



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 4721

Projet de loi

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

Date de dépôt : 16-11-2000

Date de l'avis du Conseil d'État : 25-03-2003

Auteur(s) : Monsieur Luc Frieden, Ministre de la Justice

Liste des documents

| Date | Description | Nom du document | Page |
|-------------|---|------------------------|-------------|
| 16-11-2000 | Déposé | 4721/00 | <u>3</u> |
| 14-03-2001 | Avis de la Chambre de Commerce (14.3.2001) | 4721/01 | <u>68</u> |
| 11-12-2001 | Avis du Conseil d'Etat (11.12 2001) | 4721/02 | <u>73</u> |
| 06-03-2003 | Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission juridique | 4721/03 | <u>82</u> |
| 25-03-2003 | Avis complémentaire du Conseil d'Etat (25.3.2003) | 4721/04 | <u>85</u> |
| 25-06-2003 | Rapport de commission(s) : Commission juridique Rapporteur(s) : | 4721/05 | <u>88</u> |
| 10-07-2003 | Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (10-07-2003) Evacué par dispense du second vote (10-07-2003) | 4721/06 | <u>109</u> |
| 31-12-2003 | Publié au Mémorial A n°124 en page 2620 | 4721 | <u>112</u> |

4721/00

N° 4721

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2000-2001

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires;
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, et
- modifiant l'article 445 du Code de commerce

* * *

(Dépôt: le 16.11.2000)

SOMMAIRE:

| | <i>page</i> |
|--|-------------|
| 1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (6.11.2000) | 2 |
| 2) Exposé des motifs..... | 2 |
| 3) Texte du projet de loi | 6 |
| 4) Commentaire des articles | 9 |
| 5) Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance | 16 |
| 6) Conférence de La Haye de droit international privé | 22 |
| - Projet de convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, adopté par la Quinzième session | 22 |
| - Rapport explicatif de M. Alfred E. von Overbeck..... | 28 |
| - Table du rapport..... | 63 |

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.– Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires;
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, et
- modifiant l'article 445 du Code de commerce.

Palais de Luxembourg, le 6 novembre 2000

Le Ministre de la Justice,

Luc FRIEDEN

HENRI

*

EXPOSE DES MOTIFS

Le présent projet de loi a pour premier objet d'autoriser dans son titre premier la ratification de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à la Haye le 1er juillet 1985.

Il tend, par ailleurs, dans son titre deuxième à réformer le régime légal des contrats fiduciaires des établissements de crédit, issu du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983. Cette révision est destinée d'une part, à assurer la meilleure harmonie possible entre le trust et la fiducie et, d'autre part, à adapter le régime du contrat fiduciaire aux nouveaux besoins de la pratique bancaire et financière.

Le présent projet a été préparé en étroite collaboration entre le ministère de la Justice et le Laboratoire de droit économique du CRP-Gabriel Lippmann (LDE). Il a ainsi bénéficié des apports de M. André Prüm, professeur à l'Université de Nancy 2 et responsable du LDE, de M. Claude Witz, professeur à l'Université de Strasbourg 3, détaché à l'Université de la Sarre et de M. Thierry Revet, Professeur à l'Université de Toulouse I.

TITRE I

De la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

En raison de l'essor du trust des pays de *common law* et de la multiplication des échanges internationaux du Luxembourg avec ces pays, il importe que les juges et autorités luxembourgeois disposent d'un instrument qui leur permette de régler les nombreuses difficultés de mises en oeuvre que suscite le trust lorsqu'il prolonge ses effets sur le territoire du Grand-Duché. Tel est l'objet de la Convention de La Haye, signée par le Luxembourg dès le 1er juillet 1985.

La Convention est entrée en vigueur à ce jour dans les Etats suivants: l'Australie (1er janvier 1992), le Canada (1er janvier 1993), la Chine – Région administrative spéciale de Hong Kong (1er juillet 1997), l'Italie (1er janvier 1992), Malte (1er mars 1996), les Pays-Bas (1er février 1996) et le Royaume-Uni (1er janvier 1992) alors que d'autres Etats, surtout en Europe continentale, s'appêtent également à ratifier cette convention.

Il ne faudrait pas se méprendre sur la portée de la Convention. Celle-ci n'entend nullement introduire dans le droit des pays de *civil law*, tel le Luxembourg, le trust des pays de *common law*: son objet est de mettre à la disposition des juges, surtout de ceux des pays qui ne connaissent pas de règles de droit inter-

national privé régissant le trust, des normes régissant les conflits de lois en matière de trusts. Les Etats qui ignorent l'institution voient ainsi leur système de droit international privé enrichi d'une catégorie de rattachement propre au trust.

La Convention facilite ainsi grandement le traitement des trusts régis par un droit étranger par les juges et les autorités des Etats ne connaissant pas l'institution. A cet égard, la Convention ne se contente pas de déterminer les règles de conflits de lois. Pour faciliter la tâche du juge et des autorités confrontés à une institution que leur droit ignore, la Convention énumère en outre les effets minimaux que produira dans leur système juridique le trust régi par un droit qui connaît cette institution. Ainsi s'expliquent les dispositions de la Convention consacrées à la reconnaissance du trust (articles 11 à 14), normes de reconnaissance qui sont inhabituelles au sein des conventions internationales uniformisant les règles de conflits de lois.

Par ailleurs, l'approbation de la Convention aura un effet important pour le Luxembourg puisqu'elle facilitera la reconnaissance de la fiducie luxembourgeoise dans les Etats liés par la Convention. L'attrait pour la fiducie luxembourgeoise et sa sécurité juridique s'en trouveront renforcés.

Si cet effet n'est pas directement exprimé par la Convention, il n'en découle pas moins du préambule et des travaux préparatoires. En effet, le préambule vise le trust au sens de la Convention, comme une „*institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de Common Law, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications*“. Ainsi, la Convention s'applique également à des institutions autres que le trust des pays de *common law* dès que celles-ci répondent aux critères posés par l'article 2 de la Convention. Le rapport explicatif¹ et les débats² qui ont eu lieu lors de la 15^{ème} session l'indiquent clairement.

Une double extension du champ d'application de la Convention peut donc être relevée. Les trusts couverts par la Convention sont non seulement ceux des pays de *common law*, mais aussi les trusts des pays relevant d'autres systèmes juridiques qui auraient transposé totalement ou partiellement le trust anglo-américain dans leur droit. Tel est le cas, en Europe continentale, de la Principauté du Liechtenstein qui s'est dotée en 1926 d'une loi très complète calquée sur le droit anglais. A ces Etats, il convient d'ajouter ceux qui, sans opérer une réception du trust anglo-américain, ont développé, à partir de leur propre arsenal de concepts et de techniques, une institution que l'on peut rapprocher du trust par sa structure et pas uniquement par ses fonctions.

Parmi les institutions assimilables au trust au sens de la Convention, l'on trouve la fiducie consacrée par plusieurs pays principalement européens. Sans doute la fiducie et le trust diffèrent par maints aspects. Le trust naît, en principe, d'une déclaration unilatérale de volonté alors que la fiducie implique, en droit luxembourgeois, la conclusion d'un contrat. La dualité de propriétés que fait naître le trust – le *trustee* a la „*legal ownership*“ alors que le bénéficiaire est titulaire de l'„*equitable ownership*“ – est étrangère à la fiducie. Le fiduciaire est pleinement propriétaire des biens qui lui sont confiés, le bénéficiaire n'ayant en principe qu'un droit de créance. Le juge anglo-américain joue un rôle important dans la vie du trust qui s'étend de la nomination éventuelle d'un *trustee*, à sa destitution en cas de violation du trust, ou aux conseils de gestion donnés au *trustee*.

Malgré ces différences la question peut se poser de savoir si la fiducie d'origine romaine, consacrée par plusieurs pays en Europe (Allemagne, Suisse, Grand-Duché de Luxembourg) et ailleurs (Liban) peut être considérée comme une institution comparable au trust au sens de la Convention. Il importe à cet effet que la fiducie réponde, non pas à l'ensemble des traits caractéristiques du trust des pays de *common law*, mais à ceux limitativement énumérés par l'article 2 de la Convention.

A défaut de définir le trust, la Convention en donne une description à l'article 2 en énonçant qu'„*aux fins de la présente Convention, le terme „trust“ vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.*“

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- 1) *les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;*
- 2) *le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;*

1 Alfred E. Von Overbeck, Actes et Documents de la quinzième session, 1985, tome II, pp. 375 et 376

2 Voir notamment les interventions de MM. Delvaux et Mathékovitch, op. cit. pp. 232, 251 et 319

3) *le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.*

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust¹.

La fiducie luxembourgeoise, telle qu'elle est modifiée par le présent projet, revêt les traits caractéristiques de l'institution décrits par cette norme.

Notons tout d'abord que l'affectation des biens composant le patrimoine fiduciaire rejoint celle des biens confiés au *trustee*: les biens sont transférés au fiduciaire non pour qu'il en profite personnellement mais pour qu'il les tienne affectés au profit d'un bénéficiaire ou d'un but déterminé. Ainsi, les biens fiduciaires répondent bien à la définition selon laquelle les „*biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé*“¹.

Certes, le fiduciaire acquiert la pleine propriété des biens confiés alors que le bénéficiaire de la fiducie n'a, en droit luxembourgeois, qu'un droit de créance. Toutefois, les auteurs de la Convention n'ont pas fait de la dualité de propriété – *legal ownership* appartenant au *trustee* et *equitable ownership* revenant au bénéficiaire – un élément essentiel du trust. Au demeurant même certains pays de *common law*, telle l'Ecosse, ne consacrent pas cette dualité de propriété, en raison d'un droit des biens proche du nôtre, tout en accueillant une institution dont nul ne conteste qu'elle soit un trust. Ainsi, il suffit, d'une part, que „*le titre relatif aux biens du trust*“ soit „*établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee*“ et, d'autre part, que le *trustee* soit „*investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi*“¹.

Aux termes du présent projet, le fiduciaire apparaît comme „*propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire, sous les obligations déterminées par les parties*“ au contrat fiduciaire². Le titre de propriété immobilière ou les valeurs mobilières nominatives sont établis au nom du fiduciaire. En raison de la propriété affectée qu'il acquiert, le fiduciaire est bel et bien investi „*du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi*“¹.

Par ailleurs, le trait caractéristique fondamental du trust selon lequel „*les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee*“¹ se retrouve également dans la fiducie luxembourgeoise. Selon l'article 6 du présent projet „*le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire. Les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ils ne font pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels*“.

Il apparaît donc que la fiducie luxembourgeoise répond bien aux caractéristiques du trust défini par l'article 2 de la Convention.

Notons encore à cet égard que la Convention ne retient pas comme élément caractéristique du trust qu'il naisse d'une déclaration unilatérale de volonté. Si l'article 2 évoque les „*relations juridiques créées par une personne*“, la Convention ne préjuge pas de la nature de l'acte constitutif. Elle retient une conception large du type d'actes pouvant donner naissance à un trust en visant aussi bien les actes entre vifs qu'à cause de mort. Au demeurant, cette neutralité se trouve confortée par l'article 4 selon lequel la Convention ne s'applique pas aux questions relatives à la validité de ces actes. Que la fiducie luxembourgeoise ne puisse naître que d'un contrat et non d'une déclaration unilatérale de volonté ne constitue donc pas un obstacle à son traitement comme une institution assimilable au trust au sens de la Convention.

Il en résulte que les Etats parties à la Convention doivent reconnaître la fiducie luxembourgeoise. Cet avantage apparaît surtout dans les rapports avec les Etats de l'Europe continentale qui ne connaissent pas ou pas encore la fiducie et pourraient mettre divers obstacles à la reconnaissance de l'institution luxembourgeoise.

¹ Article 2 de la Convention

² Article 5 du projet de loi

La ratification de la Convention de La Haye par le Luxembourg appelle diverses mesures d'accompagnement afin d'assurer la meilleure articulation possible du trust avec l'ordre juridique luxembourgeois. Pour la mise en oeuvre de celle-ci, le projet prévoit que la situation du *trustee* est déterminée par référence à celle d'un propriétaire dans les textes de loi visant cette qualité.

Il convient de signaler pour être complet que la Convention de La Haye n'a pas pour vocation de régler par ailleurs les conflits de juridictions. La question de la compétence des tribunaux reste donc une matière qui relève du droit international privé de chaque Etat. On peut signaler que dans le cas du Luxembourg, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale peuvent trouver application. En effet, la Convention de Bruxelles de même que la Convention de Lugano comprennent un for de compétence spécial dans le cas des trusts pour les litiges mettant en cause l'organisation même ou le fonctionnement interne du trust¹. Il faut toutefois signaler que ce for de compétence spécial ne vise que le trust en tant qu'institution du droit anglo-saxon, à l'exclusion d'autres formes de gestion fiduciaire qui peuvent être connues d'autres droits (dont le droit luxembourgeois)². Il est par ailleurs à relever que dans un avenir proche, la Convention de Bruxelles sera intégrée dans le processus de communautarisation engagé à la suite du Traité d'Amsterdam par le biais d'un règlement CE en préparation, règlement qui reprendrait en substance les règles de compétence judiciaire et de prorogation de compétence de ces conventions en matière de trust. Il est à noter, toutefois, que ce règlement ne serait applicable qu'à 14 des Etats membres, le Danemark n'y étant pas partie, en raison de l'„*opt-out*“ figurant au protocole annexé au Traité d'Amsterdam. Dans l'avenir, la Convention de Bruxelles ne jouerait donc plus que pour le Danemark pour lequel la Convention de Bruxelles continuerait à s'appliquer dans ses relations avec les autres Etats contractants.

TITRE II

Des contrats fiduciaires

Dans le présent projet, la fiducie luxembourgeoise fait tout d'abord l'objet d'un certain nombre de modifications pour que sa reconnaissance comme institution comparable au trust au sens de la Convention puisse, pour autant que cela soit nécessaire, être encore mieux assise. Celles-ci se sont traduites essentiellement par l'emploi d'une terminologie plus conforme à celle de la Convention et la consécration expresse de la pleine autonomie du patrimoine fiduciaire par rapport aux biens personnels du fiduciaire.

Des modifications plus substantielles visent à assurer une plus grande stabilité au patrimoine fiduciaire à l'image de celle qui caractérise les biens érigés en trust. Le projet de loi prévoit ainsi expressément que le contrat fiduciaire à durée déterminée est irrévocable sauf clause contraire. Il précise également que le fiduciaire peut, par ailleurs, renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire. En contrepartie, il a paru nécessaire de permettre une intervention judiciaire pour motifs graves.

Ces modifications s'expliquent, par ailleurs, par le souci d'améliorer le régime juridique de la fiducie indépendamment de la recherche d'une meilleure reconnaissance de l'institution à l'étranger dans le cadre de la Convention de La Haye.

Le texte proposé reste cependant pleinement dans l'esprit du règlement grand-ducal de 1983 dont le régime a été, pour l'essentiel, maintenu. En effet, la fiducie luxembourgeoise issue de ce règlement a fait ses preuves à la grande satisfaction des opérateurs. Le présent projet n'entend donc nullement bouleverser l'institution, ni ses modalités de mise en oeuvre. Fort de l'expérience acquise depuis une quinzaine d'années, la réforme entend consolider la fiducie par un renforcement de sa sécurité juridique tout en élargissant les applications potentielles. Cette ouverture se manifeste tout d'abord par une admission plus large des professionnels pouvant assurer les fonctions de fiduciaire. Elle se traduit aussi par la confirmation expresse de la fiducie conclue à des fins de garantie.

¹ Article 5.6 des Conventions de Bruxelles et de Lugano

² cf. F. Schockweiler, Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois, No 868 ss.

TITRE III

Dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires

Le troisième titre regroupe des dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires.

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

TITRE I

De la loi applicable au trust et de sa reconnaissance**Art. 1. Approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985**

Est approuvée la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985.

Art. 2. Situation générale du trustee

(1) Pour la mise en oeuvre de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, quant aux biens faisant l'objet d'un trust et situés au Luxembourg, la situation du *trustee* est déterminée par référence à celle d'un propriétaire.

(2) La référence à la situation d'un propriétaire ne préjudicie pas au principe de séparation entre le patrimoine formé par les biens du trust et le patrimoine constitué par les biens personnels du *trustee*, conformément à l'article 11 de la Convention du 1er juillet 1985.

Art. 3. Déclaration et réserves

Lors du dépôt des instruments de ratification, le Grand-Duché de Luxembourg fera les déclarations et réserves suivantes:

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 16 alinéa 3 de la Convention que le Luxembourg n'appliquera pas son article 16 alinéa 2.

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 20 de la Convention que les dispositions de celle-ci sont étendues au trust créé par une décision de justice.

TITRE II

Des contrats fiduciaires**Art. 4. Champ d'application**

Le présent titre ne s'applique qu'aux contrats fiduciaires dans lesquels le fiduciaire est un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurance ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier.

Art. 5. Définition

Un contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciant, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire.

Art. 6. Autonomie patrimoniale

(1) Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire. Les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ils ne font pas partie du patrimoine personnel du

fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

(2) Le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires.

Art. 7. Relations entre fiduciant et fiduciaire

(1) Les règles du mandat, à l'exclusion de celles reposant sur la représentation, sont applicables aux relations entre le fiduciant et le fiduciaire dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou par la volonté des parties.

(2) Ni le fiduciant, ni les tiers, même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent s'en prévaloir pour créer un lien direct entre eux.

(3) Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers qui en ont connaissance, sans préjudice des règles d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire.

(4) Le fiduciant peut renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire.

(5) Sauf convention contraire, ni le fiduciant, ni le fiduciaire ne peuvent mettre fin unilatéralement au contrat fiduciaire conclu pour une durée déterminée.

(6) Le fiduciant, le fiduciaire ou un tiers bénéficiaire du contrat fiduciaire peuvent demander en justice, pour motifs graves, le remplacement provisoire ou définitif du fiduciaire ou l'extinction anticipée du contrat fiduciaire.

Art. 8. Fiducie conclue à des fins de garantie

(1) Le contrat fiduciaire peut être conclu pour garantir des créances nées ou à naître. Les parties peuvent convenir que le patrimoine fiduciaire évoluera en fonction des engagements garantis ou d'autres facteurs de leur choix.

(2) Est nulle toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de dispenser le fiduciaire de verser au fiduciant ou au tiers bénéficiaire le solde net résultant de la différence entre la valeur, au jour de la réalisation, des biens constituant la garantie et le montant des créances garanties.

Art. 9. Preuve et opposabilité aux tiers

(1) La preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit.

(2) Sous réserve des règles de forme et d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens transmis, le contrat fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion.

(3) Le transfert fiduciaire de créances est opposable aux tiers dès sa conclusion. Néanmoins, le débiteur se libère valablement entre les mains du fiduciant tant qu'il n'a pas connaissance du transfert.

TITRE III

Dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires

Art. 10. Modification de l'article 445 du Code de commerce

Le quatrième alinéa de l'article 445 du Code de commerce est modifié ainsi qu'il suit:

„Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de gage constitués sur les biens du débiteur ainsi que tout transfert de propriété à des fins de garantie, conclu par le débiteur pour dettes antérieurement contractées.“

Art. 11. Transcription

Après le dernier alinéa de l'article 1er de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers est ajouté l'alinéa suivant:

„Lorsqu'un acte transfère la propriété, constitue, transfère, modifie ou éteint un droit qui doit être transcrit sur un immeuble inclus dans un patrimoine fiduciaire ou un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985 ou destiné à intégrer un tel patrimoine fiduciaire ou trust, la transcription s'accompagne respectivement de la mention „fiduciaire“ ou „trustee“.“

Art. 12. Inscription

Dans tout registre public sur lequel est inscrite la qualité de propriétaire, pour quelque cause et à quelque occasion que ce soit, le fiduciaire et le *trustee* doivent demander que soit mentionnée leur qualité, après l'indication de celle de propriétaire.

Art. 13. Enregistrement et droit de succession

(1) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985 ne sont pas soumis aux formalités de l'enregistrement, même lorsqu'il en est fait usage, par acte public, en justice ou devant toute autre autorité constituée, toutes les fois qu'ils n'affectent pas un immeuble situé au Luxembourg, des aéronefs, des navires ou des bateaux de navigation intérieure immatriculés au Luxembourg ou des droits devant être transcrits, immatriculés ou enregistrés portant sur un tel bien. Toutefois ils peuvent être présentés à la formalité de l'enregistrement.

(2) L'enregistrement, aux fins de transcription, des actes transférant à un *trustee* la propriété d'un immeuble situé au Luxembourg ou ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit devant être transcrits sur un tel immeuble n'est soumis à aucun délai, lorsque ces actes ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Il en est de même pour l'enregistrement, aux fins d'immatriculation, des actes transférant à un *trustee* la propriété d'un aéronef, d'un navire ou d'un bateau de navigation intérieure et de ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit réel sur un tel bien.

(3) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust, portant sur des biens ou des droits que le fiduciaire ou le *trustee* ne doivent pas conserver plus de trente ans, sont soumis au droit fixe lorsqu'ils sont présentés à la formalité de l'enregistrement. Il en est de même des actes assurant le retour des biens ou droits au fiduciaire ou au constituant dans ce délai.

Au cas où le contrat fiduciaire ou le trust ont été enregistrés au droit fixe, l'attribution définitive au fiduciaire ou au *trustee*, en cours ou à l'issue du contrat fiduciaire ou du trust, des biens ou des droits qui leur ont été transférés doit être enregistrée, à la demande du fiduciaire ou du *trustee*, dans les conditions du droit commun.

(4) En cas de transfert, à titre gratuit, d'un bien ou d'un droit par un fiduciaire ou un *trustee* à un tiers bénéficiaire, les droits de donation seront dus, le cas échéant, suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire ou le constituant. Il en est de même pour le calcul des droits de succession.

Art. 14. Abrogation du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983

Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires est abrogé.

Art. 15. Intitulé de la loi

La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du ... relative au trust et aux contrats fiduciaires“.

Art. 16. Entrée en vigueur

Sauf volonté contraire des parties, exprimée par écrit dans les six mois de la publication de la présente loi au Mémorial, celle-ci s'applique aux effets futurs des contrats fiduciaires conclus avant son entrée en vigueur, sous l'empire du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

TITRE I

De la loi applicable au trust et de sa reconnaissance

Article 1er. – Approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985

L'article 1er autorise la ratification de la Convention de La Haye.

