ont été avancés de part et d'autre, même là où les points de vue étaient très divergents. Des solutions restreignant la portée de la Convention ont souvent été écartées; ainsi on n'a pas voulu restreindre la portée de la Convention en excluant certaines catégories de trust, par exemple les trusts d'affaires *(infra,* No 27), mais on a, ou contraire, englobé les institutions analogues au trust *(infra,* No 26).

17 A certains moments, la crainte des délégations des pays ne connaissant pas le trust de voir cette institution

Convention, from those which are only functionally analogous and which are not covered.

14 The Member States of the Conference can be divided into two groups, those which have trusts or analogous institutions and those which do not have them. The interest on the part of one group and the other for ratification of the Convention is, consequently, not identical.
For the States which have trusts, the principal interest is obviously to have the trusts created under their laws recognized in the countries which do not have this institution. However, it appeared that, even in the relations among them, the common law States would find the conflict rules of the Convention useful, given that their national systems of private international law differ in this field.
The interests of States which do not have trusts appear less clearly. These may on the contrary fear that the principles of their judicial systems might be shaken by the inclusion of a somewhat troubling foreign institution. In this connection it should be emphasized that there was never any question of introducing the trust into the civil law countries, but simply of furnishing to their judges the instruments which are appropriate to grasp this legal device. And this is precisely where the interest of the Convention lies for those States which do not have trusts. Since the institution is not provided for in their substantive laws, they of course also do not have rules of private international law to govern it, and they are therefore reduced to seeking laboriously to introduce the elements of the trust into their own concepts. To the contrary, the Convention puts at their disposal conflict-of-laws rules for trusts; then it indicates what the recognition of a trust should consist of, but also the limits of this recognition.
Several delegations from civil law countries pointed out that their jurisdictions encountered problems concerning trusts with a certain amount of frequency, particularly in connection with the estates of deceased persons. These questions may, in particular, arise in countries which like Switzerland allow foreigners domiciled there to submit the succession to their estates to their national laws, but also they may arise in countries where the objective connecting factor for testate and intestate successions is the national law.

15 From these remarks and from other sources of information it could be determined that the Convention had considerable practical interest. This is so especially where trusts are involved as to which it is not obvious at first glance that they are subject to a determined law, but for which several laws may be in line for consideration.
The usefulness of the Convention in this field is also demonstrated by the exceptional interest with which it was greeted by the practitioners who belonged to the International Union of Latin Notaries. This organization sent as observers German, Spanish, French and Dutch notaries.

16 On the whole the delegates showed that they were very open to the arguments which were advanced on one side or the other, even where the points of view were very divergent. Solutions limiting the reach of the Convention were often rejected; thus the delegations did not want to limit the scope of the Convention by excluding certain categories of trusts, such as business trusts (*infra,* No 27), but, to the contrary, they encompassed within the Convention institutions analogous to the trust (*infra,* No 26).

17 At certain moments the fear of the delegations of countries which did not have the trust of seeing this

utilisée dans des buts frauduleux s'est néanmoins manifestée et cela a entraîné la crainte d'autres délégués qu'aucun trust ne puisse plus être reconnu, en raison du nombre de clauses de sauvegarde. Les délégations des Etats connaissant le trust ont fait leur possible pour rassurer leurs collègues et démontrer que le trust est essentiellement une institution utile; ils se sont montrés prêts à admettre les précautions nécessaires contre les abus qui pourraient se produire.

18 En fin de compte, les délégations des pays ne connaissant pas le trust semblent considérer suffisantes les clauses de sauvegarde insérées dans la Convention. Celles-ci, d'autre part, n'ont pas paru excessives aux délégations de pays de *common law* qui, au contraire, ont marqué, à la fin de la session, leur satisfaction relative aux résultats atteints. Un délégué anglais avait désigné, au début de la session, les travaux comme une *unique and historic opportunity* de rapprocher pays de *civil law* et de *common law*. Un délégué canadien a exprimé, à la fin de la conférence, avec enthousiasme, sa conviction que l'on avait su saisir cette occasion.

LA STRUCTURE DE LA CONVENTION

19 La Convention se divise en cinq chapitres.
Le chapitre premier sur le champ d'application cerne les institutions visées, les délimite par rapport à d'autres institutions et prévoit enfin que la Convention ne s'appliquera pas dans la mesure où ses règles de conflit de lois conduiront à une loi ne connaissant pas l'institution du trust.

20 Le deuxième chapitre sur la loi applicable prévoit principalement un rattachement subjectif à la volonté du constituant, subsidiairement un rattachement objectif à la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits. Il règle le domaine d'application de la loi régissant le trust, la possibilité de soumettre certains éléments de celui-ci à une loi distincte et le changement de la loi applicable au trust.

21 Le troisième chapitre sur la reconnaissance des trusts définit en quoi consiste au minimum la reconnaissance d'un trust et sous quelle forme celui-ci peut figurer dans les registres publics. Il contient des dispositions permettant de ne pas reconnaître certains trusts, qui peuvent paraître abusifs, et réserve, au contraire, des règles plus favorables à la reconnaissance du trust que celles de la Convention. L'application du chapitre III peut être restreinte, au moyen d'une réserve, aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

22 Le chapitre IV sur les dispositions générales contient des règles de plusieurs ordres. Les articles 15 et 16 réservent les dispositions impératives de lois applicables à d'autres matières que le trust selon les règles de conflit du for et selon les lois d'application immédiate. Les articles 17, 18 et 19 excluent le renvoi, prévoient l'exception d'ordre public et excluent tout effet de la Convention en matière fiscale. Les articles 20, 21 et 22 permettent d'étendre les dispositions de la Convention aux trusts créés par décision de justice ou, au contraire, de restreindre l'application du chapitre III aux trusts liés aux Etats contractants et à ceux créés après l'entrée en vigueur de la Convention. Les articles 23 et 24 concernent les Etats comprenant plusieurs unités territoriales, tandis que l'article 25 donne priorité à d'autres conventions existantes ou futures sur la même matière.

institution utilized for fraudulent purposes did none the less manifest itself, and this brought on the fear of other delegations that no trust might ever be recognized by reason of the number of escape clauses. The delegations of the States which have trusts did all that they could to reassure their colleagues and to demonstrate that the trust is essentially a useful device; they showed that they were ready to accept the necessary precautions against those abuses which might arise.

18 In the end the delegations of the countries which do not have trusts seemed to consider the escape clauses inserted into the Convention to be sufficient. Those clauses on the other hand did not appear excessive to the delegations of the common law countries, which to the contrary indicated at the end of the session their satisfaction as to the results attained. An English delegate had at the beginning of the session designated the discussions as a 'unique and historic opportunity' to bring together the countries of civil law and common law. A Canadian delegate expressed at the end of the conference with enthusiasm his conviction that full advantage had been taken of this opportunity.

THE STRUCTURE OF THE CONVENTION

19 The Convention is divided into five chapters.
The first chapter on the scope of application identifies the institutions which are covered, delimits them in relation to other institutions and provides finally that the Convention does not apply to the extent that its conflict-of-laws rules lead to a law which does not provide for trusts.

20 The second chapter on the applicable law provides primarily a subjective connection to the intent of the settlor and subsidiarily an objective connection to the law with which the trust is most closely connected. This chapter deals with the scope of application of the law governing the trust, the possibility of subjecting certain of the trust elements to a different law and changes of the law applicable to the trust.

21 The third chapter on the recognition of trusts sets out what the recognition of a trust will consist of at a minimum and specifies the form in which the trust may appear in public registers. It contains provisions permitting the non-recognition of certain trusts which may appear to be improper and, on the other hand, preserves those rules of law which are more favourable to the recognition of trusts than are those of the Convention. The application of Chapter III may be limited by the use of a reservation to trusts the validity of which is governed by the law of a Contracting State.

22 Chapter IV on general clauses contains rules of several types. Articles 15 and 16 allow the application of the mandatory rules of laws which are applicable to matters other than trusts under the conflict rules of the forum and under laws of immediate application. Articles 17, 18 and 19 exclude *renvoi*, provide for the public policy exception and exclude all effects of the Convention in fiscal matters. Articles 20, 21 and 22 respectively permit the Convention's provisions to be extended to trusts declared by judicial decisions or, to the contrary, permit the application of Chapter III to be limited to trusts connected with Contracting States and to those created after the entry into force of the Convention. Articles 23 and 24 concern States comprised of several territorial units while article 25 gives priority to other existing or future conventions dealing with the same matters.

23 Le chapitre V, consacré aux clauses finales, contient les dispositions habituelles des Conventions de La Haye sur la signature, la ratification, l'adhésion, l'entrée en vigueur et la dénonciation, ainsi que celles sur la mise en vigueur de la Convention dans certaines unités territoriales d'Etats composés.

23 Chapter V, devoted to the final clauses, contains the customary provisions of the Hague Conventions on signature, ratification, accession, entry into force and denunciation, as well as those on the implementation of the Convention in certain territorial units of composite States.

Commentaire de la Convention

PRÉAMBULE ET CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

24 L'article premier indique, d'une part, l'institution visée par la Convention: le trust et, à cet égard, il y a aussi lieu de se référer au préambule et, d'autre part, les objectifs de la Convention: déterminer la loi applicable au trust et en régir la reconnaissance.

En revanche, une disposition sur la reconnaissance des décisions judiciaires ou administratives en matière de trust, qui figurait à l'article 13 de l'avant-projet, a été écartée à l'unanimité sur proposition de la délégation américaine (Doc. trav. No 1).
L'article premier ne faisant aucune allusion aux Etats contractants, il en résulte que la Convention est d'application générale (applicable *erga omnes*; *infra*, Nos 32–35).

Les institutions visées

25 Les travaux de la Conférence ont été axés en premier lieu sur le trust des pays de *common law*. Toutefois, les trusts créés par décision de justice sont, sauf déclaration contraire d'un Etat, exclus (*infra*, Nos 49–51, *ad* article 3; article 20, *infra*, Nos 166-169).

La Commission spéciale s'est demandé si les règles de la Convention ne devaient pas s'appliquer à des institutions de pays de *civil law*, soit calquées sur le trust des pays de *common law*, soit présentant les traits essentiels du trust. Elle a finalement décidé de limiter l'avant-projet au trust «anglo-américain», mais sans le préciser dans le texte. Cette restriction devait figurer dans un préambule à rédiger par la suite (Rapport de la Commission spéciale, Nos 20–21).

26 La Quinzième session a, au contraire, décidé d'inclure des institutions autres que le trust de *common law* proprement dit, à condition que ces institutions répondent aux critères de l'article 2.
Le préambule mentionne «une institution ... adoptée par d'autres pays avec certaines modifications». Cette phrase n'indique peut-être pas avec toute la clarté voulue que des institutions analogues répondant aux critères de l'article 2 sont incluses, même si elles ne constituent pas une réception du trust de *common law*. Telle est pourtant la conclusion qui se dégage de l'ensemble des discussions de la Quinzième session. En effet, dès l'entrée en matière, puis lorsque le problème a été repris, des voix favorables à l'inclusion des institutions analogues se sont fait entendre. Ainsi, le Délégué égyptien et le Délégué polonais ont indiqué que leurs pays connaissaient l'équivalent du *charitable trust*; les Délégués du Japon et du Luxembourg ont désiré que des 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

Commentary on the Convention

PREAMBLE AND FIRST CHAPTER – SCOPE

Article 1

24 Article 1 indicates on the one hand the institution with which the Convention deals: the trust; in this respect reference should also be made to the preamble. On the other hand, article 1 indicates the objectives of the Convention: to determine the law applicable to trusts and to govern their recognition.
In contrast, a provision on the recognition of judicial or administrative decisions concerning trusts, which appeared as article 13 of the preliminary draft, was unanimously eliminated on a proposal offered by the United States delegation (Working Document No 1).
Since article 1 makes no allusion to Contracting States, the Convention is of general application (applicable *erga omnes*; *infra*, Nos 32–35).

The institutions covered

25 The Conference's work was aligned first of all on trusts of common law countries. However, trusts declared by judicial decisions are, in the absence of a contrary declaration by a State, excluded (*infra*, Nos 49–51, dealing with article 3; article 20, *infra*, Nos 166–169).
The Special Commission debated whether the Convention's rules should apply to institutions of the civil law countries, whether these be patterned on the trusts of common law countries or otherwise bearing the essential traits of trusts. It finally decided to limit the preliminary draft to 'Anglo-American' trusts, but without so specifying in the text. The restriction was to appear in a preamble to be drafted later (Report of the Special Commission, Nos 20–21).

26 The Fifteenth Session, to the contrary, decided to include institutions other than the trust of common law legal systems properly speaking on the condition that these institutions met the criteria of article 2.
The preamble recites that the trust '...adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution'. This phrase perhaps does not indicate with all of the clarity which one might wish that analogous institutions meeting the criteria of article 2 are included, even if they do not constitute a reception of the trust of the common law systems. Such is however the conclusion which emerges from the entirety of the Fifteenth Session's discussions. Indeed, from the first approach to this subject and then when the problem was taken up again, voices which were favourable to the inclusion of analogous institutions were making themselves heard. Thus the Egyptian Delegate and the Polish Delegate indicated that their countries have the equivalent of the charitable trust; the Delegates of Japan and of Luxemburg wanted their countries' institutions to be encompassed. The Delegate of Venezuela pointed out that his

délégués d'autres pays ont également été favorables à l'inclusion des institutions analogues, inclusion qui a finalement été admise sans vote formel.

27 La Banque des Règlements internationaux à Bâle, dans son mémoire contenant les observations sur l'avant-projet (Doc. prél. No 10), et l'Observateur de cette institution à la Quinzième session ont proposé l'exclusion des trusts d'affaires et des trusts destinés à créer des sûretés du champ d'application de la Convention (Doc. trav. No 19; *cf.* Rapport Dyer/Van Loon, Doc. prél. No 1, p. 103 et suiv.). L'Observateur mit notamment la conférence en garde contre les dangers que pouvait comporter la reconnaissance de trusts quant à la protection des droits des tiers et à la sauvegarde du système de sûretés des pays de *civil law*. Cela en particulier lorsque les trusts proviennent de pays de *common law* ayant des réglementations très laxistes.

Les délégués gouvernementaux ont été très sensibles aux dangers signalés par l'Observateur de la BRI. Toutefois, ils ont estimé qu'il convenait d'y parer au moyen des diverses clauses de sauvegarde prévues par la Convention et non pas par l'exclusion de certaines catégories de trusts, et notamment des trusts d'affaires, qui diminuerait de beaucoup la portée de la Convention. Aussi, la notion de «trust d'affaires» a paru trop incertaine pour être utilisée dans la Convention.

La loi applicable au trust

28 Le premier objectif de la Convention – déterminer la loi applicable au trust – se comprend facilement: il s'agit de créer des règles de conflit de lois en matière de trust.
De telles règles seront particulièrement utiles pour les Etats de *civil law* qui, ne connaissant pas le trust dans leur droit interne, n'ont pas non plus de règles de conflit pour l'appréhender. Ils sont donc réduits à des constructions parfois laborieuses pour essayer de capter cette institution inconnue dans leur système de conflit de lois, ainsi qu'un délégué français l'a bien expliqué (*cf.* Rapport de la Commission spéciale, No 22).

C'est également à cet égard que la Convention semble avoir un intérêt pour les relations entre les Etats de *common law*; en effet, des controverses existent sur le rattachement du trust, que la Convention pourrait utilement éliminer.

La reconnaissance du trust

29 La portée du deuxième objectif de la Convention – régir la reconnaissance du trust – est plus difficile à saisir. On pourrait, en effet, soutenir que, du fait même qu'un trust est valable selon la loi désignée par les règles de conflit de la Convention, il doit être reconnu et déployer ses effets dans les autres Etats contractants. Des doutes sur l'utilité du chapitre consacré à la reconnaissance ont encore été exprimés à la Quinzième session.

30 Dans cette même optique, le Gouvernement et la délégation des Pays-Bas ont proposé de ne pas parler de reconnaissance, mais d'effets des trusts (Doc. prél. No 10; Doc. trav. No 14). A l'appui de cette proposition, ils ont invoqué l'argument mentionné au numéro précédent, ainsi que la crainte que la notion de reconnaissance n'implique que le trust ne saurait déployer d'effet que moyennant une sorte d'exequatur.
On a objecté à cette proposition que l'on parlait déjà

country had introduced the trust in 1956 but that the institution was rarely utilized. A number of delegates from other countries were also favourable to the inclusion of analogous institutions, an inclusion which finally was accepted without a formal vote.

27 The Bank for International Settlements at Basel, in its memorandum containing comments on the preliminary draft (Prel. Doc. No 10), and the Observer for that institution at the Fifteenth Session proposed the exclusion of business trusts and of trusts intended to create security interests from the scope of the Convention (Working Document No 19; *cf.* Dyer/Van Loon Report, Prel. Doc. No 1, p. 102 *et seq.*). The Observer in particular placed the conference on guard against the dangers which the recognition of trusts could involve in respect of the protection of the rights of third persons and the maintenance of the systems for security interests in the civil law countries. These dangers would be posed in particular when the trusts came from common law countries which had very lax regulation of trusts.
The governmental delegates were very sensitive to the dangers pointed out by the Observer of the BIS. However they thought that they should ward the dangers off by means of various escape clauses provided in the Convention and not by the exclusion of certain categories of trusts, particularly business trusts which would very much diminish the coverage of the Convention. Also the concept of the 'business trust' seemed too uncertain to be utilized in the Convention.

The law applicable to trusts

28 The first objective of the Convention – to determine the law applicable to trusts – is easily understood: what is involved is the creation of conflict-of-laws rules for trusts.
Such rules will be particularly useful for the civil law States which, since they do not provide for trusts in their internal law, have no conflicts rules for the purpose of dealing with them. These countries are therefore reduced to constructions which are sometimes strained in order to try to capture this institution, which is unknown in their conflict-of-laws systems, as a French delegate very well explained (*cf.* Report of the Special Commission, No 22).
It is also in this respect that the Convention seems to have an interest in relations between the common law States; indeed, controversies exist over the connecting factor for trusts which the Convention might usefully eliminate.

Recognition of trusts

29 The aim of the second objective of the Convention – to govern the recognition of trusts – is more difficult to grasp. It might indeed be argued that, from the very fact that a trust is valid under the law designated by the conflicts rules of the Convention, it should be recognized and deploy its effects in the other Contracting States. Doubts about the utility of this chapter devoted to recognition were expressed again at the Fifteenth Session.

30 With this same view the Government and the delegation of the Netherlands proposed not to speak of recognition but rather of the effects of trusts (Prel. Doc. No 10; Working Document No 14). In support of this proposal they invoked the argument mentioned in the preceding paragraph as well as the fear that the concept of recognition might imply that the trust would deploy its effects by means of a sort of writ of exequatur.
Objection was made to this proposal on the grounds

d'effets du trust dans un autre sens à l'article 8 et que le terme de «reconnaissance» n'était pas, dans l'usage courant, réservé à des décisions judiciaires. Le fait a aussi été évoqué que le trust, sans être une personne morale, présente certaines analogies avec celle-ci, qui justifient l'usage du terme «reconnaissance» (Rapport de la Commission spéciale, No 23, dernier alinéa). La proposition a été rejetée à une forte majorité. La conférence a également décidé de supprimer les mots «effets de la ...» qui figuraient entre crochets dans le titre du chapitre III de l'avant-projet.

31 La conférence s'est rendu compte qu'en matière de trust, la situation se présente de manière différente de celle des institutions, telles que le mariage ou le contrat de vente, par exemple, qui sont connues dans tous les pays. Au contraire, le trust est une institution qui, en principe, est ignorée des juges des pays de *civil law*. Ils resteraient perplexes devant l'affirmation pure et simple qu'un trust, du seul fait qu'il est conforme à la loi désignée par la Convention, doit déployer des effets dans leur pays. Si l'on veut que la Convention soit efficace, il faut qu'elle indique, du moins sur les points principaux, en quoi consistera la reconnaissance et quels seront les effets que le trust déploiera. En même temps, les dispositions sur la reconnaissance offrent des garanties pour les pays ne connaissant pas le trust, puisqu'elles limitent les effets qui doivent être reconnus (voir notamment l'article 15).

L'application de la Convention erga omnes

32 L'article premier de l'avant-projet comportait deux variantes. Selon les deux variantes, les dispositions sur la loi applicable devaient être d'application générale et viser tous les trusts dont il y aurait à connaître dans les Etats contractants. En revanche, en ce qui concerne la reconnaissance, la variante A limitait celle-ci aux rapports entre Etats contractants, ce qui signifiait, selon l'article 11, alinéa premier, aux trusts créés conformément à la loi d'un Etat contractant.

33 On a régulièrement parlé de «réciprocité» à propos du problème que soulevait le choix entre ces deux variantes. En réalité, ce terme n'était pas le plus approprié. En effet, il désigne en général le fait qu'un Etat contractant reconnaît, par exemple, un jugement provenant d'un autre Etat contractant, à condition que ce dernier en fasse de même. En l'espèce, au contraire, des Etats ne connaissant pas le trust reconnaîtront des trusts constitués selon la loi d'autres Etats contractants. Mais la réciprocité de la part de ces derniers n'entrera pas en ligne de compte, puisque précisément les premiers Etats ne connaissent pas l'institution.
La question était, au contraire, de savoir si les Etats ne connaissant pas le trust voulaient de façon générale se déclarer prêts à reconnaître cette institution, ou ne reconnaître celle-ci que lorsqu'elle est rattachée à un autre Etat contractant. En faveur de la seconde solution, l'on pouvait avancer, d'une part, qu'il était préférable pour les Etats de *civil law* de reconnaître seulement des trusts en provenance d'un nombre limité de systèmes juridiques connus et non pas de n'importe quel pays du monde. D'autre part, le fait que leurs trusts ne seraient reconnus que s'ils ratifiaient la Convention, pouvait stimuler l'intérêt des Etats de *common law* à devenir parties à la Convention.
La Commission spéciale préféra, à titre indicatif, la variante restrictive et décida de remettre la décision à la conférence plénière (Rapport de la Commission spéciale, Nos 25–29).

34 Au sein de la Quinzième session, on laissa ouverte

that the text already mentioned the effects of a trust in another sense in article 8 and that the term 'recognition' was not in current usage reserved for judicial decisions. Reference was also made to the fact that a trust, without being a legal entity, offered certain analogies with such entities which justified the use of the term 'recognition' (Report of the Special Commission, No 23, last paragraph). The proposal was rejected by a strong majority. The conference also decided to delete the words 'effects of ...' which appeared within square brackets in the title to Chapter III of the preliminary draft.

31 The conference took into account the fact that for trusts the situation is posed in a way which is different from that for other institutions, such as marriage or contracts of sale for example, which are known in all countries. On the contrary, the trust is an institution which in principle is unknown to the judges of civil law countries. They might stand perplexed before the pure and simple affirmation that a trust, from the mere fact that it is in conformity with the law designated by the Convention, should deploy effects in their countries. If the Convention is wanted to be efficacious, it is necessary that it indicate, at least on the principal points, what recognition will consist of and what the effects will be that the trust will deploy. At the same time the provisions on recognition offer guarantees for countries which do not have trusts since they limit the effects which must be recognized (see in particular article 15).

The application of the Convention erga omnes

32 Article 1 of the preliminary draft had two variants. Under both variants the provisions on the applicable law were to be of general application and cover all trusts which might be encountered in the Contracting States. In contrast, where recognition was concerned, variant A limited this to relations between Contracting States, which meant under article 11, first paragraph, trusts created in accordance with the law of a Contracting State.

33 The problem which the choice between the two variants raised was usually referred to as one of 'reciprocity'. In reality this was not the most appropriate term. Indeed, it designates in general the fact that a Contracting State recognizes for example a judgment coming from another Contracting State, on the condition that the latter State do the same. In this case, to the contrary, the States which do not have trusts will recognize trusts established under the laws of other Contracting States. But the reciprocity on the part of these latter States is not a real counterpart since precisely the former States do not have the institution.
The question was rather whether the States which do not have trusts wanted in a general way to declare themselves ready to recognize this institution, or to recognize it only when it is connected to another Contracting State. In favour of the second solution the argument could be advanced on one hand that it was preferable for the civil law countries to recognize only trusts deriving from a limited number of known legal systems and not from just any country in the world. On the other hand, the fact that their trusts would be recognized only if they ratified the Convention could stimulate the interest of the common law States in becoming Parties to the Convention.
The Special Commission preferred on an indicative vote the restrictive variant and decided to remit the decision to the plenary conference (Report of the Special Commission, Nos 25–29).

34 At the Fifteenth Session the question of the Con-

la question de l'application *erga omnes* lors de la première discussion de l'article premier, dans l'idée qu'il serait préférable de décider lorsque les contours de la Convention se dessineraient avec plus de précision.
La discussion eut lieu à la fin de la première lecture sur le texte de la variante A, tel qu'il figure dans l'avant-projet, et de la variante B légèrement modifiée au point de vue rédactionnel (Doc. trav. No 55).
Une évolution vers l'application de la Convention *erga omnes* se manifesta alors. On fit notamment valoir que ce système était conforme à l'objectif de la Convention, et du droit international privé en général, de faciliter les rapports juridiques des particuliers sur le plan international. Les délégations des pays de *common law* étaient toutes favorables au système de l'universalité, mais ce point de vue était aussi partagé par nombre de délégués de pays de *civil law*. Il apparût aussi à ce moment que les Etats de *common law* tenaient à établir une Convention même pour les rapports entre eux, ce qui faisait perdre de son importance à l'argument que le système restrictif faciliterait l'adhésion de ces Etats.

D'autre part, les diverses garanties en faveur des Etats ne connaissant pas le trust, figurant dans le texte, rendaient moins nécessaire la limitation de la reconnaissance aux trusts rattachés aux Etats contractants.
On releva aussi les difficultés techniques d'une convention partiellement d'application générale (pour la loi applicable) et partiellement de champ d'application limité (pour la reconnaissance). Comment allait-on traiter un trust auquel plusieurs lois seraient applicables selon l'article 9, lorsqu'une de ces lois ne serait pas la loi d'un Etat contractant? On remarqua enfin que le critère d'un trust soumis à la loi d'un Etat contractant n'était pas toujours pertinent, le constituant pouvant très bien avoir désigné cette loi, alors que le trust présentait en fait des liens plus étroits avec la loi d'un Etat non contractant.

35 Néanmoins, un certain nombre de délégations de pays de *civil law* voulaient toujours restreindre la reconnaissance aux trusts créés selon la loi d'un Etat contractant. Afin de ne pas empêcher ces Etats de devenir Parties à la Convention, le Secrétaire général suggéra une réserve.
La Quinzième session accepta le principe de l'application *erga omnes* par une majorité des trois cinquièmes. Mais à l'unanimité, elle admit la possibilité d'une réserve à l'encontre de ce système. A la suite de ces décisions, l'article premier fut adopté dans sa teneur actuelle et la possibilité de réserve inscrite à l'article 21 (*infra*, Nos 170–172).

Article 2

36 Cette disposition peut apparaître comme une définition du 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.

37 Plusieurs délégués se sont défendus contre l'idée de définir le trust dans la Convention. Etant donné les nombreuses espèces de trusts et les définitions divergentes proposées par les auteurs des pays de *common law*, c'eût été d'ailleurs une tâche impossible.

38 Le texte a été repris pour l'essentiel, quant au fond, de l'article 4 de l'avant-projet. Les discussions à la Quinzième session ont surtout porté sur la rédaction la plus appropriée de la disposition. On reprochait au texvention's application *erga omnes* was left open at the time of first discussion of article 1, the idea being that it would be preferable to decide when the Convention's contours had been sketched with more precision.
This discussion took place at the end of the first reading on the text of variant A as it appeared in the preliminary draft and of variant B slightly modified as to its drafting (Working Document No 55).
An evolution towards the application of the Convention *erga omnes* then appeared. It was in particular pointed out that this system was in conformity with the objectives of the Convention, and of private international law in general, to facilitate the legal relationships of individuals on the international level. The delegations of the common law countries were all favourable to the system of universality, but this point of view was also shared by a number of delegates from civil law countries. It appeared also at this point in time that the common law States wanted to establish a Convention even for the relations among themselves, which would take the importance away from the argument that the restrictive system would facilitate the accession of these States.
On the other hand the diverse guarantees in favour of States which did not have trusts now appearing in the text made it less necessary to limit recognition to those trusts which are connected to Contracting States.
The technical difficulties of a Convention which was partially of general application (for the applicable law) and partially of a limited scope of application (for recognition) were also pointed out. How would one deal with a trust to which several laws might be applicable under article 9 when one of these laws might not be the law of a Contracting State? Finally it was pointed out that the criterion of a trust subject to the law of a Contracting State was not always relevant since the settlor could very well have designated that law, even though the trust in fact had closer ties with the law of an non-Contracting State.

35 None the less a certain number of delegations from civil law countries still wanted to restrict recognition to trusts created under the law of a Contracting State. In order not to prevent these States from becoming Parties to the Convention, the Secretary General suggested a reservation.
The Fifteenth Session accepted the principle of the application *erga omnes* by a majority of three-fifths. But unanimously it accepted the possibility of a reservation against this system. Following these decisions article 1 was adopted in its present text and the possibility of a reservation was inserted in article 21 (*infra*, Nos 170–172).

Article 2

36 This provision may appear as a definition of a trust. In reality, article 2 simply tries to indicate the characteristics which an institution must show – whether this is a trust from a common law country or an analogous institution from another country – in order to fall under the Convention's coverage.

