

---

## Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck

---

## Explanatory Report by Alfred E. von Overbeck

---

TRANSLATION OF THE PERMANENT BUREAU

---

### Introduction

LA MARCHÉ 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<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>. 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, États-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

### 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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> *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.

<sup>2</sup> *Rapport sur les trusts et institutions analogues*, Document préliminaire No 1, mai 1982 (cité «Rapport Dyer/Van Loon»).

---

<sup>1</sup> *Final Act of the Fourteenth Session*, Part E, No 3. See *Acts and Documents of the Fourteenth Session*, 1980, Book 1, *Miscellaneous matters*, pp. 64, 167, 189, 230, 241.

<sup>2</sup> *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»<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup>.

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. Růžicka (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<sup>6</sup>, 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'<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>.

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.<sup>5</sup>

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, Luxembourg, 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. Růžicka (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,<sup>6</sup> 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

<sup>3</sup> Document préliminaire No 7 de novembre 1982 (cité par la suite «Projet d'articles de novembre 1982»).

<sup>4</sup> *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»).

<sup>5</sup> Document préliminaire No 10.

<sup>6</sup> *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»).

<sup>3</sup> Preliminary Document No 7 of November 1982 (hereinafter referred to as 'Draft articles of November 1982').

<sup>4</sup> *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').

<sup>5</sup> Preliminary Document No 10.

<sup>6</sup> *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 délégués 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 délégués 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 délégués 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.

## 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

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.

## 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 Luxembourg 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. prélim. 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. prélim. 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 diminueraient 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. prélim. 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 tex-

vention'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 a 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 discussion 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 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<sup>7</sup>, «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.

<sup>7</sup> *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,<sup>7</sup> '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.

<sup>7</sup> *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 dégageée 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<sup>8</sup> (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

on the Law Applicable to Contractual Obligations<sup>8</sup> (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,

<sup>8</sup> Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Journal officiel des Communautés européennes* L 266/1, du 9 octobre 1980 (cité «Convention de Rome»).

<sup>8</sup> 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 États-Unis, qui considérait un dépeçage allant au-delà des questions d'administration comme essentiel. À 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.

À la séance suivante, le Délégué des États-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 États-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 préféreraient 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 7bis 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 7bis, 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. prélim. 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. prélim. 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 réfère 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. prélim. 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'Egypte, 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-values, 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 originale 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 où 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. prélim. 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 révision 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<sup>9</sup>.

#### 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-

<sup>9</sup> 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.<sup>9</sup>

#### 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

<sup>9</sup> 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 traité 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 article 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 régle 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 pose 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.

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 révision 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 révision.

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 États contractants, au minimum cinq, pourrait demander la convocation d'une conférence de révision. Le résultat de la révision 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 révision 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 révisé 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 révision impliquera ipso jure la dénonciation immédiate de la présente Convention, notwithstanding les dispositions de son article 32 [article sur la dénonciation, actuel article 31], lorsque le nouvel instrument portant révision 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

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 révision n'avait plus beaucoup de sens.

En fin de compte, la conférence décida en séance plénière de supprimer complètement la clause de révision.

#### *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 adhérent 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 couvrirait 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 alléguait 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 adhérents, 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 dénonçant 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 preliminary 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