La ratification bénéficie a priori aussi bien aux trusts constitués entre vifs qu'à ceux à cause de mort. Il convient de bien préciser que la Convention ne s'applique toutefois pas „à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee"¹. De même, la Convention ne préjudicie pas à l'application des dispositions impératives désignées par les règles de conflit du for, intéressant notamment la protection des incapables, les règles de dévolution successorale, spécialement la réserve héréditaire ou encore celles gouvernant la situation des créanciers en cas d'insolvabilité².

Article 2. – Situation générale du trustee

Alinéa 1er. – Détermination de la situation du trustee par rapport à celle d'un propriétaire

L'ignorance du trust par le droit luxembourgeois est susceptible de constituer un obstacle à la reconnaissance des effets d'un tel trust constitué à l'étranger, mais portant sur des biens situés au Luxembourg. En l'absence d'une catégorie correspondant exactement au trust, le *trustee* risque de se heurter, en particulier, à des contestations relativement à la nature et à l'ampleur de ses pouvoirs.

Aussi a-t-il paru opportun, sans dénaturer l'institution, de poser le principe que la situation au Luxembourg d'un trust quant aux biens qui y sont localisés doit être déterminée par référence à celle d'un propriétaire. Cette référence a pour seul effet de poser des termes de comparaison dans les cas où une incertitude pourrait exister sur l'exacte étendue des droits et pouvoirs d'un *trustee* au regard de tels biens. Elle ne doit pas être comprise comme une assimilation pure et simple du trust à la propriété du droit luxembourgeois. Conformément à l'article 11 de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985, les trusts relevant du champ d'application de celle-ci seront reconnus au Luxembourg en tant que tels. En conséquence, la portée du premier alinéa du présent article est expressément limitée aux effets utiles à la mise en oeuvre de la Convention. Le second alinéa précise, au surplus, que le raisonnement par référence à la situation d'un propriétaire ne doit pas porter atteinte au principe de la séparation patrimoniale prévue par la Convention.

Sous cette réserve, la détermination de la situation du *trustee* par référence à celle d'un propriétaire permet à celui-ci d'accéder à toutes les prérogatives (et de subir toutes les charges) d'un propriétaire. Fort de l'alinéa 1er de l'article 2 de la présente loi, le *trustee* pourra prétendre exercer les plus grands pouvoirs à l'égard des biens du trust qui se trouvent au Luxembourg: les seules limites sont celles qu'imposent la loi du trust et l'acte de sa constitution. A titre d'exemple, le *trustee* pourra se présenter aux assemblées d'une société dont il détient en trust des actions et exercer le droit de vote attaché à celles-ci, sans s'exposer aux sanctions frappant ceux qui se présentent faussement comme propriétaire³.

Alinéa 2. – Séparation des patrimoines

L'alinéa 2 de l'article 2 rappelle le principe de séparation entre le patrimoine formé par les biens du trust et le patrimoine formé par les biens personnels du *trustee* (ou les patrimoines, lorsque le *trustee* est à la tête de plusieurs trusts). Cette affirmation est destinée à limiter les effets de l'assimilation du *trustee* à un propriétaire dans un système juridique qui repose encore sur le principe de l'unicité du patrimoine: celle-ci ne saurait impliquer la confusion entre ces différentes masses de biens. Afin de lever toute équivoque à cet égard, le présent projet de loi reproduit le principe de séparation des patrimoines tel qu'il est énoncé par la Convention⁴.

1 Article 4 de la Convention

2 Cf. article 15 de la Convention

3 Article 162 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

4 Article 11 alinéa 2 de la Convention

Article 3. – Déclarations et réserves

(1) Déclaration de l'article 16 de la Convention de La Haye:

La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles comporte une norme comparable (article 7 alinéa 1er) à l'article 16 alinéa 2 de la Convention de La Haye. Les deux conventions prévoient une réserve possible au profit des Etats contractants. Le Luxembourg a émis une telle réserve lors de la ratification de la Convention de Rome. Il paraît dès lors logique d'adopter la même position à propos des lois de police des Etats étrangers en ce qui concerne la Convention de La Haye.

(2) Déclaration de l'article 20 de la Convention de La Haye:

Pour faciliter la tâche du juge luxembourgeois confronté à un trust judiciaire, il semble raisonnable d'étendre la Convention également à cette catégorie de trust. Une pareille extension a également le mérite d'éviter certaines difficultés de qualification qui peuvent apparaître à propos d'une décision judiciaire qui interviendrait dans le cadre d'un trust conventionnel.

(3) Réserves prévues par les articles 21 et 22 de la Convention de La Haye:

Le Luxembourg n'a pas l'intention de faire les réserves prévues par ces articles afin d'assurer la plus large reconnaissance aux trusts étrangers répondant aux caractéristiques telles que déterminées par l'article de la Convention, y compris ceux régis par la loi nationale d'un Etat non contractant.

TITRE II

Des contrats fiduciaires

Article 4. – Champ d'application

Cet article a pour objet d'étendre le champ d'application par un élargissement de la liste des professionnels pouvant exercer les fonctions de fiduciaire. En restant fidèle à l'esprit du règlement grand-ducal de 1983, le projet ouvre désormais la qualité de fiduciaire à la plupart des professionnels du secteur financier et de celui des assurances, soumis à un contrôle de nature à garantir la protection des intérêts des fiduciaires et des tiers bénéficiaires. Ce champ d'application n'est toutefois pas restreint aux professionnels agréés et contrôlés par les autorités luxembourgeoises ou celles d'un autre Etat membre de l'Espace Economique Européen. Il est délibérément étendu à l'ensemble de ces professionnels quels que soient leur origine et partant le siège de leur autorité de contrôle. Pourraient ainsi être soumis à la législation luxembourgeoise un contrat fiduciaire conclu avec une banque étrangère ne disposant d'aucun établissement au Luxembourg ni dans l'Espace Economique Européen ou encore un contrat conclu par la succursale luxembourgeoise d'un établissement de crédit dont le siège se trouve hors de l'Espace Economique Européen.

S'agissant des sociétés de gestion de fonds communs de placement, le contrat fiduciaire permettra la constitution de fonds sous une forme différente de la copropriété, en l'occurrence celle du patrimoine fiduciaire appartenant à la société de gestion pour le compte des investisseurs.

Enfin, le projet ne subordonne plus l'application du régime spécifique aux contrats fiduciaires à une soumission expresse au texte de loi les régissant. Un tel formalisme apparaît aujourd'hui superflu eu égard notamment à l'essor qu'a connu la fiducie dans le secteur bancaire depuis 1983.

Il va de soi que le présent article n'entend pas faire obstacle à la conclusion de contrats fiduciaires en dehors du champ d'application précisé. De tels contrats échappent alors simplement au régime de la loi.

Article 5. – Définition

La définition rénovée du contrat fiduciaire reprend très largement la définition de 1983 tout en l'adaptant à la situation nouvelle créée par la ratification de la Convention de La Haye.

D'une part, elle fait ressortir d'emblée l'existence d'un patrimoine fiduciaire qui n'apparaissait de façon expresse dans l'ancien texte qu'à propos du régime juridique du contrat.

D'autre part, la détermination des droits du *trustee* par référence à ceux d'un propriétaire, opérée par l'article 2 du présent projet, impose de qualifier expressément le fiduciaire de propriétaire afin de ne suggérer aucune infériorité de sa situation par rapport à celle d'un *trustee*.

Article 6. – Autonomie patrimoniale

Alinéa 1er

Cet alinéa reprend, pour l'essentiel, le contenu du premier alinéa de l'article 3 du règlement grand-ducal de 1983.

Les différences sont d'abord formelles: d'une part, la formule „patrimoine fiduciaire“ est substituée à celle „d'actif fiduciaire“; d'autre part, la formule „patrimoine personnel du fiduciaire“ remplace la „masse“ envisagée dans la liquidation collective du fiduciaire. Il s'agit de se mettre en pleine harmonie avec la nouvelle définition de la fiducie¹.

Par ailleurs, est introduite la précision selon laquelle le patrimoine fiduciaire est distinct de tout autre patrimoine fiduciaire, utile dans l'hypothèse fréquente où une même personne se trouve être titulaire de plusieurs patrimoines fiduciaires.

Alinéa 2

Cet alinéa reproduit la règle énoncée par la dernière phrase de l'article 3 alinéa 1er du règlement grand-ducal, en adaptant son expression par l'introduction des notions de „patrimoine fiduciaire“ et „patrimoine personnel“.

Article 7. – Relations entre fiduciaire et fiduciant

Alinéas 1er et 2

Ces alinéas reprennent sous réserve d'une modification de pur style l'article 3 alinéa 4 et alinéa 3 deuxième phrase du règlement grand-ducal.

Le règlement grand-ducal prévoyait que „le contrat fiduciaire ne peut pas conférer au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciant“². Cette restriction, qui se justifiait par la crainte d'une possible confusion entre la fiducie et le mandat dans leurs effets à l'égard des tiers, paraît aujourd'hui excessive et n'a donc pas été reprise.

Alinéa 3

Il appartient aux parties de déterminer les obligations du fiduciaire. Dans cette détermination, elles peuvent valablement restreindre les pouvoirs de propriétaire du fiduciaire, spécialement son droit de disposer librement des biens composant le patrimoine fiduciaire.

Se pose alors le problème de l'opposabilité aux tiers de telles restrictions. La question est résolue par l'application des règles ordinaires, articulées sur la protection des tiers de bonne foi: sauf preuve de leur connaissance personnelle des restrictions conventionnelles, celles-ci leur sont inopposables.

La solution arrêtée ne préjudicie pas au jeu des règles spéciales d'opposabilité liées à des systèmes de publicité, notamment en matière immobilière, par exemple, la publication d'une clause d'inaliénabilité d'un immeuble, auquel le régime de la fiducie ne saurait déroger.

Alinéa 4

Le recours aux règles du mandat dans les relations entre le fiduciaire et le fiduciant permet, en principe, au fiduciant d'adresser des instructions au fiduciaire. Or les intérêts des parties aussi bien que du tiers bénéficiaire peuvent requérir que le fiduciant renonce à cette faculté. Le présent alinéa autorise les stipulations contractuelles de renonciation.

Alinéa 5

Le recours aux règles du mandat dans les relations entre le fiduciaire et le fiduciant devrait conduire, sauf convention contraire, à ce que le contrat de fiducie, même conclu à durée déterminée puisse être librement révoqué par le fiduciaire et que le fiduciaire puisse y renoncer librement.

La stabilité souhaitable de l'opération fiduciaire justifie l'exclusion de la rupture unilatérale des contrats fiduciaires conclus pour une durée déterminée. Le présent projet écarte sur ce point le régime du mandat, tout en laissant aux parties la possibilité de rétablir la révocabilité par le fiduciaire et la faculté de renonciation du fiduciaire.

1 Cf. article 5 du projet de loi

2 Cf. article 3 alinéa 3 première phrase du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983

La solution ne concerne pas les contrats fiduciaires conclus pour une durée indéterminée. En raison de la prohibition des engagements perpétuels, ces contrats sont librement résiliables par l'une ou l'autre partie.

Alinéa 6

En raison des larges pouvoirs inhérents à la fonction de fiduciaire, celui-ci pourrait mettre gravement en péril les intérêts du fiduciant ou du tiers bénéficiaire surtout dans les hypothèses où le contrat de fiducie est à durée déterminée sans être rendu révocable. On peut également concevoir que le fiduciaire soit lui-même dans l'impossibilité de poursuivre sa mission alors qu'il avait renoncé à la possibilité d'y mettre fin unilatéralement.

Le seul remède est alors le recours au juge. L'objet du présent alinéa est de préciser les conditions et la teneur de l'intervention judiciaire en pareille occurrence.

Le caractère dérogatoire de l'intervention se mesure à la condition très étroite tenant à la nécessité de „motifs graves“, tels que la confusion de fait entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine personnel, la dissipation des biens confiés, des comportements gravement répréhensibles du fiduciaire au regard de la législation financière, la mésentente grave entre le fiduciaire et le fiduciant qui s'imisce de manière intempestive dans la gestion du patrimoine. Il appartiendra à celui qui sollicite l'intervention judiciaire d'apporter la preuve de la gravité de la situation non susceptible d'être redressée par des moyens purement contractuels.

Deux types de mesures sont ouvertes aux pouvoirs du juge: le remplacement, provisoire ou définitif du fiduciaire ou l'extinction anticipée du contrat fiduciaire. Cette dualité permet une adaptation des solutions à l'origine et à l'ampleur des difficultés. Dans la mesure du possible, le contrat doit perdurer, d'où la faculté de remplacer, même provisoirement, le fiduciaire. A défaut d'autres solutions, l'extinction du contrat doit pouvoir être prononcée par le juge. Elle opère sans rétroactivité.

Article 8. – Fiducie conclue à des fins de garantie

Alinéa 1er

L'objet du présent article est de consacrer pleinement la fiducie conclue à des fins de garantie en prévoyant des conditions souples et adaptées de constitution et de fonctionnement.

La garantie peut ainsi s'étendre à des créances à naître, et son assiette évoluer, en augmentation comme en réduction, en fonction des engagements garantis ou d'autres facteurs convenus, conformément aux prévisions initiales des parties.

Alinéa 2

Cet alinéa combat le risque de spoliation du fiduciant, consécutif à la clause d'un contrat qui prévoirait que le patrimoine fiduciaire resterait définitivement acquis au fiduciaire – créancier en cas de défaillance du débiteur. Il s'agit d'adapter l'exigence générale de protection du garant à la technique de la fiducie, qui repose sur un transfert initial de la propriété et ne permet ainsi plus l'application directe des mécanismes classiques de protection construits pour les sûretés n'impliquant pas un tel transfert, spécialement la prohibition du pacte commissoire.

Grâce à cette protection, la fiducie-sûreté pourra se développer en toute sécurité.

Pour le surplus, il appartient aux parties d'organiser librement le dénouement de la fiducie conclue à des fins de garantie conformément à leurs attentes. Selon les cas, ce dénouement pourra consister notamment dans une réalisation des biens donnés en garantie ou leur attribution définitive au fiduciaire à charge, dans les deux cas, pour lui de rendre compte de l'éventuel surplus par rapport à la créance garantie, dans une compensation entre l'obligation de retransfert du fiduciaire avec sa créance ou un transfert des biens à un tiers bénéficiaire, dans l'hypothèse où la garantie couvre une créance de celui-ci plutôt que du fiduciaire.

Article 9. – Preuve et opposabilité aux tiers

Alinéa 1er

L'allègement du formalisme opéré par l'article 1er ne signifie pas pour autant que toute condition de forme soit supprimée. En raison des conséquences importantes attachées à la constitution d'un patrimoine fiduciaire, le projet maintient *ad probationem* l'exigence d'un écrit. L'obligation s'impose y compris entre commerçants, ou à l'encontre d'un commerçant dans les actes mixtes.

Alinéa 2

Le caractère non solennel du contrat fiduciaire implique, en principe, son efficacité et son opposabilité immédiates. Il ne préjuge pas pour autant de l'application de règles spéciales de formation ou d'opposabilité applicables en raison de la nature des biens, auxquelles il n'est pas dérogé par le présent projet de loi, sous réserve de l'alinéa 3 ci-après. Ainsi, lorsque la fiducie porte sur un immeuble ou un meuble soumis à publicité (aéronef, navire, ...), l'opposabilité du transfert dépend du respect des formalités prévues pour ces biens.

Alinéa 3

En raison des applications que connaît la fiducie en matière de défaisance et de titrisation et de celles en matière de cessions à titre de garantie, le projet prévoit de soustraire le transfert fiduciaire de créances à toute formalité, par dérogation à l'article 1690 du Code civil. Portant sur des masses de créances, ces opérations peuvent difficilement se réaliser en pratique par des cessions classiques de créances impliquant, en dépit de l'allègement opéré par la loi du 21 décembre 1994, un formalisme gênant.

Le droit luxembourgeois disposera en ce domaine d'un instrument comparable à celui existant dans plusieurs pays voisins (Cf. bordereau de cession de créances professionnelles du droit français, Global-cession du droit allemand).

Au regard de l'article 9 alinéa 3, les transferts fiduciaires de créances sont immédiatement opposables aux tiers, autres que le débiteur cédé, dès leur conclusion. Afin de préserver les droits du débiteur cédé, l'opposabilité de la cession à ce dernier reste, en effet, subordonnée à la connaissance du transfert. Celle-ci n'est toutefois soumise à aucune exigence de forme particulière et pourrait même résulter des circonstances.

TITRE III

Dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires*Article 10*

Cet article complète le quatrième alinéa de l'article 445 du Code de commerce afin d'inclure dans les actes nuls en raison de leur conclusion en période suspecte le transfert de propriété à titre de garantie ayant pour objet de couvrir des dettes antérieures. Il ne fera ainsi plus de doute que le contrat fiduciaire, conclu à des fins de garantie, obéit en pareille occurrence au même régime que celui des autres sûretés.

Le projet ne reprend pas l'article 3 alinéa 2 du règlement grand-ducal qui confère au fiduciaire un privilège et un droit de rétention sur tous les éléments de l'actif fiduciaire jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû par le fiduciaire en exécution du contrat fiduciaire. L'existence de ce privilège, dont le rang n'était d'ailleurs pas précisé, pouvait laisser penser que le fiduciaire perdait, à l'échéance, la propriété des biens érigés en fiducie. Or tel n'est, en principe, pas le cas. Par suite, le fiduciaire bénéficiait d'un privilège sur des biens dont il avait encore la propriété, ce qui est difficilement concevable. Quant au droit de rétention, soit le fiduciaire a la possession des biens et le droit commun fonde suffisamment la rétention; soit il n'est pas en possession de ces biens et la consécration d'un droit de rétention fictif paraît excessive.

Article 11. – Transcription

Afin que la transcription des actes transférant à un fiduciaire ou à un *trustee* des immeubles ou des droits immobiliers reflète parfaitement la situation juridique des biens concernés, il est indispensable que celle-ci fasse apparaître expressément, selon les cas, la qualité de fiduciaire ou de *trustee*.

Cette indication n'étant pas prévue en l'état actuel des textes, le présent article complète l'article 1er de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers par un nouveau dernier alinéa disposant que la transcription doit s'accompagner de la mention „fiduciaire“, respectivement „trustee“.

Il ne paraît pas opportun, en revanche, d'imposer au surplus l'indication, dans l'acte de transcription, de l'identité du bénéficiaire de la fiducie ou du *trustee*. Sans doute, cette information a-t-elle une certaine importance pour les créanciers du fiduciaire ou du *trustee*. Mais cette importance n'est pas décisive, seule l'étant l'existence de la fiducie ou du trust. En outre, les informations fournies par le

registre de publicité foncière pourront aider, le cas échéant, dans la recherche de l'identité du bénéficiaire de la fiducie ou du trust.

La transcription supposant l'enregistrement¹, l'accomplissement de cette formalité se trouve par ailleurs facilitée concernant les trusts comprenant des immeubles situés au Luxembourg².

Article 12. – Inscription

La solution préconisée à l'article 11 pour la transcription des actes portant sur des immeubles est étendue par le présent article à tous les autres registres publics sur lesquels est inscrite la qualité de propriétaire. Sont visés notamment le registre public maritime, le registre des aéronefs et les registres de dépôt de brevets d'invention ou de dessins et modèles.

Article 13. – Enregistrement

Alinéa 1er. – Absence d'enregistrement obligatoire

Cette disposition a pour objet de soustraire à l'obligation d'enregistrement les contrats fiduciaires et les trusts entrant dans le champ d'application de la Convention et qui ne portent pas sur des immeubles situés au Luxembourg, des aéronefs, des navires ou des bateaux de navigation intérieure immatriculés au Luxembourg ou des droits relatifs à de tels immeubles, aéronefs, navires ou bateaux de navigation intérieure par dérogation à l'article 23 de la loi du 22 frimaire an VII, interdisant de faire usage des actes non enregistrés par acte public, en justice, ou devant toute autre autorité constituée.

Il est, en effet, dans la logique de la Convention de ne pas subordonner la reconnaissance des trusts dans le pays d'accueil à des formalités: les trusts doivent pouvoir y déployer directement leurs effets, ce qui exclut les formalités de pure réception instrumentaire. Par conséquent, seules celles tenant, le cas échéant, à la nature des biens peuvent leur être étendues. En droit luxembourgeois, c'est spécialement le cas des immeubles, des aéronefs, des navires ou des bateaux de navigation intérieure et de droits devant être transcrits ou immatriculés sur de tels biens, d'où la règle posée à l'alinéa 2. Afin de ne pas soumettre les contrats fiduciaires à un régime défavorable, il a paru opportun de leur étendre le bénéfice de cette dérogation.

L'exemption posée ne signifie pas qu'il faille interdire au fiduciaire ou au *trustee* d'enregistrer le contrat fiduciaire ou l'acte de trust, s'ils le souhaitent, par exemple pour leur conférer date certaine. La deuxième phrase de l'alinéa vise à écarter tout doute sur l'existence de cette possibilité.

Alinéa 2. – Enregistrement en matière immobilière

Pour les immeubles et droits immobiliers compris dans un trust, la formalité de l'enregistrement demeure en tant que condition préalable de la transcription. Lorsque cet enregistrement concerne des actes passés avant l'entrée en vigueur de la loi, il convient de permettre au *trustee* d'accomplir la formalité sans encourir les sanctions prévues pour un enregistrement tardif, notamment celle imposée par l'article 38 al. 1er de la loi du 22 frimaire an VII. La même règle est posée pour l'immatriculation des aéronefs et des navires et des droits réels portant sur de tels biens.

Alinéas 3 et 4. – Droits d'enregistrement, de donation et de succession

Le *trustee* et le fiduciaire n'acquérant pas, en principe, les biens pour leur propre compte, la mutation doit être dominée par un principe de neutralité fiscale. Tel est l'objectif des alinéas 3 et 4 du présent article.

Ces dispositions prévoient, en premier lieu, que le droit d'enregistrement doit rester symbolique dans l'hypothèse où le fiduciaire, respectivement le *trustee* n'ont pas vocation à conserver les biens qui leur sont transférés pour une longue durée, fixée à trente ans. La même règle prévaudra au cas où les biens seront restitués, avant l'échéance de cette période, au fiduciaire ou au constituant. La situation se rencontrera notamment en présence de transferts réalisés à des fins de garantie ou de gestion. La perception de droits d'enregistrement ne paraît pas justifiée s'agissant d'opérations purement temporaires aux termes desquelles le propriétaire initial du bien, après l'avoir donné à un fiduciaire ou un *trustee* est appelé à le

¹ Cf article 3 de la loi du 3 janvier 1824

² Cf. article 13 du projet de loi

recouvrer. Au demeurant, cette solution s'inscrit dans la lignée de celle déjà admise pour les cessions de créances.