37 Several delegates fought against the idea of defining trusts in the Convention. Given the numerous types of trusts and the divergent definitions offered by the authors in common law countries, this would have been moreover an impossible task.

38 The text was taken in its essentials from article 4 of the preliminary draft. The discussions at the Fifteenth Session bore above all on the most appropriate drafting of the provision. The text of article 4 of the preliminary

te de l'article 4 de l'avant-projet de comporter un alinéa premier qui avait l'allure d'une définition, alors que les alinéas 2 et 3 semblaient comporter des règles matérielles. C'est pour cette raison que l'alinéa 2 de l'article 2 se présente maintenant sous la forme d'une énumération des caractéristiques du trust.

Alinéa premier

39 Cette disposition énumère les éléments considérés dans les doctrines anglaise et américaine comme essentiels pour qu'il y ait trust: le transfert de biens, le constituant, le *trustee* et les bénéficiaires. C'est surtout en pensant au *charitable trust* que l'on a ajouté que les biens peuvent être affectés à un but déterminé.

40 Les termes «relations juridiques» ont donné lieu à quelques difficultés. La Commission spéciale avait envisagé les termes de «*fiduciary relationship*». Cette formule était inspirée des *fiduciary duties* que les droits anglais et américain imposent au *trustee*. Certains experts de pays de *civil law* avaient cependant des objections à l'encontre de l'usage du terme «fiduciaire», qui notamment ne signifierait rien en droit français. Ils ont préféré parler de «relations juridiques».
On a, d'autre part, reproché à l'usage du pluriel dans «relations juridiques» de faire croire que le trust était une opération triangulaire analogue à la représentation par exemple. En fait, l'essence du trust réside dans la relation fiduciaire entre le *trustee* et les bénéficiaires. Mais on a craint que l'usage du singulier ne conduise à méconnaître la complexité des relations qui naissent du trust, aussi le pluriel a-t-il finalement été préféré.

41 Par «une personne, le constituant», on peut également entendre une personne morale. En revanche, un trust créé par un tribunal ne tombe pas dans le champ d'application de la Convention (*infra*, Nos 49–51, *ad* article 3). Il va sans dire que le *trustee* peut également être une personne morale. La même chose vaut pour le bénéficiaire, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un *charitable trust* ou d'un trust destiné à créer des sûretés.

42 Il n'était pas absolument certain, selon l'avant-projet, que la Convention s'appliquât au trust testamentaire. Aussi la précision «par acte entre vifs ou à cause de mort» a-t-elle été insérée lors des discussions de la Quinzième session.

43 La rédaction du premier alinéa a également été améliorée par le remplacement des termes «à l'effet de placer des biens sous le contrôle...» par «lorsque des biens ont été placés sous le contrôle...». On exprime par là que le transfert des biens est une condition préliminaire à la création du trust (voir aussi *infra*, No 54, *ad* article 4).

Alinéa 2

44 La lettre *a* se rapporte aux biens du trust. La conférence a tenu à souligner que les biens du trust constituent une masse distincte du patrimoine du *trustee*. Cet élément important se retrouve à l'article 11, alinéa 2, relatif à la reconnaissance du trust.

45 Il se peut qu'un tiers soit titulaire de certains biens appartenant au trust, mais pour le compte du *trustee*. La lettre *b* reprend l'idée exprimée par la deuxième phrase de l'article 4, alinéa 2, de l'avant-projet, dans une formule plus détaillée qui avait déjà été proposée au

draft was criticized for having a first paragraph which looked like a definition, while the second and third paragraphs seemed to contain substantive rules. This is the reason why the second paragraph of article 2 now appears in the form of an enumeration of the characteristics of trusts.

First paragraph

39 This provision sets out the elements which are considered in English and American legal writings as being essential in order that there be a trust: a transfer of assets, a settlor, a trustee and beneficiaries. It was with a thought above all to charitable trusts that the statement was added that the assets could be devoted to a specified purpose.

40 The term 'legal relationships' gave rise to some difficulties. The Special Commission had employed the expression 'fiduciary relationship'. This formulation was inspired by the fiduciary duties that English and American law impose on a trustee. Certain experts from civil law countries however had objections to the use of the term *'fiduciaire'*, which had no meaning in French law. They preferred to speak of 'legal relationships'.

There was moreover criticism of the use of the plural in 'legal relationships', since this might make one think that a trust was a triangular operation analogous for example to agency relationships. In fact, the essence of a trust lies in the fiduciary relationship between the trustee and the beneficiaries. But it was feared that the use of the singular might lead to misunderstanding of the complexity of the relationships that arise from a trust, and so the plural was finally preferred.

41 The words 'a person, the settlor' also apply to limited companies and corporations. In contrast, a trust created by a court does not fall within the scope of the Convention (*infra*, Nos 49–51, dealing with article 3). It goes without saying that the trustee may also be a limited company or corporation. The same goes for the beneficiary, particularly where a charitable trust or a trust for the purpose of creating security interests is involved.

42 It was not absolutely certain under the preliminary draft that the Convention would apply to testamentary trusts. Thus the specification '*inter vivos* or on death' was inserted during the discussions at the Fifteenth Session.

43 The drafting of the first paragraph was also improved by the replacement of the words 'have the effect of placing assets under the control...' by 'when assets have been placed under the control...'. This language expressed the fact that the transfer of the assets is a prior condition to the creation of a trust (see also *infra*, No 54, dealing with article 4).

Second paragraph

44 Sub-paragraph *a* has to do with the assets of the trust. The conference wanted to emphasize that the trust assets constitute a fund separate from the trustee's own estate. This important element will appear again in article 11, second paragraph, in the context of the recognition of trusts.

45 It may be that a third person will hold the title to certain assets belonging to the trust, but on behalf of the trustee. Sub-paragraph *b* picks up the idea expressed by the second sentence of the second paragraph of article 4 of the preliminary draft in a more detailed for-

sein de la Commission spéciale (Rapport de la Commission spéciale, No 44).

46 La lettre *c* décrit les *fiduciary duties* du *trustee*. Elle exprime le droit et le devoir du *trustee* de gérer les biens et d'en disposer conformément à la volonté du constituant et aux règles légales.
En disant que le *trustee* doit rendre compte de ses actes, on exprime l'idée que les bénéficiaires ont contre le *trustee* des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice ainsi que le pouvoir de surveillance des tribunaux dans les pays de *common law*.

Alinéa 3

47 Cet alinéa précise que, contrairement à l'image «classique» du trust, les rôles des différents intéressés peuvent être confondus. En effet, le créateur du trust ne disparaît pas nécessairement complètement: il peut se réserver encore certaines décisions. A son tour, le *trustee* peut avoir certains intérêts qui font de lui aussi un bénéficiaire. Il a paru opportun d'attirer l'attention sur ces possibilités qui semblent cependant rarement utilisées dans la pratique.

Article 3

48 Cette disposition délimite à deux égards le cercle des trusts visés par la Convention: ils doivent être créés volontairement et la preuve doit en être rapportée par écrit. Le texte a été repris tel quel de l'avant-projet.

La limitation aux trusts volontaires

49 Seuls les trusts créés par la volonté du constituant tombent sous le coup de la Convention. En particulier, celle-ci n'est pas applicable aux trusts créés directement par la loi ou par décision de justice. Toutefois, l'article 20 permet aux Etats contractants d'étendre l'application de la Convention à ces derniers (*infra*, Nos 166–169).

L'exclusion des trusts judiciaires s'étend aux *constructive trusts* imposés par les tribunaux et aux trusts que les tribunaux créent en vertu d'une disposition légale expresse. En revanche, il semble qu'un trust volontairement constitué par un époux divorcé afin de réaliser l'obligation qui lui est imposée de transférer certains biens à son épouse et à ses enfants tomberait sous le coup de la Convention.
On peut également considérer comme volontaire un trust constitué par exemple en vue de remplir une obligation alimentaire qui est ensuite homologuée par un tribunal.

50 La Quinzième session a aussi décidé de mentionner dans le rapport que certains éléments d'un trust volontaire peuvent découler d'une décision judiciaire. Ainsi, il se peut qu'un tribunal doive désigner la personne du *trustee* parce que le constituant a omis de le faire. Enfin, la modification d'un trust par décision judiciaire ne devrait pas lui enlever son caractère volontaire.

51 Lors de la dicussion sur les trusts judiciaires, le problème du *resulting trust* fut soulevé. Il s'agit là par exemple de cas où les objectifs d'un trust exprès ont été remplis, mais où le *trustee* continue à détenir certains biens comme *resulting trust*. Selon une opinion, exprimée à la Quinzième session, de tels *resulting trusts* devraient tomber sous le coup de la Convention (*cf.* Rapport Dyer/Van Loon, No 110). Cette interprétation cor-

mulation which had already been proposed at the Special Commission (Report of the Special Commission, No 44).

46 Sub-paragraph *c* describes the fiduciary duties of the trustee. It expresses the trustee's power and duty to manage the assets and to dispose of them in accordance with the settlor's intent and the rules of law and equity.
The statement that the trustee is accountable expresses the idea that the beneficiaries have rights against the trustee which they may assert in a court of equity and also suggests the supervisory powers of those courts.

Third paragraph

47 This paragraph makes it clear that, contrary to the 'traditional' image of trusts, the roles of the different persons involved may be mingled. Indeed, the settlor of the trust does not necessarily disappear completely; he may still retain for himself certain decisions. In his turn, the trustee may have certain interests which make him also a beneficiary. It seemed desirable to draw attention to these possibilities although they seem to be rarely utilized in practice.

Article 3

48 This provision delimits in two respects the circle of the trusts covered by the Convention; such trusts must be created voluntarily and evidenced in writing. The text was taken just as it was from the preliminary draft.

The limitation to voluntary trusts

49 Only trusts created voluntarily by the settlor fall under the coverage of the Convention. In particular, the Convention is not applicable to trusts created by operation of law or by judicial decision. However, article 20 permits Contracting States to extend the Convention's application to these latter trusts (*infra*, Nos 166–169).
The exclusion of judicial trusts extends to constructive trusts imposed by the courts and to trusts that the courts create by virtue of an express provision of law. In contrast it seems that a trust voluntarily established by a divorced spouse in order to carry out the obligation which has been imposed on that spouse to transfer certain assets to the other spouse and to their children would fall under the coverage of the Convention.
A trust may also be considered as being voluntarily created, for example, if it is established for the purpose of fulfilling a maintenance obligation and is then approved by a court.

50 The Fifteenth Session also decided that mention should be made in the report of the fact that certain elements of a voluntary trust may derive from a judicial decision. Thus it may happen that a court has to designate the person who will serve as trustee because the settlor has failed to do so. Finally the variation of a trust by judicial decision should not take away from it its voluntary character.

51 During the discussion on judicial trusts, the problem of the resulting trust was raised. This may be involved, for example, in cases where the purposes of an express trust have been fulfilled, but the trustee continues to hold certain assets under a resulting trust. The opinion was expressed at the Fifteenth Session that such resulting trusts could fall under the coverage of the Convention (*cf.* Dyer/Van Loon Report, No 110). This

respond également à celle de la Commission spéciale, qui avait notamment omis les mots «constitués de manière expresse» qui auraient exclu les *resulting trusts* (Rapport de la Commission spéciale, Nos 34 et 35).

La preuve par écrit

52 L'article 3 précise, d'autre part, s'inspirant de l'article 5, chiffre 6, de la Convention de Bruxelles[7], «que la preuve du trust doit être apportée par écrit». En effet, un trust peut être constitué oralement ou par simple remise des biens au *trustee*, bien qu'un acte écrit soit plutôt la règle. Il est, dès lors, raisonnable d'exiger au moins une preuve écrite. Celle-ci pourrait même consister en un écrit par lequel le *trustee* rend compte de la volonté exprimée oralement par le constituant (sur la question de la forme du trust lui-même, voir *infra*, No 55, *ad* article 4, et Nos 82–83, *ad* article 8).

Article 4

53 L'article 4 a trait à la délimitation – particulièrement délicate – du champ d'application de la Convention par rapport à certaines institutions, auxquelles il faut recourir pour qu'un trust prenne naissance et qui donnent lieu à des actes juridiques distincts du trust et préalables. On a donné l'image du lanceur et de la fusée: il faut toujours un «lanceur», par exemple un testament, une donation ou un autre acte juridique, qui met alors en marche la «fusée», le trust. L'acte juridique préalable, le «lanceur», ne tombe pas sous le coup de la Convention.

54 Le transfert de biens au *trustee* est une *conditio sine qua non* pour qu'un trust soit constitué. Mais la loi désignée par la Convention ne s'applique qu'à la constitution du trust lui-même, et non pas à la validité de l'acte par lequel le transfert des biens s'effectue. Cet acte est entièrement régi par le droit auquel les règles de conflit du for le soumettent. Il se peut d'ailleurs que des lois différentes soient applicables pour le fond et pour la forme de cet acte, et encore pour la capacité de celui qui en est l'auteur. S'il s'avère que, selon le droit applicable, l'acte de transfert n'est pas valable, on pourra d'emblée considérer que le trust n'a pas pris naissance, un élément essentiel faisant défaut.
Il se peut que la loi applicable à un trust reconnu comme tel empiète sur le domaine d'une autre loi désignée par les règles de conflit du for. Selon l'article 15, alinéa premier, c'est alors cette autre loi qui prévaut, mais seulement – et voici la différence avec l'article 4 – en ce qui concerne ses dispositions impératives (*infra*, Nos 136-146). En vertu de l'article 15, la loi applicable au trust devra céder le pas aux dispositions sur la réserve héréditaire de la loi successorale désignée par les règles de conflit du for, mais non pas aux règles de cette loi désignant, faute de dispositions pour cause de mort, les héritiers non réservataires. Au contraire, un testament par lequel des biens sont constitués en trust échappe complètement à l'empire de la Convention selon l'article 4.

[7] *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 27 septembre 1968, modifiée par les Conventions d'adhésion du 9 octobre 1978 et du 25 octobre 1982, *Journal officiel des Communautés européennes*, No C 97/2 du 11 avril 1983 (citée «Convention de Bruxelles»).

interpretation also corresponds to that of the Special Commission which had specifically omitted the words 'constituted expressly' which would have excluded resulting trusts (Report of the Special Commission, Nos 34 and 35).

Evidence in writing

52 Article 3 states in addition, drawing its inspiration from article 5, No 6, of the Brussels Convention,[7] 'that the trust must be evidenced in writing'. In fact, a trust may be established orally or by simple delivery of the goods to the trustee, although the execution of an instrument in writing is more customary. From this it seems reasonable to require at least evidence in writing. This may even consist of a writing in which the trustee recites the intentions expressed orally by the settlor (on the question of the form of the trust itself, see *infra*, No 55, dealing with article 4, and Nos 82–83, dealing with article 8).

Article 4

53 Article 4 deals with the delimitation – which is particularly delicate – of the Convention's scope of application in respect of certain institutions to which resort must be had in order for a trust to spring into life and which give rise to legal operations which are distinct from the trust and preliminary to its inception. The image employed was that of the launcher and the rocket; it is always necessary to have a 'launcher', for example a will, a gift or another act with legal effects, which then launches the 'rocket', the trust. The preliminary act with legal effects, the 'launcher', does not fall under the Convention's coverage.

54 A transfer of assets to the trustee is a *sine qua non* condition for the creation of the trust. But the law designated by the Convention applies only to the establishment of the trust itself, and not to the validity of the act by which the transfer of assets is carried out. This act is entirely governed by the law to which the conflicts rules of the forum submit it. It may be moreover that different laws will be applicable for the substance and for the form of this act, or yet for the capacity of the person who has effected it. If it turns out that under the applicable law the transfer is not valid, one may consider at the start that the trust has not come into existence since an essential element is lacking.
It may be that the law applicable to a trust recognized as such will encroach on the area of another law designated by the forum's conflict rules. Under article 15, first paragraph, it is then that other law which will prevail, but only – and this is its difference from article 4 – as concerns the mandatory rules of that other law (*infra*, Nos 136–146). By virtue of article 15, the law applicable to the trust must yield to the provisions for forced heirship of the law governing the succession to property upon death as designated by the forum's conflicts rules but not to the rules of that law designating in the absence of testamentary dispositions the heirs who do not have forced shares. To the contrary, a will by which assets are placed in trust completely escapes the reach of the Convention under article 4.

[7] *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968, amended by the Accession Conventions of 9 October 1978 and of 25 October 1982, *Official Journal of the European Communities*, No C 97/2 dated 11 April 1983 (hereinafter referred to as 'Brussels Convention').

55 L'article 4 entend exclure du champ d'application de la Convention aussi bien la validité au fond que la validité en la forme des actes juridiques préliminaires à la création du trust. En ce qui concerne la forme, il peut être difficile dans certains cas de distinguer la validité en la forme de l'acte préliminaire de celle du trust lui-même. Toutefois, selon les explications données par des délégués de pays de *common law*, ce qui compte, c'est que l'acte préliminaire, le «lanceur», soit valide en la forme, la validité en la forme du trust lui-même étant une question plutôt théorique (voir *infra*, Nos 82–83, *ad* article 8, et Rapport de la Commission spéciale, No 70).

56 En ce qui concerne la question de la validité au fond, on a remarqué que certaines dispositions, telles que la *rule against perpetuities*, pouvaient, selon les cas, concerner soit le testament, c'est-à-dire l'acte juridique préliminaire, soit le trust lui-même.

57 Les termes «des biens sont transférés au *trustee*» sont tout à fait clairs lorsque le constituant et le *trustee* sont des personnes distinctes. En revanche, on peut douter s'ils couvrent le cas de la *declaration of trust* où ces deux personnes se confondent: le propriétaire de biens déclare que désormais il détiendra ses biens en qualité de *trustee*. La Commission a été unanime à admettre que l'acte par lequel s'effectuait ce changement dans le titre en vertu duquel les biens étaient détenus devait également être visé par l'article 4 et donc exclu du domaine de la Convention. Elle a été saisie d'une proposition d'exprimer cela par les termes «*acts by which assets are placed under the control of a trustee for trust purposes*» (Doc. trav. No 2). La Quinzième session, après avoir accepté cette proposition, est cependant revenue en fin de compte aux expressions utilisées à l'article 2 de l'avant-projet. On a estimé, d'une part, que celui-ci exprime assez clairement l'idée que l'article 4 se rapporte également à la *declaration of trust*, d'autre part, on n'a pas voulu reprendre ici l'allusion au contrôle, qui figure dans une optique différente à l'article 2, alinéa premier. Une proposition de faire expressément allusion à la *declaration of trust* (Doc. trav. No 60) a été présentée en deuxième lecture, mais n'a pas recueilli la majorité absolue requise pour que la discussion soit réouverte.

58 Le mot «préliminaire» enfin exprime que l'acte juridique, tel que le testament, préexiste au trust; une proposition de biffer ce mot a été rejetée à une large majorité.

59 A propos de l'article 4, la question a également été discutée de savoir si la capacité figurait parmi les questions préliminaires exclues du champ d'application de la Convention. S'affrontaient ici le point de vue des Etats de *civil law*, qui rattachent la question de la capacité séparément, et celui des pays de *common law*, qui tendent à la soumettre à la loi régissant la validité de l'acte dont il s'agit.
La conférence a été saisie d'une proposition visant à exclure expressément «*the capacity of the settlor, the trustee or the beneficiary*» (Doc. trav. No 30; voir aussi Rapport de la Commission spéciale, No 71). Cette formule suscita notamment l'objection que les bénéficiaires n'avaient pas toujours besoin d'être capables.
En fin de compte, la Commission n'a pas expressément exclu la capacité générale, bien que l'opinion se soit dégagée que celle-ci ne devait pas être régie par la Convention, mais bien la capacité spécifique de devenir *trustee* (voir *infra*, No 85, *ad* article 8, alinéa 2, lettre *a*).

60 En fin de compte, l'article 4 n'a pas subi de modi-

55 Article 4 is intended to exclude from the Convention's scope of application both the substantive validity and the formal validity of the transfers which are preliminary to the creation of the trust. As concerns form, it may be difficult in certain cases to distinguish the form of validity of the transfer from that of the trust itself. However, according to the explanation given by the delegates of common law countries, what counts is that the instrument of transfer, the 'launcher', be valid as to its form since the formal validity of the trust itself is a rather theoretical question (see *infra*, Nos 82–83, dealing with article 8, and the Report of the Special Commission, No 70).

56 As concerns the question of the substantive validity, it was pointed out that certain provisions such as the rule against perpetuities might, depending on the case, concern either the will, in other words the preliminary instrument of transfer, or the trust itself.

57 The words 'assets or transfers to the trustee' are completely clear when the settlor and the trustee are distinct persons. In contrast, one may doubt whether they cover the case of the declaration of trust in which these two persons are mingled: the owner of assets declares that henceforth he will hold these assets as a trustee. The Commission unanimously accepted that the acts by which this change in the capacity in which the assets were held was effectuated must also be envisaged by article 4 and therefore excluded from the Convention's scope. A proposal was offered to express this by the words 'acts by which assets are placed under the control of a trustee for trust purposes' (Working Document No 2). The Fifteenth Session, after having accepted this proposal, returned however in the end to the terms used in article 2 of the preliminary draft. It was thought on the one hand that this expressed rather clearly the idea that article 4 also applied to the declaration of trust, and on the other hand it was not desired to take up here the allusion to control which appears in a different perspective in article 2, first paragraph. A proposal to make express allusion to the declaration of trust (Working Document No 60) was offered on the second reading, but did not receive the absolute majority required in order that the discussion be reopened.

58 Finally, the word 'preliminary' expresses the idea that the instrument of transfer such as the will pre-exists the trust; a proposal to delete this word was rejected by a large majority.

59 Concerning article 4, the question was also discussed as to whether capacity was one of the preliminary questions excluded from the Convention's scope. Here were opposed the points of view of the civil law States, which deal with the connecting factor for capacity separately, and that of the common law countries which tend to subject capacity to the law governing the validity of the act which is in question.
The conference received a proposal to exclude expressly 'the capacity of the settlor, the trustee or the beneficiary' (Working Document No 30; see also the Report of the Special Commission, No 71). This formulation gave rise in particular to the objection that the beneficiaries do not always need to have capacity.
In the end the Commission did not expressly exclude general capacity, although a consensus emerged that this was not to be governed by the Convention, while the specific capacity to become a trustee was to be so governed (see *infra*, No 85, dealing with article 8, second paragraph, sub-paragraph *a*).

60 In the end article 4 did not undergo important

fications importantes par rapport à l'article 2 de l'avant-projet. On a uniquement, dans le texte français, remplacé «acte» par «acte juridique» et dans le texte anglais «*instruments*» par «*acts*», ce dernier terme ayant paru quelque peu plus large.

Article 5

61 Cette disposition prévoit que la Convention n'est pas applicable si ses règles de conflit désignent la loi d'un Etat qui ignore le trust. La même solution vaut, si la loi applicable ne connaît pas la catégorie de trust que le constituant voulait créer. En effet, les lois connaissant en principe l'institution diffèrent beaucoup quant aux espèces de trust permises.

L'article 5 ne devrait pas intervenir très souvent. D'une part, il est fort peu probable que le constituant choisisse une loi qui ignore le trust envisagé. Et même dans cette hypothèse, le trust tombe sous le coup de la Convention si la loi objectivement applicable connaît le trust (articles 6, alinéa 2, et 7, alinéa premier, *infra*, Nos 70, 73).

On peut penser que, étant donné le large pouvoir d'appréciation que l'article 7 confère au juge, celui-ci aura tendance à conclure que le trust a les liens les plus étroits avec un Etat qui connaît l'institution.

62 Que se passe-t-il si la loi régissant un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment l'administration, ne connaît pas le trust ou la catégorie de trust en cause?
La Commission spéciale avait laissé la question ouverte (Rapport de la Commission spéciale, No 50). La Quinzième session a été saisie d'une proposition australienne d'appliquer néanmoins la Convention dans ce cas (Doc. trav. No 7). Il n'y a pas eu de décision sur cette proposition.
En revanche, une autre proposition australienne de considérer comme nul le choix d'une loi ne connaissant pas le trust a été discutée en détail et acceptée en principe. Elle est relatée à propos de l'article 9 sur le dépeçage (*infra*, Nos 95–96). Il en résulte que le choix d'une loi ne connaissant pas le trust ou la catégorie de trust en cause pour un élément susceptible d'être isolé est nul et que cet élément doit être soumis soit à la loi objectivement applicable selon l'article 7, soit à la loi régissant la validité du trust.

Il paraît en définitive fort improbable que l'on doive appliquer à un élément d'un trust dont la validité est régie par la Convention une loi ne connaissant pas le trust ou la catégorie de trust en cause. Si ce cas se produisait, l'élément en question échapperait à l'empire de la Convention.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 6

63 Cette disposition consacre en matière de trust le principe de l'autonomie de la volonté.
L'alinéa premier reprend la substance des deux premiers alinéas de l'article 6 de l'avant-projet, tandis que le deuxième alinéa, qui prive d'effets le choix d'une loi qui ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, a été ajouté par la Quinzième session.

modifications by comparison with article 2 of the preliminary draft. The only changes were, in the French text, the replacement of the word '*acte*' by '*acte juridique*' and, in the English text, the replacement of the word 'instruments' by 'acts' this latter term seeming to be somewhat broader.

Article 5

61 This article provides that the Convention is not applicable if its conflicts rules designate the law of a State which does not have trusts. The same result occurs if the applicable law does not provide for the category of trusts that the settlor tried to create. In fact, the legal systems which provide for this institution in principle differ substantially as to types of trusts which are permitted.
Article 5 should not come into play very often. For one thing, it is not very probable that the settlor will choose a law which does not provide for the trust which is envisaged. And even if this occurs, the trust will still fall under the Convention's coverage if the objectively applicable law provides for such a trust (article 6, second paragraph, and 7, first paragraph, *infra*, Nos 70 and 73). One would think that, given the broad power to assess the situation that article 7 confers on a court, the judge will have a tendency to conclude that a trust is most closely connected with a State which has this institution.

62 What will happen if the law governing a severable aspect of the trust, in particular administration, does not provide for trusts or the category of trusts involved?

The Special Commission left this question open (Report of the Special Commission, No 50). The Fifteenth Session had before it an Australian proposal to apply the Convention none the less in this case (Working Document No 7). There was no decision on this proposal.

In contrast, another Australian proposal to consider as being void the choice of a law which does not provide for trusts was discussed in detail and accepted in principle. This is recounted in connection with article 9 on *dépeçage* (*infra*, Nos 95–96). The result is that the choice of a law which does not provide for trusts or the category of trusts involved, to govern a severable aspect of the trust, is void and that such aspect should be subjected either to the law which is objectively applicable under article 7 or to the law governing the validity of the trust.
In the end it seems very improbable that a law which does not provide for trusts or the category of trusts involved will have to be applied to an aspect of a trust, the validity of which is governed by the Convention. If this situation were to arise, the aspect in question would escape from the Convention's coverage.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 6

63 This provision adopts for trusts the principle of party autonomy.
The first paragraph repeats the substance of the first two paragraphs of article 6 of the preliminary draft, while the second paragraph, which takes away all effects from the choice of a law which does not provide for trusts or the category of trusts involved, was added by the Fif-

Au contraire, le troisième alinéa de l'article 6 de l'avant-projet a disparu, la question du dépeçage étant entièrement régie par l'article 9.

Alinéa premier

64 La première phrase donne au constituant la possibilité de choisir la loi applicable. La seconde phrase règle les modalités du choix, celui-ci peut être exprès ou tacite. Le choix tacite doit résulter de l'acte créant le trust, ou de celui en apportant la preuve écrite (article 3), interprété au besoin à la lumière des circonstances. Ce choix se rapporte au droit matériel, non aux règles de conflit (article 17). Le cercle des lois pouvant être choisies n'est pas limité.

65 Les experts de la Commission spéciale et les délégations à la Quinzième session étaient unanimes pour admettre la possibilité d'un choix de la loi applicable. En revanche, l'exigence d'un lien objectif entre le trust et la loi choisie, écartée à une faible majorité par la Commission spéciale, a été reprise lors de la Quinzième session dans les mêmes termes par la délégation hellénique (Doc. trav. No 32; Rapport de la Commission spéciale, No 54):

Il peut ne pas être tenu compte de ce choix lorsqu'il n'y a aucun lien [réel] avec la loi choisie.

Cette idée a rencontré une certaine sympathie, mais on a reproché au texte de ne pas fournir au juge des critères assez précis. L'opinion a prévalu qu'il était préférable de réprimer les choix abusifs dans ce qui allait devenir l'article 13 ou encore au moyen d'une réserve selon une proposition dont la conférence était alors saisie (Doc. trav. No 28). Aussi la proposition précitée a-t-elle été rejetée à une nette majorité.

66 La Quinzième session n'a pas non plus retenu une proposition intermédiaire suggérée en cours de discussion, selon laquelle il y aurait entière liberté du choix de la loi applicable, mais à condition seulement que le trust présente un caractère international.

67 La deuxième phrase de l'article 6, alinéa premier, a donné lieu à d'assez longues discussions de fond et de forme en ce qui concerne le choix non exprès.
Tout d'abord, une proposition touchant au fond proposait de tenir compte dans la recherche de la volonté du constituant du *the settlor's interest* ou *the settlor's purpose* (Doc. trav. No 11, précisé par la suite). Cette proposition a été critiquée comme introduisant la volonté purement hypothétique, ou même un élément de rattachement objectif. On a aussi fait remarquer qu'une partie à un litige pouvait avoir intérêt à ce que le trust soit valable et l'autre partie à ce qu'il ne le soit pas, et qu'on ne pouvait pas donner systématiquement la préférence à la validité du trust. Enfin, on a observé que ces termes se référaient à la volonté du constituant de créer un trust valable, volonté qui allait de soi. Ces observations conduisirent au retrait de la proposition, mais cela dans l'idée que l'intention du constituant de créer un trust devait être comprise dans les «circonstances de la cause».

68 La conférence a discuté de la forme de l'ensemble de la deuxième phrase sur la base d'une proposition qui suivait étroitement la Convention de Rome du 19 juin

teenth Session. To the contrary, the third paragraph of article 6 of the preliminary draft has disappeared, the question of *dépeçage* now being entirely governed by article 9.

First paragraph

64 The first sentence gives the settlor the possibility of choosing the applicable law. The second sentence governs the manners in which the choice may be made, which can be express or implied. The implied choice must derive from the terms of the instrument creating, or the writing evidencing, the trust (article 3), interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case. This choice goes to the substantive law, not to the conflict rules (article 17). The circle of laws which can be chosen is unlimited.

65 The experts of the Special Commission and the delegations at the Fifteenth Session were unanimous in accepting the possibility of a choice of the applicable law. In contrast, the requirement of an objective connection between the trust and the chosen law, which was set aside by a weak majority at the Special Commission, was taken up again at the Fifteenth Session in the same terms by the Greek delegation (Working Document No 32; Report of the Special Commission, No 54):

This choice may be disregarded where there is no [substantial] connection with the chosen law.

This idea met with a certain amount of sympathy, but the text was criticized for not furnishing the judge with sufficiently precise criteria. The view prevailed that it was preferable to curb improper choices in the provision which was going to become article 13, or else by means of a reservation in accordance with a proposal which the conference then had before it (Working Document No 28). So the proposal quoted above was rejected by a clear majority.

66 The Fifteenth Session also did not adopt an intermediate proposal suggested in the course of the discussion under which there would be complete freedom of choice of the applicable law, but only on the condition that the trust be international in character.

67 The second sentence of article 6, first paragraph, gave rise to rather long discussions, both of substance and of form as concerns choices which are not express.
First of all, a proposal dealing with the substance offered to take into account in the search for the settlor's intent the settlor's interest or the settlor's purpose (Working Document No 11, subsequently made more precise). This proposal was criticized for introducing a purely hypothetical intention or even an element of the objective connecting factor. It was also pointed out that the interest of one party to a lawsuit might be that the trust be valid and that the other party's interests might be that it not be valid and thus that preference could not be given systematically to the validity of the trust. Finally it was observed that these terms referred to the intent of the settlor to create a valid trust, which intent was self-evident. These observations led to the withdrawal of the proposal, but this was done with the idea that the settlor's intent to create a trust should be understood in the expression 'circumstances of the case'.

68 The conference discussed the form of the entirety of the second sentence on the basis of a proposal which followed closely the Rome Convention of 19 June 1980

1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[8] (Doc. trav. No 20):

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case.

La forme positive de cette disposition fut généralement préférée à la forme négative de l'avant-projet, mais d'autre part l'on fit remarquer qu'il n'était pas indispensable de se conformer, en matière de trust, aux formules de la Convention de Rome et que si l'on recherchait une harmonisation, il valait mieux se rapprocher des textes d'autres Conventions de La Haye. On pensait notamment à l'avant-projet de Convention en matière de vente, qui contient la formule suivante (article 7, alinéa premier):

La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter des termes du contrat et des circonstances de la cause, envisagés dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrat.

La proposition précitée fut adoptée en principe (Doc. trav. No 20); mise au point par le Comité de rédaction, elle devint la deuxième phrase actuelle de l'article 6, alinéa premier.

69 Le sens de la seconde phrase est que le juge doit en première ligne se baser sur l'acte créant le trust ou sur l'acte qui en apporte la preuve. Si cela ne lui permet pas de trouver une réponse, il pourra interpréter ces actes à l'aide des circonstances de la cause. Les mots «au besoin», qui figuraient déjà dans l'avant-projet, ont été maintenus à une large majorité lors de la Quinzième session; ils veulent exprimer que les circonstances ne doivent être consultées que si les actes ne permettent pas de réponse claire. Inversement, la formule retenue signifie qu'on ne saurait dégager une volonté implicite uniquement des circonstances de la cause en faisant totalement abstraction des actes. (Voir aussi Rapport de la Commission spéciale, Nos 58 et 59.)

Alinéa 2

70 Le second alinéa de l'article 6 règle les cas où le constituant a choisi une loi ne connaissant pas le trust, ou le genre de trust qu'il entendait créer. Pareil choix est nul et le trust sera rattaché objectivement selon l'article 7. Le choix d'une loi ne connaissant pas le trust pour un élément du trust susceptible d'être isolé est également nul (*supra*, No 62, *ad* article 5, et *infra*, No 73, *ad* article 7, Nos 95–96, *ad* article 9).

Article 7

71 L'article 7 prévoit le rattachement objectif du trust dans deux cas, tout d'abord lorsqu'aucune loi applicable n'a été désignée conformément à l'article 6, alinéa

[8] *Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Journal officiel des Communautés européennes* L 266/1, du 9 octobre 1980 (citée «Convention de Rome»).

on the Law Applicable to Contractual Obligations[8] (Working Document No 20):

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted if necessary in the light of the circumstances of the case.

The positive form of this provision was generally preferred to the negative form of the preliminary draft, but on the other hand it was pointed out that it was not absolutely necessary to conform, where trusts were involved, to the Rome Convention's formulations and that if harmonization was being sought it was better to draw closer to the texts of the other Hague Conventions. In particular reference was made to the preliminary draft Convention on sales of goods, which contains the following formulation (article 7, first paragraph):

A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be demonstrated, in the light of the situation as a whole, by the terms of the contract and the circumstances of the case. Such a choice may be limited to a part of the contract.

A proposal to take this approach was adopted in principle (Working Document No 20); adapted by the Drafting Committee, it became the present second sentence of article 6, first paragraph.

69 The meaning of the second sentence is that the judge should start out by taking as a basis the instrument creating or the writing evidencing the trust. If that does not allow him to answer the question, he may interpret these writings in the light of the circumstances of the case. The words 'if necessary', which were already in the preliminary draft, were maintained by a large majority at the Fifteenth Session; they are intended to express the idea that the circumstances should only be consulted if the writings do not allow for a clear answer. Inversely, the formulation adopted signifies that an implied intention may not be extracted only from the circumstances of the case while completely ignoring the writings. (See also Report of the Special Commission, Nos 58 and 59).

Second paragraph

70 The second paragraph deals with the cases where the settlor has chosen a law which does not provide for trusts, or for the type of trust that he intends to create. Such a choice is void and the trust's connection will be found objectively under article 7. The choice of a law which does not provide for trusts for a severable element of the trust is also void (*supra*, No 62, dealing with article 5, and *infra*, No 73, dealing with article 7, Nos 95–96, dealing with article 9).

Article 7

71 Article 7 provides the objective connecting factor of the trust in two cases, first of all when no applicable law has been designated in accordance with article 6,

[8] *Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal of the European Communities* L 266/1, of 9 October 1980 (hereinafter referred to as 'Rome Convention').

premier, et secondement, selon l'article 6, alinéa 2, lorsque la loi choisie ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

72 Le principe du rattachement est exprimé à l'alinéa premier: le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits. Pour aider à cerner cette notion des liens les plus étroits, l'article 7, alinéa 2, propose, à titre d'exemple, quatre éléments énumérés aux lettres *a, b, c* et *d*. Ces indices se trouvent en principe sur le même pied; toutefois, la conférence les a placés par ordre d'importance, si bien qu'on peut admettre qu'il y ait entre eux une certaine hiérarchie implicite *(infra,*No 77).

73 Il convient tout d'abord de souligner que, à la différence de l'article 7 de l'avant-projet, l'article 7 de la Convention s'applique non seulement en l'absence de tout choix, mais également si le choix de la loi applicable est inefficace, parce que la loi choisie ne connaît pas le trust ou la catégorie de trust en cause. Pareil choix ne peut donc plus soustraire l'espèce à l'application de la Convention (*supra*, No 61, *ad* article 5). Cette solution résulte de l'adoption d'une proposition israélienne (Doc. trav. No 39). La Quinzième session a été d'avis qu'il n'était pas nécessaire au premier alinéa de l'article 7 de se référer expressément à l'article 6.

74 Le premier alinéa fit l'objet d'une proposition de la délégation des Etats-Unis, qui aurait conduit en principe à l'abandon de l'idée d'une loi applicable. Cette proposition, qui finit par être retirée, fut discutée à propos de l'article 9 *(infra,* No 94).

75 Pour l'alinéa 2, le texte de l'avant-projet a été repris presque inchangé. Seul l'ordre des indices a quelque peu été modifié, l'ancienne lettre *a* devenant la lettre *d*. La formule «Il peut être tenu compte...» a été remplacée par «Il est tenu compte...» à la suite d'une observation du Délégué autrichien, selon laquelle la première formule se heurterait, dans son pays, à des difficultés constitutionnelles.

Sur proposition de la délégation irlandaise (Doc. trav. No 41), la conférence a encore examiné la possibilité d'inclure certains autres indices, mais finalement elle a décidé de ne pas étendre la liste figurant déjà dans l'avant-projet.

76 Le système de l'avant-projet, en ce qui concerne l'alinéa 2, a cependant été fondamentalement remis en question par une proposition espagnole, qui prévoyait un système de points de rattachement fixes, subsidiaires les uns aux autres (Doc. trav. No 29). La loi du lieu d'administration du trust devait s'appliquer en premier lieu. Au cas où elle ne connaîtrait pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, devaient être applicables subsidiairement la loi de la situation du bien du trust et subsidiairement encore à celle-ci, la loi de la résidence habituelle ou du lieu d'établissement du *trustee*.
La Quinzième session n'a considéré ce texte que sous l'aspect des rattachements fixes, sans tenir compte de la solution en faveur du trust, que comportait en soi le système en cascade proposé, qui donnait trois possibilités de soumettre le trust à une loi connaissant cette institution.
La proposition a trouvé un certain écho auprès des observateurs et de plusieurs délégués de pays de *civil law*, qui regrettaient l'imprécision et la trop grande souplesse du système de l'avant-projet. Cependant, les délégations des pays de *common law* ont été unanimes à penser

first paragraph, and secondly, pursuant to article 6, second paragraph, when the law chosen does not provide for trusts or the category of trusts involved.

72 The principle of the linkage is expressed in the first paragraph: the trust is governed by the law with which it is most closely connected. In order to assist in grasping this concept of the closest connection, the second paragraph of article 7 offers as examples the four elements set out in sub-paragraphs *a, b, c* and *d*. These criteria are all in principle on the same footing; however, the conference has given them their places by order of importance so that it might be said that there is among them a certain implicit hierarchy (*infra,* No 77).

73 First of all it should be emphasized that, in contrast to article 7 of the preliminary draft, article 7 of the Convention applies not only when there has been no choice, but also where the choice of the applicable law is ineffective because the law chosen does not provide for trusts or the category of trusts involved. Such a choice cannot therefore take the case out from under the Convention's application (*supra,* No 61, dealing with article 5). This solution results from the adoption of an Israeli proposal (Working Document No 39). The Fifteenth Session was of the opinion that it was not necessary in the first paragraph of article 7 to refer expressly to article 6.

74 The first paragraph was the subject of a proposal by the delegation of the United States, which would have led in principle to abandonment of the idea of an applicable law. This proposal, which ultimately was withdrawn, is discussed in connection with article 9 (*infra,* No 94).

75 For the second paragraph, the text of the preliminary draft was reproduced almost without change. Only the order of the criteria was somewhat modified, the former sub-paragraph *a* becoming sub-paragraph *d*. The formulation 'Reference may be made...' was replaced by 'Reference shall be made...' following an observation by the Austrian Delegate, to the effect that the first formulation would encounter in his country constitutional difficulties.
On a proposal of the Irish delegation (Working Document No 41), the conference examined again the possibility of including certain other criteria, but finally it decided not to extend the list which had already been set out in the preliminary draft.

76 The system of the preliminary draft, as concerns the second paragraph, was however brought back fundamentally into issue by a Spanish proposal which provided a system of fixed connecting factors, subsidiary one to the other (Working Document No 29). The law of the place of administration of the trust was to apply in the first place. For the case in which that law did not provide for trusts or the category of trusts involved, there was to be applicable subsidiarily the law of the situs of the trust assets and further, subsidiarily to that law, the law of the habitual residence or of the place of business of the trustee.
The Fifteenth Session considered this text only under the aspect of its fixed connecting factors, without taking into account the solution in favour of trusts which this proposed cascade system brought along with it, in that it gave three possibilities for subjecting the trust to a law which provided for this institution.
The proposal found a certain echo among the observers and among certain delegates from the civil law countries who regretted the lack of precision and the too great flexibility of the preliminary draft's approach. However, the delegations of the common law countries

qu'une hiérarchie fixe de facteurs n'était pas admissible. Certains délégués de pays de *civil law* ont alors préconisé un système intermédiaire, comportant le recours à la notion de liens étroits, mais assortie d'indices hiérarchisés.

77 En fin de compte, l'idée a prévalu que l'avant-projet constituait un compromis raisonnable entre les conceptions de *civil law* et les conceptions de *common law*. Les délégations des pays de *civil law* ont aussi admis que le second alinéa, par l'ordre dans lequel les critères étaient présentés, comportait une hiérarchie implicite satisfaisant aux besoins de la pratique. Mais le texte permet aussi aux juges de pays de *common law* de tenir compte, comme ils en ont l'habitude, de tous les facteurs à la fois.
Dans cette optique, la conférence a placé la référence aux objectifs du trust et aux lieux où ils doivent être accomplis en dernier lieu, alors qu'elle figurait en premier lieu dans l'avant-projet.

78 La Quinzième session a été saisie d'une proposition irlandaise de supprimer, à la lettre *a*, la précision «désigné par le constituant». Selon cette proposition, le lieu de l'administration est un élément important, peu importe qu'il soit ou non désigné par le constituant. A cela il fut cependant répondu qu'étant donné la hiérarchie implicite des indices de l'article 7, il importait que la lettre *a* fût limitée aux cas où le constituant aurait désigné le lieu d'administration. Cet élément pourrait spécialement entrer en ligne de compte lorsque la désignation par le constituant du lieu d'administration du trust n'était pas suffisante pour établir, selon l'article 6, un choix tacite de la loi applicable. Enfin, on considéra que le lieu de résidence ou le lieu de l'établissement du *trustee*, qui est prévu à la lettre *c*, revient en fait à désigner le lieu réel de l'administration. Aussi cette proposition fut-elle rejetée à une forte majorité.

79 Les autres lettres de l'alinéa 2 ont été reprises de l'avant-projet avec des changements rédactionnels mineurs.

80 Pas plus que l'article 7 de l'avant-projet, l'article 7 de la Convention n'indique le moment auquel les divers indices doivent être appréciés. Plusieurs délégations avaient pourtant désiré que cela fût précisé, mais dans la discussion il se révéla que la fixation du moment comportait des difficultés et que tous les indices ne pouvaient pas être appréciés au même moment. La conférence a décidé de ne rien ajouter à l'article 7, mais a renvoyé la question des conflits mobiles à la discussion des articles 9 et 10 de l'avant-projet.

On verra ci-dessous qu'en fin de compte l'article 10 a réglé la question du remplacement d'une loi par une autre, mais non pas celle du moment auquel les indices de l'article 7, alinéa 2, doivent être appréciés *(infra*, Nos 97–103).

Article 8

81 L'article 8 contient une énumération détaillée, mais non exhaustive, des questions soumises à la loi régissant le trust selon les articles 6 ou 7. Il suit par là l'exemple de plusieurs conventions récentes. Dans le présent cas, une telle énumération peut contribuer à montrer quels sont les problèmes qui se posent en matière de trust et compléter ainsi l'article 2.
La loi déterminée par les articles 6 ou 7 ne sera pas toujours unique, les questions concernant un élément du trust susceptible d'être isolé, pouvant être soumises à une loi distincte (article 9; voir *infra*, No 88).

were unanimous in thinking that a fixed hierarchy of factors was not acceptable. Certain delegates from civil law countries then favoured an intermediary system involving recourse to the concept of the closest connection, but matching that with a hierarchy of criteria.

77 In the end the idea prevailed that the preliminary draft constituted a reasonable compromise between the civil law conceptions and the common law conceptions. The delegations of the civil law countries also agreed that the second paragraph, by the order in which the criteria were set forth, comprised an implicit hierarchy which would satisfy the needs of practice. But the text will also allow the judges of the common law countries to take into account, as they have the habit of doing, all factors at the same time.
With this in view the conference placed the reference to the objects of the trust and the places where they were to be fulfilled in the last place, although it appeared in the first place in the preliminary draft.

78 The Fifteenth Session received an Irish proposal to delete from sub-paragraph *a* the qualification 'designated by the settlor'. Under this proposal the place of administration would be an important element, whether or not it was designated by the settlor. The reply was however given to this argument that, given the implicit hierarchy of the criteria of article 7, it was important that sub-paragraph *a* be limited to cases where the settlor had designated the place of administration. This element might especially come into consideration when the designation by the settlor of the place of administration of the trust was not sufficient to establish, under article 6, an implied choice of the applicable law. Finally, it was thought that the place of residence or business of the trustee, which is provided for in sub-paragraph *c*, amounts in fact to designating the actual place of administration. Thus this proposal was rejected by a strong majority.

79 The other sub-paragraphs of the second paragraph were taken over from the preliminary draft with minor drafting changes.

80 As was the case with article 7 of the preliminary draft, article 7 of the Convention does not indicate the time as of which the diverse criteria should be evaluated. Several delegations had however wanted this to be specified, but during the discussion it turned out that fixing the time would involve difficulties and that all of the criteria could not be evaluated as of the same time. The conference decided not to add anything to article 7, but deferred the question of the effects of changes in the connecting factors to the discussion of articles 9 and 10 of the preliminary draft.
It will be seen below that in the end article 10 dealt with the question of the replacement of one law by another, but not with the time as of which the criteria of article 7, second paragraph, should be evaluated (*infra*, Nos 97–103).

Article 8

81 Article 8 contains a detailed but non-exhaustive enumeration of the questions which are subject to the law governing the trust under articles 6 and 7. It follows in this the example of several recent Conventions. In this Convention such an enumeration may contribute to showing what the problems are which arise in connection with trusts and thus complement article 2.
The law specified by article 6 or 7 will not always be a single law since questions concerning a severable aspect of the trust may be subjected to a different law (article 9; see *infra*, No 88).

82 L'article 8 se rapporte aux questions de fond, sans que les questions de forme ne soient expressément exclues.
On rappellera que la Convention ne s'applique qu'à des trusts dont la preuve est apportée par écrit (article 3). Faut-il en plus que le trust réponde éventuellement aux exigences de forme de la loi qui lui est applicable au sens des articles 6 et 7? La Commission spéciale a discuté cette question de manière assez approfondie; elle a fini par décider que la validité en la forme ne devait pas être régie par la Convention et elle a supprimé un alinéa supplémentaire à l'article 8 qui incluait cette question (Rapport de la Commission spéciale, Nos 69–71).

83 A la Quinzième session, l'opinion a été exprimée qu'en plus de l'exigence de la preuve par écrit, les exigences de forme supplémentaires de la loi régissant le trust devaient être observées en application de l'article 8. La question, soulevée à propos de la discussion de l'actuel article 4, a été renvoyée, mais n'a pas été reprise par la suite. Il est apparu, au cours de la discussion de l'article 4, que les problèmes de forme concernent plutôt l'acte préliminaire, par lequel les biens sont transférés au trust et qui ne tombe pas sous le coup de la Convention, que le trust lui-même (*supra*, No 55, *ad* article 4).

84 L'énumération de l'article 8, alinéa 2, figurait déjà, pour l'essentiel, à l'article 6 du projet d'articles de novembre 1982.
La Quinzième session n'a pas non plus apporté beaucoup de modifications au texte. Des questions de fond n'ont été abordées qu'à propos des lettres *a*, *c* et *g*; pour le reste, les changements ont été essentiellement de nature rédactionnelle. Ainsi, la mention du pouvoir de mettre en réserve les revenus du trust a été déplacée de la lettre *e* à la lettre *f*.

85 A la lettre *a*, les termes «l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee*» ont été inclus à la suite d'une proposition canadienne (Doc. trav. No 25). La proposition a donné lieu à quelques controverses entre délégués de pays de *civil law* et délégués de pays de *common law*. Les premiers estimaient, en effet, que, par exemple, l'âge requis du *trustee* était une question de capacité générale devant être rattachée séparément et non pas une question de la qualité de devenir *trustee*. Au contraire, on a observé que la loi applicable au trust pouvait exiger que l'âge du *trustee* soit plus élevé que celui de la majorité générale, qu'il ne soit pas en faillite ou même que seule une personne morale autorisée par la loi puisse être *trustee*. En fin de compte, la proposition a été acceptée à une forte majorité.

La Quinzième session est ainsi revenue sur une décision contraire de la Commission spéciale (Rapport de la Commission spéciale, No 71; voir aussi sur la question de la capacité générale, *supra*, No 59, *ad* article 4).
La Quinzième session éprouva quelques difficultés à rendre en français l'idée de «*the capacity to act as a trustee*» sans engendrer une confusion avec la capacité générale.

86 La lettre *c* donna lieu, en deuxième lecture, à une discussion du fait que le texte de l'avant-projet et celui ressorti de la première lecture (Doc. trav. No 58) parlaient en français de «déléguer ... ses pouvoirs» et en anglais de «*delegate ... the performance of their duties*» (Doc. trav. No 61). Cela conduisit au texte actuel qui indique clairement que l'on peut déléguer soit les obligations soit les pouvoirs.

82 Article 8 deals with substantive issues without expressly excluding issues of form.

It will be recalled that the Convention applies only to trusts evidenced in writing (article 3). Must a trust also meet the formal requirements of the law which is applicable to it under articles 6 and 7? The Special Commission discussed this question in considerable depth; it decided in the end that formal validity should not be governed by the Convention and it deleted a supplementary paragraph to article 8 which included this issue (Report of the Special Commission, Nos 69–71).

83 At the Fifteenth Session the opinion was expressed that in addition to the requirement of evidence in writing supplementary formal requirements of the law governing the trust would have to be observed in the application of article 8. This issue, raised in connection with the discussion of the current article 4, was deferred but was not taken up again thereafter. It appeared in the course of the discussion on article 4 that problems of form concerned rather the preliminary instrument by which the goods were transferred to the trust, which instrument does not fall under the Convention's coverage, than the trust itself (*supra*, No 55, dealing with article 4).

84 The list of article 8, second paragraph, already appeared in its essentials in article 6 of the draft articles of November 1982.
The Fifteenth Session did not bring many modifications to the text. Substantive issues were taken up only in connection with sub-paragraphs *a*, *c* and *g*; for the rest the changes were essentially of a drafting nature. Thus the reference to the power to accumulate the income of the trust was moved from sub-paragraph *e* to sub-paragraph *f*.

85 In sub-paragraph *a* the words 'the capacity to act as a trustee' were included following a Canadian proposal (Working Document No 25). The proposal gave rise to controversy between delegates from civil law countries and delegates from common law countries. The former thought for example that the age required to be a trustee was a question of general capacity for which a connecting factor would have to be found separately and not a question of a person's fitness to become a trustee. To the contrary, it was pointed out that the law applicable to the trust may require that the trustee's age be higher than the general age of majority, that the trustee not have declared bankruptcy, or even may provide that limited companies or corporations may be trustees only if they are so authorized by law. In the end the proposal was accepted by a strong majority.
Thus the Fifteenth Session reversed a contrary decision of the Special Commission (Report of the Special Commission, No 71; see also on the question of general capacity, *supra*, No 59, dealing with article 4).
The Fifteenth Session experienced some difficulty in rendering in French the idea of 'the capacity to act as a trustee' without engendering confusion with the concept of general capacity.

86 Sub-paragraph *c* gave rise on second reading to a discussion because of the fact that the text of the preliminary draft and that which emerged from the first reading (Working Document No 58) said in French *'déléguer ... ses pouvoirs'* and in English 'delegate ... the performance of their duties' (Working Document No 61). This led to the present text which indicates clearly that either duties or powers may be delegated.

87 A la lettre *g* enfin, il a été précisé qu'il s'agit seulement de la responsabilité du *trustee* envers les bénéficiaires.

88 En vertu de l'article 9, certaines des questions énumérées à l'article 8, alinéa 2, peuvent être soumises à une loi distincte, et cela vaut en particulier pour les questions d'administration. Il se pose alors la question de savoir selon quelle loi départager le domaine des lois régissant la validité, d'une part, l'administration, d'autre part.
L'article 9 de l'avant-projet s'en remettait pour cela à la loi régissant la validité du trust dans son ensemble. La Quinzième session a, au contraire, décidé, à une large majorité, de supprimer toute règle relative à la qualification d'une question comme appartenant à la validité ou à l'administration.
Il semblerait qu'en droit anglais, cette question soit réglée par la loi applicable à la validité du trust, alors qu'en droit américain, la solution contraire prévaudrait. La première solution paraît préférable dans le cadre de la Convention, par analogie avec le rôle attribué par l'article 10 à la loi de la validité en ce qui concerne la possibilité de remplacer la loi applicable par une autre.

89 L'avant-projet soumettait à la loi régissant la validité du trust notamment la question de savoir si le lieu d'administration pouvait être déplacé (article 9). Il s'agissait donc du déplacement physique du lieu d'administration par opposition au changement de la loi applicable à l'administration, régie par l'article 10 de l'avant-projet. La règle de l'article 10 sur le changement de la loi applicable étant devenue caduque à la suite de modifications du projet, la seule question qui restait à résoudre était de savoir s'il convenait de dire expressément, et alors vraisemblablement à l'article 8, alinéa 2, si la possibilité de déplacer le lieu d'administration était soumise à la loi régissant la validité du trust. A l'unanimité, la conférence a finalement décidé de ne prévoir aucune disposition sur ce point.

90 Le Rapport de la Commission spéciale mentionnait la possibilité d'établir une formule, délivrée par les autorités du pays où le trust est constitué et spécifiant les pouvoirs du *trustee* (Rapport de la Commission spéciale, No 13).
La question a été soulevée par la délégation française lors de la discussion de l'article 8 à la Quinzième session, mais sans qu'une proposition précise ne soit faite. Un observateur de l'Union internationale du Notariat latin avait également manifesté son intérêt pour cette idée. Le Délégué du Royaume-Uni s'est opposé à cette idée. Il a remarqué que la Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions, qui prévoit une telle déclaration, avait causé les plus grandes difficultés à la *Law Commission* d'Angleterre et du Pays de Galles. Celle-ci a dû suspendre ses travaux après avoir rédigé six projets de rapport. Aussi, faute de proposition précise, la suggestion a-t-elle été rejetée.

Dans le même ordre d'idées, une suggestion de la délégation grecque, prévoyant un système d'information sur les institutions analogues au trust, n'a pas été poursuivie.

Article 9

91 L'article 9 admet le dépeçage, le fait de soumettre certains éléments du trust à une loi distincte. La disposition énumère l'exemple le plus fréquent: il peut être

87 In sub-paragraph *g* finally it was made clear that only the liability of the trustee to the beneficiaries was meant.

88 By virtue of article 9 some of the issues set out in article 8, second paragraph, may be subjected to a different law, and this is particularly true for matters of administration. It then becomes necessary to know which law will govern the drawing of the dividing line between the laws governing validity, on the one hand, and administration on the other.
Article 9 of the preliminary draft referred for this matter to the law governing the validity of the trust as a whole. The Fifteenth Session, to the contrary, decided by a large majority to eliminate all rules dealing with the characterization of issues as belonging to validity or administration.
It would seem that in English law this question is governed by the law applicable to the validity of the trust, while in American law the contrary solution might prevail. The first solution appears preferable within the framework of the Convention by analogy to the role attributed by article 10 to the law governing validity as concerns the possibility of replacing the applicable law by another law.

89 The preliminary draft subjected to the law governing the validity of the trust, in particular, the issue of whether the place of administration may be changed (article 9). This had to do therefore with the physical removal of the place of administration as opposed to a change in the law applicable to administration, which was governed by article 10 of the preliminary draft. Since the rule of article 10 on the change of the applicable law had become obsolete, following amendments to the draft, the sole question which remained to be resolved was whether something should be said expressly, and then very probably in article 8, second paragraph, as to whether the possibility of moving the place of administration was subject to the law governing the trust's validity. Unanimously the conference finally decided not to include any provision on this point.

90 The Report of the Special Commission mentioned the possibility of establishing a form, delivered by the authority of the country where the trust is established and specifying the trustee's powers (Report of the Special Commission, No 13).
The question was raised by the French delegation during the discussion of article 8 at the Fifteenth Session, but without any specific proposal being made. An observer for the International Union of Latin Notaries also showed interest in this idea. The Delegate of the United Kingdom was opposed to this idea. He pointed out that the Convention of 2 October 1973 concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons, which provided for such a certificate, had caused the greatest difficulties for the Law Commission of England and Wales. That Commission had had to suspend its work after having drawn up six drafts of a report. Thus, for lack of a precise proposal, the suggestion was rejected.
For much the same reason a suggestion by the Greek delegation, which would have provided a system for communication of information about institutions analogous to the trust, was not pursued.