Ce n'est, en fin de compte, que dans l'hypothèse où le bien sort définitivement, sur un plan juridique mais aussi d'un point de vue économique du patrimoine du fiduciaire ou du constituant que l'opération sera soumise aux droits d'enregistrement ordinaires.

Tel sera le cas, en premier lieu, lorsque le droit de propriété du fiduciaire ou du *trustee* se trouve définitivement consolidé. Il en ira ainsi, par exemple, pour les biens qui lui ont été donnés en garantie d'une créance personnelle, en cas de défaillance constatée du débiteur de cette créance justifiant la mise en oeuvre de sa garantie. La règle préconisée est conforme à celle admise en matière de gage depuis la loi du 21 décembre 1994 modifiant certaines dispositions légales relatives au transfert des créances et au gage qui soumet expressément ces opérations au droit fixe, quels que soient la nature des biens remis en gage et le montant de la créance garantie¹.

Le transfert des biens tenus en fiducie ou en trust à un tiers bénéficiaire sera également soumis à la perception de droits de mutation ordinaires. Dans l'hypothèse d'une donation ou d'une transmission successorale, il est toutefois prévu, dans le même souci de neutralité fiscale, que les droits de donation et les droits de succession seront calculés en tenant compte du degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire ou le constituant du trust. La même solution prévaut déjà à l'heure actuelle en matière de substitution fidéicommissaire².

Articles 14 et 16. – Abrogation du règlement grand-ducal de 1983 et entrée en vigueur

L'objectif de ces articles est de favoriser l'application la plus large possible de la nouvelle loi à l'ensemble des contrats fiduciaires, y compris ceux conclus sous l'empire du règlement grand-ducal de 1983.

Dans cette perspective, il est prévu de soumettre les contrats antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, à celle-ci pour ce qui est de leurs effets futurs, six mois après cette entrée en vigueur. Durant ce délai, les parties pourront, par volonté expresse, exprimer l'intention de demeurer soumis au règlement grand-ducal de 1983. A l'égard de ces contractants, tout se passera alors comme si le règlement survivait à son abrogation générale, et ce pour tout le temps d'exécution de ces contrats.

Il convient de relever que tous les contrats conclus après la publication de la loi au Mémorial et relevant de son champ d'application seront entièrement et exclusivement soumis au nouveau régime.

*

1 Article VI, Cf. avis du Conseil d'Etat qui a suggéré cette disposition, doc. parl. Chambre des députés, No 2564¹, p. 20

2 Loi du 27 décembre 1817, article 21

CONVENTION RELATIVE A LA LOI APPLICABLE AU TRUST ET A SA RECONNAISSANCE

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de *common law*, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

Chapitre premier – *Champ d'application*

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Article 2

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

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee*.

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Chapitre II – *Loi applicable*

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

- a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;
- b) de la situation des biens du trust;
- c) de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*;
- d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.

Cette loi régit notamment:

- a) la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee* ainsi que la transmission des fonctions de *trustee*;
- b) les droits et obligations des *trustees* entre eux;
- c) le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;
- d) les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;
- e) les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;
- f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;
- g) les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;
- h) la modification ou la cessation du trust;
- i) la répartition des biens du trust;
- j) l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé, par une autre loi.

Chapitre III – Reconnaissance

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.

La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.

Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

- a) que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;
- b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;
- c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee*;
- d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

Chapitre IV – Dispositions générales

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

- a) la protection des mineurs et des incapables;
- b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage;
- c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;
- d) le transfert de propriété et les sûretés réelles;
- e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;
- f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Article 17

Au sens de la Convention, le terme „loi“ désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Article 20

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.

Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

L'article 31 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21

Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Article 22

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.

Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de rentrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

Chapitre V – *Clauses finales**Article 26*

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.

Aucune autre réserve ne sera admise.

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 32. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration. Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.

Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

- a) pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;
- b) pour tout Etat adhérent, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;
- c) pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 31

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Article 32

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

- a) les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;
- b) la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;
- c) les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;
- d) les extensions visées à l'article 29;
- e) les déclarations visées à l'article 20;
- f) les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;
- g) les dénonciations visées à l'article 31.

EN FOI DE QUOI, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

FAIT à La Haye, le 1er juillet 1985, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

*

**CONVENTION RELATIVE A LA LOI APPLICABLE AU TRUST
ET A SA RECONNAISSANCE**

La Convention a été signée le premier juillet 1985 par l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas et le 10 janvier 1986 par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

La Haye, le 15 février 1986.

*

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE
PROJET DE CONVENTION
relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance
adopté par la Quinzième Session

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de *common law*, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

Chapitre premier – *Champ d'application*

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Article 2

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

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au *trustee*.

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Chapitre II – Loi applicable

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

- a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;
- b) de la situation des biens du trust;
- c) de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*;
- d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.

Cette loi régit notamment:

- a) la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee* ainsi que la transmission des fonctions de *trustee*;
- b) les droits et obligations des *trustees* entre eux;
- c) le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;
- d) les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;
- e) les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;
- f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;
- g) les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;
- h) la modification ou la cessation du trust;
- i) la répartition des biens du trust;
- j) l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé, par une autre loi.

Chapitre III – Reconnaissance

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.

La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.

Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

- a) que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust;
- b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;
- c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee*;
- d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

Chapitre IV – Dispositions générales

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

- a) la protection des mineurs et des incapables;
- b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage;
- c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;
- d) le transfert de propriété et les sûretés réelles;
- e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;
- f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Article 17

Au sens de la Convention, le terme „loi“ désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Article 20

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.

Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

L'article 31 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21

Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Article 22

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.

Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

Chapitre V – *Clauses finales**Article 26*

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.

Aucune autre réserve ne sera admise.

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 32. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration. Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.

Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

- a) pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;

- b) pour tout Etat adhérent, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;
- c) pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 31

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Article 32

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

- a) les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;
- b) la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;
- c) les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;
- d) les extensions visées à l'article 29;
- e) les déclarations visées à l'article 20;
- f) les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;
- g) les dénonciations visées à l'article 31.

EN FOI DE QUOI, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

FAIT à La Haye, le ... 19..., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

*

RAPPORT EXPLICATIF
de M. Alfred E. von Overbeck

INTRODUCTION

**La marche des travaux de la conférence de La Haye
de droit international privé**

1 La Conférence de La Haye de droit international privé a décidé d'inscrire le trust à son ordre du jour lors de sa Quatorzième session de 1980¹.

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 Conférence². Ce rapport décrit en détail le fonctionnement du trust dans les pays qui le connaissent et les problèmes de droit international privé qu'il soulève. Sa lecture est indispensable pour la compréhension des travaux de la Conférence, il y est expressément et une fois pour toutes renvoyé.

3 Une Commission spéciale fut convoquée, elle tint trois sessions, du 21 au 30 juin 1982, du 28 février au 11 mars 1983 et du 24 au 28 octobre 1984. Elle appela à sa présidence M. C. D. van Boeschoten (Pays-Bas); M. P. H. Pfund (Etats-Unis) fut nommé Vice-président de la première session, M. D. T. Trautman (Etats-Unis) Vice-président des deuxième et troisième sessions. M. A. E. von Overbeck (Suisse) fonctionna comme rapporteur à partir de la deuxième session.

Des experts des pays suivants: République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Canada, Danemark, Espagne, Etats-Unis, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Venezuela, ainsi que des observateurs de l'Institut international pour l'unification du droit privé, de la Banque des Règlements internationaux, du *Commonwealth Secretariat* et de l'Union internationale du Notariat latin, participèrent aux travaux.

4 Un Comité de rédaction *ad hoc* présidé par M. A. E. Anton (Royaume-Uni) et comprenant également M. J.-P. Beraudo (France) et M. B. Wiesbauer (Autriche), se réunit entre la première et la deuxième session, du 2 au 5 novembre 1982. Il rédigea un „projet d'articles sur la loi applicable et la reconnaissance du trust“³. Ce même Comité de rédaction, auquel se sont joints M. D. T. Trautman (Etats-Unis) et M. A. E. von Overbeck, fonctionna durant les deuxième et troisième sessions.

5 La Commission spéciale adopta un „avant-projet de Convention sur la loi applicable au trust et sur sa reconnaissance“, le 28 octobre 1983. L'avant-projet et le rapport furent soumis aux gouvernements en mars 1984⁴.

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-projet⁵.

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).

1 *Acte final de la Quatorzième session*, partie E, No 3. Voir *Actes et documents de la Quatorzième session*, 1980, Tome I, *Matières diverses*, pp. 64, 167, 189, 230, 241.

2 *Rapport sur les trusts et institutions analogues*, Document préliminaire No 1, mai 1982 (cité „Rapport Dyer/Van Loon“).

3 Document préliminaire No 7 de novembre 1982 (cité par la suite „Projet d'articles de novembre 1982“).

4 *Trust – Loi applicable et reconnaissance, avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale et Rapport de M. Alfred E. von Overbeck*, Document préliminaire No 9, de mars 1984, à l'intention de la Quinzième session (cité: „Rapport de la Commission spéciale“).

5 Document préliminaire No 10.

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. Ruzicka (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 marchandises¹, 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 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 prin-

¹ *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“).

cipe 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 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 régies 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, au 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 utilisée dans des buts frauduleux s'est néanmoins manifestée et cela a entraîné la crainte d'autres délégués qu'aucun trust ne puisse plus être reconnu, en raison du nombre de clauses de sauvegarde. Les délégations des Etats connaissant le trust ont fait leur possible pour rassurer leurs collègues et

démontrer que le trust est essentiellement une institution utile; ils se sont montrés prêts à admettre les précautions nécessaires contre les abus qui pourraient se produire.

18 En fin de compte, les délégations des pays ne connaissant pas le trust semblent considérer suffisantes les clauses de sauvegarde insérées dans la Convention. Celles-ci, d'autre part, n'ont pas paru excessives aux délégations de pays de *common law* qui, au contraire, ont marqué, à la fin de la session, leur satisfaction relative aux résultats atteints. Un délégué anglais avait désigné, au début de la session, les travaux comme une *unique and historic opportunity* de rapprocher pays de *civil law* et de *common law*. Un délégué canadien a exprimé, à la fin de la conférence, avec enthousiasme, sa conviction que l'on avait su saisir cette occasion.

La structure de la convention

19 La Convention se divise en cinq chapitres.

Le chapitre premier sur le champ d'application cerne les institutions visées, les délimite par rapport à d'autres institutions et prévoit enfin que la Convention ne s'appliquera pas dans la mesure où ses règles de conflit de lois conduiront à une loi ne connaissant pas l'institution du trust.

20 Le deuxième chapitre sur la loi applicable prévoit principalement un rattachement subjectif à la volonté du constituant, subsidiairement un rattachement objectif à la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits. Il règle le domaine d'application de la loi régissant le trust, la possibilité de soumettre certains éléments de celui-ci à une loi distincte et le changement de la loi applicable au trust.

21 Le troisième chapitre sur la reconnaissance des trusts définit en quoi consiste au minimum la reconnaissance d'un trust et sous quelle forme celui-ci peut figurer dans les registres publics. Il contient des dispositions permettant de ne pas reconnaître certains trusts, qui peuvent paraître abusifs, et réserve, au contraire, des règles plus favorables à la reconnaissance du trust que celles de la Convention. L'application du chapitre III peut être restreinte, au moyen d'une réserve, aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

22 Le chapitre IV sur les dispositions générales contient des règles de plusieurs ordres. Les articles 15 et 16 réservent les dispositions impératives de lois applicables à d'autres matières que le trust selon les règles de conflit du for et selon les lois d'application immédiate. Les articles 17, 18 et 19 excluent le renvoi, prévoient l'exception d'ordre public et excluent tout effet de la Convention en matière fiscale. Les articles 20, 21 et 22 permettent d'étendre les dispositions de la Convention aux trusts créés par décision de justice ou, au contraire, de restreindre l'application du chapitre III aux trusts liés aux Etats contractants et à ceux créés après l'entrée en vigueur de la Convention. Les articles 23 et 24 concernent les Etats comprenant plusieurs unités territoriales, tandis que l'article 25 donne priorité à d'autres conventions existantes ou futures sur la même matière.

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 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. pré-l. 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. pré-l. No 1, pp. 103 et suiv.). L'Observateur mit notamment la conférence en garde contre les dangers que pouvait comporter la reconnaissance de trusts quant à la protection des droits des tiers et à la sauvegarde du système de sûretés des pays de *civil law*. Cela en particulier lorsque les trusts proviennent de pays de *common law* ayant des réglementations très laxistes.

Les délégués gouvernementaux ont été très sensibles aux dangers signalés par l'Observateur de la BRI. Toutefois, ils ont estimé qu'il convenait d'y parer au moyen des diverses clauses de sauvegarde prévues par la Convention et non pas par l'exclusion de certaines catégories de trusts, et notamment des trusts d'affaires, qui diminuerait de beaucoup la portée de la Convention. Aussi la notion de „trust d'affaires“ a-t-elle 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 d'effets du trust dans un autre sens à l'article 3 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 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 rencontre 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 texte 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 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 correspond 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 Bruxelles¹, „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.

¹ 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“).

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.

55 L'article 4 entend exclure du champ d'application de la Convention aussi bien la validité au fond que la validité en la forme des actes juridiques préliminaires à la création du trust. En ce qui concerne la forme, il peut être difficile dans certains cas de distinguer la validité en la forme de l'acte préliminaire de celle du trust lui-même. Toutefois, selon les explications données par des délégués de pays de *common law*, ce qui compte, c'est que l'acte préliminaire, le „lanceur“, soit valide en la forme, la validité en la forme du trust lui-même étant une question plutôt théorique (voir *infra*, Nos 82-83, *ad* article 8, et Rapport de la Commission spéciale, No 70).

56 En ce qui concerne la question de la validité au fond, on a remarqué que certaines dispositions, telles que la *rule against perpetuities*, pouvaient, selon les cas, concerner soit le testament, c'est-à-dire l'acte juridique préliminaire, soit le trust lui-même.

57 Les termes „des biens sont transférés au trustee“ sont tout à fait clairs lorsque le constituant et le trustee sont des personnes distinctes. En revanche, on peut douter s'ils couvrent le cas de la *declaration of trust* où ces deux personnes se confondent: le propriétaire de biens déclare que désormais il détiendra ses biens en qualité de trustee. La Commission a été unanime à admettre que l'acte par lequel s'effectuait ce changement dans le titre en vertu duquel les biens étaient détenus devait également être visé par l'article 4 et donc exclu du domaine de la Convention. Elle a été saisie d'une proposition d'exprimer cela par les termes „acts by which assets are placed under the control of a trustee for trust purposes“ (Doc. trav. No 2). La Quinzième session, après avoir accepté cette proposition, est cependant revenue en fin de compte aux expressions utilisées à l'article 2 de l'avant-projet. On a estimé, d'une part, que celui-ci exprime assez clairement l'idée que l'article 4 se rapporte également à la *declaration of trust*, d'autre part, on n'a pas voulu reprendre ici l'allusion au contrôle, qui figure dans une optique différente à l'article 2, alinéa premier. Une proposition de faire expressément allusion à la *declaration of trust* (Doc. trav. No 60) a été présentée en deuxième lecture, mais n'a pas recueilli la majorité absolue requise pour que la discussion soit réouverte.

58 Le mot „préliminaire“ enfin exprime que l'acte juridique, tel que le testament, préexiste au trust; une proposition de biffer ce mot a été rejetée à une large majorité.

59 A propos de l'article 4, la question a également été discutée de savoir si la capacité figurait parmi les questions préliminaires exclues du champ d'application de la Convention. S'affrontaient ici le point de vue des Etats de *civil law*, qui rattachent la question de la capacité séparément, et celui des pays de *common law*, qui tendent à la soumettre à la loi régissant la validité de l'acte dont il s'agit.

La conférence a été saisie d'une proposition visant à exclure expressément „the capacity of the settlor, the trustee or the beneficiary“ (Doc. trav. No 30; voir aussi Rapport de la Commission spéciale, No 71). Cette formule suscita notamment l'objection que les bénéficiaires n'avaient pas toujours besoin d'être capables.

En fin de compte, la Commission n'a pas expressément exclu la capacité générale, bien que l'opinion se soit dégagée que celle-ci ne devait pas être régie par la Convention, mais bien la capacité spécifique de devenir trustee (voir *infra*, No 85, *ad* article 8, alinéa 2, lettre a).

60 En fin de compte, l'article 4 n'a pas subi de modifications 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.

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 réfèrent 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 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹ (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).

¹ Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Journal officiel des Communautés européennes L 266/1, du 9 octobre 1980 (citée „Convention de Rome“).

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 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 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).

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 esti-

maient, 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.

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 opportun d'appliquer à l'administration du trust une autre loi que celle qui en régit la validité; on pensera notamment à la loi du lieu où se trouve l'administration. On peut également imaginer, comme élément du trust susceptible d'être isolé, les questions relatives à des biens situés dans divers pays ou à des bénéficiaires domiciliés dans des pays différents.

Le dépeçage peut être admis aussi bien dans le cadre du rattachement subjectif de l'article 6 que dans le cadre du rattachement objectif de l'article 7. Toutefois, lorsque le constituant a choisi une loi pour régir l'ensemble de son trust, on ne saurait, en application de l'article 7, en soustraire certains éléments pour leur appliquer un rattachement objectif différent.

92 De façon générale, on peut dire que le dépeçage était souhaité par les délégations de pays de *common law*, et surtout par la délégation américaine, alors que les délégués de pays de *civil law* le regardaient avec méfiance. L'avant-projet avait réglé la question à l'article 6, alinéa 3, pour le rattachement subjectif et à l'article 7, alinéa 3, pour le rattachement objectif, en précisant que, dans ce dernier cas, le dépeçage ne devait être qu'exceptionnel.

93 La Quinzième session fut saisie d'une proposition canadienne de supprimer le troisième alinéa de l'article 7 et de restreindre le choix d'une loi différente aux questions d'administration à l'article 6, alinéa 3 (Doc. trav. Nos 36-38). Cette proposition très restrictive en matière de dépeçage se heurta notamment à l'opposition du Délégué des Etats-Unis, qui considérait un dépeçage allant au-delà des questions d'administration comme essentiel. A la suite de cela, la délégation canadienne retira sa proposition. Celle-ci fut néanmoins mise au vote à la demande du Délégué allemand, qui estima, au contraire, qu'un dépeçage sans limite rendrait la Convention inacceptable. La proposition canadienne fut rejetée à une faible majorité.

94 Au contraire, une proposition américaine, qu'il convient de mentionner ici, aurait, dans le cadre du rattachement objectif de l'article 7, fait complètement abstraction d'une loi applicable à l'ensemble du trust (exception faite des éléments susceptibles d'être isolés) pour soumettre chaque aspect à la loi avec laquelle il est le plus étroitement lié. La proposition avait la teneur suivante (Doc. trav. No 12):

To the extent that the applicable law has not been chosen in accordance with article 6, the applicable law shall be the law of that State with which the particular aspect of the trust in question is most closely connected.

L'acceptation de cette proposition aurait entraîné la suppression de l'article 7, alinéa 3, de l'avant-projet.

Plusieurs délégations de pays de *civil law* firent remarquer que ce texte reposait sur une conception fondamentalement différente, les juristes de pays de *common law* aimant raisonner question par question (*issue by issue*), alors que les juristes continentaux veulent avoir affaire à une loi applicable en principe, quitte à admettre que certains aspects sont régis par une autre loi. La proposition l'emporta néanmoins, dans une première discussion, à une faible majorité.

A la séance suivante, le Délégué des Etats-Unis lui-même proposa cependant de revenir sur cette proposition à la suite de nombreux commentaires défavorables qu'il avait reçus. Il estimait que les soucis des Etats-Unis sur ce point pouvaient être apaisés d'une autre façon, notamment si les termes „*law governing the validity of the trust as a whole*“ qui apparaissaient dans divers articles de l'avant-projet, pouvaient être supprimés. A l'unanimité moins deux abstentions, la conférence décida d'annuler le vote de la veille. Le Délégué américain renonça également à une modification de l'article 7, alinéa 3, qu'il avait envisagée.

95 Un problème particulier du dépeçage, que la Commission spéciale a laissé sans solution (Rapport de la Commission spéciale, No 50), a fait l'objet d'une proposition australienne: celui où le constituant choisirait pour un élément du trust susceptible d'être isolé une loi ne contenant pas de dispositions sur le trust en général ou sur la catégorie de trust en cause. Selon cette proposition, le choix serait sans effet en pareil cas. Le texte en était le suivant (Doc. trav. No 6):

If a settlor chooses a law to govern a severable aspect of a trust other than validity, and the chosen law contains no provisions relating to trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective.

La délégation australienne hésitait elle-même sur la question de savoir si cette proposition avait encore une portée, étant donné que la conférence était également saisie d'une proposition israélienne, en vertu de laquelle, de façon générale en cas de choix d'une loi ne connaissant pas le trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix serait sans effet et le rattachement objectif de l'article 7 prendrait place (Doc. trav. No 39). La proposition australienne fut néanmoins discutée, notamment parce que certaines délégations la préféraient à un sauvetage général par le rattachement objectif d'un trust soumis à une loi ne connaissant pas l'institution. Elle fut admise à une large majorité. Toutefois, on laissa au Comité de rédaction le soin de décider si, en cas d'inefficacité du choix selon la proposition australienne, la loi applicable serait celle qui régit la validité du trust ou si l'élément en question serait rattaché selon l'article 7.

96 Dans la même séance, la conférence adopta la proposition israélienne précitée. Le Comité de rédaction incorpora celle-ci aux articles 6, alinéa 2 et 7, alinéa premier (Doc. trav. No 58). Il estima que le problème faisant l'objet de la proposition australienne était réglé par ces dispositions qui, selon l'article 9, déterminent aussi la loi applicable aux éléments du trust susceptibles d'être isolés et rattachés séparément.

Selon l'ensemble du système de la Convention, il semble qu'il faudrait répondre à la question laissée ouverte après l'adoption de la proposition australienne – et à laquelle la Convention ne répond pas expressément – dans le sens du rattachement objectif, selon l'article 7, de l'élément susceptible d'être isolé. Il se pourrait alors que cet élément soit régi par une loi ignorant le trust et échappe donc à l'empire de la Convention.

Aussi faut-il reconnaître que le point de vue inverse, c'est-à-dire la soumission de la question susceptible d'être isolée à la loi régissant la validité du trust, présente un avantage. Le choix d'une loi ne connaissant pas le trust pourrait être considéré comme un non-sens dont on ferait complètement abstraction, non seulement en ce qui concerne le choix lui-même, mais aussi en ce qui concerne le principe du dépeçage.