Article 9

91 Article 9 accepts *dépeçage*, which is the practice of subjecting certain elements of the trust to different laws. The provision sets out the most frequent example,

opportun d'appliquer à l'administration du trust une autre loi que celle qui en régit la validité; on pensera notamment à la loi du lieu où se trouve l'administration. On peut également imaginer, comme élément du trust susceptible d'être isolé, les questions relatives à des biens situés dans divers pays ou à des bénéficiaires domiciliés dans des pays différents.

Le dépeçage peut être admis aussi bien dans le cadre du rattachement subjectif de l'article 6 que dans le cadre du rattachement objectif de l'article 7. Toutefois, lorsque le constituant a choisi une loi pour régir l'ensemble de son trust, on ne saurait, en application de l'article 7, en soustraire certains éléments pour leur appliquer un rattachement objectif différent.

92 De façon générale, on peut dire que le dépeçage était souhaité par les délégations de pays de *common law*, et surtout par la délégation américaine, alors que les délégués de pays de *civil law* le regardaient avec méfiance. L'avant-projet avait réglé la question à l'article 6, alinéa 3, pour le rattachement subjectif et à l'article 7, alinéa 3, pour le rattachement objectif, en précisant que, dans ce dernier cas, le dépeçage ne devait être qu'exceptionnel.

93 La Quinzième session fut saisie d'une proposition canadienne de supprimer le troisième alinéa de l'article 7 et de restreindre le choix d'une loi différente aux questions d'administration à l'article 6, alinéa 3 (Doc. trav. Nos 36–38). Cette proposition très restrictive en matière de dépeçage se heurta notamment à l'opposition du Délégué des Etats-Unis, qui considérait un dépeçage allant au-delà des questions d'administration comme essentiel. A la suite de cela, la délégation canadienne retira sa proposition. Celle-ci fut néanmoins mise au vote à la demande du Délégué allemand, qui estima, au contraire, qu'un dépeçage sans limite rendrait la Convention inacceptable. La proposition canadienne fut rejetée à une faible majorité.

94 Au contraire, une proposition américaine, qu'il convient de mentionner ici, aurait, dans le cadre du rattachement objectif de l'article 7, fait complètement abstraction d'une loi applicable à l'ensemble du trust (exception faite des éléments susceptibles d'être isolés) pour soumettre chaque aspect à la loi avec laquelle il est le plus étroitement lié. La proposition avait la teneur suivante (Doc. trav. No 12):

To the extent that the applicable law has not been chosen in accordance with article 6, the applicable law shall be the law of that State with which the particular aspect of the trust in question is most closely connected.

L'acceptation de cette proposition aurait entraîné la suppression de l'article 7, alinéa 3, de l'avant-projet.

Plusieurs délégations de pays de *civil law* firent remarquer que ce texte reposait sur une conception fondamentalement différente, les juristes de pays de *common law* aimant raisonner question par question (*issue by issue*), alors que les juristes continentaux veulent avoir affaire à une loi applicable en principe, quitte à admettre que certains aspects sont régis par une autre loi. La proposition l'emporta néanmoins, dans une première discussion, à une faible majorité.
A la séance suivante, le Délégué des Etats-Unis lui-même proposa cependant de revenir sur cette proposition à la suite de nombreux commentaires défavorables qu'il avait reçus. Il estimait que les soucis des Etats-Unis sur ce point pouvaient être apaisés d'une autre façon, notamment si les termes «*law governing the validity of the trust as a whole*» qui apparaissaient dans

which is that it may be desirable to apply to the administration of the trust a law other than that which governs its validity; the law of the place where the administration of the trust is located will particularly come to mind. Also it is possible to envision as severable aspects of a trust issues concerning property which is situated in different countries or beneficiaries domiciled in different countries.
Dépeçage may just as well be applied in the context of the subjective connection of article 6 as in the context of the objective connection of article 7. However, where the settlor has chosen a law to govern the entirety of his trust, it should not be possible in application of article 7 to extract certain aspects in order to apply a different objective connection to them.

92 In a general way it can be said that *dépeçage* was desired by the delegations of the common law countries and in particular by the United States delegation, while the delegates of the civil law countries viewed it with distrust. The preliminary draft had dealt with this question at article 6, third paragraph, for the subjective connection and at article 7, third paragraph, for the objective connection, specifying that in this latter case *dépeçage* should only occur exceptionally.

93 The Fifteenth Session received a Canadian proposal to delete the third paragraph of article 7 and to restrict the choice of a different law to questions of administration at article 6, third paragraph (Working Documents Nos 36-38). This very restrictive proposal as regards *dépeçage* encountered in particular the opposition of the United States Delegate who considered *dépeçage* going beyond questions of administration as being essential. Following that, the Canadian delegation withdrew its proposal. That proposal was none the less put to a vote at the request of the German Delegate who thought, to the contrary, that unlimited *dépeçage* would make the Convention unacceptable. The Canadian proposal was rejected by a weak majority.

94 To the contrary, an American proposal, which should be mentioned here, would have in the context of the objective connection of article 7 completely dispensed with any law being considered applicable to the entirety of the trust (except for severable aspects) in order to subject each aspect to the law with which it is the most closely connected. This proposal read as follows (Working Document No 12):

To the extent that the applicable law has not been chosen in accordance with article 6, the applicable law shall be the law of that State with which the particular aspect of the trust in question is most closely connected.

Acceptance of this proposal would have brought about the elimination of article 7, third paragraph, of the preliminary draft.
Several delegations of civil law countries remarked that this text was based on a fundamentally different conception, since the jurists of common law countries like to reason issue by issue, while continental jurists wish to deal with a law which is applicable in principle while accepting that certain aspects may be governed by another law. The proposal carried none the less, after a first discussion, by a weak majority.

At the next sitting the Delegate of the United States himself proposed however to set aside this proposal, following numerous unfavourable comments that he had received concerning it. He thought that the concerns of the United States on this point could be quieted in another way, in particular if the words 'law governing the validity of the trust as a whole', which appeared in

divers articles de l'avant-projet, pouvaient être supprimés. A l'unanimité moins deux abstentions, la conférence décida d'annuler le vote de la veille. Le Délégué américain renonça également à une modification de l'article 7, alinéa 3, qu'il avait envisagée.

95 Un problème particulier du dépeçage, que la Commission spéciale a laissé sans solution (Rapport de la Commission spéciale, No 50), a fait l'objet d'une proposition australienne: celui où le constituant choisirait pour un élément du trust susceptible d'être isolé une loi ne contenant pas de dispositions sur le trust en général ou sur la catégorie de trust en cause. Selon cette proposition, le choix serait sans effet en pareil cas. Le texte en était le suivant (Doc. trav. No 6):

If a settlor chooses a law to govern a severable aspect of a trust other than validity, and the chosen law contains no provisions relating to trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective.

La délégation australienne hésitait elle-même sur la question de savoir si cette proposition avait encore une portée, étant donné que la conférence était également saisie d'une proposition israélienne, en vertu de laquelle, de façon générale en cas de choix d'une loi ne connaissant pas le trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix serait sans effet et le rattachement objectif de l'article 7 prendrait place (Doc. trav. No 39). La proposition australienne fut néanmoins discutée, notamment parce que certaines délégations la préféraient à un sauvetage général par le rattachement objectif d'un trust soumis à une loi ne connaissant pas l'institution. Elle fut admise à une large majorité. Toutefois, on laissa au Comité de rédaction le soin de décider si, en cas d'inefficacité du choix selon la proposition australienne, la loi applicable serait celle qui régit la validité du trust ou si l'élément en question serait rattaché selon l'article 7.

96 Dans la même séance, la conférence adopta la proposition israélienne précitée. Le Comité de rédaction incorpora celle-ci aux articles 6, alinéa 2 et 7, alinéa premier (Doc. trav. No 58). Il estima que le problème faisant l'objet de la proposition australienne était réglé par ces dispositions qui, selon l'article 9, déterminent aussi la loi applicable aux éléments du trust susceptibles d'être isolés et rattachés séparément.

Selon l'ensemble du système de la Convention, il semble qu'il faudrait répondre à la question laissée ouverte après l'adoption de la proposition australienne – et à laquelle la Convention ne répond pas expressément – dans le sens du rattachement objectif, selon l'article 7, de l'élément susceptible d'être isolé. Il se pourrait alors que cet élément soit régi par une loi ignorant le trust et échappe donc à l'empire de la Convention.

Aussi faut-il reconnaître que le point de vue inverse, c'est-à-dire la soumission de la question susceptible d'être isolée à la loi régissant la validité du trust, présente un avantage. Le choix d'une loi ne connaissant pas le trust pourrait être considéré comme un non-sens dont on ferait complètement abstraction, non seulement en ce qui concerne le choix lui-même, mais aussi en ce qui concerne le principe du dépeçage.

various articles of the preliminary draft, could be eliminated. Unanimously, except for two abstentions, the conference decided to annul the vote of the previous session. The American Delegate also renounced a change in article 7, third paragraph, which he had envisaged.

95 A particular problem of *dépeçage* which the Special Commission left without a solution (Report of the Special Commission, No 50) was the subject of an Australian proposal; the problem could arise if the settlor chose, to govern a severable aspect of the trust, a law which did not provide for trusts or which did not provide for the category of trusts involved. According to this proposal the choice would be ineffective in such a case. Its text was as follows (Working Document No 6):

If a settlor chooses a law to govern a severable aspect of a trust other than validity, and the chosen law contains no provisions relating to trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective.

The Australian delegation itself was in doubt as to whether there was still a need for this proposal since the conference also had received an Israeli proposal, by virtue of which, generally in cases where a law was chosen which did not provide for trusts or the category of trusts involved, this choice would be ineffective and the objective connection of article 7 would take its place (Working Document No 39). The Australian proposal was none the less discussed, in particular because certain delegations preferred it to a general rescue operation by means of the objective connecting factor for trusts which have been subjected to a law which does not provide for them. This proposal was accepted by a large majority. However, it was left for the Drafting Committee to decide whether, in case the choice was ineffective under the Australian proposal, the applicable law would be that which governs the validity of the trust or the aspect in question would be linked up under article 7.

96 At the same sitting the conference adopted the Israeli proposal mentioned above. The Drafting Committee incorporated this proposal in articles 6, second paragraph, and 7, first paragraph (Working Document No 58). It thought that the problem, which was the subject of the Australian proposal, was governed by those provisions which, under article 9, also determine the law applicable to aspects of the trust which are severable and connected separately.

Under the system of the Convention as a whole, it seems that the response to be given to the question left open after the adoption of the Australian proposal – to which question the Convention does not expressly give an answer – is to be found by going in the direction of making an objective connection under article 7 for the severable aspect. It might be then that this aspect would be governed by a law which does not provide for trusts and therefore would escape from the Convention's coverage.

Also the inverse point of view should be recognized, which is that the submission of the severable issue to the law governing the validity of the trust would offer an advantage. The choice of a law which does not provide for trusts could be considered as an absurdity which should be completely ignored, not only as concerns the choice itself but also as concerns the principle of *dépeçage* .

97 Le trust étant une institution à caractère durable, la question put se poser si, durant son existence, la loi primitivement applicable peut ou doit être remplacée par une autre loi.
L'article 10 s'en remet à la loi même qui régit la validité du trust lorsque celui-ci est créé pour décider si un changement de la loi applicable est possible et dans quelles conditions. Il ne se rapporte pas aux changements éventuels que le législateur ou la jurisprudence peuvent apporter au contenu de la loi primitivement applicable.

98 Les délégués à la Quinzième session avaient surtout en vue le cas d'un changement de la loi applicable par le *trustee*. Il est apparu que, dans certains systèmes de *common law*, le *trustee* n'a cette possibilité que si elle lui a expressément été conférée par l'instrument créant le trust; dans d'autres pays, au contraire, c'est la loi même qui dit si le *trustee* a de tels pouvoirs.
L'article 10 se rapporte aussi au changement de loi applicable qui peut résulter d'une modification des facteurs à prendre en considération pour le rattachement objectif selon l'article 7 (conflit mobile).

99 La question du changement de la loi applicable peut également se poser pour l'un des éléments du trust, susceptible d'être isolé et pouvant être soumis, selon l'article 9, à une loi distincte. C'est encore la loi applicable à la validité du trust – et non pas la loi qui régit l'élément en question – qui dira si et dans quelles conditions un tel remplacement de la loi applicable est possible.

100 L'actuel article 10 est le résultat d'assez longues discussions au sein de la Commission spéciale, puis au sein de la Quinzième session. Ces discussions furent compliquées du fait que le changement de la loi applicable fut discuté, en même temps que deux autres points visés par les articles 9 et 10 de l'avant-projet, le déplacement du lieu d'administration du trust et la distinction entre questions relatives à l'administration du trust et questions relatives à la validité (*supra*, Nos 88–89, *ad* article 8).

101 La Commission spéciale n'avait pas été en mesure d'examiner ces problèmes à fond et les articles 9 et 10 de l'avant-projet laissaient subsister nombre de questions (Rapport de la Commission spéciale, Nos 72–79). Le Rapporteur proposa une autre formule (*ibid.*, No 77) et ces articles furent critiqués dans les observations des gouvernements.
A la suite de ces critiques, nombre de documents de travail furent soumis à la Quinzième session (Australie, Doc. trav. No 9; Etats-Unis, Doc. trav. No 13; Pays-Bas, Doc. trav. No 26; Canada, Doc. trav. Nos 36 et 38; Rapporteur, Doc. trav. No 37).

La discussion de la Quinzième session s'engagea tout d'abord sur une proposition canadienne relative non aux anciens articles 9 et 10, mais à l'article 8. Elle proposait d'insérer à l'article 8, alinéa 2, une lettre supplémentaire ainsi rédigée (Doc. trav. Nos 36, 38):

i) [la validité du] pouvoir de soumettre la validité du trust ou son administration à une autre loi que celle jusqu'alors applicable;

Cette proposition indiquait clairement que le pouvoir du *trustee* de changer la loi applicable au trust ou à son administration est régi par la loi applicable selon les articles 6 ou 7. Elle fut adoptée dans son principe à une

97 Since trusts last a long time, the question may arise as to whether during the existence of the trust the law which was initially applicable may or must be replaced by another law.
Article 10 remits this question to the very law which governs the validity of the trust when it is created, to decide whether a change of the applicable law is possible and under what conditions. It does not deal with the possible changes that the legislator or case law might bring in the contents of the law which was initially applicable.

98 The delegates of the Fifteenth Session were looking above all at the case of a change of the applicable law by the trustee. It appeared that in certain common law systems the trustee has this possibility only if it has been expressly conferred upon him by the instrument creating the trust; in other countries, to the contrary, the law itself says whether the trustee has such powers.
Article 10 also deals with a change of applicable law which may result from a change in the factors which are to be taken into consideration for the objective connection under article 7 (in French '*conflit mobile*').

99 The question of the change of the applicable law can also be posed for one of the aspects of the trust which is severable and can be subjected under article 9 to a different law. It is still the law applicable to the validity of the trust – and not the law which governs the aspect in question – which will say whether, and under what conditions, such a replacement of the applicable law is possible.

100 The present article 10 is the result of rather long discussions within the Special Commission and then at the Fifteenth Session. These discussions were complicated by the fact that the change of the applicable law was discussed at the same time as two other points dealt with in articles 9 and 10 of the preliminary draft, these being the change of the place of administration of the trust and the distinction between questions relating to the administration of the trust and questions relating to its validity (*supra*, Nos 88–89, dealing with article 8).

101 The Special Commission had not been able to examine these problems in depth, and articles 9 and 10 of the preliminary draft left standing a number of issues (Report of the Special Commission, Nos 72–79). The Reporter proposed a different formulation (*ibid.*, No 77) and these articles were criticized in the comments of the Governments.
Following these criticisms a number of working documents were submitted to the Fifteenth Session (Australia, Working Document No 9; United States, Working Document No 13; Netherlands, Working Document No 26; Canada, Working Documents Nos 36 and 38; Reporter, Working Document No 37).
The discussions of the Fifteenth Session came to grips first of all with a Canadian proposal, dealing not with old articles 9 and 10, but with article 8. Under this proposal a supplementary sub-paragraph would have been inserted in the second paragraph of article 8, reading as follows (Working Documents Nos 36, 38):

(i) [the validity of] the power to change the law governing the validity of the trust, or the power to change the law governing the administration of the trust;

This proposal indicated clearly that the trustee's power to change the law applicable to the trust or to its administration is governed by the law which is applicable under article 6 or 7. It was adopted as to its principle

large majorité, la question de savoir à quel article elle serait reprise étant laissée ouverte.

102 A la suite de ces discussions, le Comité de rédaction soumit le projet d'un article 7*bis* dont le texte était le suivant (Doc. trav. No 46, légèrement modifié):

La loi applicable à la validité du trust en vertu des articles précédents régit la possibilité de modifier la loi applicable à la validité du trust ou à son administration.

Par la suite, la conférence discuta de ce texte en même temps que des diverses propositions soumises en ce qui concerne les articles 9 et 10 de l'avant-projet. Ce texte emporta, dans son principe, l'adhésion de la conférence et conduisit notamment au retrait de la proposition canadienne relative à l'article 10 (Doc. trav. Nos 36, 38). Cette disposition fut également acceptée par la délégation néerlandaise qui avait proposé l'abrogation pure et simple des articles 9 et 10 de l'avant-projet (Doc. trav. No 26).
La disposition ne fut plus remise en question dans son principe, mais une rédaction satisfaisante ne fut trouvée qu'après deux renvois au Comité de rédaction ou à son Président. En particulier, on choisit les termes «remplacer... par une autre loi» pour bien montrer qu'il ne s'agit pas de modification de la teneur de la loi (Doc. trav. Nos 58, 63 et 65).

103 Selon une proposition canadienne, le changement de la loi applicable en vertu d'un pouvoir conféré au *trustee* aurait dû être fait par écrit ou au moins sa preuve aurait dû être apportée par écrit (Doc. trav. Nos 36, 38, proposition pour l'article 9). Le texte anglais de la proposition comportait encore l'exigence que le pouvoir de changer la loi applicable soit contenu dans l'instrument créant le trust. Cette exigence a été retirée à la suite d'observations des délégations américaine et australienne. Mais finalement, la proposition dans son ensemble a été tacitement abandonnée.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE

Article 11

104 Cette disposition prévoit, à l'alinéa premier, le principe de la reconnaissance d'un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre II et plus spécialement par les articles 6 et 7. Le deuxième alinéa impose la reconnaissance d'éléments essentiels pour tout trust, tandis que le troisième alinéa énumère les aspects supplémentaires de reconnaissance qui peuvent découler de la loi applicable au trust.

105 L'application de cet article pourrait conduire à des atteintes inadmissibles à la loi matérielle du for ou à la loi applicable selon ses règles de conflit normales; aussi l'article 15 réserve-t-il les règles impératives de ces lois. Dans l'avant-projet, l'alinéa 3 contenait une référence expresse à l'article 19 qui correspond à l'actuel article 15. Cette référence a été supprimée dans le projet et cela précisément pour ne pas donner lieu à l'argument *a contrario* que l'article 15 ne s'appliquerait pas au deuxième alinéa. L'intention claire de la conférence a, au contraire, été que l'effet de l'article 11 tout entier soit limité par l'article 15 (Rapport de la Commission spéciale, No 93). La même chose vaut pour l'article 16 relatif aux lois d'application immédiate. Enfin, l'article 13 contient une autre limite à la reconnaissance de

by a large majority, with the question of the article at which it would be included being left open.

102 Following these discussions the Drafting Committee submitted a draft of article 7*bis*, the text of which was as follows (Working Document No 46, slightly modified):

The law applicable to the validity of a trust under the preceding articles determines whether or not it is possible to change the law applicable to the validity of the trust or its administration.

Subsequently the conference discussed this text at the same time as it discussed the diverse proposals submitted concerning articles 9 and 10 of the preliminary draft. This text as to its principle attracted the conference's acceptance and led in particular to the withdrawal of the Canadian proposal dealing with article 10 (Working Documents Nos 36, 38). This provision was also accepted by the Netherlands delegation which had proposed the pure and simple deletion of articles 9 and 10 of the preliminary draft (Working Document No 26).
The provision was not put in issue again as to its principle, but a satisfactory drafting was found only after it was twice sent back to the Drafting Committee or to its Chairman. In particular the words 'replaced by another law' were chosen in order to show clearly that this did not refer to a change in the text of the law (Working Documents Nos 58, 63 and 65).

103 According to a Canadian proposal, a change in the applicable law by virtue of a power conferred on the trustee would have had to be made in writing or, at least, evidenced in writing (Working Documents Nos 36, 38, proposal for article 9). The English text of this proposal included also the requirement that the power to change the applicable law be contained in the instrument creating the trust. This requirement was withdrawn following comments by the Australian and United States delegations But finally the proposal in its entirety was tacitly abandoned.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 11

104 This provision sets out, in its first paragraph, the principle of the recognition of the trust created in accordance with the law specified by Chapter II and, more particularly, by articles 6 and 7. The second paragraph requires the recognition of essential elements for all trusts, while the third paragraph enumerates the supplementary aspects of recognition which may flow from the law applicable to the trust.

105 The application of this article might lead to inadmissible encroachments on the forum's substantive law or on the law applicable under its normal conflict rules; thus article 15 preserves the mandatory rules of these laws. In the preliminary draft the third paragraph contains an express reference to article 19, which corresponds to the present article 15. This reference was eliminated in the draft Convention, specifically in order not to give rise to the argument *a contrario* that article 15 did not apply to the second paragraph. The clear intention of the conference was on the contrary that the effects of article 11 in its entirety be limited by article 15 (Report of the Special Commission, No 93). The same applies for article 16 which deals with laws of immediate application. Finally article 13 contains an-

trusts qui pourraient paraître abusifs et les droits des tiers détenteurs de biens du trust sont réservés par l'article 11, alinéa 3, lettre *d*, deuxième phrase.

Alinéa premier

106 La condition pour qu'un trust étranger soit reconnu en tant que tel est qu'il ait été créé par la loi déterminée par le chapitre II. Cette exigence n'allait pas absolument de soi; il eût été concevable de reconnaître – à l'instar de la reconnaissance de jugements étrangers sans contrôle de la loi applicable – certains effets de trusts créés selon d'autres lois. Mais dans le système de l'avant-projet, une telle solution eût entraîné nombre de difficultés.

En revanche, il n'y a pas besoin, comme cela avait été prévu à titre éventuel dans l'avant-projet, que la loi, selon laquelle le trust a été créé, soit la loi d'un Etat contractant (*supra*, Nos 32–35).

107 Lors de la deuxième lecture à la Quinzième session, la question a été soulevée de savoir si les termes *« trusts created in accordance with...»* étaient adéquats et s'il ne valait pas mieux dire *«trust subject to»*. Le texte, qui figurait déjà dans l'avant-projet, a cependant été maintenu, cela dans l'idée qu'il s'agissait ici de la loi applicable selon le chapitre II au moment où le trust a pris naissance, et non pas d'une autre loi qui pourrait éventuellement être applicable en raison d'un changement permis par l'article 10.

Alinéa 2

108 Cet alinéa statue tout d'abord que les biens du trust sont distincts de ceux du *trustee*; il y a là un élément essentiel du trust, sans lequel sa reconnaissance n'aurait pas de sens. La formule a été reprise, avec un changement minime du texte anglais, de l'avant-projet. On remarquera que l'idée est exprimée de façon un peu différente en français et en anglais, mais cela a paru le mieux exprimer les intentions de la conférence.

109 Au cours de la Quinzième session, la délégation grecque a soumis une proposition tendant à supprimer la règle sur le patrimoine séparé dans l'alinéa 2 (Doc. trav. No 48). Cette délégation estimait qu'il y avait contradiction entre une règle matérielle de l'alinéa 2 et la référence à la séparation des patrimoines selon la loi applicable du trust qui découlait de l'alinéa 3, lettre *b*. Cette proposition a été rejetée à une forte majorité.

110 Le deuxième point qui a été jugé essentiel dans la reconnaissance du trust, c'est la qualité pour agir ou défendre du *trustee* en tant que tel. On a entendu préciser que cela ne valait pas seulement dans un procès, mais également pour les démarches devant une autorité ou un notaire ou toute autre personne exerçant une autorité publique.

Alinéa 3

111 Cette disposition énumère quatre conséquences du trust qui doivent être reconnues si la loi applicable au trust le prescrit.

112 Les lettres *a*, *b* et *c* se comprennent d'elles-mêmes

other limitation on the recognition of trusts which might be improper, and the rights of third party holders of the trust assets are preserved by the second sentence of sub-paragraph *d* of the third paragraph of article 11.

First paragraph

106 The condition required in order for a foreign trust to be recognized as such is that it have been created by the law specified by Chapter II. This requirement did not absolutely go without saying; it would have been conceivable to recognize – by analogy to the recognition of foreign judgments, without regard to whether the law applied by the foreign court was the same law as that which would have been applicable in the courts of the recognizing country – certain effects of trusts created under other laws. But in the system of the preliminary draft, such a solution would have brought on a number of difficulties.
In contrast there was no need, as had been provided provisionally in the preliminary draft, that the law under which the trust was created be the law of a Contracting State (*supra*, Nos 32–35).

107 During the second reading at the Fifteenth Session the question was raised as to whether the expression 'trusts created in accordance with...' was adequate and whether it would not be better to say 'trust subject to'. The text, which had already appeared in the preliminary draft, was however retained, with the idea being that what was involved here was the law which was applicable under Chapter II at the time when the trust came into being, and not another law which might possibly be applicable by reason of a change allowed by article 10.

Second paragraph

108 This paragraph determines first of all that the assets of the trust are separate from those of the trustee. This is an essential element of a trust, without which its recognition would have no meaning. The formulation was taken with a minimum change in the English text from the preliminary draft. It will be noted that the idea is expressed in somewhat different fashions in French and in English, but this seemed best to express the conference's intentions.

109 In the course of the Fifteenth Session the Greek delegation submitted a proposal which would have eliminated the reference to a separate fund in the second paragraph (Working Document No 48). This delegation thought that there was a contradiction between having a substantive rule in the second paragraph and a reference to a separation between the trust assets and the trustee's estate under the law applicable to the trust which derived from sub-paragraph *b* of the third paragraph. This proposal was rejected by a strong majority.

110 The second point which was judged to be essential in the recognition of a trust was the capacity of the trustee to sue and be sued as such. Specific language was added to show that this principle applied not only in lawsuits but also for appearances before an authority or a notary or any person acting in an official capacity.

Third paragraph

111 This provision sets out four consequences of a trust which must be recognized if the law applicable to the trust so dictates.

112 Sub-paragraphs *a*, *b* and *c* are easily understand-

et n'ont pas donné lieu à de grandes discussions. Au texte arrêté par la Commission spéciale, la Quinzième session a ajouté, sur proposition de la délégation française (Doc. trav. No 15), la mention du régime matrimonial en plus de celle de la succession à la lettre *c*.

113 La lettre *d* de l'alinéa 3 se rapporte au droit de suite (*tracing*) que les droits connaissant le trust accordent au bénéficiaire du trust lorsque le *trustee* a violé ses obligations en confondant les biens du trust avec ses propres biens ou en disposant de ces biens (Rapport de la Commission spéciale, No 46).
La deuxième phrase précise – ce qui peut sembler aller de soi – que les rapports du *trustee* et du bénéficiaire avec un tiers, qui détient des biens du trust, ne sont pas régis par la loi applicable au trust, mais par la loi désignée par les règles de conflit du for. Cette disposition concerne, par exemple, les rapports entre un *trustee* et une banque dans un pays ne connaissant pas le trust; cette banque n'encourra alors pas la responsabilité – à vrai dire assez restreinte – que la loi du trust peut imposer aux banques en cas de violation de ses obligations par le *trustee*.

114 La lettre *d* a donné lieu à d'assez longues discussions au cours de la Quinzième session. Le Gouvernement néerlandais, dans ses observations, en avait proposé la suppression (Doc. prél. No 10). Au cours des débats, cette proposition a cependant été retirée.

115 La deuxième phrase, qui ne figurait pas dans l'avant-projet, trouve son origine dans un document soumis par l'Observateur de la Banque des Règlements internationaux (Doc. trav. No 17) et dont la motivation se trouve dans le mémoire présenté par cette organisation internationale (Doc. prél. No 10, No 6). Sa teneur était la suivante:

La responsabilité du détenteur des biens du trust cependant demeure régie par la loi applicable au lieu de la résidence habituelle.

La proposition était surtout destinée à assurer que la responsabilité des banquiers échappe à la loi applicable au trust. Elle suscita diverses objections. Tout d'abord, on se demanda si le problème ne pouvait pas être réglé par l'article 19 de l'avant-projet (qui allait devenir l'article 15 de la Convention). Toutefois, on objecta à cela que l'article 19 ne réservait que les règles impératives de la loi désignée par les règles de conflit du for, alors que le sens de la proposition de la Banque des Règlements internationaux était de faire échapper complètement à la loi du trust, même en ce qui concerne le droit dispositif, les rapports entre *trustee* et banquier. D'autre part, la référence à la loi applicable au lieu de la résidence habituelle a donné lieu à des critiques.

116 A la séance suivante, la délégation du Royaume-Uni proposa de remplacer la lettre *d* en son entier par le texte suivant (Doc. trav. No 47):

d that the interest of the beneficiary under the trust shall be given effect to, to the extent that this does not conflict with the law governing the acquisition of the trust asset in respect of which the beneficiary seeks to assert his interest.

Cette proposition entendait, d'une part, faire dépendre de la loi applicable au trust le droit de *tracing*,et d'autre part, subordonner ce droit à la loi selon laquelle les biens avaient été acquis. Elle suscita diverses objections.

able and did not give rise to much discussion. To the text drafted by the Special Commission the Fifteenth Session added, on proposal of the French delegation (Working Document No 15), a reference to the matrimonial property of the trustee and his spouse, in addition to that to the trustee's estate upon his death in sub-paragraph *c*.

113 Sub-paragraph *d* of the third paragraph deals with tracing, which is a right that the legal systems which have trusts grant to the trust beneficiary when the trustee has violated his obligations by mingling trust assets with his own property or by alienating such assets (Report of the Special Commission, No 46).
The second sentence specifies – although this might go without saying – that the relations of the trustee and the beneficiary with any third party, who holds trust assets, are not governed by the law applicable to the trust but rather by the law designated by the forum's choice-of-law rules. This provision concerns for example the relations between a trustee and a bank in a country which does not have trusts; such a bank will therefore not incur the liability – which is, to tell the truth, rather limited – that the law applicable to the trust may impose on banks in case of a trustee's breach of his obligations.

114 Sub-paragraph *d* gave rise to rather long discussions during the Fifteenth Session. The Netherlands Government in its comments had proposed its deletion (Working Document No 10). In the course of the discussions this proposal was however withdrawn.

115 The second sentence, which did not appear in the preliminary draft, had its origin in a document submitted by the Observer for the Bank for International Settlements (Working Document No 17), the reasons for which were set out in the memorandum submitted by that international organization (Preliminary Document No 10, No 6). It read as follows:

The responsibility of the holder of trust assets however remains governed by the law applicable at the place of his habitual residence.
(translation by the Permanent Bureau)

The proposal was above all intended to ensure that the liabilities of bankers would escape the coverage of the law applicable to the trust. It gave rise to various objections. First of all, it was asked whether the problem could not be dealt with in article 19 of the preliminary draft (which was to become article 15 of the Convention). However, to this suggestion the objection was raised that article 19 preserved only the mandatory rules of the law designated by the forum's conflicts rules, while the intent of the proposal of the Bank for International Settlements was to take out completely from under the coverage of the law applicable to the trust, even where ordinary legal provisions were concerned, relations between trustee and banker. Moreover, the reference to the law which was applicable at the place of habitual residence gave rise to criticism.

116 At the following sitting the United Kingdom delegation proposed to replace sub-paragraph *d* in its entirety by the following text (Working Document No 47):

d that the interest of the beneficiary under the trust shall be given effect to, to the extent that this does not conflict with the law governing the acquisition of the trust asset in respect of which the beneficiary seeks to assert his interest.

This proposal was intended on one hand to make the right to tracing depend on the law applicable to the trust and, on the other hand, to subordinate this right to the law under which the assets had been acquired. It gave

Tout d'abord, on estima qu'il n'y avait pas lieu de se référer ici à des questions d'acquisition de biens, qui étaient couvertes par l'article 19 de l'avant-projet (article 15 de la Convention). Puis, la proposition fut jugée trop abstraite et faisant perdre à la lettre *d* beaucoup de sa substance.

En fin de compte, la disposition fut renvoyée au Comité de rédaction, chargé de tenir compte des diverses propositions.

117 Alors que la proposition de la Banque des Règlements internationaux se référait à la loi de la résidence habituelle et celle du Royaume-Uni à la loi applicable à l'acquisition du bien en cause, plusieurs délégations eussent préféré s'en remettre à la loi désignée par les règles de conflit du for. C'est cette solution qui fut proposée par le Comité de rédaction (Doc. trav. No 58) et finalement retenue par la conférence.

Le texte anglais fut encore légèrement modifié, afin d'éviter toute confusion entre les tiers visés ici et les personnes au nom desquelles le titre relatif aux biens du trust peut être établi pour le compte du *trustee* selon l'article 2, alinéa 2, lettre *b*.

Article 12

118 L'article 12 a trait à un problème susceptible de soulever des difficultés dans la pratique des Etats ne connaissant pas le trust: celui de refléter aussi fidèlement que possible dans les registres publics de ces Etats les particularités du trust.
Il résulte du contexte que cette disposition ne s'applique qu'aux trusts reconnus selon l'article 11, c'est-à-dire créés conformément à la loi prévue au chapitre II.

119 Le *trustee* voulant faire inscrire un bien meuble ou un immeuble dans un registre pourra demander à figurer dans ce registre comme *trustee*; dans les cas où cela ne serait pas possible, l'inscription pourrait avoir lieu de telle façon que l'existence du trust apparaisse par un autre moyen.
Tout cela n'est possible que dans la mesure où la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu le permet. Cette restriction aurait éventuellement pu être inscrite à l'article 15; on a cependant préféré l'insérer directement dans cette disposition spéciale. En plus de cela, les clauses de sauvegarde des articles 13, 15 et 16 peuvent aussi limiter la portée de l'article 12.

120 Il est bien entendu que le *trustee* devra produire, pour obtenir une inscription, les pièces justificatives et remplir les formalités prescrites par la loi du pays où l'inscription doit avoir lieu. C'est également la loi de ce pays qui décidera qui peut exiger que l'existence d'un trust soit révélée.

121 La portée de l'article 12 n'est pas restreinte aux registres publics; la disposition se rapporte aussi à des registres privés à fonction publique, tels que le registre d'actionnaires.
La Quinzième session a repris le texte de l'avant-projet avec des modifications rédactionnelles mineures. Il y a donc lieu de consulter le Rapport de la Commission spéciale pour connaître la genèse de la disposition (Rapport de la Commission spéciale, Nos 96–104).

rise to various objections. First of all, it was thought that reference should not be made here to questions concerning the acquisition of assets, which were covered by article 19 of the preliminary draft (article 15 of the Convention). Then, the proposal was judged to be too abstract, and the thought was that it would cause sub-paragraph *d* to lose much of its substance.
In the end the provision was sent to the Drafting Committee which was charged with taking the various proposals into account.

117 Although the proposal of the Bank for International Settlements referred to the law of the habitual residence, and that of the United Kingdom to the law applicable to the acquisition of the assets in question, several delegations would have preferred to make reference to the law designated by the forum's conflicts rules. This is the solution which was proposed by the Drafting Committee (Working Document No 58) and finally adopted by the conference.
The English text was still slightly modified in order to avoid any possible confusion between the third parties referred to here and the persons in the names of whom title to the trust assets may stand on behalf of the trustee under sub-paragraph *b* of the second paragraph of article 2.

Article 12

118 Article 12 deals with a problem which could raise difficulties in the practice of States which do not have trusts: this problem is that of reflecting as faithfully as possible in the public registers of such States the peculiarities of trusts.
The context shows that this provision applies only to trusts which have been recognized under article 11, in other words those which have been created under the law provided for in Chapter II.

119 A trustee who wishes to register a movable or an immovable asset in a register may ask to appear in this register as a trustee; in cases where this is not possible, the registration may take place in such a manner that the existence of the trust relationship appears in another way.
All of this is possible only to the extent that the law of the State where registration is to take place so permits. This restriction might possibly have been included in article 15; however, it was preferred to insert it directly in this special provision. In addition, the escape clauses of articles 13, 15 and 16 may also limit the scope of article 12.

120 It is of course intended that the trustee will have to produce, in order to obtain registration, the necessary supporting documents, and that he will have to fulfil the formalities required by the law of the country where registration is to take place. It is also the law of this country which will decide who may require that the existence of a trust be disclosed.

121 The reach of article 12 is not limited to public registers; this provision also deals with private registers having a public function such as a shareholders' register.
The Fifteenth Session reproduced the text of the preliminary draft with minor drafting changes. It is necessary therefore to consult the Report of the Special Commission in order to know the origin of this provision (Report of the Special Commission, Nos 96–104).

122 L'article 13 permet de refuser la reconnaissance d'un trust qui a été placé sous une loi connaissant cette institution, par la désignation de la loi applicable (article 6, alinéa premier), la fixation du lieu de l'administration (article 7, alinéa 2, lettre *a*) ou le choix d'un *trustee* ayant sa résidence habituelle dans un tel pays (article 7, alinéa 2, lettre *c*), alors que les autres éléments objectifs de la situation rattachent le trust plus étroitement à un ou plusieurs Etats qui ne connaissent pas l'institution. Ces éléments «significatifs» peuvent notamment être la résidence habituelle ou la nationalité des intéressés, ou la situation des biens.

123 La faculté prévue par l'article 13 est ouverte aux juges de tous les Etats contractants, mais il est évident qu'il s'agit en fait d'une clause de sauvegarde en faveur des Etats ne connaissant pas le trust. La clause sera surtout utilisée par les juges qui estiment que la situation a été abusivement soustraite à l'application de leur propre loi. Mais elle pourrait également être utilisée par le juge d'un Etat ne connaissant pas le trust par solidarité avec un autre Etat ne le connaissant pas non plus et auquel la situation est objectivement rattachée.

124 On notera encore que cette disposition permet au juge d'un Etat ne connaissant pas le trust de refuser la reconnaissance du trust parce qu'il estime qu'il s'agit d'une situation interne. En revanche, cette possibilité n'existe pas dans les Etats connaissant le trust, mais ceux-ci ne semblent pas en éprouver le besoin.

L'article 13 ne précise pas à quel moment les conditions qu'il prévoit doivent être remplies. Selon la *ratio legis*, on pourrait penser qu'il s'agit du moment de la reconnaissance plutôt que de celui de la constitution du trust.

125 A l'article 13 de la Convention correspondait l'article 14 de l'avant-projet, qui comportait, comme résultat de discussions assez longues, deux variantes A et B. La variante B permettait seulement de ne pas reconnaître des trusts dont tous les éléments objectifs étaient localisés dans l'Etat de reconnaissance. La variante A, au contraire, correspondait, pour l'essentiel, à l'article 13 actuel. Les seules différences concernent l'adjonction de la résidence habituelle du *trustee*, troisième élément par lequel le constituant peut chercher à placer le trust dans un pays connaissant l'institution, et la suppression de la référence au moment de la constitution (Rapport de la Commission spéciale, Nos 115–124; voir aussi Nos 137–146).

126 La référence au moment de la constitution a été supprimée sans discussion. Selon la *ratio legis* de la disposition, il semble d'ailleurs que le moment de la reconnaissance, et non celui de la constitution du trust, devrait être déterminant. Le texte actuel laisse une certaine liberté au juge.

127 La solution de l'article 13, bien qu'elle soit en fin de compte proche de celle de la variante A de l'article 14 de l'avant-projet, n'a été adoptée qu'après d'assez longues discussions.
Une proposition des Pays-Bas (Doc. prél. No 10; Doc. trav. No 28) et une proposition australienne relatives à la variante B de l'article 14 de l'avant-projet (Doc. trav. No 4) ont perdu leur actualité à la suite d'autres propositions et n'ont pas été discutées.

128 La discussion est, au contraire, partie d'une proposition des délégations de l'Argentine, de l'Egypt, de

122 Article 13 allows refusal of recognition to a trust which has been placed under a law which provides for trusts, through the designation of the applicable law (article 6, first paragraph), the fixing of the place of administration (article 7, second paragraph, sub-paragraph *a*) or the choice of a trustee who has his habitual residence in such a country (article 7, second paragraph, sub-paragraph *c*), while the other objective elements of the situation connect the trust more closely to one or several States which do not have trusts. These 'significant' elements may in particular be the habitual residences or the nationalities of the persons involved or the location of property.

123 The option offered by article 13 is open to the judges of all the Contracting States, but it is clear that it is in fact an escape clause in favour of States which do not have trusts. The clause will be used above all by judges who think that the situation has been improperly removed from under the application of their own laws. But it might also be utilized by the judge of one State which does not have trusts as a matter of solidarity with another State, which also does not have them and to which the situation is objectively connected.

124 It will also be noted that this provision allows a judge of a State which does not have trusts to refuse recognition to the trust because he thinks that the situation involved is internal to his State. In contrast this possibility does not exist for those States which have trusts, but those States do not seem to feel the need for it.
Article 13 does not say the time at which the conditions that it sets out must be fulfilled. Reasoning from the purpose of the provision one might think that the time in question should be that of recognition, rather than the time of creation of the trust.

125 The article of the preliminary draft which corresponded to article 13 of the Convention was article 14, which consisted, as a result of rather long discussions, of two variants, designated A and B. Variant B allowed only the non-recognition of trusts, all of the objective elements of which were localized in the State which was asked to give recognition. Variant A, on the contrary, corresponded in its essentials to the present article 13. The only differences concerned the addition of the trustee's habitual residence as a third element by means of which the settlor may seek to place the trust in a country which has provision for trusts, and the elimination of the reference to the time of the trust's creation (Report of the Special Commission, Nos 115–124; see also Nos 137–146).

126 The reference to the time of creation was eliminated without discussion. Reasoning from the purpose of this provision it seems moreover that the time of recognition and not that of the creation of the trust ought to be determinative. The present text leaves a certain amount of freedom to the judge.

127 The solution of article 13, although in the end it is very near to that of variant A of article 14 of the preliminary draft, was adopted only after rather long discussions.
A proposal by the Netherlands (Prel. Doc. No 10; Working Document No 28) and an Australian proposal relating to variant B of article 14 of the preliminary draft (Working Document No 4) lost their pertinency in the aftermath of other proposals and were not discussed.

128 The discussion, on the contrary, took its departure from a proposal by the delegations of Argentina, Egypt,

l'Espagne, de la France et de la Grèce, dont la teneur était la suivante (Doc. trav. No 33):

Les Etats parties ne reconnaissent pas les trusts portant sur des biens qui, au moment de leur constitution, sont principalement situés dans des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust.
Il en est de même lorsque, au moment de la constitution du trust, le constituant et les bénéficiaires ont la nationalité d'un Etat qui ne connaît pas le trust et résident habituellement dans des Etats qui ignorent cette institution.

Cette proposition s'écartait de l'avant-projet sous deux aspects, qui ont été discutés parallèlement, mais qu'il convient de distinguer ici.
D'une part, elle obligeait les Etats contractants à refuser la reconnaissance de certains trusts et d'autre part, elle remplaçait la référence à des éléments significatifs du trust par des facteurs précis, tels que le *situs*, la nationalité ou la résidence habituelle.

129 Sur le premier aspect, les auteurs de la proposition ont exposé que leurs pays, de tradition juridique de *civil law*, étaient disposés à reconnaître des trusts, mais que, en contrepartie, ils désiraient que les Etats de *common law* tiennent compte de leurs intérêts en refusant de reconnaître des trusts se rapportant, pour l'essentiel, à des situations rattachées à des Etats ne connaissant pas l'institution. Cela particulièrement pour protéger ces Etats de trusts frauduleux. Il est enfin apparu que les auteurs de la proposition craignaient que, malgré l'article 14 de l'avant-projet, la Convention pourrait conduire à introduire l'institution du trust dans les pays de *civil law*.
Plusieurs délégués de pays de *common law* se sont vivement opposés à cette idée. Ils ne pouvaient admettre que la Convention oblige les Etats de *common law* à refuser la reconnaissance de trusts faite selon leur propre loi ou selon la loi d'un autre Etat connaissant le trust, alors qu'en droit commun, ils l'auraient reconnu. Toutefois, ces délégués se sont déclarés prêts à protéger de façon appropriée, par exemple par la voie des règles impératives, les Etats de *civil law* contre des trusts frauduleux. La proposition des cinq délégations, en revanche, leur paraissait devoir conduire à la non-reconnaissance de nombreux trusts tout à fait réguliers.

Plusieurs délégués de pays ne connaissant pas le trust ont d'ailleurs estimé que cette proposition pouvait mettre en question toute la Convention ou allait en tout cas trop loin. Imposer dans certains cas la non-reconnaissance de trusts du *common law* dans des juridictions de *common law* aurait profondément altéré l'esprit de l'avant-projet, qui se voulait favorable à la reconnaissance des trusts. Cela aurait rendu sans objet l'actuel article 14 (article 15 de l'avant-projet) qui permet la reconnaissance des trusts, même lorsque la Convention ne l'impose pas.
Enfin, on a également remarqué que le juge qui se trouverait dans l'obligation de ne pas reconnaître un trust, pourrait être perplexe. Devrait-il alors, par exemple, admettre que le *trustee* était propriétaire pour son propre compte?
Ces arguments finirent par convaincre les auteurs de la proposition mentionnée et, lors de la reprise de la discussion, ils consentirent à rendre celle-ci facultative en remplaçant les termes «ne reconnaissent pas» par «ne sont pas tenus de reconnaître».

130 Le deuxième aspect, les facteurs prévus par la proposition des cinq délégations pour la non-reconnaissance, fit également l'objet de discussions et de critiques.

France, Greece and Spain, which read as follows (Working Document No 33):

The States Parties shall not recognize trusts involving property which, at the time of the trust's creation, is primarily located in States which do not provide for trusts.

The same rule applies where, at the time of creation of the trust, the settlor and the beneficiaries have the nationality of a State which does not provide for trusts and reside habitually in States which do not have this institution. (Translation by the Permanent Bureau).

This proposal departed from the preliminary draft in two respects which were discussed in parallel but which should be distinguished here.
On one hand, it obligated the Contracting States to refuse recognition to certain trusts and, on the other hand, it replaced the reference to the significant elements of the trust with precise factors, such as the situs of property, and the nationalities and habitual residences of the interested persons.

129 As to its first aspect, the authors of the proposal pointed out that their countries, which had civil law legal traditions, were inclined to recognize trusts, but that as a counterpart they would like for the common law States to take their interests into account by refusing to recognize trusts which dealt in essence with situations connected to States which did not have trusts. This was desired particularly in order to protect these States from fraudulent trusts. It appeared in the end that the authors of the proposal feared that, despite article 14 of the preliminary draft, the Convention might lead to introduction of trusts as an institution in the civil law countries.
Several delegates from common law countries sharply opposed this idea. They could not agree for the Convention to obligate common law States to refuse recognition to trusts created under their own law or under the laws of other States having trusts, where under their ordinary rules of law they would have recognized them. However, these delegates declared that they were ready to protect the civil law States against fraudulent trusts in an appropriate fashion, for example through the use of mandatory rules. The proposal of the five delegations in contrast would, it seemed to them, lead to the non-recognition of numerous trusts which were entirely proper.
Several delegates of countries which do not have trusts, moreover, thought that this proposal could bring the whole Convention into question or, in any case, that it went too far. To require in certain cases the non-recognition of trusts of common law countries in common law jurisdictions would have profoundly altered the spirit of the preliminary draft, which was intended to be favourable to the recognition of trusts. This would have made pointless the present article 14 (article 15 of the preliminary draft) which allows the recognition of trusts, even when the Convention does not require it.
Finally it was also pointed out that the judge who found himself under an obligation not to recognize the trust might be perplexed. Should he then, for example, rule that the trustee was the owner in his own right?

These arguments in the end convinced the authors of the proposal mentioned above and, upon resumption of the discussion, they consented to make it optional by replacing the words 'shall not recognize' by 'shall not be bound to recognize'.

130 The second aspect, the factors set out in the proposal of the five delegations as a basis for non-recognition, was also the subject of discussion and criticism. A

Le trust ne devait pas être reconnu, soit lorsque les biens étaient principalement situés dans des Etats qui ne connaissaient pas l'institution (alinéa premier, *supra*, No 128), soit lorsque le constituant et le bénéficiaire avaient la nationalité d'un Etat qui ne connaissait pas le trust et avaient en même temps leur résidence habituelle dans un tel Etat (alinéa 2, *supra*, No 128).
Tout d'abord, une contre-proposition italienne, qui n'a pas été discutée en détail, prévoyait comme condition de la non-reconnaissance que trois facteurs, la situation des biens, la nationalité du constituant et des bénéficiaires, et enfin la résidence habituelle de ces personnes, désignent le même Etat ne connaissant pas le trust (Doc. trav. No 34).
Puis, d'un point de vue technique, on a critiqué la référence aux biens «principalement situés...». En parlant de biens «principalement» situés, on voulait éviter que l'on oblige à reconnaître le trust simplement en ouvrant un compte en banque dans un pays connaissant l'institution. Mais on a reproché à cette expression son imprécision. On a aussi objecté que, pour des biens mobiliers, et notamment des créances et des papiers-valeurs, le *situs* est très difficile à déterminer dans les conditions actuelles de la vie des affaires.

131 Les exemples qui ont été avancés pour ou contre la proposition des cinq délégations ont montré que son acceptation aurait entraîné bien des difficultés. Ainsi, la délégation anglaise a donné l'exemple d'un Français, propriétaire d'une société anonyme française prospère, qui émigrerait en Angleterre, où il épouserait une Anglaise et aurait des enfants. La proposition obligerait un juge anglais de refuser de donner effet à un trust testamentaire pour lequel ce Français aurait placé les actions de la société française en trust pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants. A cet exemple, la délégation française répondit qu'il ne lui paraissait guère concevable qu'un juriste de *common law* puisse conseiller à un Français domicilié en Grande-Bretagne de faire un trust relatif à des biens en France. En réalité, il semblerait qu'un trust relatif aux actions de la société française – actions qui se trouveraient en Angleterre – pourrait certainement se justifier; en revanche, un trust anglais relatif à des biens effectivement situés en France, et notamment à des immeubles, ne serait certainement pas approprié.
La délégation anglaise donna encore un autre exemple où, contrairement à l'alinéa 2 de la proposition, il pouvait se justifier que des Français ayant leur résidence habituelle en France fassent un trust: celui où ils posséderaient une maison de week-end dans le sud de l'Angleterre, utilisée par toute la famille à tour de rôle.

132 La discussion fut reprise le lendemain et le Président soumit à la conférence une nouvelle proposition, qui fut discutée en même temps que celle des cinq délégations (*supra*, No 128). Seule la première variante de cette proposition, qui s'opposait à la proposition originaire des cinq délégations, non seulement par l'abandon des critères fixes de non-reconnaissance, mais aussi par le fait que la non-reconnaissance était facultative (*supra*, No 129), fut discutée (Doc. trav. No 50, variante A):

Aucun Etat contractant ne pourra être contraint de reconnaître un trust étranger quand tous ses éléments, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu de son administration ou de la résidence habituelle des trustees, *ont des liens plus étroits avec un Etat qui ne connaît pas le trust ou cette catégorie de trust.*

trust would not have to be recognized either where the assets were primarily located in States which did not have trusts (first paragraph, *supra*, No 128), or where the settlor and the beneficiary had the nationality of a State which did not have trusts and at the same time had their habitual residences in such a State (second paragraph, *supra*, No 128).
First of all an Italian counter-proposal, which was not discussed in detail, set out as the condition for non-recognition that three factors, the location of the assets, the nationality of the settlor and the beneficiaries, and finally the habitual residence of these persons, designate the same State which does not have the institution of the trust (Working Document No 34).
Then, from a technical point of view, there was criticism of the reference to the assets being 'primarily located...'. By speaking of assets being 'primarily' located in a State the drafters had wanted to avoid obligating a country to recognize a trust merely by reason of the fact that a bank account was opened in a country which had this institution. But this expression was criticized for its lack of precision. The objection was also made that for movable assets and, in particular, for receivables, commercial paper and investment securities, the situs was very difficult to determine under the current conditions of business life.

131 The examples which were advanced against the proposal of the five delegations showed that its acceptance would have brought on many difficulties. Thus the English delegation gave the example of a Frenchman, owner of a prosperous French limited company, who emigrated to England where he married an English woman and had children. The proposal would obligate an English judge to refuse to give effect to a testamentary trust in which this Frenchman had placed the shares of the French company for the benefit of his wife and children. To this example the French delegation replied that it scarcely seemed conceivable that a lawyer in a common law country might advise a Frenchman domiciled in Great Britain to create a trust covering assets in France. In reality it would seem that a trust covering shares in the French company – shares which were physically located in England – might certainly be justified; in contrast, an English trust covering assets which were actually located in France, and in particular immovables, would certainly not be appropriate.

The English delegation then gave another example in which, contrary to the second paragraph of the proposal, there might be justification for persons of French nationality having their habitual residence in France to make a trust; the case mentioned was that in which these persons owned a house for use on weekends in the south of England, used by all the family in turn.

132 The discussion was resumed the following day and the Chairman submitted to the conference a new proposal, which was discussed at the same time as that of the five delegations (*supra*, No 128). Only the first variant of this proposal, which contrasted with the original proposal of the five delegations, not only by the abandonment of the fixed criteria for non-recognition, but also by the fact that non-recognition was optional (*supra*, No 129), was discussed (Working Document No 50, variant A):

No Contracting State shall be bound to recognize a foreign trust all of the relevant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration or the habitual residence of the trustees, are most closely connected with the law of the State which does not have the institution of the trust or that category of trust.

Le texte anglais précisait encore qu'il devait s'agir de *relevant elements*.

Cette formule fit l'objet de critiques de détails, notamment par sa référence au trust «étranger», notion nouvelle et difficile à cerner, et qui fut abandonnée sans décision expresse. Pour le reste, la proposition emporta l'adhésion de nombre de délégations.

133 La conférence vota alors sur la proposition des cinq délégations (modifiée pour rendre la non-reconnaissance facultative) et la rejeta à une faible majorité. Au contraire, le texte proposé par le Président fut accepté sans opposition, avec quelques abstentions.
Lors de la deuxième lecture, l'article 13, mis au point par le Comité de rédaction (Doc. trav. No 58), ne contenait plus la précision «*tous* les éléments significatifs...». La réinsertion de ce mot fut demandée par certains délégués; d'autres s'y opposèrent au contraire vivement, estimant qu'alors même la création d'un compte en banque dans un Etat connaissant le trust rendrait inopérant l'article 13. D'autres délégations étaient d'avis que cette adjonction ne changerait pas le sens du texte.
En fin de compte, le texte proposé – qui est celui de la Convention – fut adopté à une très forte majorité.

Article 14

134 Cette disposition reflète bien les objectifs de la Convention: il s'agit de faciliter la reconnaissance des trusts, à l'instar de ce qui est usuel dans les conventions simples sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. On n'a pas voulu empêcher les Etats de reconnaître des trusts, même dans des cas non prévus par la Convention. A l'instar de ce qui s'est passé pour d'autres Conventions de La Haye, on peut imaginer que la pratique étendra les solutions de la Convention à des trusts qui ne sont pas formellement soumis à celle-ci.

135 L'article 14 reprend la substance de l'article 15 de l'avant-projet dans une rédaction simplifiée, empruntée à l'article 13 de la Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.
Cet article n'a pas donné lieu à des discussions lors de la Quinzième session, mais il serait devenu caduc si la proposition relative à l'article 13 prévoyant le refus de reconnaissance obligatoire dans certains cas avait été acceptée (*supra*, Nos 128–129).

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 15

136 Cette disposition réserve au premier alinéa les dispositions impératives de la loi désignée par les règles de conflit du for dans d'autres matières que le trust. Le second alinéa invite le juge à atténuer, le cas échéant, les effets du premier alinéa.

Alinéa premier

137 Etant donné les multiples fonctions que peut remplir le trust, il se peut fort bien que les clauses d'un trust, ou certaines dispositions de la loi qui le régissent, soient incompatibles avec la loi applicable à une autre matière selon les règles de conflit du for. La conférence a pensé

The English text specified that the other elements referred to were the 'relevant elements' while the French text did not so specify.
This formulation was criticized as to certain details, in particular because of its reference to a 'foreign' trust, which was a new concept that was difficult to identify, and this reference was abandoned without an express decision. As to the rest, the proposal attracted the support of a number of delegations.

133 The conference voted then on the proposal of the five delegations (amended to make non-recognition optional) and rejected it by a weak majority. To the contrary, the text proposed by the Chairman was accepted without opposition, although with several abstentions.
During the second reading, article 13, refined by the Drafting Committee (Working Document No 48), no longer contained the specification '*all* the significant elements...'. The reinsertion of this word was requested by certain delegates; others, to the contrary, were strongly opposed to this, in the thought that then even the creation of a bank account in a State which had trusts would make article 13 inoperative. Other delegations were of the opinion that this addition would not change the meaning of the text.
In the end the text proposed – which is that of the Convention – was adopted by a very strong majority.

Article 14

134 This provision reflects very well the objectives of the Convention: its purpose is to facilitate the recognition of trusts, following the example of what is usually done in the conventions which deal only with the recognition and enforcement of judgments. It was not intended to prevent States from recognizing trusts, even in cases which are not covered by the Convention. As has happened for other Hague Conventions, one may imagine that in practice the Convention's solutions will be extended to trusts which are not formally covered by it.

135 Article 14 reproduces the substance of article 15 of the preliminary draft in a simplified drafting, borrowed from article 13 of the Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages.
This article did not give rise to discussion at the Fifteenth Session, but it would have become obsolete if the proposal for article 13 which provided for the obligatory refusal of recognition in certain cases had been accepted (*supra*, Nos 128–129).

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 15

136 The first paragraph of this provision preserves the mandatory rules of the law designated by the conflicts rules of the forum for matters other than trusts. The second paragraph invites the judge to mitigate, where necessary, the effects of the first paragraph.