Article 10

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 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 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 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. pré-l. 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. pré-l. 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.

Tout d'abord, on estima qu'il n'y avait pas lieu de se référer ici à des questions d'acquisition de biens, qui étaient couvertes par l'article 19 de l'avant-projet (article 15 de la Convention). Puis, la proposition fut jugée trop abstraite et faisant perdre à la lettre *d* beaucoup de sa substance.

En fin de compte, la disposition fut renvoyée au Comité de rédaction, chargé de tenir compte des diverses propositions.

117 Alors que la proposition de la Banque des Règlements internationaux se référait à la loi de la résidence habituelle et celle du Royaume-Uni à la loi applicable à l'acquisition du bien en cause, plusieurs délégations eussent préféré s'en remettre à la loi désignée par les règles de conflit du for. C'est cette solution qui fut proposée par le Comité de rédaction (Doc. trav. No 58) et finalement retenue par la conférence.

Le texte anglais fut encore légèrement modifié, afin d'éviter toute confusion entre les tiers visés ici et les personnes au nom desquelles le titre relatif aux biens du trust peut être établi pour le compte du *trustee* selon l'article 2, alinéa 2, lettre *b*.

Article 12

118 L'article 12 a trait à un problème susceptible de soulever des difficultés dans la pratique des Etats ne connaissant pas le trust: celui de refléter aussi fidèlement que possible dans les registres publics de ces Etats les particularités du trust.

Il résulte du contexte que cette disposition ne s'applique qu'aux trusts reconnus selon l'article 11, c'est-à-dire créés conformément à la loi prévue au chapitre II.

119 Le *trustee* voulant faire inscrire un bien meuble ou un immeuble dans un registre pourra demander à figurer dans ce registre comme *trustee*; dans les cas où cela ne serait pas possible, l'inscription pourrait avoir lieu de telle façon que l'existence du trust apparaisse par un autre moyen.

Tout cela n'est possible que dans la mesure où la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu le permet. Cette restriction aurait éventuellement pu être inscrite à l'article 15; on a cependant préféré l'insérer directement dans cette disposition spéciale. En plus de cela, les clauses de sauvegarde des articles 13, 15 et 16 peuvent aussi limiter la portée de l'article 12.

120 Il est bien entendu que le *trustee* devra produire, pour obtenir une inscription, les pièces justificatives et remplir les formalités prescrites par la loi du pays où l'inscription doit avoir lieu. C'est également la loi de ce pays qui décidera qui peut exiger que l'existence d'un trust soit révélée.

121 La portée de l'article 12 n'est pas restreinte aux registres publics; la disposition se rapporte aussi à des registres privés à fonction publique, tels que le registre d'actionnaires.

La Quinzième session a repris le texte de l'avant-projet avec des modifications rédactionnelles mineures. Il y a donc lieu de consulter le Rapport de la Commission spéciale pour connaître la genèse de la disposition (Rapport de la Commission spéciale, Nos 96-104).

Article 13

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 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.

Le trust ne devait pas être reconnu, soit lorsque les biens étaient principalement situés dans des Etats qui ne connaissaient pas l'institution (alinéa premier, *supra*, No 128), soit lorsque le constituant et le bénéficiaire avaient la nationalité d'un Etat qui ne connaissait pas le trust et avaient en même temps leur résidence habituelle dans un tel Etat (alinéa 2 *supra*, No 128).

Tout d'abord, une contre-proposition italienne, qui n'a pas été discutée en détail, prévoyait comme condition de la non-reconnaissance que trois facteurs, la situation des biens, la nationalité du constituant et des bénéficiaires, et enfin la résidence habituelle de ces personnes, désignent le même Etat ne connaissant pas le trust (Doc. trav. No 34).

Puis, d'un point de vue technique, on a critiqué la référence aux biens „principalement situés ...“. En parlant de biens „principalement“ situés, on voulait éviter que l'on oblige à reconnaître le trust simplement en ouvrant un compte en banque dans un pays connaissant l'institution. Mais on a reproché

à cette expression son imprécision. On a aussi objecté que, pour des biens mobiliers, et notamment des créances et des papiers-valeurs, le *situs* est très difficile à déterminer dans les conditions actuelles de la vie des affaires.

131 Les exemples qui ont été avancés pour ou contre la proposition des cinq délégations ont montré que son acceptation aurait entraîné bien des difficultés. Ainsi, la délégation anglaise a donné l'exemple d'un Français, propriétaire d'une société anonyme française prospère, qui émigrerait en Angleterre, où il épouserait une Anglaise et aurait des enfants. La proposition obligerait un juge anglais de refuser de donner effet à un trust testamentaire pour lequel ce Français aurait placé les actions de la société française en trust pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants. A cet exemple, la délégation française répondit qu'il ne lui paraissait guère concevable qu'un juriste de *common law* puisse conseiller à un Français domicilié en Grande-Bretagne de faire un trust relatif à des biens en France. En réalité, il semblerait qu'un trust relatif aux actions de la société française – actions qui se trouveraient en Angleterre – pourrait certainement se justifier; en revanche, un trust anglais relatif à des biens effectivement situés en France, et notamment à des immeubles, ne serait certainement pas approprié.

La délégation anglaise donna encore un autre exemple où, contrairement à l'alinéa 2 de la proposition, il pouvait se justifier que des Français ayant leur résidence habituelle en France fassent un trust: celui où ils posséderaient une maison de week-end dans le sud de l'Angleterre, utilisée par toute la famille à tour de rôle.

132 La discussion fut reprise le lendemain et le Président soumit à la conférence une nouvelle proposition, qui fut discutée en même temps que celle des cinq délégations (*supra*, No 128). Seule la première variante de cette proposition, qui s'opposait à la proposition 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.

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 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 désignée 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 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 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 diffi-

cultés 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.

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.

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'appli-

cation 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“, 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 réciproque¹.

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.

¹ 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.

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 notamment l'article 5, qui écartent l'application de la Convention. D'autre part, on a remarqué que la formule anglaise de l'avant-projet, qui parlait de „l'application de la Convention“, était préférable à la formule française qui parlait d'application „d'une des lois désignées ...“, puisque cette Convention n'a pas trait qu'aux conflits de lois, mais également à la reconnaissance.

Le texte de l'article 18 de la Convention a tenu compte de ces remarques.

Article 19

165 Il était nécessaire de préciser dans la Convention que le droit fiscal ne serait pas touché; en effet, si celle-ci apparaissait comme permettant, au moyen du trust, d'échapper à certains impôts, sa ratification serait gravement compromise. L'article 17 de l'avant-projet a été repris sans discussion par la Quinzième session.

Article 20

166 En vertu de cet article, un Etat pourra déclarer qu'il appliquera les dispositions de la Convention également aux trusts créés par décision de justice qui sans cela ne sont pas visés (*supra*, Nos 49-51, *ad* article 3).

Pareille déclaration n'entraîne aucune obligation pour les autres Etats contractants de reconnaître les trusts judiciaires de l'Etat qui a fait la déclaration.

Les alinéas 2 et 3 règlent les modalités de cette déclaration.

167 La Commission spéciale avait décidé d'exclure les trusts créés par autorité de justice du champ d'application de la Convention (Rapport de la Commission spéciale, Nos 33-34).

Cette décision fut remise en question à la Quinzième session et une proposition d'inclure les trusts par décision de justice (Doc. trav. No 16) a donné lieu à une discussion assez étendue. Sur cette proposition, tant les délégués de pays de *civil law* que ceux de pays de *common law* étaient divisés. En faveur de l'inclusion de ces trusts, on fit valoir qu'ils présentaient en général plus de garanties que des trusts créés par des particuliers et que, de plus, ils étaient soumis à la *lex magistratus*, ce qui excluait la possibilité du choix frauduleux d'une loi étrangère.

On argumenta également sur la base de la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements.

A l'encontre de cette solution, on fit valoir tout d'abord que la Convention est essentiellement axée sur la protection de la volonté des particuliers qui veulent créer un trust et que, d'autre part, inclure les trusts judiciaires reviendrait en quelque sorte à reconnaître des décisions étrangères par une voie détournée ne présentant pas les garanties ordinaires. Il fut aussi remarqué que, dans les pays de *common law*, les trusts judiciaires étaient le plus souvent un moyen d'opérer réparation. (Voir Rapport Dyer/Van Loon, No 107.) Or on ne saurait obliger à reconnaître dans la forme d'un trust ce qui ne serait pas reconnu sous forme d'un jugement ordinaire en paiement d'une somme d'argent.

A l'issue de cette discussion, l'inclusion générale des trusts judiciaires fut rejetée à une nette majorité.

168 La Commission examina ensuite une proposition plus restreinte, selon laquelle la Convention s'appliquerait „*to trusts of a continuing administrative nature which 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 la validité du trust soit régie par la

loi d'un Etat contractant au moment où la reconnaissance est demandée. Le moment où le trust a été créé n'a pas d'importance. Il se peut qu'alors l'Etat dont la loi régit la validité n'était pas encore un Etat contractant ou encore que la loi régissant la validité lorsque le trust a été créé ait été remplacée par une autre, en application de l'article 10. Rappelons toutefois que le trust ne doit être reconnu que s'il a été créé selon la loi désignée par les articles 6 et 7 (article 11, alinéa premier). Un *trustee* ayant le pouvoir de changer la loi applicable pourrait donc remplacer la loi d'un Etat non contractant primitivement applicable par la loi d'un Etat contractant, afin d'assurer la reconnaissance du trust dans un autre Etat contractant.

Article 22

173 L'alinéa premier de cette disposition pose le principe que la Convention s'applique à tous les trusts, peu importe la date à laquelle ils ont été créés.

Le deuxième alinéa permet toutefois à un Etat contractant de faire une réserve aux termes de laquelle il n'appliquera pas la Convention à des trusts créés avant que la Convention ne soit entrée en vigueur pour lui. L'article 26 règle l'exercice de la réserve.

174 Cet article a été proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 24).

Dans la discussion, le principe de l'alinéa premier n'a pas été contesté; en revanche, la nécessité et le bien-fondé de la réserve ont été mis en doute. A son encontre on a objecté qu'elle était peu appropriée, étant donné le caractère ouvert de la Convention et qu'une réserve semblable dans la Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires n'avait pas été utilisée.

Certaines délégations ont cependant exprimé des craintes sur la rétroactivité que l'alinéa premier paraissait comporter. Ainsi, le Délégué australien a pensé que son pays aurait peut-être besoin de la réserve. Au contraire, les Délégués des Etats-Unis et du Royaume-Uni ont fait remarquer que la rétroactivité n'était dangereuse que si elle changeait le droit matériel, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. On a aussi craint que la réserve ne sème la confusion dans le cas de trusts qui ont des liens avec plusieurs pays.

En fin de compte, la proposition, dans son ensemble, a été adoptée sans opposition.

Un échange de vues s'est ensuite engagé sur la possibilité de faire une réserve partielle. La conclusion en a été que cela était possible sans que l'on modifie la rédaction.

175 Lors de la deuxième lecture, la question a été soulevée de savoir comment cette réserve se combinait avec celle relative aux limitations du chapitre III aux trusts créés selon la loi d'un Etat contractant (article 21). A supposer que l'Etat A fasse la réserve relative au temps de l'article 22, et l'Etat B la réserve de l'article 21 relative au chapitre III, il est bien clair que l'Etat A ne reconnaîtra les trusts de l'Etat B que s'ils ont été créés après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat A. Faut-il en conclure que l'Etat B n'est pas tenu de reconnaître des trusts conformes à la loi de l'Etat A créés avant l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat? La question n'a pas été résolue, mais, selon l'esprit général de la Convention et de la discussion, il semble qu'il faille répondre par la négative.

La réciprocité ne jouerait certainement pas si l'Etat B n'avait pas fait la réserve de l'article 21, car sans cela les trusts de l'Etat contractant A seraient moins bien traités que les trusts d'Etats non contractants.

Article 23

176 Cette disposition vise les Etats comprenant plusieurs unités territoriales ayant chacune leur propre législation. Une telle unité sera traitée pour les besoins de la Convention comme si elle était un Etat: le choix de la loi d'une de ces unités composantes par le constituant sera efficace, et à défaut de choix, on appliquera les indices de l'article 7, alinéa 2, pour déterminer avec quelle unité le trust présente les liens les plus étroits.

Que se passera-t-il si le constituant choisit la loi d'un Etat non unifié comme telle, par exemple la loi américaine? Selon une déclaration de la délégation des Etats-Unis, qui n'a pas été contredite, un tel choix serait sans effet et la loi applicable devrait être déterminée selon l'article 7.

177 Le texte de la disposition a été proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 21). Celui-ci s'est inspiré d'une proposition australienne (Doc. trav. No 3) et de l'avant-projet de Convention en matière de vente. La discussion a révélé que deux solutions étaient possibles pour le problème posé par les Etats composés: soit, comme le faisait la proposition, appliquer directement les règles de conflit de la Convention aux unités territoriales, soit appliquer les règles interprovinciales de l'Etat concerné, pour autant qu'il en existe. Cette dernière solution figure dans nombre de Conventions de La Haye, par exemple dans l'article 16 de la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Dans le contexte de la Convention en discussion, la première solution fut cependant unanimement préférée.

178 La question se posa s'il fallait exprimer la solution adoptée par l'article proposé ou, au contraire, par une disposition inspirée de l'article 19 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, dont la teneur était la suivante:

Lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de contrats d'intermédiaires et de représentation, chaque unité territoriale est considérée comme un Etat aux fins de la détermination de la loi applicable selon la Convention.

En fin de compte, la formule de l'actuel article 23 fut préférée à celle de l'article 19 de la Convention sur la représentation par toutes les délégations contre une opposition et cinq abstentions.

Article 24

179 L'article 24 permet aux Etats à systèmes composés de ne pas appliquer la Convention aux conflits internes.

Cette disposition, proposée par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 22), est inspirée de l'avant-projet de Convention en matière de vente. Elle fut adoptée sans discussion, cela malgré certains doutes sur son utilité.

Article 25

180 L'article 25 destiné à éviter des conflits de conventions, a également été proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 23) et adopté sans discussion.

Cette règle, qui se trouve également dans nombre d'autres conventions, est empruntée à l'article 22 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

Chapitre V – *Clauses finales*

181 Les clauses finales suivent le schéma habituel des Conventions de La Haye. Plusieurs innovations également en discussion à propos de la 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 Etats 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, nonobstant 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 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-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 26bis). 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 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 adhérant, et l'extension aux unités territoriales. Il convient de remarquer qu'à la lettre *b*, le délai de trois mois ne commence à courir qu'à l'expiration du délai d'un an de l'article 29, alinéa 3. Une adhésion n'aura donc d'effet que quinze mois après le dépôt de l'instrument.

198 Cette disposition se fonde sur un article proposé par le Sous-Comité sur les dispositions générales et les clauses finales (Doc. trav. No 45, article 28) dont la rédaction fut précisée en séance et par le Comité de rédaction.

Article 31

199 L'article 31 concerne la dénonciation de la Convention; on notera que, à la différence de conventions plus anciennes, la Convention actuelle n'a pas une durée fixe, mais peut être dénoncée à tout moment.

Si un Etat dénonce purement et simplement, la Convention cessera d'avoir effet au bout d'une période de six mois. Mais l'Etat dénonçant peut également fixer une date ultérieure; en revanche, il ne peut pas faire dépendre l'effet de sa 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.

*

TABLE DU RAPPORT

Introduction

La marche des travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé

Objet du présent rapport

Les caractéristiques de la Convention

La structure de la Convention

Commentaire de la Convention

Préambule et

Chapitre premier – Champ d’application

Article premier

Les institutions visées

La loi applicable au trust

La reconnaissance du trust

L’application de la Convention *erga omnes*

Article 2

Alinéa premier

Alinéa 2

Alinéa 3

Article 3

La limitation aux trusts volontaires

La preuve par écrit

Article 4

Article 5

Chapitre II – Loi applicable

Article 6

Alinéa premier

Alinéa 2

Article 7

Article 8

Article 9

Article 10

Chapitre III – Reconnaissance

Article 11

Alinéa premier

Alinéa 2

Alinéa 3

Article 12

Article 13

Article 14

Chapitre IV – Dispositions générales

Article 15

Alinéa premier

Alinéa 2

Article 16

Article 17

Article 18

Article 19

Article 20

Article 21

Article 22

Article 23

Article 24

Article 25

Chapitre V – Clauses finales

Article 26

Article 27

Article 28

Article 29

Article 30

Article 31

Article 32 et clause de signature

4721/01

N° 4721¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2000-2001

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires;
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, et
- modifiant l'article 445 du Code de commerce

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(14.3.2001)

Par sa lettre du 25 octobre 2000, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu saisir la Chambre de Commerce pour avis du projet de loi sous rubrique.

L'objet du présent projet de loi est de ratifier la Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985, d'une part, et de réformer le régime légal des contrats fiduciaires des établissements de crédit issu du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983, d'autre part.

Tout d'abord, la Chambre de Commerce voudrait remarquer que l'intitulé du texte dont elle a été saisie pour avis parle d'un avant-projet de loi. Par la suite, le terme „projet de loi“ est utilisé. En conséquence, la Chambre de Commerce se référera dans le présent avis toujours à un projet de loi.

L'introduction du concept de fiducie en droit luxembourgeois remonte au règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 qui a déterminé le régime juridique des contrats fiduciaires. Ce texte était destiné à remédier à l'absence de cadre juridique en ce domaine et devait ainsi permettre aux établissements de crédit luxembourgeois d'en développer l'usage dans un environnement juridique sécurisé, compte tenu de l'essor important de cette institution à l'échelle mondiale.

Face à l'internationalisation croissante de la vie économique et au développement de la pratique du trust sur une base internationale, des problèmes de conflits de loi risquaient de se poser particulièrement en raison des différences existant entre les pays de „*common law*“ et les pays de „*civil law*“. C'est la raison pour laquelle une „Convention internationale sur les effets internationaux des trusts et de leur reconnaissance“ a été élaborée dans le cadre de la Conférence de La Haye et ouverte à la ratification le 25 juillet 1985. Le but de cette Convention est de donner des éléments de solution aux conflits de loi et de permettre une reconnaissance internationale des effets du trust. Cette Convention a été signée par le Luxembourg le 1er juillet 1985, mais n'a pas encore été ratifiée.

La ratification de cette Convention par notre pays emporte plusieurs conséquences. En premier lieu, la Convention offre à nos tribunaux des règles leur permettant de résoudre les problèmes de droit international privé qui sont susceptibles de se poser lorsqu'un trust prolonge ses effets sur le territoire luxembourgeois.

En second lieu, l'entrée en vigueur de la Convention aura pour effet de faciliter la reconnaissance de la fiducie luxembourgeoise à l'étranger. Il est prévu que la Convention ne s'applique pas si les règles de conflit de lois qui y sont énoncées conduisent à l'application d'une loi qui ne reconnaît pas l'institution du *trust* (article 5). Bien que le droit luxembourgeois ne connaisse pas le *trust* en tant que tel, la fiducie luxembourgeoise répond aux traits caractéristiques du *trust* énumérés par la Convention à son article 2,

à savoir les biens sont placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé:

- les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Ces caractéristiques sont communes à la fiducie et au *trust*. Ainsi, bien que certaines différences existent entre les deux institutions, ces différences ne constituent pas un obstacle au traitement de la fiducie comme une institution assimilable au *trust* au sens de la Convention. Le fait que le *trust* puisse naître d'une simple déclaration unilatérale de volonté, alors que la constitution d'une fiducie nécessite la conclusion d'un contrat n'est pas déterminant au regard de l'application des règles de la Convention. Il en est de même en ce qui concerne la dualité de la propriété, partagée entre le *trustee* et le bénéficiaire dans le *trust*, alors qu'en matière de fiducie, le fiduciaire est seul propriétaire des biens qui lui sont confiés, le bénéficiaire n'ayant en principe qu'un droit de créance. La Convention crée de ce fait un pont entre le *trust* et la fiducie. La Chambre de Commerce constate avec satisfaction que la sécurité juridique de l'institution luxembourgeoise de la fiducie s'en trouvera renforcée.

Parallèlement à l'approbation de cette Convention, le projet de loi apporte certaines modifications au régime juridique de la fiducie luxembourgeoise. Afin notamment de répondre aux exigences de la Convention, il est expressément précisé que la preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit. Par contre la référence au texte luxembourgeois ne sera plus nécessaire. La Chambre de Commerce note que le principe de l'autonomie du patrimoine fiduciaire par rapport au patrimoine personnel du fiduciaire est par ailleurs réaffirmé.

Quant à son champ d'application, l'absence de lien de rattachement obligatoire au Luxembourg ouvre la porte à de multiples applications de la loi luxembourgeoise, y compris à des opérations dans lesquelles ni le fiduciaire ni le bénéficiaire ne sont établis au Luxembourg.

La Chambre de Commerce constate que le nouveau texte élargit la liste des professionnels pouvant être fiduciaires. Désormais, la qualité de fiduciaire est ouverte à la plupart des professionnels du secteur financier, ainsi qu'à certaines autres catégories de professionnels du monde des assurances et des finances. La Chambre de Commerce note au passage que le projet de loi relative au transfert de propriété à titre de garantie a notamment pour objectif d'uniformiser les champs d'application de plusieurs textes: les lois relatives à la mise en pension, à la compensation de créances et au transfert de propriété à titre de garantie seront désormais applicables de manière uniforme aux mêmes catégories de professionnels. La même logique n'est pas suivie dans le texte relatif à la fiducie qui reste réservée aux professionnels dont la surveillance par les autorités publiques est la plus stricte.

La Chambre de Commerce voudrait remarquer que c'est justement cette exigence de surveillance stricte, rappelée par le commentaire des articles, qui est en contradiction avec l'ouverture aux professionnels étrangers dont la Chambre de Commerce ignore les modalités de surveillance. La façon dont le projet traite la question fait que les limites de prudence visent essentiellement les professionnels luxembourgeois ou encore européens, mais qu'aucune garantie particulière n'existe face aux professionnels d'Etats tiers, la surveillance des professionnels des Etats membres de l'Union Européenne étant plus ou moins harmonisée. Il serait plus judicieux d'ajouter au texte l'exigence d'une surveillance prudentielle pour les professionnels cités. La Chambre de Commerce note que les domiciliataires luxembourgeois, tout en étant surveillés, n'entrent pas dans le champ d'application du texte.