First paragraph

137 Given the multiple functions which trusts can fulfil, it may well be that the provisions of a trust, or certain provisions of the law which governs it, will be incompatible with the law applicable to another matter under the forum's conflicts rules. The conference thought that

que la loi applicable à ces autres institutions devrait l'emporter sur la loi du trust, mais seulement dans ses dispositions impératives, c'est-à-dire celles auxquelles il ne peut pas être dérogé par une manifestation de volonté. On peut citer à ce propos les règles sur la réserve héréditaire qui sont obligatoires pour le testateur. Les héritiers peuvent naturellement renoncer à invoquer de telles dispositions, et il aurait peut-être été plus exact de dire, conformément à une proposition autrichienne: «a dérogé *d'avance*...» (Doc. trav. No 49).

138 On rappellera que l'article 3 soustrait entièrement au domaine de la Convention les actes juridiques antérieurs au trust, nécessaires pour créer celui-ci. Au contraire, l'article 15 vise des hypothèses où un trust existant déploie des effets incompatibles avec des dispositions impératives du for ou de la loi d'un pays tiers dans une matière autre que le trust. On a voulu sauvegarder surtout la loi matérielle du for, dans le cas ou celle-ci était désignée par ses propres règles de conflit, mais aussi la loi matérielle étrangère désignée par le droit international privé du for.

La dernière phrase de l'article 11, alinéa 3, lettre *d*, réserve également une loi désignée par les règles de conflit du for, mais à la différence de l'article 15, cette disposition vise l'ensemble de la loi ainsi déterminée et non seulement ses règles impératives (*supra*, Nos 113–117).

139 Il importe de souligner que l'énumération de l'article 15, alinéa premier, est exemplaire. Les règles impératives dans des matières non énumérées pourront donc également l'emporter sur les règles du trust. Non sans raison il a été dit qu'un juge hostile pourrait toujours trouver dans l'article 15 un moyen de mettre le trust en échec.

140 L'article 15, alinéa premier, reprend l'essentiel de l'article 19 de l'avant-projet, le deuxième alinéa de celui-ci ayant été incorporé au début du premier alinéa (Doc. trav. No 54). Il convient de rappeler la genèse assez compliquée de l'article 19 de l'avant-projet, qui était liée à celle de l'article 20 (actuel article 16), et de l'article 14 (actuel article 13; voir Rapport de la Commission spéciale, Nos 135–150).

La Quinzième session commença par discuter conjointement les articles 15 et 16 (articles 19 et 20 de l'avant-projet). A l'instar de la Convention de Rome (article 5, alinéa 2 et article 6, alinéa premier, d'une part, article 7 d'autre part), l'avant-projet utilisait les termes «règles impératives» dans deux sens différents. A l'article 19, ces mots désignaient simplement les règles impératives, par opposition aux règles dispositives, tandis qu'à l'article 20, ils visaient les lois d'application immédiate ou lois de police. Ces termes furent en fin de compte éliminés tant à l'article 15 qu'à l'article 16.

141 Le principe déjà exprimé par l'article 19 de l'avant-projet, à savoir le respect des dispositions impératives de la loi désignée par les règles de conflit du for, ne fut mis en question que par une proposition de la délégation des Etats-Unis, présentée comme une combinaison des articles 19 et 20, mais plaçant en réalité toute la question sur le terrain des lois d'application immédiate (Doc. trav. No 42). Cette proposition ne fut pas discutée à fond et ne fut pas mise au vote; elle était certainement contraire aux intentions des Etats ne connaissant pas le trust, qui voulaient faire respecter de façon générale les dispositions impératives de la loi dé-

the law applicable to these other institutions should prevail over the law of the trust, but only as to its mandatory rules, in other words those rules which cannot be derogated from by voluntary act. Mention may be made in this connection of the rules providing indefeasible shares for the heirs, which are mandatory for a testator. The heirs may, naturally, renounce the invocation of these rights and it would perhaps have been more exact to say, in accordance with an Austrian proposal: 'derogated *in advance*...' (translation of the Permanent Bureau) (Working Document No 49).

138 It will be recalled that article 3 removes entirely from the Convention's coverage the acts done prior to the creation of a trust, which are necessary for its creation. To the contrary, article 15 looks to those hypothetical situations in which an existing trust may deploy effects which are incompatible with the mandatory rules of the forum or of the law of a third country for a field other than trusts. The intent was to preserve above all the forum's substantive law in cases where its conflicts rules designated its own law, but this provision is also intended to preserve a foreign substantive law which is designated by the private international law of the forum.
The last sentence of sub-paragraph *d* of the third paragraph of article 11 also preserves a law which is designated by the forum's conflicts rules, but unlike article 15 that provision of article 11 looks to the entirety of the law thus determined and not only to its mandatory rules (*supra*, Nos 113–117).

139 It should be emphasized that the enumeration of the first paragraph of article 15 is by way of example. Mandatory rules in matters which are not listed may therefore also override the trust's rules. Not without reason, it was said that a hostile judge might always find in article 15 a means of frustrating the trust.

140 The first paragraph of article 15 reproduces the essence of article 19 of the preliminary draft, with the second paragraph having been incorporated at the beginning of the first paragraph (Working Document No 54). The rather complicated origin of article 19 of the preliminary draft, which was tied to that of article 20 (present article 16) and of article 14 (present article 13; see Report of the Special Commission, Nos 135–150) should be recalled.
The Fifteenth Session began by discussing articles 15 and 16 (articles 19 and 20 of the preliminary draft) jointly. Following the example of the Rome Convention (article 5, second paragraph, and article 6, first paragraph, on one hand, and article 7 on the other), the preliminary draft utilized the term 'mandatory rules' in two different senses. In article 19 these words designated simply mandatory rules as opposed to dispositive rules, while in article 20 they referred to laws of immediate application, sometimes known as *'lois de police'*. These terms were in the end eliminated, both from article 15 and from article 16.

141 The principle already expressed in article 19 of the preliminary draft, which is respect for the mandatory rules of the law designated by the forum's conflicts rules, was brought into question only by a proposal of the United States delegation offered as a combination of articles 19 and 20, but in reality placing the whole question on the level of the laws of immediate application (Working Document No 42). This proposal was not discussed on the merits and was not put to a vote; it was certainly contrary to the intentions of the States which do not have trusts, since they wanted to have respect given in a general manner to the mandatory

signée par les règles de conflit du for, et non seulement les lois d'application immédiate.

142 A la fin de la première discussion des deux articles, le principe de l'article 15 fut adopté à l'unanimité. L'énumération de l'article 15 donna encore lieu à nombre de propositions.
Tout d'abord, l'ordre suivi dans l'avant-projet fut modifié de façon à placer en premier lieu les deux cas concernant des questions de personnes.
Les lettres *a*, *b* et *c* reprennent sans changement le texte des lettres *d*,*c* et *a* de l'article 19, alinéa premier, de l'avant-projet.

143 La lettre *d* (article 19, lettre *b*, de l'avant-projet) donna lieu aux discussions les plus étendues. Les questions qu'elle concerne furent déjà abordées lorsqu'on discuta la suggestion de la Banque des Règlements internationaux d'exclure les trusts d'affaires et les trusts destinés à créer des sûretés du champ d'application de la Convention (*supra*, No 27). La décision fut alors remise jusqu'au moment de la discussion des articles 11 et 15 (article 19 de l'avant-projet).

Par la suite, l'Observateur de la Banque des Règlements internationaux proposa la formule suivante (Doc. trav. No 18): «les droits réels, spécialement à l'égard des tiers». Avant la discussion, il se mit cependant d'accord avec le Bureau Permanent sur la proposition suivante (Doc. trav. No 53):

Le transfert de propriété, spécialement à l'égard des tiers, et les sûretés.

De son côté, la délégation allemande proposa de parler de façon plus large de *property* tout court (Doc. trav. No 44). Le Délégué allemand espérait par là éviter une lettre séparée relative à la protection des tiers. Dans la discussion, une référence aux droits réels ou à la propriété en général rencontra de l'opposition, car elle semblait aller trop loin. On estima que, la propriété étant un élément essentiel de tout trust de *common law*, une telle référence contredirait les dispositions sur la reconnaissance. Aussi cette idée ne fut-elle pas retenue.

En revanche, la conférence décida, sans opposition, avec quelques abstentions, de se référer aux sûretés, en précisant qu'il s'agissait de sûretés réelles. De plus, il fut décidé d'ajouter que l'on entendait protéger les créanciers antérieurs. En fin de compte, le Comité de rédaction renonça cependant à cette précision, ce qui fut accepté tacitement.

Enfin, étant donné l'inclusion d'une lettre *f* relative à la protection des tiers en général, la référence aux tiers put être supprimée à la lettre *d*.

144 Les lettres *e* et *f* trouvent leur origine dans l'article 19, alinéa premier, lettre *e*, de l'avant-projet et dans un texte soumis par la délégation allemande (Doc. trav. No 44). Celle-ci proposa de prévoir dans des lettres séparées, d'une part, «*the protection of third parties*» et, d'autre part, «*insolvency*», tout en se rendant compte que la mention de l'insolvabilité de façon toute générale allait loin et était difficilement acceptable pour les pays de *common law*.

A la suite de diverses objections, la conférence décida, à une majorité assez faible, de prévoir une lettre spéciale prévoyant la protection des tiers en général. Sans opposition, elle décida de limiter cette lettre aux tiers de bonne

rules of the law designated by the forum's conflicts rules, and not simply to laws of immediate application.

142 At the end of the first discussion of these two articles, the principle of article 15 was adopted unanimously. The list set out in article 15 still however gave rise to a number of proposals.
First of all, the order followed in the preliminary draft was modified in such a way as to put in the first place the two cases concerning individuals.
Sub-paragraphs *a*, *b* and *c* reproduce without change the texts of sub-paragraphs *d*, *c* and *a* of the first paragraph of article 19 of the preliminary draft.

143 Sub-paragraph *d* (sub-paragraph *b* of article 19 of the preliminary draft) gave rise to more extended discussions. The issues with which it deals had already been taken up when the suggestion of the Bank for International Settlements to exclude business trusts and trusts intended to create security interests from the scope of the Convention had been discussed (*supra*, No 27). The decision had then been remitted to the time of the discussion of articles 11 and 15 (article 19 of the preliminary draft).
Subsequently the Observer for the Bank for International Settlements proposed the following formulation (Working Document No 18): 'rights *in rem*, especially in respect of third parties' (translation of the Permanent Bureau). Before the time when the discussion was held he had, however, reached agreement with the Permanent Bureau on the following proposal (Working Document No 53):

The transfer of title to property, especially in relation to third parties, and security interests.

For its part the German delegation proposed to speak in a broader fashion simply of 'property' (Working Document No 44). The German Delegate hoped in this way to avoid having a separate sub-paragraph dealing with the protection of third parties. During the discussion a reference to rights *in rem* or to property in general met with opposition, for it seemed to go too far. It was thought that, property rights being an essential element of every trust in the common law countries, such a reference would contradict the provisions on recognition. Thus this idea was not adopted.
In contrast, the conference decided, without opposition but with several abstentions, to make reference to security interests, specifying that those referred to were security interests in property. In addition it was decided to add that prior creditors were meant to be protected. In the end the Drafting Committee decided not to include this specification and its decision was accepted tacitly.
Finally, once sub-paragraph *f*, dealing with the protection of third parties in general, had been included, the reference to third parties could be eliminated from sub-paragraph *d*.

144 Sub-paragraphs *e* and *f* had their origin in sub-paragraph *e* of the first paragraph of article 19 of the preliminary draft and in a text submitted by the German delegation (Working Document No 44). This latter text proposed to set forth in separate sub-paragraphs on one hand 'the protection of third parties' and on the other 'insolvency', even though it was recognized that the reference to insolvency in a general manner went very far and was difficult to accept for the common law countries.
Following various objections the conference decided by a rather weak majority to include a special sub-paragraph providing for the protection of third parties in general. Without opposition, it decided to limit this sub-

foi. L'idée d'une référence générale à l'insolvabilité ne fut pas poursuivie.

145 Le Comité de rédaction rédigea comme suit les lettres *e* et *f* (Doc. trav. No 58):

e la protection des tiers en cas d'insolvabilité;
f et, à d'autres égards, la protection des tiers de bonne foi.

Il fut encore précisé, à propos de la lettre *e*, qu'en cas d'insolvabilité, la bonne foi n'était pas exigée. La référence aux tiers y fut remplacée par la référence aux créanciers; quelques autres modifications rédactionnelles furent encore apportées au texte.

146 La délégation allemande a encore proposé d'ajouter une lettre relative au droit des sociétés (Doc. trav. No 44).
Il se révéla assez difficile de cerner la portée exacte de cette proposition. La délégation allemande exposa que, selon le droit allemand, un commerçant individuel est toujours personnellement responsable sur tous ses biens, à moins qu'il ne constitue une société. Un *trustee* se trouvant dans des difficultés financières ne devrait pas pouvoir se soustraire à cette règle. Au cours de la discussion, des délégués de pays de *common law* exposèrent que le *trustee* était toujours entièrement, et sur toute sa fortune, responsable de ses actes, mais qu'il ne répondait pas sur la fortune du trust. La proposition allemande fut en fin de compte rejetée, il y eut beaucoup d'abstentions.

Alinéa 2

147 Cette disposition vise à atténuer les conséquences trop rigoureuses que peut avoir l'alinéa premier. Elle indique au juge que, si le trust ne peut pas être reconnu, il doit s'efforcer par d'autres moyens – on pensera notamment à l'adaptation – de donner suite dans la mesure du possible aux intentions du constituant.
Il s'agit là d'un appel à la bonne volonté plutôt que d'une règle de droit strict, mais dans la présente Convention, qui ne peut pas régler tous les détails de la matière, la règle semble avoir sa place.

148 La disposition avait été proposée à titre éventuel par la délégation allemande comme troisième alinéa d'une proposition remplaçant les articles 19 et 20 de l'avant-projet dans le texte suivant (Doc. trav. No 44; voir aussi *infra*, No 155, *ad* article 16):

[Insofar as the effects of the trust cannot be achieved by result of the application of the preceding paragraphs the court shall try, and have discretion, to achieve an equivalent result by other technical means of the applicable law.]

Dans la discussion, la délégation autrichienne fit des objections contre les mots «*and have discretion*», qui donnent au juge un pouvoir d'appréciation inadmissible selon la Constitution autrichienne. On se rendit également compte qu'il était inutile de se référer à la loi applicable et que le terme «*technical means*» créait des difficultés.
La proposition ainsi modifiée fut adoptée à une forte majorité et renvoyée au Comité de rédaction; en deuxième lecture, le texte actuel fut adopté sans discussion.

Article 16

149 L'article 16 a trait aux dispositions connues en

paragraph to third parties acting in good faith. The idea of a general reference to insolvency was not pursued.

145 The Drafting Committee set down as follows sub-paragraphs *e* and *f* (Working Document No 58):

e the protection of third parties in insolvency;
f the protection of third parties in good faith in other respects.

It was then made clear, in respect of sub-paragraph *e*, that in case of insolvency good faith was not required. The reference there to third parties was replaced by a reference to creditors; several other drafting modifications were then made in the text.

146 The German delegation proposed to add yet another sub-paragraph dealing with the law of societies and legal persons (Working Document No 44).
It turned out to be rather difficult to determine the exact reach of this proposal. The German delegation pointed out that under German law an individual merchant always has personal liability, which can be enforced against all of his property, unless he sets up a limited liability company. A trustee finding himself in financial difficulties should not be able to escape this rule. In the course of the discussion, the delegates of the common law countries pointed out that the trustee was always entirely liable for his acts, and that this could be enforced against all of his property, but that his liability for acts done in his personal capacity could not be enforced against the trust assets. The German proposal was in the end rejected with many abstentions.

Second paragraph

147 This provision is intended to mitigate the overly rigorous consequences which the first paragraph may have. It indicates to the judge that if the trust cannot be recognized, he should try by other means – thought will turn in particular to adaptation – to give effect in so far as possible to the settlor's intentions.
This is an appeal to goodwill rather than a rule of strict law, but in this Convention, which cannot deal with all of the details of the subject-matter, the rule seems to have a place.

148 The provision had been proposed for possible inclusion by the German delegation as a third paragraph of a proposal replacing articles 19 and 20 of the preliminary draft, with the following text (Working Document No 44; see also *infra*, No 155, dealing with article 16):

[Insofar as the effects of the trust cannot be achieved by result of the application of the preceding paragraphs the court shall try, and have discretion, to achieve an equivalent result by other technical means of the applicable law.]

During the discussion the Austrian delegation raised objections to the words 'and have discretion', which would give the judge a discretionary power which was unacceptable under the Austrian constitution. It was also determined that it would be pointless to refer to the applicable law and that the term 'technical means' created difficulties.
The proposal thus amended was adopted by a strong majority and forwarded to the Drafting Committee. On the second reading, the present text was adopted without discussion.

Article 16

149 Article 16 deals with the provisions known among

doctrine sous le nom de «lois d'application immédiate» et désignées dans la Convention de Rome comme «lois de police». Il s'agit de règles qui entendent s'appliquer à certaines situations juridiques, de préférence à la loi applicable selon le jeu normal des conflits de lois. On parle parfois aussi à leur propos de dispositions impératives, mais il s'agit de dispositions impératives qualifiées, idée que l'article 16 exprime ainsi: «dispositions ... dont l'application s'impose même aux situations internationales, quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois».
Parmi les lois de cette catégorie on peut citer celles visant à protéger le patrimoine culturel d'un pays, la santé publique, certains intérêts économiques vitaux, la protection des travailleurs ou de la partie faible dans un autre contrat. La délégation française a demandé que dans le Rapport, on mentionne à ce propos la réglementation des changes.

150 L'alinéa premier de l'article 16 fait prévaloir les lois d'application immédiate du for sur les dispositions de la Convention. Sans doute les juges nationaux appliqueraient-ils la même solution même sans règle spéciale, mais celle-ci peut contribuer à clarifier les choses et éviter aussi que, dans le sens de certaines opinions doctrinales, l'ordre public ne soit ici invoqué.

151 Les alinéas 2 et 3 se rapportent aux lois d'application immédiate d'un Etat tiers, auxquelles il peut être donné effet à titre exceptionnel si l'objet du litige présente un lien suffisamment étroit avec cet Etat. L'Etat tiers ne sera donc ni l'Etat du for, ni l'Etat dont la loi est désignée par les règles de conflit de la Convention. Il faut souligner que les lois d'application immédiate d'un Etat tiers ne seront prises en considération que si elles entendent s'appliquer au trust en question; ce point ne ressort peut-être pas avec suffisamment de clarté du texte. Enfin, il dépendra toujours de la sagesse du juge s'il veut donner effet aux lois d'application immédiate d'un Etat tiers. La formule «il peut ... être donné effet» précise qu'il n'y est jamais obligé.

Le deuxième alinéa ne sera appliqué que dans les Etats qui ne l'auront pas exclu par la réserve permise par le troisième alinéa.

152 Les solutions de l'article 16 sont le résultat d'assez longues discussions. Il convient de rappeler ici encore la genèse des articles 13, 15 et 16 (articles 14, 19 et 20 de l'avant-projet) au sein de la Commission spéciale (Rapport de la Commission spéciale, Nos 135–153). L'origine de la disposition se trouve dans l'article 7 de la Convention de Rome. Alors que la théorie des lois d'application immédiate était devenue familière aux Etats européens et notamment à ceux du Marché commun, elle a causé des difficultés à des délégations de pays plus éloignés, comme cela a été rappelé durant la Quinzième session par un délégué des Etats-Unis. On observera cependant que l'article 16 peut aussi servir à faire prévaloir certaines règles considérées comme fondamentales dans un pays connaissant le trust (par exemple la *rule against perpetuities*) à l'encontre d'un trust soumis à la loi d'un autre pays.

153 Le respect des lois d'application immédiate du for n'a guère été mis en doute. On pourrait d'ailleurs arguer que, puisque l'article 15 réserve les dispositions impératives des lois désignées par les règles de conflit du for, il oblige *a fortiori* à respecter les règles d'application immédiate du for lui-même.

legal authors under the name of 'laws of immediate application' and designated in the Rome Convention as 'mandatory rules'. These are rules which are intended to apply to certain legal situations and which take preference over the law which would be applicable according to the normal play of rules of conflicts of laws. They are sometimes referred to as mandatory rules, but these are in fact special mandatory rules and this idea is expressed in article 16 as follows: 'provisions ... which must be applied even in international situations, irrespective of rules of conflict of laws'.
Among the laws which fall in this category, mention may be made of those which are intended to protect the cultural heritage of a country, public health, certain vital economic interests, the protection of employees or of the weaker party to another contract. The French delegation asked that in the Report currency exchange regulations be mentioned in this connection.

150 The first paragraph of article 16 provides that the forum's laws of immediate application will override the other provisions of the Convention. Without doubt, the national courts will apply the same solution, even without a special rule, but this rule may contribute to clarifying matters and may also avoid that, in line with certain opinions of the legal writers, public policy be invoked in these cases.

151 The second and third paragraphs have to do with the laws of immediate application of third States to which effect may be given exceptionally if the lawsuit has a sufficiently close connection with such a State. The third State will then be neither the State of the forum nor the State the law of which is designated by the Convention's conflicts rules. It should be emphasized that the laws of immediate application of the third State will be taken into consideration only if they are intended to apply to the trust in question; this point perhaps does not come out with sufficient clarity from the text. Finally, the question of whether effect will be given to the laws of immediate application of a third State will always depend on the judge's wisdom. The formulation 'effect may... be given' makes it clear that the court is never obligated to do so.
The second paragraph will be applied only in those States which have not excluded its application by means of the reservation allowed in the third paragraph.

152 The solutions of article 16 are the result of rather long discussions. Reminder should be made here again of the genesis of articles 13, 15 and 16 (articles 14, 19 and 20 of the preliminary draft) within the Special Commission (Report of the Special Commission, Nos 135–153). This type of provision originated with article 7 of the Rome Convention. Although the theory of laws of immediate application had become familiar in the European States, and particularly in those of the Common Market, it caused difficulties for the delegations of countries which were further away from these developments, as was recalled during the Fifteenth Session by a delegate of the United States. It will be observed however that article 16 may also serve to cause certain rules, considered as being fundamental in a country which has trusts (for example the rule against perpetuities), to prevail as against a trust which is subject to the law of another country.

153 The respect for the forum's laws of immediate application was scarcely ever put in doubt. One might moreover argue that, since article 15 preserves the mandatory rules of the laws designated by the forum's conflicts rules, it calls *a fortiori* for respect to be given to the rules of immediate application of the forum itself.

154 Au contraire, l'inclusion d'une règle sur les lois d'application immédiate d'Etats tiers fut très contestée. Les débats à la Quinzième session reflétèrent ici les controverses qui existent à ce sujet, notamment dans les pays du Marché commun à propos de l'article 7 de la Convention de Rome. On sait que cet article peut être écarté par une réserve (article 22, alinéa premier, lettre *a*) dont plusieurs Etats semblent vouloir faire usage.

La suppression de l'article 20 de l'avant-projet, relatif aux lois d'application immédiate d'un Etat tiers, a été proposée dans les observations du Gouvernement allemand (Doc. prél. No 10), puis surtout par un document de travail et par des interventions du Délégué autrichien (Doc. trav. No 10), qui soutint notamment que le seul précédent en faveur d'une règle de ce genre était la Convention de Rome. Dans les travaux de revision de la Convention de 1955 sur la vente, la question était très controversée et l'avant-projet ne contient pas de disposition sur ce point. De l'avis de ce Délégué, pareille disposition relève du droit international public; son application pourrait fausser les résultats auxquels conduisent les règles de conflit du for et certaines personnes pourraient s'en servir pour se dérober à leurs obligations.
Les partisans de la solution firent, au contraire, remarquer qu'il y avait en tout cas encore un précédent dans l'article 16 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation; il est vrai que cette Convention n'est pas entrée en vigueur. On avança aussi qu'en donnant effet aux lois d'application immédiate d'un Etat tiers, on pouvait manifester cette solidarité entre Etats dont il a également été question lors de la discussion de l'article 13 (*supra*, No 129). On a aussi vu dans cette règle un moyen de mettre en échec certaines tentatives de se soustraire à des dispositions impératives au moyen d'un trust.

155 Lors de la première discussion des articles 19 et 20 de l'avant-projet, la conférence était saisie de deux propositions, mais de portée assez différente, de fusionner les deux dispositions.
Une proposition des Etats-Unis d'Amérique (Doc. trav. No 42) plaçait l'ensemble des questions sur le terrain des lois d'application immédiate du for ou d'un Etat tiers. Pour cette raison, elle était inacceptable aux adversaires de cette théorie; nous avons vu, à propos de l'article 15, qu'elle n'a pas été discutée plus en détail (*supra*, No 141).
Une proposition de la délégation allemande, au contraire, reprenait, pour l'essentiel, les dispositions de l'article 15, alinéa premier, comme une catégorie de lois impératives, mais prévoyait comme autre catégorie les lois d'application immédiate du for, à l'exclusion de celles d'un Etat tiers. Le texte en était le suivant (Doc. trav. No 44):

This Convention does not prevent the application of a mandatory rule:
1) of the law of the forum, if and so far as that rule applies irrespective of the law specified by choice-of-law rules, or 2) of the law designated by the choice-of-law rules of the forum outside the applicability of the Convention governing in particular –

(suivent les propositions des lettres *a* à *g*)

La conférence adopta le principe de cette proposition. En effet, à l'unanimité, elle accepta le système de l'article 15 (article 19 de l'avant-projet) et le respect des lois d'application immédiate du for. En revanche, elle rejeta, à une nette majorité, toute disposition relative aux lois d'application immédiate d'un Etat tiers.

154 To the contrary, the inclusion of a rule on the laws of immediate application of third States was very much contested. The discussions of the Fifteenth Session reflected here the controversies which exist on this subject, in particular in the countries of the Common Market with regard to article 7 of the Rome Convention. As is known, that article may be set aside by a reservation (sub-paragraph *a* of the first paragraph of article 22) which several States seem to intend to employ.
The elimination of article 20 of the preliminary draft, dealing with the laws of immediate application of third States, had been proposed in the comments of the German Government (Prel. Doc. No 10) and then, above all, by a Working Document and by the remarks of the Austrian Delegate (Working Document No 10), who argued in particular that the only precedent in favour of a rule of this type was the Rome Convention. In the work on revision of the 1955 Convention on Sales of Goods the question was very controversial, and the preliminary draft does not contain a provision on this point. In that Delegate's opinion such a provision has to do with public international law; its application may distort the results to which the conflicts rules of the forum would lead, and certain persons might employ it in order to avoid their obligations.
The partisans of this solution, to the contrary, remarked that there was in any case yet another precedent in article 16 of the Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency; it is true that this Convention has not yet entered into force. The argument was also advanced that, by giving effect to the laws of immediate application of a third State, the same solidarity among States could be shown as had been involved during the discussion of article 13 (*supra*, No 129). This rule was also seen as a means to frustrate certain attempts to escape from mandatory rules by means of a trust.

155 During the first discussion of articles 19 and 20 of the preliminary draft, the conference received two proposals, which were however of rather different scope, to merge these two provisions.
A proposal of the United States of America (Working Document No 42) placed the entirety of these questions in the framework of the laws of immediate application of the forum or of a third State. For this reason it was unacceptable to the adversaries of this theory. We have seen in connection with article 15 that this proposal was not discussed in more detail (*supra*, No 141).
A proposal of the German delegation, to the contrary, reproduced in their essentials the provisions of the first paragraph of article 15 as a category of mandatory laws, but provided as another category the laws of immediate application of the forum, to the exclusion of those of a third State. The text of this proposal was as follows (Working Document No 44):

This Convention does not prevent the application of a mandatory rule:
1) of the law of the forum, if and so far as that rule applies irrespective of the law specified by choice-of-law rules, or 2) of the law designated by the choice-of-law rules of the forum outside the applicability of the Convention governing in particular–

(the proposals contained in sub-paragraphs *a* to *g*)

The conference adopted the principle of this proposal. Indeed, unanimously it accepted the system of article 15 (article 19 of the preliminary draft) and respect for the forum's laws of immediate application. In contrast, it rejected by a clear majority any provision dealing with the laws of immediate application of third States.

156 A la suite du vote, le Comité de rédaction présenta un article 16 correspondant à l'alinéa premier actuel et n'ayant donc trait qu'aux lois d'application immédiate du for (Doc. trav. No 58).

157 Les délégations des Etats-Unis d'Amérique, de France, de Finlande et de Suisse proposèrent conjointement d'ajouter l'actuel alinéa 2 de l'article 16. L'inclusion d'une règle sur les lois d'application immédiate d'Etats tiers ayant été rejetée dans un premier vote, la réouverture de la discussion nécessitait une décision à la majorité absolue. La délégation autrichienne s'opposa à la motion de réouverture de la discussion; la délégation allemande indiqua qu'en cas d'acceptation de la proposition, une réserve serait nécessaire. La réouverture fut alors décidée par la conférence avec une seule voix d'opposition et quelques abstentions.
Les délégations française et suisse défendirent la proposition commune en rappelant les arguments en faveur d'une référence aux lois d'application immédiate étrangères et en signalant le déséquilibre qui résulterait d'une mention des seules lois d'application immédiate du for. Elles soutinrent aussi que la nouvelle proposition était plus claire que le texte de l'avant-projet et constituait également un progrès par rapport à la formule de la Convention de Rome.
Au contraire, les délégations anglaise et australienne, à la suite d'exemples pratiques soumis, estimaient que leurs systèmes de droit permettaient de tenir compte, dans certains cas, de lois d'application immédiate étrangères sans disposition spéciale.
Le principe de la proposition des quatre délégations fut alors adopté à une majorité des trois cinquièmes.