L'article 5 du projet donne une définition du contrat fiduciaire sans reprendre l'idée du but de la fiducie que l'on trouve à l'article 2 de la Convention. La Chambre de Commerce suggère d'ajouter à la définition un bout de phrase en ce sens: „... *une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé et sous les obligations déterminées* ...“

La Chambre de Commerce estime utile de rappeler quelles peuvent être les créances nées „à l'occasion du patrimoine fiduciaire“ dont il est question à l'article 6. Ainsi, un créancier pourrait saisir des biens du patrimoine fiduciaire s'il revendiquait, en tant que dépositaire, des frais nés à l'occasion du dépôt de tout ou partie de ce patrimoine. Par contre, les créanciers propres du fiduciaire, dont les reven-

dications se basent sur des faits étrangers à la gestion ou à l'administration de la fiducie concernée, n'ont aucun droit à faire valoir sur ce patrimoine.

Le paragraphe 2 de l'article 7 reprend une disposition issue du paragraphe 3 de l'article 3 du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983. Dans cette dernière version, la disposition est précédée de la phrase suivante: „*Le contrat fiduciaire ne peut pas conférer au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciaire.*“ On comprend mieux, de cette façon, l'idée selon laquelle ni le fiduciaire, ni les tiers, ne peuvent se prévaloir du contrat pour lier le fiduciaire et le fiduciaire. Il s'agit en fait d'une réaffirmation de l'effet relatif du contrat et de l'absence de représentation. Ainsi, un dépositaire du patrimoine qui aurait connaissance du contrat fiduciaire ne pourrait, en droit, considérer le fiduciaire comme son déposant, mais devrait au contraire toujours considérer le fiduciaire comme seul et véritable propriétaire des biens déposés.

La Chambre de Commerce voudrait cependant relever une contradiction entre l'affirmation du paragraphe 2 et celle du paragraphe 3 de l'article 7. Ce dernier dispose, en effet, que les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers qui en ont connaissance, alors que le paragraphe 2 affirme l'exact contraire. En conséquence, la Chambre de Commerce propose de biffer le paragraphe 3. Subsidiairement, si l'idée du paragraphe 3 devait être maintenue, la Chambre de Commerce propose la rédaction suivante: „*Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire ne sont pas opposables aux tiers sauf s'ils en ont connaissance par le fiduciaire, sans préjudice des règles d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire.*“

Le paragraphe 4 de l'article 7 du projet clarifie, d'une part, que le fiduciaire peut donner des instructions au fiduciaire et, d'autre part, qu'il peut renoncer à donner de telles instructions. La Chambre de Commerce voudrait préciser qu'une renonciation à donner des instructions n'est pas à comprendre dans le sens de l'institution d'une fiducie irrévocable. En fait, le paragraphe 4 traite des modalités d'exécution et non du contrat-cadre. C'est le paragraphe 5 qui détermine les conditions sous lesquelles le contrat peut être irrévocable, c'est-à-dire s'il est conclu pour une durée déterminée. Par contre, la fiducie à durée indéterminée ne peut pas être stipulée irrévocable sous peine de violer le principe de l'interdiction des engagements perpétuels.

Alors que la fiducie conclue à des fins de garantie n'était pas expressément envisagée par le règlement grand-ducal du 17 juillet 1983, le projet sous analyse consacre pleinement cette utilisation particulière de la fiducie. Le but essentiel des auteurs a été de prévoir la fiducie-sûreté, tout en ne remettant pas en cause les contrats de fiducie-sûreté faits sous le régime du règlement grand-ducal du 17 juillet 1983. La Chambre de Commerce salue cette idée. Mais évidemment, la fiducie peut être conclue dans de nombreux buts et la fiducie-sûreté n'en est qu'une variante. Pour tous ces contrats, le principe de l'autonomie de la volonté des parties est la loi essentielle et il n'est pas certain que la fiducie à titre de garantie ait besoin d'explications supplémentaires. Il aurait suffi d'écrire que: „*La fiducie peut être conclue à toutes fins non contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs, notamment à titre de garantie.*“ Dans ce cas, il conviendrait de changer l'intitulé de l'article 8 „*Fiducie conclue à des fins de garantie*“ en „*Finalités de la fiducie*“ afin de prendre en compte cette idée.

Le projet de loi sous analyse introduit une règle d'application générale selon laquelle, de même que les sûretés classiques, le transfert de propriété à titre de garantie, en ce compris la fiducie, est frappé de nullité lorsqu'il a été conclu en période suspecte pour des dettes contractées antérieurement (article 445 modifié du Code de commerce). Parallèlement, le projet de loi relatif au transfert de propriété à titre de garantie écarte les règles relatives à la faillite, et en particulier celles de l'article 445 du Code de commerce. Dans ce cadre, le cessionnaire ne risque pas la nullité de sa sûreté portant sur des dettes antérieurement contractées. Or, cette loi s'appliquera elle aussi aux opérations de transfert de propriété à titre de garantie par voie fiduciaire (article 1er du projet de loi No 4696).

Cette contradiction apparente s'explique par la différence des champs d'application respectifs des deux textes. Le projet de loi relatif au transfert de propriété à titre de garantie porte sur les opérations de transfert de propriété de valeurs susceptibles d'être inscrites et transférées de compte en compte. Le texte relatif à la fiducie, quant à lui, a un champ d'application plus large puisqu'il couvre les opérations portant sur toutes sortes de biens.

Fondamentalement, le régime du transfert de propriété à titre de garantie du projet de loi No 4696 servira en pratique à régir les situations entre professionnels, alors que la fiducie s' imagine parfaitement dans des situations de crédit plus classiques.

Une particularité de la fiducie réside dans le principe de l'autonomie patrimoniale, alors que c'est le principe de l'universalité du patrimoine qui est de rigueur dans le cadre d'un transfert de propriété à titre de garantie en dehors du cadre fiduciaire. Ainsi, dans l'hypothèse d'une voie d'exécution pratiquée à l'encontre du cessionnaire par les créanciers de celui-ci, les biens qui lui ont été transférés en pleine propriété pourront – semble-t-il – être saisis. Il n'en est pas de même lorsque le transfert de propriété est effectué à titre fiduciaire, puisque les patrimoines sont distincts.

Le paragraphe 2 de l'article 9 rend le contrat fiduciaire opposable aux tiers, alors que l'article 7 précise justement qu'ils ne peuvent s'en prévaloir. Ce sont en fait les droits de propriété du fiduciaire qui sont opposables aux tiers, mais non pas le contenu du contrat avec ses modalités d'exécution.

En conclusion, la Chambre de Commerce approuve la ratification de la Convention de La Haye de 1985 et, sous les réserves exprimées par cet avis, accueille favorablement les dispositions du projet visant à adapter le régime juridique de la fiducie luxembourgeoise. Ce texte offrira une sécurité juridique renforcée aux opérations fiduciaires et dotera la fiducie luxembourgeoise d'une légitimité accrue au plan international. La création d'un cadre juridique approprié est en outre susceptible d'attirer vers le Luxembourg les opérateurs économiques étrangers désireux d'utiliser la fiducie, lorsque cette institution n'existe pas dans leur Etat d'origine. Ce texte complète utilement la législation luxembourgeoise dans le domaine bancaire et financier.

*

Au vu de ces considérations, la Chambre de Commerce, après consultation de ses ressortissants, peut approuver le projet de loi sous rubrique.

4721/02

N° 4721²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2001-2002

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires;
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, et
- modifiant l'article 445 du Code de commerce

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(11.12.2001)

Par dépêche du 8 novembre 2000, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique. Le texte du projet fut accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Chambre de commerce fut communiqué au Conseil d'Etat en date du 26 mars 2001.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le droit luxembourgeois ne connaît pas telle quelle l'institution du trust originaire du droit anglo-saxon. Cependant, notre droit a accepté la notion du trust au moins de deux manières: premièrement, au sens direct, par l'institution du concept de contrat fiduciaire par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit, en second lieu, par la reconnaissance, sous des critères de droit international privé et sous des réserves plus ou moins strictes apportées par la jurisprudence, de trusts et structures assimilées valablement constitués par rapport au droit de leur pays d'origine.

L'objet du projet de loi sous avis est d'aller plus loin, et cela sur deux axes: d'une part, il porte approbation par le Luxembourg de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, d'autre part, le projet établit une nouvelle réglementation des contrats fiduciaires stipulés sous l'empire du droit luxembourgeois.

Le volet adaptation du droit luxembourgeois interne sera analysé plus en détail dans le cadre de l'examen des articles du projet de loi. Quant à la portée de l'approbation par le Luxembourg de la Convention de La Haye susindiquée, il échet de la commenter dès maintenant, alors que le projet de loi n'y consacre qu'un seul article.

*

La Convention a pour objet de déterminer la loi applicable au trust et de régir sa reconnaissance (cf. article 1er de la Convention). Il s'agit donc d'une convention de droit international privé, qui établit des critères de rattachement afin de déterminer par quel droit national un trust donné est régi. Sauf en ce qui concerne les articles 2 et 11, la Convention ne contient ainsi pas de dispositions matérielles gouvernant ou unifiant le fond de l'institution du trust, mais elle définit des critères de rattachement. Cela est d'autant plus important que la convention généralement applicable pour déterminer la loi nationale

compétente entre pays européens, à savoir la Convention de Rome du 19 juin 1980, exclut expressément le trust à son article 2, point g), de sorte que les règles de conflit établies par cette convention, qui constituent le droit international privé commun et général entre pays signataires, ne sont pas applicables au trust.

La Convention de La Haye définit certes le trust à son article 2, et prévoit quelques autres conditions minimales à l'article 11, mais uniquement pour les besoins de la circonscription du champ d'application de la Convention. Une des conséquences en est notamment, pour le Luxembourg, que les contrats fiduciaires stipulés sous droit luxembourgeois, bien que ne constituant pas des trusts au sens juridique propre, bénéficient néanmoins de la Convention, puisqu'ils remplissent les conditions nécessaires pour rentrer dans son champ d'application. Il est donc admissible de considérer que la Convention de La Haye étend la notion de trust à toutes les structures juridiques qui répondent à des conditions de base constituant en quelque sorte le dénominateur commun du trust au sens européen du terme.

Le bénéfice que le Luxembourg tire de la Convention est double: d'un côté, il existe désormais une base juridique expresse pour la reconnaissance, au Luxembourg, des structures fiduciaires émanant d'autres juridictions, d'un autre côté, et inversement, les fiducies de droit luxembourgeois seront reconnues dans tous les Etats signataires de la Convention. En effet, la fiducie luxembourgeoise remplit les conditions minimales résultant des articles 2 et 11 de la Convention, afin d'être reconnue comme trust au sens de la Convention.

Ces conditions sont les suivantes:

- 1) les biens du trust doivent constituer un patrimoine séparé dans le chef du trustee, de sorte qu'ils échappent à toute procédure collective;
- 2) le titre relatif aux biens du trust doit être établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour son compte;
- 3) le trustee doit être investi du pouvoir et chargé de l'obligation de gérer le „passif“ fiduciaire;
- 4) les créanciers personnels du trustee ne doivent pas pouvoir saisir les biens du trust;
- 5) les biens du trust ne doivent pas faire partie du régime matrimonial ou de la succession du trustee;
- 6) la revendication des biens du trust doit être permise lorsque le trustee en a disposé ou les a confondus avec son patrimoine en violation du „passif“ fiduciaire.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

Cet article n'appelle pas d'observation, dans la mesure où il porte approbation de la Convention de La Haye, dont la portée a été étayée ci-avant.

Article 2

Cet article énonce deux principes importants. D'un côté, il détermine expressément la situation du trustee par référence à celle d'un propriétaire, d'un autre côté, il y a séparation entre le patrimoine du trust et le patrimoine personnel du trustee.

La référence à la notion de propriétaire est en ce sens intéressante que le parallélisme entre les droits du trustee d'un trust étranger reconnu au Luxembourg et ceux du fiduciaire d'une fiducie luxembourgeoise est ainsi établi. En effet, l'article 5 du projet sous avis déclare expressément que le fiduciaire devient propriétaire du patrimoine fiduciaire, alors que le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 se limitait à disposer que le fiduciaire est rendu titulaire de droits patrimoniaux. Si cette précision ne change rien en droit interne luxembourgeois, la référence expresse à la catégorie juridique de propriété instaure un critère plus facilement identifiable dans les relations internationales.

Article 3

Il s'agit de l'article énonçant les déclarations et réserves que le Luxembourg fera lors du dépôt des instruments de ratification. Le Luxembourg déclarera ainsi ne pas donner effet, à titre exceptionnel, aux règles de police d'ordre international d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit. Le Luxembourg appliquera dans un tel cas la loi du for, c'est-à-dire le droit luxembour-

geois. Le Luxembourg déclarera encore qu'il étendra les règles de la Convention du trust conventionnel au trust judiciaire.

Article 4

A partir de l'article 4, le projet de loi concerne la nouvelle réglementation des contrats fiduciaires de droit luxembourgeois. En d'autres termes, ces articles remplacent le régime institué par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit.

L'article 4 définit le champ d'application des contrats fiduciaires luxembourgeois. Par rapport au règlement grand-ducal de 1983, il s'agit d'une extension notable des seuls établissements de crédit à une série d'autres professionnels du secteur financier et du secteur des assurances, qui sont désormais autorisés à exercer la fonction de fiduciaire au sens de la loi.

Cette extension permettra aux professionnels nouvellement admis comme fiduciaires de développer une plus grande gamme de modes de gestion de leurs produits, alors que le recours à la fiducie sous ses différents types d'utilisation leur sera accessible.

Le Conseil d'Etat constate que l'obligation formelle de se référer expressément au texte gouvernant la fiducie, telle qu'elle figurait à l'article 1er du règlement grand-ducal de 1983, n'a pas été reprise. On pourrait en déduire que le contrat fiduciaire est à l'heure actuelle un concept suffisamment enraciné dans notre droit pour qu'on puisse faire abstraction de la référence expresse. Le Conseil d'Etat considère cependant que, dans une optique de reconnaissance – au sens d'identification – internationale de la fiducie de droit luxembourgeois, la référence expresse à la loi luxembourgeoise pourrait continuer à s'avérer utile, surtout dans un contexte où, grâce à la ratification de plus en plus étendue de la Convention de La Haye relative au trust, les contrats fiduciaires de droit luxembourgeois seront appelés à être reconnus et identifiés dans une mesure croissante.

Article 5

L'article 5 définit le contrat fiduciaire. Dans sa substance, la définition reprend celle de 1983, mais en disposant expressément que le fiduciaire devient propriétaire du patrimoine fiduciaire, et non plus seulement qu'il est titulaire de droits patrimoniaux. La nouvelle définition ne reprend plus la référence aux notions d'actif et de passif fiduciaire. Ces notions se maintiendront cependant sans doute pour désigner respectivement les droits patrimoniaux et les obligations du fiduciaire.

Par la référence expresse au propriétaire, le projet établit un strict parallélisme entre les droits du fiduciaire et ceux du trustee, ainsi que déjà exposé ci-avant dans les observations relatives à l'article 2.

Article 6

Cet article expose le détail et la portée du principe de l'autonomie patrimoniale du patrimoine fiduciaire. Les applications juridiques et pratiques qui en découlent sont les suivantes:

- constitution d'un patrimoine distinct pour chaque patrimoine fiduciaire;
- saisissabilité de ce patrimoine uniquement par les créanciers du contrat fiduciaire en question;
- absence d'atteinte en cas de procédure collective contre le patrimoine personnel du fiduciaire;
- obligation de comptabilisation séparée pour chaque patrimoine fiduciaire.

Par rapport au régime précédent, les modifications se limitent à des adaptations de terminologie, l'actif fiduciaire devenant le patrimoine fiduciaire et la notion de masse étant remplacée par celle de patrimoine personnel du fiduciaire.

Une précision par rapport au règlement grand-ducal de 1983 est cependant fort utile, à savoir que le paragraphe 2 de l'article 6 énonce expressément non seulement la séparation patrimoniale entre le patrimoine personnel du fiduciaire et le patrimoine fiduciaire qu'il gère *in globo*, mais encore la ségrégation de chaque patrimoine fiduciaire pris individuellement.

Article 7

L'article 7 traite des relations entre le fiduciaire et le fiduciaire. Il reprend le régime *inter partes* du règlement grand-ducal de 1983, tout en l'explicitant.

Les paragraphes 1er et 2 énoncent l'application des règles du mandat, l'exclusion de la représentation entre le fiduciaire et le fiduciaire, et l'absence de création d'un lien direct entre eux. Ils reprennent ainsi la substance des paragraphes 3 et 4 de l'article 3 du règlement grand-ducal de 1983.

Le paragraphe 3 énonce une disposition nouvelle, à savoir l'opposabilité aux tiers qui en ont connaissance des limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire. Par contre, du moment que ces droits peuvent être connus par tous par un régime de publicité, la réserve tenant à la nécessité de la connaissance n'a plus lieu. Le régime du paragraphe 3 sera par ailleurs examiné ci-après à la lumière des dispositions de l'article 9.

Le paragraphe 4 permet au fiduciaire de renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire. Il s'agit d'une disposition nouvelle qui a toute son utilité alors que le régime de droit commun du mandat établit au profit du mandant un tel droit de donner des instructions au mandataire. Dans la mesure où le régime du mandat est expressément rendu applicable à la fiducie, il est d'autant plus indiqué de formaliser les dérogations.

Il en est de même pour le paragraphe 5 qui écarte la règle habituelle du mandat permettant à chacune des parties de mettre unilatéralement fin au contrat. La fiducie étant l'instrument de base pour des opérations économiquement très importantes, un tel aléa pesant sur la continuité des relations aurait été très préjudiciable. A cause de l'interdiction des engagements contractuels à perpétuité, il n'est cependant pas possible d'interdire la résiliation unilatérale pour les fiducies stipulées à durée indéterminée. Par ailleurs, la convention contraire, c'est-à-dire la stipulation expresse du droit de résiliation unilatérale, est toujours permise.

Il faut souligner encore que tant le paragraphe 4 que le paragraphe 5 constituent des ajouts utiles à l'ancien texte, alors que toute dérogation au régime du mandat doit être énoncée expressément.

Autre disposition nouvelle, le paragraphe 6 permet de demander le remplacement judiciaire du fiduciaire ou l'extinction judiciaire anticipée du contrat fiduciaire. La requête doit reposer sur des motifs graves dont la charge de la preuve incombe au requérant. Cette innovation établit un remède dans des situations contractuelles périllicieuses, où l'intérêt économique exige cependant de trouver une issue.

L'article 7 du projet de loi sous avis est ainsi en règle générale plus explicite quant au régime entre fiduciaire et fiduciaire. On peut cependant se demander pourquoi il ne reprend pas l'ancien article 3, paragraphe 2, qui, à l'échéance du contrat fiduciaire, établissait au profit du fiduciaire un privilège et un droit de rétention sur tous les éléments de l'actif fiduciaire.

En effet, sous l'empire des règles actuelles, le droit de rétention et le privilège bénéficiant au fiduciaire ont lieu en fin de contrat quelle que soit la cause de cette terminaison. Ils dépassent largement la seule application en cas de faillite. On ne peut pas non plus considérer que l'existence d'un droit de propriété au profit du fiduciaire rendrait inutile ou superflu son privilège et son droit de rétention. Premièrement, déjà sous l'ancien régime, le fiduciaire était titulaire de droits patrimoniaux, et en second lieu, c'est précisément le retransfert de propriété, en fin de contrat, au fiduciaire ou à un tiers bénéficiaire, qui donne toute son utilité au privilège et au droit de rétention du fiduciaire, qui perd alors son titre de propriété.

Le Conseil d'Etat propose dès lors d'ajouter à l'article 7 un paragraphe 7 libellé comme suit:

„(7) A l'échéance du contrat fiduciaire, le fiduciaire bénéficie d'un privilège et d'un droit de rétention sur tous les éléments du patrimoine fiduciaire jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû par le fiduciaire en exécution du contrat fiduciaire.“

Article 8

L'article 8 institue expressément en droit luxembourgeois la fiducie conclue à des fins de garantie, ou fiducie-sûreté. Même si la pratique connaissait déjà cet usage de la fiducie, sa formalisation explicite constitue une précision utile, du moins à première vue, et sous réserve des considérations ci-après.

Juridiquement, la fiducie conclue à des fins de garantie, vu qu'elle opère un transfert de propriété à l'instar de tout contrat fiduciaire, peut être assimilée au transfert de propriété à titre de garantie tel qu'instauré par la loi du 1er août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie. L'article 1er, paragraphe 1er de cette loi dispose d'ailleurs expressément qu'elle s'applique également au transfert de propriété à titre de garantie par voie de fiducie. On peut dès lors considérer qu'en matière de fiducie-sûreté, la loi du 1er août 2001 constitue la loi générale, alors que le projet sous avis donnera lieu à la loi spéciale.

Le régime établi par l'article 8, paragraphe 1er du projet de loi sous avis reflète exactement la flexibilité consacrée notamment par l'article 2 de la loi du 1er août 2001, alors que, d'un côté, les créances à garantir peuvent être actuelles ou futures et, d'un autre côté, le patrimoine de garantie est flexible.

Or, si en principe le régime de la fiducie-sûreté suit celui du transfert de propriété à titre de garantie en général, force est de constater que des divergences de régime existent. Si elles peuvent sembler être de détail, leur portée juridique est cependant non négligeable. Ainsi, à titre d'exemple, la loi du 1er août 2001 précitée ne prévoit pas, au profit du cessionnaire, un droit de rétention et un privilège pour couvrir ce qui pourrait lui être dû par le cédant en fin de contrat. Certes, on peut libeller le contrat de manière à inclure dans les droits du cessionnaire les frais ou créances qui pourraient naître dans l'exécution du contrat, et non du seul fait de la transaction juridique sous-jacente qui est garantie. Or, en matière de fiducie-sûreté, et à condition de maintenir le droit de rétention et le privilège du fiduciaire, la couverture de ces montants accessoires est automatique, sans que les parties aient besoin de la stipuler expressément. Une telle divergence de régime ne repose pas sur des justifications juridiques et ne fait que compliquer les régimes et tromper la confiance des parties. D'une manière plus fondamentale, du moment que l'arsenal juridique offre un texte sur le transfert de propriété à titre de garantie, on peut même s'interroger sur l'utilité de maintenir en plus la fiducie-sûreté en tant que régime alternatif.

Le paragraphe 2 de l'article 8 prohibe toute stipulation contractuelle d'un enrichissement sans cause du fiduciaire qui pourrait être tenté de s'approprier le surplus résultant d'un solde fiduciaire net en fin de contrat. Cet excédent est de plein droit retransféré dans le patrimoine du fiduciaire. Là encore se reflète le régime général du transfert de propriété à titre de garantie.

Article 9

Cet article régit la preuve du contrat fiduciaire et son opposabilité aux tiers. Le règlement grand-ducal de 1983 ne contenait pas de dispositions à ce sujet.

L'exigence d'une preuve écrite (paragraphe 1er) n'appelle pas d'observation, alors que l'écrit est une preuve certaine qui facilite la sécurité des relations économiques.

Par contre, le régime de l'opposabilité aux tiers (paragraphe 2 et 3) mérite quelques observations: le projet de loi prévoit que tant le contrat fiduciaire lui-même que le transfert fiduciaire de créances sont opposables aux tiers dès leur conclusion, peu importe la bonne ou la mauvaise foi de ces tiers. La seule réserve s'applique au débiteur de bonne foi ignorant le transfert qui se libère toujours valablement entre les mains de son créancier originaire, le fiduciaire.

En premier lieu, le Conseil d'Etat tient à souligner qu'il s'agit d'un régime exceptionnel dérogoratoire par rapport aux règles de droit commun en matière de date certaine (article 1328 du Code civil).

En second lieu, il échet de rappeler que l'article 7, paragraphe 3 dispose que les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux seuls tiers qui en ont connaissance. Il est certes vrai que la disposition relative à l'opposabilité aux tiers du contrat fiduciaire en tant que tel s'entend *ratione materiae*, alors que l'opposabilité des limitations des pouvoirs du fiduciaire est à interpréter *ratione temporis*.

Néanmoins, il faut s'interroger si la disposition de l'article 7, paragraphe 3 ne risque pas d'être interprétée en contradiction avec l'article 9, paragraphe 2, alors que „le contrat fiduciaire“ inclut du moins formellement aussi „les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire“.

Le Conseil d'Etat propose dès lors d'énoncer clairement que l'article 7, paragraphe 3 constitue une dérogation par rapport à l'article 9, paragraphe 2, en disposant à ce dernier article comme suit:

„(2) Sous réserve des règles de forme et d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens transmis, et sous réserve des dispositions de l'article 7, paragraphe 3, ci-avant, le contrat fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion.“

Article 10

Cet article se propose de modifier l'article 445, alinéa 4 du Code de commerce relatif aux nullités en période suspecte. Le transfert de propriété à titre de garantie opéré en période suspecte pour garantir des dettes antérieurement contractées serait désormais ajouté à la liste des nullités de plein droit. Cette disposition aurait ainsi une portée générale, couvrant tant les fiducies-sûreté que, d'une manière globale, tous les transferts de propriété à titre de garantie constitués sous la loi du 1er août 2001 précitée.

Cette proposition d'ajout à l'article 445, alinéa 4, soulève une incompatibilité fondamentale avec d'autres textes existants. Le Conseil d'Etat rappelle en effet que l'article 3, paragraphe 4, alinéa 3, de la loi du 1er août 2001 précitée dispose que „Les dispositions du ... Livre III du Code de commerce et les dispositions nationales ou étrangères similaires régissant les situations de concours ou procédures

d'assainissement du cédant ou du cessionnaire ne font obstacle ni à l'application de la présente loi ni à l'exécution par les parties de leurs obligations, notamment de retransfert ... en rapport avec les valeurs transférées en propriété à titre de garantie."

Le Conseil d'Etat rappelle encore que le commentaire des articles relatif à ce même article s'exprime ainsi:

„Ainsi est-il prévu que le transfert de propriété *ne pourra être considéré comme une sûreté pour dettes antérieurement contractées* ou un paiement par compensation ou autrement qu'en espèces contraire aux dispositions du Code de commerce."

Or, ainsi qu'il a été exposé ci-avant, la fiducie-sûreté n'est qu'un cas spécifique de transfert de propriété à titre de garantie.

Il en découle que l'ajout à l'article 445, alinéa 4, du Code de commerce, tel que proposé par le projet de loi sous avis, constitue une contradiction flagrante avec l'article 3, paragraphe 4, alinéa 3, de la loi du 1er août 2001 précitée. Le Conseil d'Etat doit dès lors s'opposer formellement à cet ajout.

Enfin, le Conseil d'Etat ne suit pas le commentaire des articles qui considère que cette nouvelle disposition du Code de commerce remplace et recouvre l'ancien privilège et droit de rétention du fiduciaire. En premier lieu, le Conseil d'Etat estime que le sujet du droit de rétention et du privilège est sans aucun lien avec l'article sous avis. En second lieu, à supposer que ce commentaire doive se rapporter à l'article 7 du présent projet, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à cet égard ci-avant, en précisant par ailleurs que l'article 445, alinéa 4, du Code de commerce dans la version proposée par le projet sous avis ne se rapporterait qu'à la fiducie-sûreté, alors que le privilège et le droit de rétention bénéficient au fiduciaire quelle que soit l'utilisation du contrat fiduciaire.

Articles 11 et 12

Les articles 11 et 12 constituent un choix de principe en optant pour une divergence de traitement entre biens meubles et biens immeubles. Jusqu'à présent, le contrat fiduciaire de droit luxembourgeois n'était guère utilisé par la pratique pour placer dans une fiducie des immeubles, ceci notamment pour des raisons fiscales. Les importantes modifications opérées par l'article 13 du projet sous avis pallient largement cette inégalité. Or, force est de constater que les articles 11 et 12 permettront toujours de „repérer“ le propriétaire-fiduciaire par rapport au propriétaire „normal“. L'option pour la formalisation de la qualité de fiduciaire ou de trustee est certes une mesure de transparence, mais elle ne tire pas toutes les conséquences de l'assimilation du fiduciaire à un propriétaire, alors qu'il reste toujours un propriétaire „marqué“, signe d'une certaine précarité. Si le Conseil d'Etat ne veut pas imposer tel ou tel choix de philosophie juridique sous-jacente, il tient cependant à exposer cette réflexion.

A titre purement rédactionnel, le Conseil d'Etat recommande d'intituler l'article 11 „Modification de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers“, ceci par souci de parallélisme avec l'intitulé de l'article 10.

Article 13

L'article 13 traite de l'enregistrement et des droits de succession. La philosophie des dispositions repose sur le principe que le transfert de propriété résultant d'un contrat fiduciaire, répondant à une logique essentiellement économique, ne doit pas être entravé par des formalités et des impositions prohibitives.

Voilà pourquoi, sauf si la nature du bien le requiert, l'enregistrement est facultatif. Voilà pourquoi, également, le transfert de propriété ne donne lieu qu'à la perception du droit fixe, sauf si la fiducie est utilisée à des fins de donation ou de succession, auquel cas les droits de succession habituels sont dus. La fiducie ne doit en effet pas servir de moyen pour contourner les règles de droit commun d'imposition des successions.

Mis à part ces observations plus générales, il faut se rendre compte de ce que l'article 13 représente l'innovation la plus importante du projet de loi sous avis, alors que la plupart des autres articles se bornent à reformuler ou à expliciter le régime précédent. Par contre, l'article 13 introduit plusieurs dérogations aux règles du droit commun de l'enregistrement.

En premier lieu, le paragraphe 1er soustrait expressément à l'enregistrement les contrats fiduciaires, sauf en matière immobilière. Cette dispense a lieu même en justice et en matière d'actes publics. Cette dérogation expresse est un élément important de sécurité juridique. En effet, l'obligation d'enregis-

trement des actes juridiques invoqués en justice continue d'exister d'une manière générale, alors que, d'après les informations dont dispose le Conseil d'Etat, les tribunaux ne l'exigent cependant pas toujours en pratique. Une situation juridique claire est dès lors préférable à une telle divergence entre pratique et exigence juridique.

En second lieu, le paragraphe 3, alinéa 1, constitue une innovation importante pour les fiducies portant sur des biens immeubles. Jusqu'ici, en l'absence de disposition dérogatoire, il fallait appliquer le droit commun, c'est-à-dire droit d'enregistrement au taux plein à deux reprises, lors du transfert et lors du retransfert de la propriété, quelle que fût la durée de la fiducie. Il va sans dire que ceci constituait un obstacle dirimant pour la fiducie portant sur des immeubles. La nouvelle réglementation, à savoir le droit fixe quelle que soit la nature du bien constitué en fiducie pour autant que la fiducie ne dépasse pas une durée de trente ans, ouvre ainsi une nouvelle voie. La limitation de la durée du régime de faveur à trente ans ne devrait d'ailleurs en réalité pas constituer un obstacle, alors que le texte du projet n'exclut à ce titre pas les fiducies successives entre les mêmes personnes et portant sur les mêmes biens.

Quant au paragraphe 3, alinéa 2, il manque de clarté. Il prévoit en effet le régime d'imposition en cas d'attribution définitive de l'actif fiduciaire au trustee ou au fiduciaire. Cette imposition se ferait „dans les conditions du droit commun“.

Le Conseil d'Etat estime que par „attribution définitive“, il faut entendre „vente ou donation“. Or, la nature de la transaction a un impact sur l'imposition. Cette imposition dépend par ailleurs de la nature du bien transféré, à savoir meuble ou immeuble. Dès lors, plutôt que de faire référence à des notions assez vagues comme „attribution définitive“ ou „droit commun“, le Conseil d'Etat estime utile, voire indispensable, de définir un régime précis d'imposition en fonction de la nature juridique tant de la transaction que du bien en cause.

Le paragraphe 4, visant à éviter le recours à la fiducie pour échapper aux droits de succession normalement dus, oublie cependant de citer également les droits de mutation. Or, il n'est certainement pas dans l'intention des auteurs de la loi d'exempter de tous droits d'enregistrement les fiducies constituées par un de cujus résidant à l'étranger. Le Conseil d'Etat propose dès lors de rédiger la dernière phrase du paragraphe 4 comme suit:

„Il en est de même pour le calcul des droits de succession et des droits de mutation par décès.“

Par ailleurs, il convient de supprimer les mots „le cas échéant“, alors que les droits de donation sont toujours dus.

Enfin, à titre de pure forme, il convient d'enlever le „s“ à „transcrits“ au paragraphe 2, 3e ligne, de cet article.

Article 14

Cet article est à supprimer, alors que le principe du parallélisme des formes exige qu'un règlement grand-ducal soit abrogé non pas par une loi, mais par un autre règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat invite dès lors le pouvoir exécutif à prendre un règlement grand-ducal abrogeant le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires dès l'entrée en vigueur de la présente loi.

Articles 15 (14 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 16 (15 selon le Conseil d'Etat)

Cet article constitue une disposition de droit transitoire quant aux effets de la nouvelle loi sur les contrats fiduciaires en cours. Afin de permettre à toutes les fiducies en cours de bénéficier des nouvelles dispositions et d'unifier au maximum le régime des contrats fiduciaires conclus sous l'empire de la nouvelle loi et de ceux conclus sous le règlement grand-ducal de 1983, seule la volonté expresse et écrite des parties, manifestée dans les six mois de la publication de la nouvelle loi au Mémorial, pourra soustraire les effets futurs de leur fiducie à la nouvelle loi.

Le Conseil d'Etat est d'avis que, dans l'intérêt de la protection des tiers qui n'ont aucune influence sur un tel choix des parties, il convient de ne pas donner une faculté d'option aux parties à un contrat fiduciaire en cours. Les contrats fiduciaires en cours doivent continuer à être régis par les anciennes dispositions qui, étant donné que le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 sera abrogé, gouverneront ces contrats en tant qu'éléments intégrés au contrat. Par contre, toutes les fiducies conclues à partir de

l'entrée en vigueur de la nouvelle loi seront régies par celle-ci. Vu que le nouveau régime est en plusieurs points plus favorable que l'ancien, rien n'empêche les parties à une fiducie en cours de remplacer celle-ci par un contrat soumis à la nouvelle loi, afin de profiter tant de la reconnaissance internationale de leur contrat que des facilités additionnelles apportées matériellement par les nouvelles dispositions.

Le Conseil d'Etat propose dès lors de libeller l'article 16 (15 selon le Conseil d'Etat) comme suit:

„**Art. 15.** La présente loi s'applique dès son entrée en vigueur aux contrats fiduciaires conclus à partir de cette date. Les contrats fiduciaires en cours conclus sous l'empire du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 resteront régis par les dispositions afférentes qui deviendront des éléments intégrés aux contrats concernés.“

Dans cette optique, il convient également de modifier l'intitulé de l'article 16 (15 selon le Conseil d'Etat), alors qu'il ne s'agit pas d'une disposition relative à l'entrée en vigueur de la loi même, mais d'une règle de droit transitoire. L'intitulé serait dès lors à reformuler en „*Disposition transitoire*“.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 11 décembre 2001.

Le Secrétaire Général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER

4721/03

N° 4721³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires;
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, et
- modifiant l'article 445 du Code de commerce

* * *

AMENDEMENT ADOPTE PAR LA COMMISSION JURIDIQUE**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(6.3.2003)

Objet: 4721³ Projet de loi

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires;
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, et
- modifiant l'article 445 du Code de commerce

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous informer que la Commission juridique propose de modifier l'intitulé du projet de loi 4721 et d'amender le paragraphe (4) de l'article 13.

1. Quant à la modification de l'intitulé du projet

La Commission juridique s'étant ralliée à la proposition du Conseil d'Etat de biffer l'article 10 du projet modifiant l'article 445 du code de commerce, il va de soi que le quatrième tiret de l'intitulé du projet est également à biffer, de sorte que l'intitulé devra se lire comme suit:

„Projet de loi

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers“

Bien qu'il ne s'agisse ici pas d'un amendement proprement dit, la Commission a cependant tenu à en informer le Conseil d'Etat.

**2. Quant à l'amendement au paragraphe (4) de l'article 13
(devenant l'article 12)**

A l'article 13 devenant l'article 12, tel que modifié par le Conseil d'Etat, il y a lieu de redresser une erreur matérielle en disant, dans la première phrase du paragraphe (4), „suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciant“, au lieu de „suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire“.

En effet, il ressort du contexte qu'il ne peut s'agir ici que du fiduciant.

*

Au nom de la Commission juridique, je vous saurais gré de bien vouloir me faire parvenir l'avis complémentaire du Conseil d'Etat dans les meilleurs délais.

Copie de la présente est envoyée pour information au Ministre de la Justice et au Ministre aux Relations avec le Parlement.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Jean SPAUTZ

4721/04

N° 4721⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires;
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, et
- modifiant l'article 445 du Code de commerce

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(25.3.2003)

Conformément à l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, le Président de la Chambre des députés a soumis pour avis au Conseil d'Etat par dépêche du 6 mars 2003 deux amendements parlementaires relatifs au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission juridique de la Chambre des députés. Au texte des amendements était joint un bref commentaire.

En ce qui concerne la modification de l'intitulé, elle fait suite à l'abandon de l'article 10 du projet de loi relatif à la modification de l'article 445 du Code de commerce, abandon qui avait été exigé par le Conseil d'Etat dans son avis du 11 décembre 2001. La modification en question n'appelle pas d'observation.

Quant à l'amendement relatif au paragraphe 4 de l'article 13 (12 suivant la nouvelle numérotation à la suite de l'abandon de l'article 10), visant à remplacer le terme „fiduciaire“ par celui de „fiduciant“, le Conseil d'Etat y marque son accord.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 25 mars 2003.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président ff.,
Pierre MORES
Vice-Président

Service Central des Imprimés de l'Etat

4721/05

N° 4721⁵**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2002-2003

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

* * *

RAPPORT ADOPTE PAR LA COMMISSION JURIDIQUE

(25.6.2003)

La Commission se compose de: M. Laurent MOSAR, Président; M. Patrick SANTER, Rapporteur; Mme Simone BEISSEL, M. Xavier BETTEL, Mmes Agny DURDU, Lydie ERR, MM. Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS, Marcel SAUBER et Mme Renée WAGENER, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

En date du 16 novembre 2000, Monsieur le Ministre de la Justice a déposé le projet de loi sous référence à la Chambre des Députés. Au projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

La Chambre de commerce a rendu son avis le 14 mars 2001. L'avis du Conseil d'Etat date du 11 décembre 2001.

Lors de sa réunion du 16 octobre 2002, la Commission juridique a désigné M. Patrick SANTER comme rapporteur.

En date des 16 octobre 2002, 22 novembre 2002, 5 mars 2003 et 26 mars 2003, la Commission juridique a examiné le projet de loi en question ainsi que l'avis du Conseil d'Etat.

Le 5 mars 2003, la Commission juridique a adopté un amendement qui a été avisé par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 25 mars 2003.

Le 26 mars 2003, la Commission juridique a eu une réunion avec Monsieur Jean-Nicolas Schaus, directeur général de la CSSF et président du CODOJU (Comité du domaine juridique), et Monsieur le Professeur André Prum au sujet plus particulièrement de l'article 7, paragraphe (6) du projet de loi.

Lors de sa réunion du 25 juin 2003, la Commission juridique a adopté le présent rapport.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES

L'objectif du projet de loi 4721 est double. Il s'agit, d'une part, d'approuver la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (la „Convention“) et, d'autre part, de moderniser la fiducie luxembourgeoise.

1. La nouvelle réglementation de la fiducie en droit luxembourgeois

Au départ, et en l'absence de tout cadre légal ou réglementaire, les banques luxembourgeoises effectuaient des opérations fiduciaires en recourant au contrat de commission. Cependant, certains inconvénients inhérents à ce type de contrat étaient apparus. Ainsi, si l'opération portait sur des choses fongibles, le fiduciaire „risquait de n'être considéré que comme simple créancier dans la masse du banquier fiduciaire“¹. De plus, un arrêt grand-ducal du 30 octobre 1972 obligeait les banques fiduciaires d'inclure les engagements fiduciaires dans leur bilan.

Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983² a remédié à cette insécurité juridique qui concernait tant les banques fiduciaires que les fiduciaires. Ce règlement de valeur législative³ a été pris en application d'une loi d'habilitation du 24 décembre 1982.

Il va de soi que la conclusion de contrats fiduciaires restait et reste possible en dehors des conditions du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 ou de la loi à venir. Mais dans pareille hypothèse, ces contrats fiduciaires échappent au régime organisé par ces textes. Ainsi les aspects dérogatoires au droit commun qui sont contenus dans le règlement grand-ducal ou dans le projet de loi, et notamment le patrimoine d'affectation et la protection qu'il assure aux créanciers sur l'actif fiduciaire et au fiduciaire en cas de faillite du fiduciaire, ne s'appliquent pas à de tels contrats fiduciaires.

Le projet de loi sous rubrique abroge le règlement grand-ducal de 1983 en le remplaçant par une nouvelle réglementation. Il s'agit d'„améliorer le régime juridique de la fiducie“ tout en maintenant l'esprit du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983. „La réforme entend consolider la fiducie par un renforcement de sa sécurité juridique tout en élargissant les applications potentielles“⁴.

Afin de mieux circonscrire les apports du projet de loi 4721, il convient de commencer par énumérer les éléments inchangés par rapport au règlement grand-ducal du 19 juillet 1983.

A. Les éléments inchangés

(i) La définition du contrat fiduciaire

Bien qu'utilisant des termes sensiblement différents, la définition du contrat fiduciaire n'a pas changé fondamentalement.

D'après l'article 2 du règlement grand-ducal de 1983, „un contrat fiduciaire au sens du présent règlement est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, que le fiduciaire sera rendu titulaire de droits patrimoniaux, l'actif fiduciaire, mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire déterminé par le contrat fiduciaire“.

L'article 5 du projet de loi dispose qu'un „contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire“.

La définition de 1983 a été adaptée à cause de „la situation nouvelle créée par la ratification de la Convention de La Haye“⁵.

1 Hoss, Le contrat fiduciaire des établissements de crédit, Livre Jubilaire ALJB, p. 1083

2 Le règlement grand-ducal du 22 décembre 1972 concernant la représentation fiduciaire, et abrogé par la loi du 9 avril 1987, visait la représentation de la masse des obligataires et ne saurait être considéré comme ayant établi un régime particulier du contrat fiduciaire. Il s'agit ici d'une confusion uniquement terminologique.

3 Voir sub III. Commentaire des articles, article 13

4 Doc. parl. 4721, p. 5

5 Doc. parl. 4721, p. 10

Ces deux définitions comportent certes des différences, mais celles-ci n'affectent pas la substance du contrat fiduciaire.

– Le contrat

Contrairement au trust qui naît d'une déclaration unilatérale du constituant, le contrat fiduciaire nécessite toujours un contrat. Les conditions de fond du droit commun applicables aux contrats en général restent applicables⁶.

– La propriété

Aux termes de la nouvelle définition, le fiduciaire doit „devenir propriétaire de biens“. Le règlement grand-ducal de 1983 rendait le fiduciaire „titulaire de droits patrimoniaux“. Il n'y a aucune différence fondamentale entre ces deux terminologies. En effet, le critère principal du contrat fiduciaire reste le transfert de la propriété de biens au fiduciaire. Le projet de loi comme le règlement grand-ducal de 1983 n'exigent pas que le bien qui devient la propriété du fiduciaire provienne du patrimoine du ou des fiduciaires. Il pourrait donc être transféré par des tiers⁷.

– Le fiduciaire

Aucune condition dans le chef du fiduciaire n'est exigée.

– Le patrimoine fiduciaire

La définition du projet de loi indique que les biens détenus par le fiduciaire ès-qualités forment „un“ patrimoine fiduciaire. Pour chaque contrat fiduciaire un patrimoine fiduciaire séparé est créé à côté du patrimoine personnel du fiduciaire et des autres patrimoines fiduciaires. L'article 6 du projet de loi prévoit d'ailleurs que le patrimoine fiduciaire est non seulement distinct du patrimoine personnel du fiduciaire mais également de tout autre patrimoine fiduciaire détenu par ce même fiduciaire.

Bien que le règlement grand-ducal de 1983 ne contienne pas cette précision quant à la séparation des patrimoines fiduciaires entre eux, il y avait déjà sous ce régime un patrimoine d'affectation séparé par opération fiduciaire, dans la mesure où l'actif fiduciaire ne pouvait être saisi que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire à l'exclusion des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion d'une autre opération fiduciaire⁸.

– Les obligations fiduciaires

Le fiduciaire est rendu propriétaire sous les obligations déterminées par les parties au contrat. Ceci correspond au concept de passif fiduciaire du règlement grand-ducal de 1983 limitant l'exercice des droits patrimoniaux du fiduciaire. Ces obligations déterminent la mission du fiduciaire, à savoir l'affectation qu'il doit donner à l'actif fiduciaire, donc l'utilisation qu'il doit en faire.