158 La conférence examina ensuite trois propositions tendant à permettre aux Etats de ne pas appliquer cette disposition.
La délégation autrichienne reprit un amendement à l'article 20 de l'avant-projet qu'elle avait fait à titre subsidiaire (Doc. trav. No 10):

La Convention ne fait pas obstacle à ce que, si la loi du for le permet, puissent être appliquées, à titre exceptionnel, des dispositions impératives...

Cette délégation envisagea, d'autre part, la transformation de la règle proposée en simple faculté pour les Etats.
Enfin, la délégation allemande reprit sa proposition d'une réserve à l'encontre de l'alinéa 2, cela à l'instar de l'article 22 de la Convention de Rome qui permet également une réserve n'ayant trait qu'aux lois d'application immédiate étrangères. Le Rapporteur eût préféré qu'une réserve portât sur l'ensemble de la disposition, afin d'éviter le déséquilibre résultant de la seule règle sur les lois d'application immédiate du for.

La proposition autrichienne de faire dépendre l'application de la disposition de la loi du for fut critiquée comme nuisible à la prévisibilité; elle fut rejetée à une nette majorité avec beaucoup d'abstentions. L'idée de la faculté ne fut pas mise au vote.
La conférence adopta, avec une seule voix d'opposition, le principe d'une réserve à l'encontre du seul alinéa 2 de l'article 16. L'exercice de la réserve est réglé par l'article 26.
Lors de la seconde lecture, le texte des alinéas 2 et 3 fut adopté tel qu'il figure dans la Convention (Doc. trav. No 64). Il fut alors expliqué que c'est à dessein que les textes français et anglais comportaient des formules quelque peu différentes. On précisa aussi que, si les termes français «avec l'objet du litige» pouvaient paraître plus étroits que les termes anglais «*with the case*»,

156 Following the vote, the Drafting Committee presented a draft of article 16, corresponding to the current first paragraph and therefore dealing only with the forum's laws of immediate application (Working Document No 58).

157 The delegations of the United States of America, of France, of Finland and of Switzerland proposed jointly to add the current second paragraph of article 16. Since the inclusion of a rule on the laws of immediate application of third States had been rejected in the first vote, reopening of the discussion required a decision by an absolute majority. The Austrian delegation opposed the motion for reopening of the discussion; the German delegation indicated that in case of acceptance of this proposal, a reservation would be necessary. The reopening was then decided on by the conference with a single opposing vote and several abstentions.
The French and Swiss delegations defended the joint proposal by recalling the arguments in favour of a reference to foreign laws of immediate application, and by pointing out the imbalance which could result from mentioning only the forum's laws of immediate application. They also contended that the new proposal was clearer than the text of the preliminary draft and also constituted an advance in comparison with the formulation of the Rome Convention.
To the contrary, the English and Australian delegations, in the light of practical examples which were submitted, thought that their legal systems would allow foreign laws of immediate application to be taken into account, without any special provision for this purpose.
The principle of the proposal by the four delegations was then adopted by a three-fifths' majority.

158 The conference then examined three proposals, which would permit States not to apply this provision.

The Austrian delegation revived an amendment to article 20 of the preliminary draft, which it had made as a subsidiary proposal (Working Document No 10):

The Convention does not prevent mandatory rules from being applied, exceptionally, where the law of the forum so permits... (Translation by the Permanent Bureau)

This delegation contemplated, moreover, the transformation of the proposed rule into a simple option for the States.
Finally, the German delegation revived its proposal for a reservation against the second paragraph, following the example of article 22 of the Rome Convention which also allows a reservation dealing only with foreign laws of immediate application. The Reporter would have preferred for the reservation to cover the entirety of the provision, in order to avoid the imbalance resulting from having a rule only on the forum's laws of immediate application.
The Austrian proposal to make the provision's application depend on the law of the forum was criticized as being harmful to foreseeability; it was rejected by a clear majority with many abstentions. The idea of an option was not put to the vote.
The conference adopted, with only one opposing vote, the principle of a reservation against only the second paragraph of article 16. The making of the reservation is governed by article 26.
At the time of the second reading, the texts of the second and third paragraphs were adopted as they appear in the Convention (Working Document No 64). It was then explained that it was intentional that the French and English texts had somewhat different formulations. It was also pointed out that, although the French phrase '*avec l'objet du litige*' could appear narrower than the

les termes français ne concernaient pas nécessairement un procès en cours. Signalons que la Convention de Rome parle à ce propos de «situation».

159 La conférence n'a pas discuté de la question de la réciprocité de la réserve prévue par l'alinéa 3. Un Etat contractant B pourrait-il refuser d'appliquer les lois d'application immédiate d'un Etat contractant A ayant fait la réserve? Pareille solution aurait le résultat étrange que l'Etat B appliquerait des lois d'application immédiate d'un Etat tiers non contractant, mais non celles de l'Etat contractant A. Aussi faut-il admettre que cette réserve n'a aucun effet réciproque[9].

Article 17

160 Cette disposition indique que la loi désignée par la Convention est toujours le droit matériel, à l'exclusion des règles de conflit de lois.
Cette solution est celle de toutes les conventions modernes. Jusqu'à un passé récent, la même idée était exprimée dans les Conventions de La Haye par l'utilisation du terme «loi interne».

161 Le principe figure à l'article 16 de l'avant-projet; il donna lieu à quelques discussions au sein de la Commission spéciale (Rapport de la Commission spéciale, Nos 128–131).

162 La Quinzième session a été saisie d'une proposition des Etats-Unis dont la teneur était la suivante (Doc. trav. No 43):

In this Convention, the word «law» means the law in force in a State, other than its rules of private international law, unless the settlor has specifically indicated otherwise.

Dans la discussion, on avança que la prise en considération des règles de conflit était en tout cas exclue pour le rattachement objectif et que, pour le rattachement subjectif, elle ne paraissait pas nécessaire et susceptible de compliquer les choses. On remarqua aussi qu'une telle solution n'avait jamais été retenue dans les Conventions récentes de La Haye.
La proposition fut rejetée à une forte majorité et la conférence adopta un texte proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales, calqué sur l'avant-projet de Convention en matière de vente (Doc. trav. No 45, article 16).

163 En séance plénière, les mots «droit international privé» furent remplacés par les mots «règles de conflit de lois».

Article 18

164 Cette disposition contient la clause d'ordre public usuelle dans les Conventions de La Haye.
La formule de l'article 18 de l'avant-projet a suscité à la Quinzième session quelques observations d'ordre plutôt rédactionnel. On a notamment fait valoir qu'il n'était pas indiqué de dire que «... ne peut être écartée *que*» (*only*). En effet, il y a d'autres articles, et notam-

[9] Sur les réserves et leur réciprocité, voir «Note sur les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye» *Actes et documents de la Treizième session*, 1976, tome I, *Matières diverses*, p. 102.

English phrase 'with the case', the French phrase did not necessarily refer to a pending lawsuit. We should point out that the Rome Convention speaks in this connection of 'situation'.

159 The conference did not discuss the question of the reciprocity of the reservation provided for in the third paragraph. Could Contracting State B refuse to apply the laws of immediate application of Contracting State A, which had made the reservation? Such a solution would have the strange result that State B would apply the laws of immediate application of a third non-Contracting State but not those of Contracting State A. Thus it has to be admitted that this reservation has no reciprocal effect.[9]

Article 17

160 This provision indicates that the law designated by the Convention is always the substantive law, to the exclusion of rules of conflict of laws.
This solution is that of all the modern conventions. Until the recent past, the same idea was expressed in the Hague Conventions by the employment of the term 'internal law'.

161 This principle appears in article 16 of the preliminary draft. It gave rise to some discussions within the Special Commission (Report of the Special Commission, Nos 128–131).

162 The Fifteenth Session received a proposal of the United States which read as follows (Working Document No 43):

In this Convention, the word 'law' means the law in force in a State, other than its rules of private international law, unless the settlor has specifically indicated otherwise.

During the discussion it was argued that the taking into consideration of conflicts rules was in any case excluded for the objective connection, and that, for the subjective connection, this did not seem necessary and it might complicate things. It was pointed out that such a solution had never been adopted in the recent Hague Conventions.
The proposal was rejected by a strong majority and the conference adopted a text proposed by the Sub-Committee on general and final clauses, modelled on the preliminary draft Convention on sales of goods (Working Document No 45, article 16).

163 In plenary session the words 'private international law' were replaced by the words 'conflict of laws'.

Article 18

164 This provision contains the public policy clause which is customary in the Hague Conventions.
The formulation of article 18 of the preliminary draft raised at the Fifteenth Session several comments which were more of a drafting nature. It was in particular argued that there was no need to say '...may be refused *only*'. Indeed, there are other articles and in particular

[9] On reservations and their reciprocities, see 'Note on reservations and options in the Hague Conventions' in *Acts and Documents of the Thirteenth Session*, 1976, Book I, *Miscellaneous matters*, p. 102.

ment l'article 5, qui écartent l'application de la Convention. D'autre part, on a remarqué que la formule anglaise de l'avant-projet, qui parlait de «l'application de la Convention», était préférable à la formule française qui parlait d'application «d'une des lois désignées...», puisque cette Convention n'a pas trait qu'aux conflits de lois, mais également à la reconnaissance.

Le texte de l'article 18 de la Convention a tenu compte de ces remarques.

Article 19

165 Il était nécessaire de préciser dans la Convention que le droit fiscal ne serait pas touché; en effet, si celle-ci apparaissait comme permettant, au moyen du trust, d'échapper à certains impôts, sa ratification serait gravement compromise. L'article 17 de l'avant-projet a été repris sans discussion par la Quinzième session.

Article 20

166 En vertu de cet article, un Etat pourra déclarer qu'il appliquera les dispositions de la Convention également aux trusts créés par décision de justice qui sans cela ne sont pas visés (*supra*, Nos 49–51, *ad* article 3).

Pareille déclaration n'entraîne aucune obligation pour les autres Etats contractants de reconnaître les trusts judiciaires de l'Etat qui a fait la déclaration.
Les alinéas 2 et 3 règlent les modalités de cette déclaration.

167 La Commission spéciale avait décidé d'exclure les trusts créés par autorité de justice du champ d'application de la Convention (Rapport de la Commission spéciale, Nos 33–34).
Cette décision fut remise en question à la Quinzième session et une proposition d'inclure les trusts par décision de justice (Doc. trav. No 16) a donné lieu à une discussion assez étendue. Sur cette proposition, tant les délégués de pays de *civil law* que ceux de pays de *common law* étaient divisés. En faveur de l'inclusion de ces trusts, on fit valoir qu'ils présentaient en général plus de garanties que des trusts créés par des particuliers et que, de plus, ils étaient soumis à la *lex magistratus*, ce qui excluait la possibilité du choix frauduleux d'une loi étrangère.
On argumenta également sur la base de la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements.
A l'encontre de cette solution, on fit valoir tout d'abord que la Convention est essentiellement axée sur la protection de la volonté des particuliers qui veulent créer un trust et que, d'autre part, inclure les trusts judiciaires reviendrait en quelque sorte à reconnaître des décisions étrangères par une voie détournée ne présentant pas les garanties ordinaires. Il fut aussi remarqué que, dans les pays de *common law*, les trusts judiciaires étaient le plus souvent un moyen d'opérer réparation. (Voir Rapport Dyer/Van Loon, No 107.) Or on ne saurait obliger à reconnaître dans la forme d'un trust ce qui ne serait pas reconnu sous forme d'un jugement ordinaire en paiement d'une somme d'argent.
A l'issue de cette discussion, l'inclusion générale des trusts judiciaires fut rejetée à une nette majorité.

168 La Commission examina ensuite une proposition plus restreinte, selon laquelle la Convention s'appliquerait «*to trusts of a continuing administrative nature which*

article 5 which set aside the application of the Convention. On the other hand, it was pointed out that the English formulation of the preliminary draft, which spoke of 'the application of the Convention', was preferable to the French formulation, which spoke about the application 'of one of the laws designated...', since this Convention deals not only with conflict of laws but also with recognition.
The text of article 18 of the Convention took these remarks into account.

Article 19

165 It was necessary to state in the Convention that tax law would not be affected; indeed, if the Convention appeared to allow, through means of trusts, the evasion of certain taxes, its chances for ratification would be seriously compromised. Article 17 of the preliminary draft was adopted without discussion by the Fifteenth Session.

Article 20

166 By virtue of this article, a State may declare that it will apply the Convention's provisions also to trusts declared by judicial decisions, which otherwise would not be covered (*supra*, Nos 49–51 dealing with arti- cle 3).
Such a declaration gives rise to no obligation for the other Contracting States to recognize judicial trusts of the State which has made the declaration.
The second and third paragraphs deal with the procedures in connection with such a declaration.

167 The Special Commission had decided to exclude trusts created by judicial authorization from the Convention's scope (Report of the Special Commission, Nos 33–34).
This decision was brought back into issue at the Fifteenth Session, and a proposal to include trusts created by judicial decision (Working Document No 16) gave rise to a rather extended discussion. On this proposal, both the delegates from civil law countries and those from common law countries were divided. In favour of the inclusion of these trusts it was argued that they offered in general more guarantees than trusts created by individuals and that, in addition, they were subject to the *lex magistratus*, which excluded the possibility of a fraudulent choice of a foreign law.
Further arguments were based on the Brussels Convention on jurisdiction and the recognition of judgments.

Against this solution it was argued first of all that the Convention was essentially centred on the protection of the intentions of individuals who want to create trusts, and that on the other hand to include judicial trusts would amount in some way to recognizing foreign decisions by way of a detour, which did not present the ordinary guarantees. It was also pointed out that in the common law countries judicial trusts were most often a method of providing a legal remedy. (See Dyer/Van Loon Report, No 107). Now, it was unthinkable to require recognition in trust form of something which would not be recognized in the form of an ordinary judgment for the payment of a sum of money.
At the end of this discussion the general inclusion of judicial trusts was rejected by a clear majority.

168 The Commission then examined a more restrictive proposal, under which the Convention would apply 'to trusts of a continuing administrative nature which are

are created by a judicial instrument» (Doc. trav. No 35). Cette proposition visait à exclure les *constructive trusts* comportant simplement un transfert de biens, mais à englober les trusts durables créés, par exemple, pour qu'un exécuteur testamentaire soit *trustee* de biens laissés à des enfants.
Cependant, cette proposition se heurta également à l'objection que l'on reconnaîtrait par là des jugements étrangers et elle fut écartée.

169 La solution de l'article 20 fut alors proposée par les délégations française et anglaise (Doc. trav. No 51). Les auteurs de la proposition rappelèrent que les membres de la Communauté européenne étaient déjà tenus de reconnaître des trusts judiciaires en vertu de la Convention de Bruxelles. Selon eux, un Etat contractant peut déclarer reconnaître, soit les trusts judiciaires de tous les autres Etats, soit seulement ceux en provenance de certains Etats, par exemple d'Etats du Marché Commun.
La proposition fut adoptée en principe après une brève discussion; le texte définitif répondant à diverses questions posées fut voté sans discussion (modifications rédactionnelles en séance plénière).

Article 21

170 Cet article permet aux Etats contractants de n'appliquer les dispositions sur la reconnaissance du chapitre III qu'à des trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.
Cette disposition fut inscrite à la suite des discussions sur l'application *erga omnes* de la Convention (*supra*, Nos 32–35). La réserve, écartant des trusts régis par la loi d'un Etat non contractant, ne saurait avoir d'effet réciproque. L'exercice de la réserve est régi par l'article 26.

171 A la suite des décisions prises sur l'universalité de la Convention et l'insertion d'une réserve, le Comité de rédaction proposa l'article 21 actuel dans la teneur suivante (Doc. trav. No 58):

Tout Etat contractant peut se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts régis par la loi d'un Etat contractant.

Lors de la deuxième lecture, la délégation allemande lui opposa cependant la proposition suivante (Doc. trav. No 62):

A Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter II only to trusts the significant elements of which are connected with a Contracting State and of Chapter III only to trusts governed by the law of a Contracting State.

On voit que cette formule permettrait aussi, selon des critères différents, de faire une réserve en ce qui concerne les dispositions sur la loi applicable. Cette proposition fut rejetée après une brève discussion, à une nette majorité avec beaucoup d'abstentions.

172 Durant la même discussion, il fut décidé sans opposition de préciser que le critère déterminant selon l'article 21 est la loi régissant la validité du trust. Si cette loi est la loi d'un Etat contractant, le trust doit être reconnu, même si certains de ses aspects, par exemple l'administration, sont régis par la loi d'un Etat non contractant.
Bien que cela n'ait pas été discuté lors de la Quinzième session, il faut admettre qu'il suffit, pour que le chapitre III soit applicable dans un Etat qui a fait la réserve, que

created by a judicial instrument' (Working Document No 35). This proposal was intended to exclude constructive trusts, which involve simply a transfer of assets, but to cover lasting trusts created for example in order that a testamentary executor might be trustee of property left to the deceased's children.
However, this proposal also encountered the objection that it would involve the recognition of foreign judgments, and it was set aside.

169 The solution of article 20 was then proposed by the French and English delegations (Working Document No 51). The authors of this proposal recalled that the members of the European Community were already bound to recognize judicial trusts by virtue of the Brussels Convention. They wanted a Contracting State to be able to declare that it would recognize either the judicial trusts of all other States or only those coming from certain States, for example States of the Common Market.
The proposal was adopted in principle after a brief discussion; the final text, which was designed to meet various questions which had been posed, was voted in without discussion (drafting amendments were made in plenary session).

Article 21

170 This article allows the Contracting States to apply the provisions of Chapter III on recognition only to trusts the validity of which is governed by the law of a Contracting State.
This provision was included following discussions on the application of the Convention *erga omnes* (*supra*, Nos 32–35). The reservation eliminating trusts governed by the law of a non-Contracting State is not to have reciprocal effect. The procedure for the reservation is governed by article 26.

171 Following decisions taken on the universality of the Convention and the insertion of a reservation, the Drafting Committee proposed the current article 21 in the following text (Working Document No 58):

A Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III only to trusts governed by the law of a Contracting State.

During the second reading the German delegation brought up, however, the following proposal (Working Document No 62):

A Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter II only to trusts the significant elements of which are connected with a Contracting State and of Chapter III only to trusts governed by the law of a Contracting State.

It can be seen that this formulation would also allow, under different criteria, the making of a reservation concerning the provisions on the applicable law. This proposal was rejected after a brief discussion by a clear majority, with several abstentions.

172 During the same discussion, it was decided without opposition to specify that the determinative criterion under article 21 is the law governing the validity of the trust. If this law is the law of a Contracting State, the trust must be recognized even if certain of its aspects, for example its administration, are governed by the law of a non-Contracting State.
Although this was not discussed at the Fifteenth Session, it should be accepted that it will suffice, in order that Chapter III be applicable in a State which has

la validité du trust soit régie par la loi d'un Etat contractant au moment où la reconnaissance est demandée. Le moment où le trust a été créé n'a pas d'importance. Il se peut qu'alors l'Etat dont la loi régit la validité n'était pas encore un Etat contractant ou encore que la loi régissant la validité lorsque le trust a été créé ait été remplacée par une autre, en application de l'article 10. Rappelons toutefois que le trust ne doit être reconnu que s'il a été créé selon la loi désignée par les articles 6 et 7 (article 11, alinéa premier). Un *trustee* ayant le pouvoir de changer la loi applicable pourrait donc remplacer la loi d'un Etat non contractant primitivement applicable par la loi d'un Etat contractant, afin d'assurer la reconnaissance du trust dans un autre Etat contractant.

Article 22

173 L'alinéa premier de cette disposition pose le principe que la Convention s'applique à tous les trusts, peu importe la date à laquelle ils ont été créés.
Le deuxième alinéa permet toutefois à un Etat contractant de faire une réserve aux termes de laquelle il n'appliquera pas la Convention à des trusts créés avant que la Convention ne soit entrée en vigueur pour lui. L'article 26 règle l'exercice de la réserve.

174 Cet article a été proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 24).
Dans la discussion, le principe de l'alinéa premier n'a pas été contesté; en revanche, la nécessité et le bien-fondé de la réserve ont été mis en doute. A son encontre on a objecté qu'elle était peu appropriée, étant donné le caractère ouvert de la Convention et qu'une réserve semblable dans la Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires n'avait pas été utilisée.

Certaines délégations ont cependant exprimé des craintes sur la rétroactivité que l'alinéa premier paraissait comporter. Ainsi, le Délégué australien a pensé que son pays aurait peut-être besoin de la réserve. Au contraire, les Délégués des Etats-Unis et du Royaume-Uni ont fait remarquer que la rétroactivité n'était dangereuse que si elle changeait le droit matériel, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. On a aussi craint que la réserve ne sème la confusion dans le cas de trusts qui ont des liens avec plusieurs pays.
En fin de compte, la proposition, dans son ensemble, a été adoptée sans opposition.
Un échange de vues s'est ensuite engagé sur la possibilité de faire une réserve partielle. La conclusion en a été que cela était possible sans que l'on modifie la rédaction.

175 Lors de la deuxième lecture, la question a été soulevée de savoir comment cette réserve se combinait avec celle relative aux limitations du chapitre III aux trusts créés selon la loi d'un Etat contractant (article 21). A supposer que l'Etat A fasse la réserve relative au temps de l'article 22, et l'Etat B la réserve de l'article 21 relative au chapitre III, il est bien clair que l'Etat A ne reconnaîtra les trusts de l'Etat B que s'ils ont été créés après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat A. Faut-il en conclure que l'Etat B n'est pas tenu de reconnaître des trusts conformes à la loi de l'Etat A créés avant l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat? La question n'a pas été résolue, mais, selon l'esprit général de la Convention et de la discussion, il

made the reservation, that the validity of the trust be governed by the law of a Contracting State at the time when recognition is requested. The time when the trust was created has no importance. It may be that, at that time, the State the law of which governs the validity was not yet a Contracting State, or even that the law governing the validity when the trust was created has been replaced by another law, pursuant to article 10. We should recall, however, that a trust has to be recognized only if it has been created under a law designated by articles 6 and 7 (article 11, first paragraph). A trustee who has the power to change the applicable law might then replace the law of a non-Contracting State, which was initially applicable, by the law of a Contracting State, in order to assure the recognition of the trust in another Contracting State.

Article 22

173 The first paragraph of this article sets forth the principle that the Convention applies to all trusts, regardless of the date on which they were created.
The second paragraph, however, allows a Contracting State to make a reservation under the terms of which it will not apply the Convention to trusts created before the Convention entered into force for it. Article 26 governs the procedures for this reservation.

174 This article was proposed by the Sub-Committee on general and final clauses (Working Document No 45, article 24).
During the discussion the principle of the first paragraph was not contested; in contrast, the necessity for and the justification of the reservation were placed in doubt. Against it, the objection was raised that it was not very appropriate, given the open character of the Convention, and the fact that a similar reservation in the Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions had not been employed.
Certain delegations, however, expressed fear about the retroactivity which the first paragraph seemed to involve. Thus the Australian Delegate thought that his country would perhaps have need for the reservation. To the contrary, the Delegates of the United States and the United Kingdom pointed out that retroactivity was dangerous only if it changed the substantive law, which was not the case for this provision. It was also feared that the reservation would sow confusion in connection with trusts which have ties with several countries.
In the end, the proposal in its entirety was adopted without opposition.
An exchange of views then took place on the possibility of making a partial reservation. The conclusion drawn from this was that such would be possible without changing the drafting.

175 At the second reading, a question was raised as to how this reservation would combine with that concerning the limitation of Chapter III to trusts created under the law of a Contracting State (article 21). Supposing that State A makes the reservation as to time of article 22, and State B makes the reservation of article 21, concerning Chapter III, it is quite clear that State A will recognize the trusts of State B only if they have been created after the entry into force of the Convention for State A. Should it be concluded from this that State B is not bound to recognize trusts conforming with the law of State A, which were created before the entry into force of the Convention for that State? The question was not resolved but under the general spirit of the

semble qu'il faille répondre par la négative.

La réciprocité ne jouerait certainement pas si l'Etat B n'avait pas fait la réserve de l'article 21, car sans cela les trusts de l'Etat contractant A seraient moins bien traités que les trusts d'Etats non contractants.

Article 23

176 Cette disposition vise les Etats comprenant plusieurs unités territoriales ayant chacune leur propre législation. Une telle unité sera traitée pour les besoins de la Convention comme si elle était un Etat: le choix de la loi d'une de ces unités composantes par le constituant sera efficace, et à défaut de choix, on appliquera les indices de l'article 7, alinéa 2, pour déterminer avec quelle unité le trust présente les liens les plus étroits.

Que se passera-t-il si le constituant choisit la loi d'un Etat non unifié comme telle, par exemple la loi américaine? Selon une déclaration de la délégation des Etats-Unis, qui n'a pas été contredite, un tel choix serait sans effet et la loi applicable devrait être déterminée selon l'article 7.

177 Le texte de la disposition a été proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 21). Celui-ci s'est inspiré d'une proposition australienne (Doc. trav. No 3) et de l'avant-projet de Convention en matière de vente. La discussion a révélé que deux solutions étaient possibles pour le problème posé par les Etats composés: soit, comme le faisait la proposition, appliquer directement les règles de conflit de la Convention aux unités territoriales, soit appliquer les règles interprovinciales de l'Etat concerné, pour autant qu'il en existe. Cette dernière solution figure dans nombre de Conventions de La Haye, par exemple dans l'article 16 de la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Dans le contexte de la Convention en discussion, la première solution fut cependant unanimement préférée.

178 La question se posa s'il fallait exprimer la solution adoptée par l'article proposé ou, au contraire, par une disposition inspirée de l'article 19 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, dont la teneur était la suivante:

Lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de contrats d'intermédiaires et de représentation, chaque unité territoriale est considérée comme un Etat aux fins de la détermination de la loi applicable selon la Convention.

En fin de compte, la formule de l'actuel article 23 fut préférée à celle de l'article 19 de la Convention sur la représentation par toutes les délégations contre une opposition et cinq abstentions.

Article 24

179 L'article 24 permet aux Etats à systèmes composés de ne pas appliquer la Convention aux conflits internes.

Cette disposition, proposée par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 22), est inspirée de l'avant-projet de Convention en matière de vente. Elle fut adoptée sans discussion, cela malgré certains doutes sur son utilité.

Convention and the discussion it seems that the response should be in the negative.
Reciprocity certainly would not come into play if State B had not made the reservation of article 21, for without that the trusts of Contracting State A would be less well treated than the trusts of non-Contracting States.

Article 23

176 This provision has to do with the States which are comprised of several territorial units, each having its own legislation. Such a unit will be treated for the purposes of the Convention as if it were a State; the choice of the law of one of these component units by the settlor will be effective and, in the absence of choice, the criteria of the second paragraph of article 7 will be applied to determine with which unit the trust has the closest connection.
What will happen if the settlor chooses the law of the non-unified State as such, for example American law? According to a declaration by the delegation of the United States, which was not contradicted, such a choice would have no effect and the applicable law would have to be determined under article 7.

177 The text of the provision was proposed by the Sub-Committee on general and final clauses (Working Document No 45, article 21). This text was inspired by an Australian proposal (Working Document No 3) and the preliminary draft Convention on sales of goods.
The discussion showed that two solutions were possible for the problem posed by the composite States; either as the proposal did, apply directly the Convention's conflicts rules to the territorial unit, or apply the interprovincial rules of the State concerned to the extent that some exist. This latter solution appears in a number of Hague Conventions, for example in article 16 of the Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations. In the context of the Convention under discussion, the first solution was however unanimously preferred.

178 The question was posed as to whether the solution adopted should be expressed by means of the proposed article or, to the contrary, by means of a provision inspired by article 19 of the Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency, which reads as follows:

Where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of agency, each territorial unit shall be considered as a State for the purposes of identifying the law applicable under this Convention.

In the end the formulation of the current article 23 was preferred to that of article 19 of the Agency Convention by all the delegations, except for one opposing and five abstentions.

Article 24

179 Article 24 allows the States with composite systems not to apply the Convention to internal conflicts.
This provision, proposed by the Sub-Committee on general and final clauses (Working Document No 45, article 22), was inspired by the preliminary draft Convention on sales of goods. It was adopted without discussion, despite certain doubts as to its utility.

Article 25

180 L'article 25, destiné à éviter des conflits de conventions, a également été proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 23) et adopté sans discussion.
Cette règle, qui se trouve également dans nombre d'autres conventions, est empruntée à l'article 22 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

CHAPITRE V - CLAUSES FINALES

181 Les clauses finales suivent le schéma habituel des Conventions de La Haye. Plusieurs innovations également en discussion à propos de la revision de la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, ont en fin de compte été écartées. On a estimé qu'il n'était pas indiqué de mélanger les solutions éprouvées avec des formules nouvelles, non encore examinées par les gouvernements.

182 En particulier, la Quinzième session renonça, après d'assez longues discussions, à inclure une clause de revision.
Le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales avait proposé une telle clause (Doc. trav. No 45, article 31).
Celle-ci prévoyait que, lorsque la Convention aurait été en vigueur depuis quatre ans, un quart des Etats contractants, au minimum cinq, pourrait demander la convocation d'une conférence de revision. Le résultat de la revision devait prendre la forme d'un nouvel instrument international et l'adhésion à cet instrument comportait *ipso jure* la dénonciation de l'ancienne Convention.

Cette proposition était inspirée de l'avant-projet de Convention en matière de vente. En particulier, le remplacement automatique de l'ancienne Convention par la nouvelle devait parer aux difficultés que l'on avait rencontrées du fait que la Convention de 1955 sur la vente ne pouvait être dénoncée que tous les cinq ans.