(ii) *Le patrimoine fiduciaire*

Le projet de loi n'utilise plus la terminologie d'actif et de passif fiduciaire, mais fait référence au patrimoine fiduciaire. Il s'agit là encore d'une modification de pure forme. „Ces notions se maintiendront cependant sans doute pour désigner respectivement les droits patrimoniaux et les obligations du fiduciaire.“⁹

En règle générale, d'après l'article 2093 du Code civil, le patrimoine d'une personne constitue le gage général de ses créanciers.

6 Hoss, op. cit., p. 1097

7 Hoss, op. cit., p. 1095

8 Hoss, op. cit., p. 1088

9 Avis du Conseil d'Etat, doc. parl. 4721², sub article 5

Cependant le patrimoine fiduciaire n'est pas le gage commun de tous les créanciers du fiduciaire. Il est réservé à une catégorie tout à fait particulière d'entre eux à savoir ceux dont les droits seront nés à l'occasion d'une opération fiduciaire.

Le créancier personnel du fiduciaire ne peut saisir un quelconque élément de l'actif fiduciaire. Cet actif doit être réservé, même en dehors des cas de saisie, aux seuls créanciers sur l'actif fiduciaire.

L'article 3, paragraphe (1), du règlement grand-ducal de 1983 écartait l'actif fiduciaire du recours de la masse en cas de liquidation collective du fiduciaire. L'article 6, paragraphe (1), du projet de loi cite la liquidation et la faillite du fiduciaire et toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

Cet article 6, paragraphe (1), couvre toutes les situations de concours entre créanciers personnels du fiduciaire. Le fait d'avoir remplacé la „masse“ par les termes „le patrimoine personnel du fiduciaire“ n'emporte aucune conséquence¹⁰.

(iii) *L'absence de représentation*

Le projet de loi confirme la solution adoptée par le règlement grand-ducal de 1983 et base le contrat fiduciaire sur les règles du mandat¹¹ à l'exclusion de celles reposant sur la représentation. Les dérogations aux règles du mandat sont celles prévues par la loi ou par la volonté des parties. Tout à fait logiquement le projet de loi ajoute que ni le fiduciaire ni les tiers, même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent se prévaloir du contrat pour créer un lien direct entre eux.

L'article 3, paragraphe (3), du règlement grand-ducal de 1983 prévoit également que le contrat fiduciaire ne peut pas confier au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciaire. Le projet de loi n'a pas repris cette disposition qui est superflète du fait que le fiduciaire, étant rendu propriétaire de l'actif fiduciaire, ne peut engager une autre personne que lui-même sur ses biens et que les règles du mandat reposant sur la représentation étaient écartées.

(iv) *Absence de limitation des actifs fiduciaires par rapport aux moyens propres du fiduciaire*

Le projet de loi ne tend pas à réintroduire une limitation des actifs des fiduciaires par rapport à leurs moyens propres. Cette limitation, qui figurait dans le texte initial du règlement grand-ducal de 1983, a été abrogée par la loi du 29 avril 1999.

B. Les éléments nouveaux

(i) *La qualité de fiduciaire*

Sous le régime du règlement grand-ducal de 1983 seuls les établissements de crédit peuvent être institués comme fiduciaire. En effet, en 1983 il avait été considéré que seuls les établissements de crédit offraient une surface financière importante et présentaient les garanties nécessaires tant aux fiduciaires qu'aux créanciers sur l'actif fiduciaire. La surveillance des établissements de crédit d'abord par l'Institut Monétaire Luxembourgeois puis par la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) constituait une garantie supplémentaire contre les abus. En outre, il avait à l'époque été estimé que l'intervention d'un établissement de crédit garantirait une application correcte et sans abus du règlement grand-ducal¹².

Tout en gardant en vue l'objectif de ne faire intervenir en tant que fiduciaires que des professionnels soumis à un contrôle et garantissant ainsi la protection des intérêts des fiduciaires et des tiers bénéficiaires¹³, le projet de loi étend considérablement le champ des personnes qui peuvent agir en tant que fiduciaire dans un contrat fiduciaire réglementé. La loi à venir s'appliquera aux contrats fiduciaires dont le fiduciaire est un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de

10 Doc. parl. 4721, p. 11

11 Article 3, paragraphe 4, du règlement grand-ducal de 1983 et article 7, paragraphe 1, du projet de loi

12 Doc. parl. 4721, p. 2

13 Doc. parl. 4721, p. 10

placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurances ou de réassurances ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier.

Le champ d'application n'est pas restreint aux professionnels agréés ou contrôlés par les autorités luxembourgeoises ou par celles d'un autre Etat membre de l'Espace Economique Européen. Le champ d'application est étendu à l'ensemble de ces professionnels quelle que soit leur origine, et partant le siège de leur autorité de contrôle. Un contrat fiduciaire pourrait donc être conclu même avec un fiduciaire ne disposant d'aucun établissement au Luxembourg ni dans l'Espace Economique Européen¹⁴.

Ceci n'est d'ailleurs pas sans soulever des complications lors de situation de concours du fiduciaire.

Analysons brièvement les personnes pouvant agir comme fiduciaires sous la nouvelle loi.

– Les établissements de crédit

Il s'agit des établissements de crédit visés par la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, à savoir les établissements dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et d'effectuer des crédits pour compte propre.

Il s'agit aussi d'abord des établissements communautaires tombant sous le champ d'application de la directive 2000/12/CE et, en ce qui concerne les établissements de pays tiers, ceux qui répondent à la définition prévue par la loi du 5 avril 1993.

– Les entreprises d'investissement

Il s'agit en ce qui concerne le Luxembourg notamment des entreprises d'investissement visés à la sous-section I de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, à savoir les commissionnaires, les gérants de fortune, les professionnels intervenant pour leur propre compte, les distributeurs de parts d'organismes de placement collectif (OPC) et les preneurs fermes.

Pour les entreprises étrangères communautaires et non communautaires, il faudra appliquer une règle d'assimilation similaire à celle décrite pour les établissements de crédit.

– Les sociétés d'investissement à capital variable ou fixe

Il s'agit des organismes de placement collectifs (OPC) constitués sous forme de société d'investissement et qui sont au Luxembourg actuellement réglementés soit par la loi du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif soit, à partir du 13 février 2004, par la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, soit encore par la loi du 19 juillet 1991 sur les OPC institutionnels.

Notons que l'article 111 de la loi du 30 mars 1988 et l'article 133 de la loi du 20 décembre 2002 instituent déjà un patrimoine d'affectation alors que les avoirs et obligations de chaque compartiment d'un OPC à compartiments multiples représentent une partie distincte du patrimoine de l'OPC.

– Les sociétés de titrisation

Le concept de société de titrisation est pour l'instant inconnu du droit luxembourgeois. Mais des réflexions ont été entamées en vue de fournir à ce type de sociétés un cadre légal adéquat.

– Les sociétés de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation

L'article 4 du projet de loi doit permettre aux sociétés de gestion de fonds communs de placement de devenir fiduciaire non seulement quand elles interviennent en qualité de société de gestion, mais aussi quand elles effectuent, conformément à l'article 77 de la loi du 20 décembre 2002, des opérations sans lien avec un fonds commun de placement géré par elles.

Les sociétés de gestion de fonds de titrisation ne sont pas réglementées au Luxembourg à l'heure actuelle mais font l'objet des travaux des avant-projets de loi sur la titrisation.

¹⁴ Ibid.

– Les fonds de pension

Il s'agira des sociétés d'épargne-pension à capital variable et des associations d'épargne-pension prévues par la loi modifiée du 8 juin 1999 sur les fonds de pension. Le projet de loi devrait également s'appliquer aux fonds de pension organisés sous une autre forme.

– Les entreprises d'assurances et de réassurances

Pour le Luxembourg il s'agira des entreprises réglementées par la loi du 6 décembre 1999.

– Les organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier

Ces organismes sont également visés à l'article 61-1 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier traitant de la compensation de créances dans le secteur financier et à l'article 1 de la loi du 1er août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie.

Les organismes nationaux luxembourgeois devraient inclure notamment la Banque Centrale du Luxembourg, la Société Nationale de Crédit et d'Investissement et le Crédit foncier de l'Etat. L'Office du Ducreire, qui a pour objet de favoriser les relations économiques et financières internationales, devrait également être considéré comme opérant dans le secteur financier.

Les organismes nationaux étrangers devraient également pouvoir agir comme fiduciaire.

Quant aux organismes internationaux on peut se référer à l'Annexe IV du règlement grand-ducal du 28 décembre 1990 relatif aux conditions d'établissement de contrôle et de diffusion du prospectus à publier en cas d'offres publiques ou d'admission à la cote officielle de valeurs mobilières, comme la Banque Mondiale, le Fonds Monétaire International, le Fonds de Développement Social du Conseil de l'Europe, la Banque Centrale Européenne, la Banque Européenne d'Investissement ou la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement.

(ii) *La preuve et les conditions de forme du contrat fiduciaire*

Le règlement grand-ducal de 1983 ne prévoit qu'une seule condition de forme, à savoir que les contrats fiduciaires doivent mentionner expressément qu'ils sont régis par le règlement grand-ducal de 1983.

Cette exigence n'a pas été reprise par le projet de loi. Une référence expresse à la législation régissant le contrat fiduciaire n'est donc plus nécessaire.

L'article 9, paragraphe (1), du projet de loi exige que la preuve du contrat fiduciaire soit rapportée par écrit. Le contrat fiduciaire pourra ainsi être conclu oralement mais sa preuve ne pourra être rapportée que sur base d'un écrit. L'exigence de la preuve par écrit est imposée en toute hypothèse, y compris entre commerçants ou à l'encontre d'un commerçant dans les actes mixtes¹⁵.

(iii) *Le régime de l'opposabilité du contrat fiduciaire*

– Le principe de l'opposabilité immédiate

L'article 9, paragraphe (2), du projet prévoit que „le contrat fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion“.

„Le caractère non solennel du contrat fiduciaire implique, en principe, son efficacité et son opposabilité immédiates.“¹⁶ Il est fait abstraction de la bonne ou de la mauvaise foi de ces tiers¹⁷. Le Conseil d'Etat précise qu'il s'agit là d'un régime exceptionnel dérogatoire par rapport aux règles de droit commun en matière de date certaine.

La connaissance du tiers n'est pas nécessaire à l'opposabilité du contrat fiduciaire.

¹⁵ Doc. parl. 4721, p. 12

¹⁶ Doc. parl. 4721, p. 13

¹⁷ Doc. parl. 4721², p. 5

La responsabilité du tiers ne devrait cependant pas être engagée dès lors qu'il contracte avec une partie au contrat fiduciaire en contravention avec ce contrat fiduciaire, si et seulement si ce tiers ignorait l'existence d'un tel contrat. En revanche lorsqu'au su de l'existence d'un contrat fiduciaire, le tiers contracte avec une partie au contrat fiduciaire entraînant une violation de celui-ci, il commet une faute engageant sa responsabilité¹⁸.

Partant l'article 9, paragraphe 2, du projet de loi ne peut être interprété comme engageant la responsabilité du tiers de bonne foi participant à son insu à une violation du contrat fiduciaire.

– Les exceptions au principe de l'opposabilité immédiate

Le principe de l'opposabilité immédiate du contrat fiduciaire contient deux exceptions:

La première concerne les règles de forme et d'opposabilité applicables en raison de la nature des biens transmis. Dès que le contrat fiduciaire vise des biens dont le transfert de propriété exige une publicité ou une inscription¹⁹, le transfert ne sera opposable aux tiers que lorsque ces publications ou inscriptions auront été faites.

La seconde exception, introduite sur recommandation du Conseil d'Etat, est prévue par l'article 7, paragraphe (3), du projet de loi. Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers uniquement si le tiers en a eu connaissance.

(iv) *Le droit de rétention*

Dans son avis, le Conseil d'Etat regrette que les dispositions de l'article 3, paragraphe (2), du règlement grand-ducal de 1983 n'aient pas été reprises²⁰.

Cet article 3, paragraphe (2), dispose en effet que „à l'échéance du contrat fiduciaire, le fiduciaire bénéficie d'un privilège et d'un droit de rétention sur tous les éléments de l'actif fiduciaire jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû par le fiduciaire en exécution du contrat fiduciaire“.

Il convient cependant de relever que „l'existence de ce privilège, dont le rang n'était d'ailleurs pas précisé, pouvait laisser penser que le fiduciaire perdait, à l'échéance, la propriété des biens érigés en fiducie. Or, tel n'est, en principe, pas le cas. Par suite, le fiduciaire bénéficiait d'un privilège sur des biens dont il avait encore la propriété, ce qui est difficilement concevable. Quant au droit de rétention, soit il a la possession des biens et le droit commun fonde suffisamment la rétention, soit il n'en a pas la possession et la consécration d'un droit de rétention fictif paraît excessif“²¹.

En outre, rien n'empêche les parties au contrat fiduciaire de régler contractuellement une garantie spécifique.

(v) *Les nouvelles règles dérogatoires aux règles du mandat*

– La renonciation au droit de donner des instructions au fiduciaire

L'article 7, paragraphe (4), du projet de loi permet au fiduciaire de renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire. Les intérêts des parties ou d'un tiers bénéficiaire peuvent requérir que le fiduciaire renonce à cette faculté²².

18 Voir Cass. 29 octobre 1998, Pas. 31, p. 7. Il va de soi que la partie au contrat fiduciaire ayant contracté avec le tiers, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, engage elle-même sa responsabilité contractuelle envers la ou les autres parties au contrat fiduciaire.

19 P.ex. immeubles, aéronefs, navires, parts sociales d'une société à responsabilité ou actions nominatives

20 Doc. parl. 4721², sous article 7

21 Doc. parl. 4721, p.13

22 Doc. parl. 4721, p. 11

– La résiliation unilatérale du contrat fiduciaire
conclu pour une durée déterminée

L'article 7, paragraphe (5), du projet de loi écarte la règle générale en matière de mandat qui permet à tout instant au mandant de mettre fin au mandat, même à ceux qualifiés d'irrévocables.

Une stipulation contractuelle qui ne permettrait pas au fiduciaire de mettre unilatéralement fin au contrat fiduciaire, est tout à fait valable également sous le règlement grand-ducal de 1983.

(vi) *La fiducie conclue à des fins de garantie*

Une disposition expresse sur la fiducie conclue à des fins de garantie figure désormais dans le projet de loi. Il s'agit de „consacrer pleinement la fiducie conclue à des fins de garantie“²³.

En application du règlement grand-ducal de 1983, il était généralement admis que le contrat fiduciaire pouvait être valablement utilisé dans le contexte d'une sûreté²⁴.

La loi du 1er août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie confirme cette possibilité. L'exposé des motifs de cette loi relève d'ailleurs que le transfert de propriété visé était pratiqué au Luxembourg par le recours à la fiducie régie ou non par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983²⁵. Le projet de loi n'a pas l'intention de remettre en cause les fiducies sûretés constituées sous le règlement grand-ducal de 1983²⁶.

Dans son avis, le Conseil d'Etat indique que la fiducie conclue à des fins de garantie prévue par l'article 8 peut être assimilée au transfert de propriété à titre de garantie instaurée par la loi du 1er août 2001 pour conclure qu'on „peut dès lors considérer qu'en matière de fiducie sûreté, la loi du 1er août 2001 constitue la loi générale, alors que le projet sous avis donnera lieu à la loi spéciale“.

Il existe cependant un certain nombre de différences entre les deux mécanismes.

– Distinction quant aux intervenants

Dans la fiducie sûreté telle qu'organisée par le projet de loi, le fiduciaire doit nécessairement être un des établissements mentionnés à l'article 4 du projet de loi.

En revanche, la loi du 1er août 2001 prévoit comme une de ses conditions d'application que le cédant *ou* le cessionnaire (fiduciaire) *ou* les deux doivent appartenir à une des catégories citées par son article 1er, paragraphe 1er. En d'autres termes, si le cédant appartient à l'une de ces catégories, il n'y aura aucune exigence vis-à-vis du cessionnaire (fiduciaire).

– Distinction quant aux biens pouvant faire l'objet de l'opération

Alors que la loi du 1er août 2001 ne s'applique qu'aux transferts de „valeurs“ définies comme étant des créances, des titres et d'autres instruments financiers au sens le plus large et, plus généralement, de toutes valeurs pouvant être inscrites ou transférées de compte en compte, le projet de loi ne contient aucune limitation quant aux biens qui pourront faire l'objet d'une fiducie-sûreté.

– Distinction quant à la localisation

La loi du 1er août 2001 exige que les valeurs qui font l'objet du transfert soient inscrites dans un compte au Luxembourg ou qu'elles y soient situées. Si tel n'est pas le cas, le cédant ou le cessionnaire ou les deux doivent être constitués ou établis au Luxembourg.

Cette exigence ne se retrouve pas pour la fiducie-sûreté. D'ailleurs le fiduciaire ne doit pas nécessairement être constitué ou établi au Luxembourg.

23 Doc. parl. 4721, p. 12

24 Hoss, op. cit. p. 1112

25 Doc. parl. 4696, p. 5

26 Doc. parl. 4721¹

– Distinction quant aux créanciers garantis

La fiducie-sûreté peut garantir les obligations du fiduciaire ou d'un autre débiteur vis-à-vis du fiduciaire ou vis-à-vis d'une autre personne, à savoir le tiers bénéficiaire désigné dans le contrat fiduciaire. Par contre, le transfert de propriété à titre de garantie ne se conçoit que si le fiduciaire-cessionnaire est effectivement le créancier.

La fiducie-sûreté a donc un domaine d'application beaucoup plus large que le transfert de propriété à titre de garantie.

(vii) Le transfert fiduciaire de créances

Dérogeant à l'article 1690 du Code civil²⁷, l'article 9, paragraphe (3), du projet de loi prévoit que le transfert fiduciaire des créances est opposable aux tiers dès sa conclusion.

L'article 9, paragraphe (3), du projet prévoit que le débiteur ne peut se libérer valablement entre les mains du fiduciaire tant qu'il n'a pas connaissance du transfert. Il faut donc passer par une information du débiteur cédé qui n'est soumise à aucune formalité particulière et pourra même résulter des circonstances²⁸.

(viii) Le remplacement du fiduciaire ou extinction anticipée du contrat fiduciaire pour motif grave

L'article 7, paragraphe (6), du projet de loi dispose que le fiduciaire, le fiduciaire ou les bénéficiaires peuvent, pour motif grave, demander au juge de remplacer le fiduciaire provisoirement ou définitivement ou prononcer l'extinction du contrat fiduciaire.

Cette disposition ne se retrouve pas dans le règlement grand-ducal de 1983.

Il y a deux degrés d'intervention possibles du juge: d'une part, le remplacement provisoire ou définitif du fiduciaire, qui laisse l'opération intacte, et, d'autre part l'extinction anticipée du contrat fiduciaire. Dans cette dernière hypothèse, l'intervention du juge aura pour conséquence de mettre à néant un contrat parfaitement valable. Une telle extinction ne vaudra que pour l'avenir.

D'après l'exposé des motifs le recours au juge se justifie „en raison des larges pouvoirs inhérents à la fonction du fiduciaire“ qui „pourrait mettre gravement en péril les intérêts du fiduciaire ou du tiers bénéficiaire surtout dans les hypothèses où le contrat de fiducie serait à durée déterminée sans être rendu révocable“²⁹. Une autre hypothèse évoquée est l'impossibilité pour le fiduciaire de „poursuivre sa mission alors qu'il avait renoncé à la possibilité d'y mettre fin unilatéralement“.

De telles situations ne semblent pas avoir posé un quelconque problème sous l'empire du règlement grand-ducal de 1983.

L'intervention du juge peut s'avérer très délicate et, en cas d'extinction du contrat fiduciaire, lourde de conséquence.

En effet, le contrat fiduciaire n'est pas le seul contrat qui peut exister dans un montage fiduciaire. Le fiduciaire aura généralement aussi de son côté conclu des contrats avec des tiers portant sur les actifs fiduciaires. L'extinction du contrat fiduciaire par une décision judiciaire n'affectera pas ces autres contrats à moins que ceux-ci ne contiennent par exemple une clause de résiliation automatique en cas d'extinction anticipée du contrat fiduciaire. Encore faut-il que de telles clauses, d'une part, aient été acceptées par le cocontractant du fiduciaire et, d'autre part, ne soient pas incompatibles avec l'opération envisagée, comme ce pourrait être le cas d'une fiducie-sûreté.