183 Dans une première discussion, l'utilité des clauses de revision fut mise en doute par le Délégué autrichien, mais la proposition rencontra l'agrément de tous les autres délégués, sauf quelques abstentions.
La proposition figura alors dans l'article 31 du texte revisé soumis à la deuxième lecture (Doc. trav. No 64), avec quelques modifications rédactionnelles.

184 En deuxième lecture, les critiques portèrent notamment sur le dernier alinéa qui était rédigé comme suit (Doc. trav. No 64):

Le consentement à être lié par le nouvel instrument de revision impliquera ipso jure *la dénonciation immédiate de la présente Convention, nonobstant les dispositions de son article 32* [article sur la dénonciation, actuel article 31], *lorsque le nouvel instrument portant revision entrera en vigueur à l'égard de l'Etat concerné.*

Le Délégué autrichien et le Rapporteur demandèrent ce que signifiait la formule «consentement à être lié»; visait-on la signature ou la ratification? On se demanda aussi si la référence à l'article sur la dénonciation signifiait seulement que les formalités ne devaient pas être observées ou aussi que le délai de six mois n'allait pas s'appliquer.
L'utilité de la clause fut mise en doute, notamment parce

Article 25

180 Article 25, which is intended to avoid conflicts of conventions, was also proposed by the Sub-Committee on general and final clauses (Working Document No 45, article 23) and adopted without discussion.
This rule, which is also found in a number of other Conventions, was borrowed from article 22 of the Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

181 The final clauses follow the customary lay-out of the Hague Conventions. Several innovations, which were also under discussion in connection with the revision of the Convention of 15 June 1955 on the Law Applicable to International Sales of Goods, were in the end rejected. It was thought that it was not a good idea to mix tested solutions with new formulations, which had not yet been examined by the Governments.

182 In particular, the Fifteenth Session gave up the idea, after rather long discussions, of including a clause dealing with revision of the Convention.
The Sub-Committee on general and final clauses had proposed such a clause (Working Document No 45, article 31).
That clause had provided that when the Convention had been in force for four years, a quarter of the Contracting States, with a minimum of five, might request the convocation of a conference for the Convention's revision. The result of the revision was to take the form of a new international instrument and accession to that instrument would involve *ipso jure* the denunciation of the old Convention.
This proposal was inspired by the preliminary draft Convention on sales. In particular, the automatic replacement of the old Convention by the new was intended to ward off the difficulties that had been encountered by reason of the fact that the 1955 Convention on Sales could be denounced only at five-year intervals.

183 During the first discussion the usefulness of clauses for revision was placed in doubt by the Austrian Delegate, but the proposal met with the agreement of all the other delegates except for some abstentions.
The proposal then appeared in article 31 of the revised text, submitted for second reading (Working Document No 64), with some drafting changes.

184 On second reading, the criticism bore in particular on the last paragraph, which was drafted as follows (Working Document No 64):

The consent to be bound by the new revising instrument shall ipso jure *involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of its article 32* [article on denunciation, current article 31] *if and when the new revising instrument shall have come into force in respect of the State concerned.*

The Austrian Delegate and the Reporter asked what the formulation 'consent to be bound' meant; did this refer to signature or ratification? It was also asked whether the reference to the article on denunciation meant only that the formalities did not have to be observed, or also that the six-months' period of delay would not apply.

The usefulness of this clause was placed in doubt, in

que, à la différence de la Convention sur la vente de 1955, la Convention sur les trusts peut être dénoncée à tout moment, avec un délai de six mois. On critiqua également le fond de la solution, le maintien de l'ancienne Convention dans les rapports avec les Etats qui ne veulent pas ratifier la nouvelle pouvant se justifier, étant donné que certaines dispositions de la Convention se réfèrent aux Etats contractants.
La proposition de biffer cet alinéa fut cependant rejetée à une faible majorité et la disposition renvoyée au Comité de rédaction.

185 A une séance suivante, la délégation suisse demanda formellement la suppression du quatrième alinéa. La Quinzième session décida à une large majorité d'ouvrir à nouveau la discussion. Elle vota ensuite, à une forte majorité, la suppression du quatrième alinéa.

186 La séance plénière se trouva donc en présence d'un article 31 ne comportant plus que les trois premiers alinéas (séance plénière, Doc. trav. No 2, article 31). Déjà, lors de la deuxième lecture, la remarque avait été faite que, sans le dernier alinéa, la clause de revision n'avait plus beaucoup de sens.

En fin de compte, la conférence décida en séance plénière de supprimer complètement la clause de revision.

Article 26

187 L'article 26 règle l'exercice des réserves prévues aux articles 16, 21 et 22. On remarquera qu'en application de l'alinéa premier, une réserve doit être faite au plus tard au moment de l'acte donnant effet à la Convention dans un Etat ou dans une unité territoriale. En revanche, une réserve peut être retirée à tout moment.

Le deuxième alinéa contient l'importante précision que les réserves possibles sont limitativement énumérées dans la Convention.

188 La disposition a été proposée par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales selon les modèles contenus dans d'autres Conventions de La Haye (Doc. trav. No 45, article 25) et adoptée sans discussion.

Article 27

189 L'article 27 consacre la solution traditionnelle des Conventions de La Haye qui ne peuvent être signées et ratifiées que par des Etats qui étaient Membres de la Conférence lors de la Session où elles ont été élaborées.

190 La Quinzième session était saisie à ce propos d'une proposition alternative du Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 26, variantes I et II).
Une première variante prévoyait que la Convention serait ouverte à la signature de tous les Etats; les Etats auraient d'ailleurs pu également adhérer sans signer. Cette formule était empruntée à l'avant-projet de Convention en matière de vente, qui est destiné à une session spéciale de la Conférence, à laquelle tous les Etats du monde et non seulement les Membres de la Conférence sont invités.
La deuxième variante, au contraire, correspondait au système traditionnel des Conventions de La Haye. Lors de la discussion, la grande majorité des délégations se prononça pour la deuxième variante; aussi celle-ci fut-

particular because, unlike the Sales Convention of 1955, the Convention on trusts can be denounced at any time, with a delay of six months before the denunciation takes effect. There was also criticism of the solution on its merits, since the maintenance of the old Convention for relations with the States which do not wish to ratify the new one may be justifiable, given that certain provisions of the Convention refer to Contracting States.
The proposal to delete this paragraph was however rejected by a weak majority and the provision was sent back to the Drafting Committee.

185 At a subsequent sitting the Swiss delegation asked formally for the deletion of the fourth paragraph. The Fifteenth Session decided by a large majority to open the discussion again. It voted then by a strong majority to delete the fourth paragraph.

186 The plenary session therefore found before it an article 31 which consisted only of the first three paragraphs (plenary session, Working Document No 2, article 31). Already, at the time of the second reading, the comment had been made that, without the last paragraph, the revision clause had no longer very much meaning.
In the end the conference decided in plenary session to delete completely the article on revision of the Convention.

Article 26

187 Article 26 governs the procedure for the reservations provided in articles 16, 21 and 22. It will be noted that, in application of the first paragraph, a reservation must be made at the latest at the time of the act which gives effect to the Convention in a State or in a territorial unit. In contrast, a reservation may be withdrawn at any time.
The second paragraph contains the important information that the possible reservations are set out exhaustively in the Convention.

188 This provision was proposed by the Sub-Committee on general and final clauses, following the models contained in other Hague Conventions (Working Document No 45, article 25) and it was adopted without discussion.

Article 27

189 Article 27 sets forth the traditional solution of the Hague Conventions, which can be signed and ratified only by States which were Members of the Conference at the time of the Session at which they were drawn up.

190 The Fifteenth Session had received in this connection an alternative proposal from the Sub-Committee on general and final clauses (Working Document No 45, article 26, variants I and II).
A first variant provided that the Convention would be open for signature by all States; the States moreover would also have been able to accede without signing. This formulation was borrowed from the preliminary draft Convention on Sales, which will go to a special session of the Conference to which all States of the world, and not merely the Members of the Conference, are invited.
The second variant, to the contrary, corresponded to the traditional system of the Hague Conventions. During the discussion a great majority of the delegations expressed themselves in favour of the second variant; so

elle acceptée avec une seule opposition et quelques abstentions.

Article 28

191 Cet article prévoit la possibilité pour les Etats non-membres d'adhérer à la Convention après son entrée en vigueur. Selon l'alinéa 3, cette adhésion n'aura pas d'effet dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui auront élevé une objection dans un délai d'un an. Les Etats membres de la Conférence peuvent également élever une telle objection s'ils deviennent Parties à la Convention après l'adhésion.

192 Cette disposition a été proposée par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales pour l'hypothèse de l'acceptation de la variante II de l'article 27, qui a effectivement été retenue (Doc. trav. No 45, article 26*bis*). A la suite de la discussion, la précision que l'adhésion ne peut avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur, qui avait été omise dans certaines Conventions récentes de La Haye, a été ajoutée, à l'instar des Conventions un peu plus anciennes, telles que, par exemple, la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, article 21.

193 Une proposition de la délégation suisse de prévoir, à l'article 28, alinéa 3, le système plus restrictif de «l'acceptation positive» en lieu et place de celui de «l'opposition préventive», fut retirée à la suite de la décision de la conférence de prévoir une convention applicable *erga omnes* (Doc. trav. No 56).

194 On peut se demander quelle portée a encore l'article 28, alinéa 3, dans une Convention qui prévoit que ses règles sur la loi applicable et la reconnaissance sont applicables à tous les trusts, quelle que soit leur provenance (*supra*, Nos 32–35). On peut répondre que la clause aura des effets pour les Etats qui auront fait la réserve de l'article 21, relative au chapitre III. L'Etat contre l'adhésion duquel ils auront élevé une objection sera pour eux un Etat non contractant et ils ne seront pas tenus de reconnaître les trusts créés selon sa loi. La clause aura aussi des effets pour un Etat qui aura fait un usage limité de l'article 20, en déclarant reconnaître des trusts créés par décision de justice dans un Etat contractant.

Article 29

195 Cette disposition prévoit la possibilité pour les Etats non unifiés d'appliquer la Convention seulement dans certaines unités territoriales, et de modifier la situation par la suite.
Le texte proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 27) ne rencontra en soi pas d'objections.

196 Il contenait encore le passage: «... des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention...». Ces mots ont été supprimés pour essayer de résoudre une difficulté soulevée par la délégation des Pays-Bas. Celle-ci exposa, en effet, que l'article 29 ne couvrait pas le cas de ses relations avec les Antilles néerlandaises, dont elle assure les relations internationales, mais qui pour le reste ont leur politique législative indépendante. Cette délégation eût souhaité l'insertion de la disposition suivante, qui figurait régulièrement dans les Conventions de La Haye et notamment à l'article 33 de la Convention du 25 octobre 1980

this variant was accepted with a single opposing vote and several abstentions.

Article 28

191 This article provides the possibility for non-Member States to accede to the Convention after its entry into force. Under the third paragraph, such accessions will have no effect as regards relations between the acceding States and those Contracting States which raise an objection within one year. The Conference's Member States may also raise such an objection if they become Parties to the Convention after the accession.

192 This provision was proposed by the Sub-Committee on general and final clauses for the situation which would arise from the acceptance of variant II of article 27 which, indeed, occurred (Working Document No 45, article 27*bis*). Following the discussion, the specification that the accession can only take place after entry into force of the Convention, which had been omitted from certain recent Hague Conventions, was added following the example of some Conventions which were a little older such as, for example, the Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, article 21.

193 A proposal by the Swiss delegation to provide, in the third paragraph of article 28, for the more restrictive system of 'positive acceptance', in place and instead of that of 'preventive opposition', was withdrawn following the conference's decision to adopt a convention which would be applicable *erga omnes* (Working Document No 56).

194 It may be asked what significance the third paragraph of article 28 still has in a Convention which provides that its rules on applicable law and recognition are applicable to all trusts, whatever their source (*supra*, Nos 32–35). The reply may be made that the clause will have effects for those States which make the reservation of article 21 dealing with Chapter III. Any State, against the accession of which they will have raised an objection, will be for them a non-Contracting State, and they will not be bound to recognize trusts created under its law. The clause will also have effects for a State which will have made a limited use of article 20, by declaring that it will recognize trusts declared by judicial decisions in Contracting States.

Article 29

195 This article provides the possibility for territorially non-unified States to apply the Convention only in certain territorial units, and subsequently to change the situation.
The text proposed by the Sub-Committee on general and final clauses (Working Document No 45, article 27) met in itself no objection.

196 It still contained the passage '...different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention ...'. These words were deleted in order to try to resolve a difficulty raised by the Netherlands delegation. That delegation pointed out that article 29 would not cover the case of its relations with the Netherlands Antilles, for which it handled international relations, but which, for the rest, had their independent legislative policy. This delegation desired the insertion of the following provision which appeared regularly in the Hague Conventions, and in particular at article 33 of the Convention of 25 October 1980 on

tendant à faciliter l'accès international à la justice (Doc. trav. No 57):

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat.

Cette proposition fut combattue par des références aux solutions retenues dans l'avant-projet de Convention en matière de vente. On allégua aussi que ce texte était contraire à la politique de décolonisation des Nations Unies, sans cependant expliquer en quoi consistait exactement cette contradiction. Etant donné la situation concrète existant au Royaume des Pays-Bas, l'article 29 ne paraissait pas pouvoir s'appliquer et la clause proposée nécessaire. Elle fut néanmoins écartée à une nette majorité. Il est douteux que la suppression du passage cité plus haut suffise à résoudre la difficulté.

Article 30

197 L'article 30 prévoit l'entrée en vigueur de la Convention après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Il distingue ensuite, pour l'entrée en vigueur, les Etats ratifiant, acceptant ou approuvant – c'est-à-dire les Etats membres de la Conférence –, les Etats adhérant, et l'extension aux unités territoriales. Il convient de remarquer qu'à la lettre *b*, le délai de trois mois ne commence à courir qu'à l'expiration du délai d'un an de l'article 29, alinéa 3. Une adhésion n'aura donc d'effet que quinze mois après le dépôt de l'instrument.

198 Cette disposition se fonde sur un article proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 28) dont la rédaction fut précisée en séance et par le Comité de rédaction.

Article 31

199 L'article 31 concerne la dénonciation de la Convention; on notera que, à la différence de conventions plus anciennes, la Convention actuelle n'a pas une durée fixe, mais peut être dénoncée à tout moment.
Si un Etat dénonce purement et simplement, la Convention cessera d'avoir effet au bout d'une période de six mois. Mais l'Etat dénoncant peut également fixer une date ultérieure; en revanche, il ne peut pas faire dépendre l'effet de la dénonciation d'un événement futur.

200 La clause a été reprise, avec des modifications rédactionnelles, de l'article 30 de la proposition du Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 30).

Article 32 et clause de signature

201 Ces dispositions correspondent également aux clauses finales usuelles de la Conférence de La Haye. On remarquera que les textes français et anglais sont les textes officiels.

Bettmeralp, janvier 1985

International Access to Justice (Working Document No 57):

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that the Convention shall extend to all the territories for the international relations of which it is responsible, or to one or more of them. Such a declaration shall take effect at the time the Convention enters into force for that State.

This proposal was fought by reference to the solutions adopted in the preliminarly draft Convention on sales of goods. It was also said that this text was contrary to the decolonization policy of the United Nations, though it was not explained exactly what this contradiction consisted of. Given the concrete situation existing in the Netherlands, article 29 did not appear to be able to apply and the proposed clause seemed necessary. It was none the less eliminated by a clear majority. It is doubtful that the deletion of the passage quoted above will suffice to resolve the difficulty.

Article 30

197 Article 30 provides for the Convention's entry into force after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval. It distinguishes thereafter for the entry into force between States ratifying, accepting or approving – in other words, the Member States of the Conference – the acceding States and extensions to territorial units. It should be noted that in sub-paragraph *b* the three-months' time period commences to run only after the expiry of the one-year time period referred to in the third paragraph of article 29. An accession will therefore take effect only 15 months after the deposit of the instrument.

198 This provision is based on an article proposed by the Sub-Committee on general and final clauses (Working Document No 45, article 28), the drafting of which was made more precise in the meeting and by the Drafting Committee.

Article 31

199 Article 31 concerns the denunciation of the Convention; it will be noted that unlike older Conventions the present Convention does not have a fixed duration, but may be denounced at any time.
If a State purely and simply denounces it, the Convention will cease to have effect at the end of a period of three months. But the denouncing State may also set a later date; in contrast, it cannot make the effects of the denunciation depend upon a future event.

200 This clause was taken, with drafting changes, from article 30 of the proposal of the Sub-Committee on general and final clauses (Working Document No 45, article 30).

Article 32 and signature clause

201 These provisions also correspond to the usual final clauses of the Hague Conference. It will be noted that the English and French texts are the official texts.

Bettmeralp, January 1985

Table du Rapport

	page
Introduction	370
LA MARCHE DES TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	370
OBJET DU PRÉSENT RAPPORT	372
LES CARACTÉRISTIQUES DE LA CONVENTION	372
LA STRUCTURE DE LA CONVENTION	374
Commentaire de la Convention	375
PRÉAMBULE ET CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION	375
Article premier	375
Les institutions visées	375
La loi applicable au trust	376
La reconnaissance du trust	376
L'application de la Convention erga omnes	377
Article 2	378
Alinéa premier	379
Alinéa 2	379
Alinéa 3	380
Article 3	380
La limitation aux trusts volontaires	380
La preuve par écrit	381
Article 4	381
Article 5	383
CHAPITRE II - LOI APPLICABLE	383
Article 6	383
Alinéa premier	384
Alinéa 2	385
Article 7	385
Article 8	387
Article 9	389
Article 10	392

Contents of the Report

	page
Introduction	370
THE DEVELOPMENT OF THE WORK DONE BY THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW	370
PURPOSE OF THIS REPORT	372
THE CONVENTION'S CHARACTERISTICS	372
THE STRUCTURE OF THE CONVENTION	374
Commentary on the Convention	375
PREAMBLE AND FIRST CHAPTER – SCOPE	375
Article 1	375
The institutions covered	375
The law applicable to trusts	376
Recognition of trusts	376
The application of the Convention erga omnes	377
Article 2	378
First paragraph	379
Second paragraph	379
Third paragraph	380
Article 3	380
The limitation to voluntary trusts	380
Evidence in writing	381
Article 4	381
Article 5	383
CHAPTER II – APPLICABLE LAW	383
Article 6	383
First paragraph	384
Second paragraph	385
Article 7	385
Article 8	387
Article 9	389
Article 10	392

	page		page
CHAPITRE III – RECONNAISSANCE	393	CHAPTER III – RECOGNITION	393
Article 11	393	*Article 11*	393
Alinéa premier	394	*First paragraph*	394
Alinéa 2	394	*Second paragraph*	394
Alinéa 3	394	*Third paragraph*	394
Article 12	396	*Article 12*	396
Article 13	397	*Article 13*	397
Article 14	400	*Article 14*	400
CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES	400	CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES	400
Article 15	400	*Article 15*	400
Alinéa premier	400	*First paragraph*	400
Alinéa 2	403	*Second paragraph*	403
Article 16	403	*Article 16*	403
Article 17	407	*Article 17*	407
Article 18	407	*Article 18*	407
Article 19	408	*Article 19*	408
Article 20	408	*Article 20*	408
Article 21	409	*Article 21*	409
Article 22	410	*Article 22*	410
Article 23	411	*Article 23*	411
Article 24	411	*Article 24*	411
Article 25	412	*Article 25*	412
CHAPITRE V – CLAUSES FINALES	412	CHAPTER V – FINAL CLAUSES	412
Article 26	413	*Article 26*	413
Article 27	413	*Article 27*	413
Article 28	414	*Article 28*	414
Article 29	414	*Article 29*	414
Article 30	415	*Article 30*	415
Article 31	415	*Article 31*	415
Article 32 et clause de signature	415	*Article 32 and signature clause*	415

Tables

Table par articles
Cross-reference table

Convention Texte adopté *Convention* *Text adopted* (pages 361-368)	Avant-projet de Convention du 28 octobre 1983 *Preliminary draft Convention of 28 October 1983* (pages 167-171)	Procès-verbaux de la Commission II de la XVe Session *Minutes of Commission II of the XVth Session* (pages 229-349)	Projet du Comité sur les clauses finales *Final Clauses Committee's Draft* (pages 272-275)
Titre/ *Title*	Titre/ *Title*	Pv. 12, 14	
Préambule/ *Preamble*	–	Pv. 12 14	
art. 1	art. 1, var. B	Pv. 1, 2, 12	
art. 2	art. 4	Pv. 3, 4, 12	
art. 3	art. 3	Pv. 3, 12	
art. 4	art. 2	Pv. 2, 3, 12	
art. 5	art. 5	Pv. 4, 12	
art. 6	art. 6	Pv. 4, 5, 12	
art. 7	art. 7	Pv. 5, 6, 12, 14	
art. 8	art. 8	Pv. 6, 12 14	
art. 9	arts 6, 7	Pv. 12, 14	
art. 10	arts 9, 10	Pv. 1, 7, 12, 13, 14	
art. 11	art. 11	Pv. 7, 8, 12	
art. 12	art. 12	Pv. 8, 12	
art. 13	art. 14	Pv. 1, 9, 13	
art. 14	art. 15	Pv. 9, 13	
art. 15	art. 19	Pv. 1, 9, 10, 13, 14	
art. 16	art. 20	Pv. 1, 9, 13, 14	
art. 17	art. 16	P.v. 9, 13	art. 16
art. 18	art. 18	Pv. 9, 13	
art. 19	art. 17	Pv. 9, 13	
art. 20	–	Pv. 13	
art. 21	art. 1, var. A I	Pv. 13	
art. 22	–	Pv. 11, 13	art. 24
art. 23	–	Pv. 11,13	art. 21
art. 24	–	Pv. 11, 13	art. 22
art. 25	–	Pv. 11, 13	art. 23
art. 26	–	Pv. 11, 13, 14	art. 25
art. 27	–	Pv. 11, 13	art. 26
art. 28	–	Pv. 11, 13	art. 26*bis*
art. 29	–	Pv. 11, 13	art. 27
art. 30	–	Pv. 11, 13	art. 28
art. 31	–	Pv. 11, 13, 14	art. 30
art. 32	–	Pv. 11, 13, 14	art. 31

Projets du Comité de rédaction et Projet soumis à la Séance plénière *Drafting Committee's Drafts and Draft submitted to the Plenary Session* (pages 312-318; 327-330; 339-345; 352-358)	Rapport von Overbeck *Von Overbeck Report* (pages 369-417)
Titre/title	No –
Préambule/ *Preamble*	Nos 24-26
art. 1	Nos 24-35
art. 2	Nos 26, 36-47, 57, 81
art. 3	Nos 25, 41, 48-52, 64, 82, 138, 166
art. 4	Nos 53-60, 83, 85
art. 5	Nos 61-62, 70
art. 6	Nos 61, 63-71, 73, 78, 81, 82, 91-96, 101, 104, 122, 172
art. 7	Nos 61, 70-82, 91-96, 98, 101, 104, 122, 172,176
art. 8	Nos 59, 81-90, 100, 101
art. 9	Nos 62, 63, 70, 74, 88, 91-96, 99, 103
art. 10	Nos 97-103, 107, 172
art. 11	Nos 44, 104-117, 118, 138, 143, 172
art. 12	Nos 118-121
art. 13	Nos 65, 105, 119, 122-133, 152, 154
art. 14	Nos 129, 134-135
art. 15	Nos 22, 54, 105, 115, 116, 119, 136-148, 152-153, 155
art. 16	Nos 22, 105, 119, 140, 148-159, 187
art. 17	Nos 22, 64, 160-163
art. 18	Nos 22, 164
art. 19	Nos 22, 165
art. 20	Nos 22, 25, 49, 166-169, 194
art. 21	Nos 22, 170-172, 175, 187, 194
art. 22	Nos 22, 173-175, 187
art. 23	Nos 22, 176-178
art. 24	Nos 22, 179
art. 25	Nos 22, 180
art. 26	Nos 158, 170, 173, 187-188
art. 27	Nos 189-190, 192
art. 28	Nos 191-194
art. 29	Nos 195-196, 197
art. 30	Nos 197-198
art. 32	Nos 199-200
art. 33	No 201

Table des matières

	Page
Avis au lecteur	5
Quinzième session – Travaux préliminaires	7
Liste des documents préliminaires	8
Rapport sur les trusts et institutions analogues, établi par MM. Adair Dyer et Hans van Loon	10
Study on business trusts and charitable trusts, *rapport établi par M. Donald T. Trautman*	111
Observations sur les trusts d'affaires et les trusts de charité au Canada, soumises par M. D.W.M. Waters	118
A trustee in Continental Europe: The experience of the Bank for International Settlements, *rapport établi par MM. G. K. Simons et L. G. Radicati*	124
Unit trusts in the United Kingdom, *document soumis par les experts du Royaume-Uni*	131
Conclusions tirées de la Commission spéciale de juin 1982	136
Projet d'articles, établi par le Comité de rédaction ad hoc	141
Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur le projet d'articles	144
Texte revisé présenté par le Comité de rédaction	149
Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur le texte revisé	153
Note sur les trusts et relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de trust	162
Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 28 octobre 1983	167
Rapport de M. Alfred E. von Overbeck	172
Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur l'avant-projet et le Rapport	206
Quinzième session – Actes	223
Procès-verbaux et Documents de travail de la Deuxième commission	224
Membres de la Deuxième commission	224
Documents de travail Nos 1 à 19	227
Procès-verbal No 1	229
Documents de travail Nos 20 à 30	233
Procès-verbal No 2	235
Documents de travail Nos 31 à 36	241
Procès-verbal No 3	242

Table of contents

	Page
Notice to the reader	5
Fifteenth Session – Preliminary Documents	7
List of Preliminary Documents	8
Report on trusts and analogous institutions, by Adair Dyer and Hans van Loon	10
Study on business trusts and charitable trusts, prepared by Donald T. Trautman	111
Comments on business and charitable trusts in Canada, prepared by D.W.M. Waters	118
A trustee in Continental Europe: The experience of the Bank for International Settlements, by G.K. Simons and L.G. Radicati	124
Unit trusts in the United Kingdom, document submitted by the Experts of the United Kingdom	131
Conclusions drawn from the discussions of the Special Commission of June 1982	136
Draft articles, drawn up by the ad hoc *Drafting Committee*	141
Comments of the Governments and International Organizations on the draft articles	144
Revised text proposed by the Drafting Committee	149
Comments of the Governments and International Organizations on the revised text	153
Note on trusts concerning the recognition and enforcement of decisions relating to trusts	162
Preliminary draft Convention adopted by the Special Commission on 28 October 1983	167
Report by Alfred E. von Overbeck	172
Comments of the Governments and International Organizations on the preliminary draft and on the Report	206
Fifteenth Session – Acts	223
Minutes and Working Documents of the Second Commission	224
Members of the Second Commission	224
Working Documents Nos 1 to 19	227
Procès-verbal No 1	229
Working Documents Nos 20 to 30	233
Procès-verbal No 2	235
Working Documents Nos 31 to 36	241
Procès-verbal No 3	242

	Page
Documents de travail Nos 37 et 38	249
Procès-verbal No 4	249
Documents de travail Nos 39 et 40	256
Procès-verbal No 5	257
Document de travail No 41	262
Procès-verbal No 6	263
Documents de travail Nos 42 à 44	271
Document de travail No 45	272
Document de travail No 46	275
Procès-verbal No 7	275
Documents de travail Nos 47 à 49	281
Procès-verbal No 8	282
Documents de travail Nos 50 à 54	289
Procès-verbal No 9	290
Document de travail No 55	296
Document de travail No 56	297
Procès-verbal No 10	297
Document de travail No 57	306
Procès-verbal No 11	306
Document de travail No 58	312
Documents de travail Nos 59 à 62	319
Procès-verbal No 12	319
Document de travail No 63	327
Procès-verbal No 13	330
Document de travail No 64	339
Document de travail No 65	346
Procès-verbal No 14	346
Séance plénière	351
Document de travail No 2	352
Procès-verbal No 3	359
Projet de Convention adopté	361
Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck	369
Tables	419
Table par articles	420
Table des matières	422

	Page
Working Documents Nos 37 and 38	249
Procès-verbal No 4	249
Working Documents Nos 39 and 40	256
Procès-verbal No 5	257
Working Document No 41	262
Procès-verbal No 6	263
Working Documents Nos 42 to 44	271
Working Document No 45	272
Working Document No 46	275
Procès-verbal No 7	275
Working Documents Nos 47 to 49	281
Procès-verbal No 8	282
Working Documents Nos 50 to 54	289
Procès-verbal No 9	290
Working Document No 55	296
Working Document No 56	297
Procès-verbal No 10	297
Working Document No 57	306
Procès-verbal No 11	306
Working Document No 58	312
Working Documents Nos 59 to 62	319
Procès-verbal No 12	319
Working Document No 63	327
Procès-verbal No 13	330
Working Document No 64	339
Working Document No 65	346
Procès-verbal No 14	346
Plenary Session	351
Working Document No 2	352
Procès-verbal No 3	359
Draft Convention adopted	361
Explanatory Report by Alfred E. von Overbeck	369
Tables	419
Cross-reference table	420
Table of contents	422

Imprimé par l'Imprimerie Nationale des Pays Bas, La Haye

Printed by the Netherlands Government Printing Office, The Hague

415386D ISBN 90 12 04930 x