En raison de la nouveauté pour notre système juridique de l'extinction anticipée d'un contrat valable, l'exigence de la sécurité juridique doit impérativement primer, et l'intervention du juge devra respecter des critères stricts, à savoir les critères cumulatifs suivants:

²⁷ Doc. parl. 4721, p. 13

²⁸ Doc. parl. 4721, p. 13

²⁹ Doc. parl. 4721, p. 12

- Tout d’abord le motif doit être véritablement grave.
Il s’agit là d’une condition très étroite³⁰ et son application doit être tout aussi étroitement circonscrite. Le but de cette disposition étant, d’après les auteurs du projet de loi, de pouvoir offrir une „porte de sortie“ aux parties à un contrat ne faisant plus aucun sens, mais pour laquelle ces mêmes parties n’avaient plus aucun moyen contractuel ou légal leur permettant de sortir de l’impasse.
Il ne peut jamais s’agir d’une simple gêne voire d’une difficulté réelle dans l’exécution du contrat fiduciaire.
 - Le motif grave ne peut que concerner l’intention économique des parties au contrat fiduciaire. A aucun moment l’une des parties contractantes ne peut s’adresser au juge pour que celui-ci prononce l’extinction anticipée du contrat fiduciaire en excipant d’un motif, même grave, tenant à sa situation personnelle. C’est l’économie même du contrat fiduciaire qui doit être irrémédiablement compromise.
 - Le motif grave devra bien évidemment être étranger aux agissements du demandeur. En d’autres termes, le demandeur doit être de bonne foi et ne doit pas être lui-même à l’origine du motif grave qui sert de base à son action. Il devra avoir rempli toutes ses obligations contractuelles et avoir exploré les possibilités d’aménagements contractuels possibles.
 - Le contrat fiduciaire ne doit pas lui-même permettre aux parties de trouver une issue. L’intervention du juge ne doit être que subsidiaire par rapport aux mécanismes contractuels.
Par exemple, des clauses peuvent organiser une résiliation anticipée du contrat ou contenir des mécanismes de remplacement du fiduciaire ou du fiduciant.
 - Aucune sanction de droit commun ne devrait être susceptible d’apporter de solution en ce compris l’astreinte.
A ce sujet, les exemples cités dans l’exposé des motifs³¹ peuvent tous recevoir une solution d’après le droit commun et n’auraient pas nécessité l’introduction de l’article 7, paragraphe (6).
 - L’extinction anticipée ne doit pas léser les intérêts des parties concernées par l’opération. Ce sont d’abord les parties au contrat fiduciaire, mais aussi le ou les bénéficiaires, qu’ils aient accepté la stipulation pour autrui incluse au contrat fiduciaire ou non. Ce sont également les créanciers sur l’actif fiduciaire qui auront le cas échéant contracté avec le fiduciaire. Le contrat fiduciaire doit être replacé dans le cadre de l’ensemble du montage ayant fait appel au contrat fiduciaire. La sécurité juridique exige que les intérêts de toutes les parties en présence soient garantis. Cet élément primordial a été souligné lors des travaux en commission.
 - D’un point de vue procédural, d’une part, une extinction d’un contrat fiduciaire ne relève pas de la compétence du juge des référés. Le juge des référés étant sans pouvoir pour interpréter un contrat³², il l’est a fortiori pour le mettre à néant.
D’autre part, en vertu de l’article 63 du NCPC qui dispose que „nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée“, il va de soi que le demandeur basant son action sur l’article 7, paragraphe (6), devra assigner toutes les parties concernées. Or, en l’occurrence, comme indiqué au tiret précédent, le concept de „partie concernée“ doit être entendu de manière large.
Les contrats fiduciaires de droit luxembourgeois étant souvent des éléments essentiels d’opérations ou de structures complexes dans un contexte international, l’utilisation de la possibilité d’extinction prévue à l’article 7, paragraphe (6), du projet de loi doit être utilisée avec la plus grande retenue. „Une intervention maladroite dans un contrat complexe peut être pire encore que le maintien de la convention.“³³
- Il faut à tout prix maintenir l’attractivité des contrats fiduciaires de droit luxembourgeois. Surtout qu’à compter de la ratification de la Convention, les trusts anglo-saxons vont être formellement reconnus au Luxembourg.

30 Ibid.

31 Doc. parl. 4721, p. 12

32 P. ex. Cour d’appel 11 juillet 1988, No 10671 du rôle

33 Denis-M. Philippe, Changements de circonstances et bouleversements de l’économie contractuelle, Bruylant, p. 614

La modification et pas seulement l'extinction d'un trust anglais est strictement encadrée par le Variation of Trusts Act 1958. Ce dernier ne permet pas au juge de modifier le trust, mais le tribunal ne fait que donner son accord pour compte d'une personne qui n'est pas en mesure de le donner (en règle générale des mineurs ou des incapables). En outre, et sauf une seule exception, les juges anglais devront d'abord vérifier que la modification proposée est dans l'intérêt de ceux pour lesquels la demande est faite. Ils ne peuvent pas approuver une modification si un bénéficiaire refuse son consentement à la modification³⁴.

En principe, les cas d'application se limitent au droit de la famille et en l'occurrence au droit successoral. Une modification d'un trust valable constitué en matière bancaire et financière ne se concevrait que dans le but de faciliter l'opération voulue par les parties, mais une modification ne pourrait en aucun cas toucher aux intérêts des parties en présence.

Une mise à néant d'un trust valable et ceci notamment en matière bancaire et financière serait donc inconcevable en droit anglais.

Terminons la description de l'article 7, paragraphe (6), du projet de loi par deux questions portant sur les conséquences d'une extinction d'un contrat fiduciaire.

En premier lieu, si l'on se limite aux fiducies-sûretés, le document de travail de la Commission européenne du 18 novembre 2002 sur les besoins en fonds propres des établissements de crédit et des entreprises d'investissement exige à l'article 68 (2) (a), que la sûreté soit „legally robust and effective and enforceable“.

Par ailleurs, l'article 68.2. (a) renvoie à l'Annexe E-2 du document de travail de la Commission européenne qui, au 2e alinéa de la section 2.1.3.1. b) (*Legal certainty*), pose comme exigence que les „Institutions must have appropriate legal opinions confirming the enforceability of the collateral arrangements in all relevant jurisdictions. Institutions must further ensure that the analysis in these opinions remains current“.

Sous réserve naturellement des pouvoirs de la CSSF en la matière pour ce qui concerne les établissements soumis à sa surveillance, à qui seule reviendra la décision en la matière, il faut se poser la question si une sûreté constituée par un contrat fiduciaire dont l'extinction anticipée peut être demandée à tout moment pour motif grave, est une garantie valable au regard de la Partie IV, point 10 des circulaires CSSF 2000/10 et 2000/12 et répond aux exigences de la directive qui sera issue de l'article 68.2 (a) du document de travail de la Commission européenne. La même analyse sera effectuée par les autorités de surveillance des établissements de crédit étrangers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté et la question se posera en des termes identiques. Ces autorités étrangères n'étant d'ailleurs pas obligées de suivre l'appréciation de la CSSF.

Dans le même ordre d'idées, si une réserve est insérée dans un avis juridique quant à la possibilité d'obtenir l'extinction anticipée de la fiducie-sûreté, ce qui entraînerait la perte de la garantie pour le bénéficiaire, est-ce que cet avis juridique obligatoire sera considéré comme inadéquat au regard des circulaires CSSF 2000/10 et 2001/12 et des exigences de l'Annexe E-2 du document de travail de la Commission européenne?

Au vu du but affirmé dans l'exposé des motifs de „consolider la fiducie par un renforcement de sa sécurité juridique tout en en élargissant les applications potentielles³⁵“, une application extrêmement réservée de la possibilité d'extinction anticipée du contrat fiduciaire, et notamment l'exigence que celle-ci ne peut être prononcée si elle lèse les intérêts des parties concernées, est essentielle à cette sécurité juridique.

En second lieu, dans grand nombre d'opérations, le fiduciaire est amené à conclure des contrats avec des tiers sur les actifs fiduciaires.

Si le contrat avec le tiers conclu par le fiduciaire ès-qualités prévoit que le fiduciaire n'a pas le droit de transférer l'actif fiduciaire ou n'a le droit que de le transférer à un autre fiduciaire, la banque anciennement fiduciaire sera maintenue dans les liens contractuels avec le tiers en cas d'extinction anticipée du contrat fiduciaire. Elle se trouvera donc propriétaire non fiduciaire avec cependant des obligations *sui generis* vis-à-vis de l'ancien fiduciaire.

34 Pour un aperçu de la législation anglaise: Riddall JG. *The Law of Trusts*, 2002 pp. 386 et suivantes

35 Doc. parl. 4721, p. 5

L'impact de cette nouvelle situation sur les fonds propres de la banque anciennement fiduciaire devra être clairement déterminée, alors que des actifs antérieurement détenus hors bilan dans le cadre du contrat fiduciaire seront après extinction détenus en propriété (non fiduciaire) (le contrat avec les tiers ne permettant pas le transfert) et donc au bilan. La banque devra-t-elle pour le calcul de ses besoins en fonds propres tenir compte de ces actifs et le cas échéant du risque? Pourra-t-elle intégralement compenser ces actifs avec son engagement vis-à-vis de l'ex-fiduciant et dans l'affirmative sur quelle base?

(ix) *La publicité de la qualité de fiduciaire pour certains biens*

Le règlement grand-ducal de 1983 ne distingue pas entre les différents biens qui peuvent être transférés en fiducie. Le projet de loi prévoit en ses articles 10 et 11 une obligation de publicité particulière pour les immeubles et pour les biens pour lesquels la qualité de propriétaire doit être inscrite sur un registre public.

Les articles 10 et 11 prévoient que la qualité de fiduciaire doit être indiquée lors de la transcription de droits immobiliers ou de l'inscription de la qualité de propriétaire sur un registre public (le registre public maritime, le registre des aéronefs et les registres de dépôt des brevets d'invention ou des dessins et modèles).

(x) *Les impôts indirects*

Le régime des impôts directs du contrat fiduciaire était déjà réglementé dans la législation luxembourgeoise par le § 11 du *Steueranpassungsgesetz*. Le droit des impôts directs distingue entre la propriété juridique et la propriété économique et c'est seulement cette dernière qui fait l'objet d'une imposition. Partant l'imposition des revenus des biens fiduciaires intervient uniquement au niveau du fiduciant³⁶.

L'article 12 du projet de loi comble la lacune existant au niveau des impôts indirects.

2. La Convention de La Haye du 1er juillet 1985

„La common law a fait du trust un des mécanismes majeurs des systèmes juridiques anglo-américains.“³⁷ Un auteur a même considéré que le trust „is to be qualified as the third pillar of English Law; it has place next to contract and ownership.“³⁸

Les possibilités d'application du trust sont virtuellement sans limites³⁹. Il serait faux de limiter le trust au seul monde des affaires. Ainsi, un orphelin peut être le bénéficiaire d'un *protective trust*, un trust peut être constitué pour gérer les biens d'un mineur ou en cas d'emprunt bancaire, le prêteur pourra exiger d'être *trustee*⁴⁰.

Cette variété dans le domaine d'application a comme conséquence une difficulté de définition du trust. „Aucune définition du trust ne semble avoir été acceptée comme complète et exacte.“⁴¹ La Convention ne contient d'ailleurs pas de définition du trust⁴², mais plutôt une description. „L'accord des délégués des Etats de *Common Law* n'a pu se faire que sur une description empirique qu'ils ont volontiers qualifiée de porte d'accès à la Convention (*the gateway to the Convention*).“⁴³

36 Hoss, op. cit., p. 1116

37 Hoss, op. cit., p. 1080

38 De Wulf: *The Trust and corresponding institutions in the Civil Law*. Edit. Bruylant, Bruxelles 1965 p. 165

39 „Universale Verwandbarkeit“ in. H. Coing: *Die Treuhandkraft privaten Rechtsgeschäfts*, München C.H. Beck 1973 p. 3

40 Beraudo, op. cit., p. 15, No 26

41 Justice Mayo, *Re Scott*, 1948, SASR 193

42 „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“ Von Overbeck, rapport explicatif, No 36, cité in doc. parl. 4721, p. 34; contra: „c'est bien d'une définition qu'il s'agit“ Jauffret-Spinosi, *La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (1er juillet 1985), JDI 1987, p.26

43 J.P. Beraudo, op.cit., p.218, No 377

Une définition descriptive du trust peut être la suivante:

„A trust is an equitable obligation binding a person (who is called *trustee*) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust) of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.“⁴⁴

Le trust trouve son origine dans le Haut Moyen Age. „Mais l’essor du trust date bien entendu des croisades. L’histoire est bien connue: le preux chevalier qui partait combattre en Terre Sainte confiait ses avoirs à une „personne de confiance“ (le *trustee*) à charge pour ce dernier d’administrer et de gérer ces biens, et de les remettre le cas échéant aux personnes désignées au préalable par le preux chevalier.“⁴⁵ Le trust servait d’autre part aux congrégations religieuses à qui il était interdit de posséder des biens. Si une personne désirait faire une donation, il fallait la faire à une tierce personne qui la détenait „to the use of“, pour le compte de la congrégation⁴⁶.

Le développement du trust à partir de ces „uses“ n’a été possible que grâce au dualisme du droit anglais qui distingue entre la common law et l’equity.

Ainsi, le trust distingue entre le „legal ownership“ qui est accordé au *trustee* et le „equitable ownership“ qui est accordé au bénéficiaire. „Parce qu’il est titulaire d’un droit de propriété, le bénéficiaire peut obliger le *trustee*, qui ne s’est pas engagé envers lui, à remplir les obligations mises à sa charge par l’acte de trust ou la loi. Pour le même motif, il peut exercer un droit de suite sur les biens du trust contre toute personne qui les détiendrait dans des conditions que la loi ne protège pas.“⁴⁷ En cas de conflit entre ces deux types de propriété, le „equitable ownership“ prévaut sur le „legal ownership“.

„Mais le trust est plus qu’une division du droit de propriété. La permanence des relations entre le *trustee* et le bénéficiaire à qui il doit rendre compte, les obligations de faire qui pèsent sur lui, les prérogatives qui lui sont conférées le rapprochent d’un tuteur. Nous sommes donc loin de la division civiliste entre nue-propriété et usufruit à laquelle chaque titulaire de droit peut mettre fin.“⁴⁸

Ceci explique les difficultés d’implantation du trust dans des systèmes juridiques qui ne relèvent pas de la common law⁴⁹.

Il n’est pas possible de constituer un trust en droit luxembourgeois. Cette situation ne changera pas avec la ratification de la Convention par le Luxembourg.

Cependant un arrêt de la Cour d’appel du 22 mai 1996⁵⁰ distingue entre la constitution d’un trust au Luxembourg – prohibée – et la reconnaissance des effets d’un trust au Luxembourg. Un trust peut être reconnu au Luxembourg, à condition que ce trust ait été constitué dans un Etat qui en reconnaît la validité et que cette reconnaissance n’implique pas „la reconnaissance sur un bien situé au Luxembourg d’un droit réel ignoré par la loi luxembourgeoise“.

La Convention, en ce qu’elle fixe les règles permettant de déterminer la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, facilitera le rattachement d’un trust à la loi d’un Etat déterminé. Les conflits de juridiction ne sont pas visés par la Convention et relèvent soit du règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000⁵¹, soit du droit international privé luxembourgeois.

Relevons que le trust naissant d’une déclaration unilatérale du constituant du trust, a été exclu du champ d’application de la Convention de Rome du 19 juin 1980⁵².

44 Underhill: Law relating to trust and *trustees* 12. édit. Oerton London 1970 p. 3 cit. par H. Coing, op. cit. p. 4

45 Minne, Le trust, instrument de planification „globale“, L’Echo 7 mai 2003, p. 14

46 H. Coing, op. cit., p. 5

47 Béraudo, op. cit., pp. 8 à 9, No 18

48 Béraudo, op. cit., p. 9, No 19

49 Il existe au moins deux „pays“ de droit civil qui ont adopté une législation sur les trusts: le Québec et la Louisiane. Il est vrai que ces deux Etats font partie d’un cadre juridique et politique anglo-américain, ce qui a sans doute facilité et hâté une pareille transposition.

50 Banque et Droit No 26, p. 47, note Kinsch

51 Article 5, paragraphe 6), règlement entré en vigueur le 1er mars 2002, JOCE du 16 janvier 2001, L12/1

52 Article 1er, paragraphe 2, lettre g)

La reconnaissance d'un trust au Luxembourg en vertu de la Convention ne fait pas disparaître la spécificité d'un tel trust résultant du démembrement de la titularité des droits inconnue par notre droit civil, et incompatible avec lui. C'est pourquoi l'article 2, paragraphe (1) du projet de loi précise que, pour l'application de la Convention au Luxembourg, le *trustee* est assimilé à un propriétaire. Sous réserve du principe du patrimoine d'affectation, prévu à l'article 11 de la Convention, „le *trustee* peut accéder à toutes les prérogatives (et subir toutes les charges) d'un propriétaire“ avec pour seules limites celles imposées par la loi du trust et par l'acte de constitution⁵³.

Est-ce que la fiducie organisée par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 ou par la loi à venir tombe dans le champ d'application de la Convention?

De prime abord, la fiducie semble n'avoir aucun lien avec la Convention, puisque celle-ci ne vise, d'après son intitulé, que la détermination de la loi applicable au trust et à la reconnaissance d'un tel trust dans les Etats signataires dont les systèmes juridiques ignorent cette institution.

Ceci d'autant plus que lors des travaux préparatoires de la Convention seuls les trusts institués par les pays de common law ont été envisagés⁵⁴.

La Convention vise à „jeter des ponts entre pays de common law et pays de civil law“⁵⁵. Ce pont ne doit pas être à sens unique. Il existe en effet dans un certain nombre de pays de civil law des institutions structurellement analogues au trust, mais dont les caractéristiques ne reprennent pas l'ensemble des traits caractéristiques des trusts anglo-saxons.

„Le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de common law, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications.“⁵⁶ Si ces institutions analogues au trust répondent aux critères d'un trust qui figurent dans la Convention, elles tombent dans le champ d'application de celle-ci⁵⁷. De toute façon, aucune disposition de la Convention n'exclut expressément de son champ d'application les institutions analogues au trust.

L'article 2 de la Convention dispose que

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

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence du trust.“

Cet article 2 ne constitue pas une définition du trust⁵⁸, mais plutôt une description, dans la mesure où il n'existe pas de définition unique, universelle et officielle de cette institution⁵⁹. Le concept de trust tel qu'il est utilisé par la Convention doit se limiter à la Convention.

53 Doc. parl. 4721, p. 9

54 Jauffret-Spinosi, La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985), JDI 1987, p. 38

55 Von Overbeck, Rapport explicatif, No 12, cité in doc. parl. 4721, p. 30

56 Convention, préambule

57 Gaillard, Trautman, La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, Rev. crit. DIP, 1986, p. 10; doc. parl. 4721, p. 3

58 „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“ Von Overbeck, op. cit., No 36, cité in doc. parl. 4721, p. 34; contra: „c'est bien d'une définition qu'il s'agit“ Jauffret-Spinosi, op. cit., p. 26.

59 Beraudo, op. cit., p. 16, No 29

Pour que la fiducie luxembourgeoise relève du champ d'application de la Convention, il faut qu'elle réponde aux critères suivants.

En premier lieu, le trust, au sens de la Convention, exige que des relations juridiques aient été initiées par le constituant qui transfère des biens lui appartenant au *trustee* pour être placés sous le contrôle de ce *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le transfert des biens du constituant au *trustee* se retrouve également dans la fiducie. L'article 5 de la loi régissant le contrat fiduciaire précise à cet égard que le fiduciaire, appelé *trustee* dans la Convention, „devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire“.

L'article 2 ne mentionne pas la dualité des droits de propriété⁶⁰ pour caractériser un trust au sens de la Convention. L'accent est mis sur le transfert des biens. Si la Convention avait fait de cette dualité des droits de propriété un trait caractéristique d'un trust, la fiducie luxembourgeoise aurait certainement été écartée de son champ d'application, puisque le droit luxembourgeois ignore cette dualité des droits de propriété.

Le rapport explicatif de la Convention rédigé par Monsieur von Overbeck précise que les termes „lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee*“ signifient que le transfert des biens „est une condition préliminaire à la création du trust“⁶¹. Ce transfert de propriété peut aussi être concomitant et résulter du contrat de fiducie. Il n'est pas obligatoire qu'il y ait transfert de propriété de l'actif fiduciaire du fiduciaire au fiduciaire préalablement à la conclusion du contrat fiduciaire.

Le fait que l'article 4 de la loi limite les personnes pouvant conclure un contrat fiduciaire en qualité de fiduciaire n'a aucune répercussion sur l'applicabilité de la Convention à la fiducie.

En deuxième lieu, les biens du trust doivent constituer une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*. Cette idée se retrouve également à l'article 11, alinéa 2, de la Convention qui dispose que „la reconnaissance [du trust] implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* (...)“.

Tant l'article 3 du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 que l'article 6 du projet exigent une autonomie patrimoniale en ce que le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et échappe aux créanciers personnels de celui-ci, même en cas de faillite ou de liquidation du fiduciaire ou d'autre situation de concours entre créanciers personnels du fiduciaire. „Le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires.“⁶²

En troisième lieu, „le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*“⁶³. Cette condition est à lire en combinaison avec l'obligation de l'autonomie patrimoniale. Le *trustee* – fiduciaire doit avoir un titre sur les biens composant le patrimoine fiduciaire.

La définition du contrat fiduciaire reprise à l'article 5 du projet de loi relève bien que le fiduciaire devient propriétaire des biens qui lui sont transférés. Un titre de propriété lui est donc établi.

La quatrième caractéristique requise par la Convention découle des droits du *trustee* sur les biens et concerne les droits et obligations du *trustee*. Celui-ci doit pouvoir „administrer, gérer ou disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi“.

Les limites de ces *fiduciary duties* du *trustee* sont, d'une part, les termes du trust et, d'autre part, les dispositions légales applicables au *trustee*. Le *trustee* doit rendre compte de l'exécution de ses droits et obligations.

Il ne paraît guère contestable que le fiduciaire se situe dans ce cadre. Le fiduciaire, en tant que propriétaire du patrimoine fiduciaire, a le pouvoir d'administration, de gestion et de disposition sur les biens composant le patrimoine fiduciaire, sous réserve naturellement qu'il doit respecter les stipulations du contrat fiduciaire et les dispositions légales qui lui sont applicables. Dans la mesure où dans les relations entre le fiduciaire et le fiduciaire, les règles du mandat s'appliquent, sauf dérogations contractuelles ou légales, l'obligation de rendre compte est en principe également satisfaite par une structure fiduciaire de droit luxembourgeois.

60 Le „*legal ownership*“ dans le chef du *trustee* et le „*equitable ownership*“ dont le bénéficiaire du trust est titulaire.

61 Rapport, No 43, doc. parl. 4721, p. 35

62 Projet de loi, article 6, paragraphe (2)

63 Convention, article 2, alinéa 2, lettre b)

Finalement, la cinquième obligation que la fiducie luxembourgeoise doit rencontrer figure à l'article 3 de la Convention qui dispose qu'elle „ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit“.

Le caractère unilatéral de l'institution du trust et qui, entre autres, le différencie de la fiducie n'est pas repris dans la Convention. Un trust au sens de la Convention peut, mais ne doit pas, résulter d'une déclaration unilatérale du constituant. Mais en tout cas il faut que le trust ait été créé volontairement, c'est-à-dire qu'il ne résulte pas d'une décision de justice ou d'une obligation légale.

La fiducie, qu'elle soit régie par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 ou par la nouvelle loi sur les contrats fiduciaires, tombe dans le champ d'application de la Convention. L'emploi tout au long de la Convention de l'expression de „trustee“, donc d'un terme employé dans les pays de *common law* et inconnu comme tel dans les systèmes juridiques de *civil law* ne saurait contrarier cette conclusion, dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'article 2 de la Convention fait référence au trust „aux fins de la présente Convention“.

L'inclusion de la fiducie luxembourgeoise dans le champ d'application de la Convention permettra à cette institution d'être reconnue comme trust au sens de la Convention dans tous les Etats l'ayant ratifiée.

*

III. COMMENTAIRE DES ARTICLES

La Commission juridique a repris la plupart des propositions de modification faites par le Conseil d'Etat et a fait siennes les raisons indiquées par le Conseil d'Etat à l'appui de ses propositions. Il en va de même de l'opposition formelle du Conseil d'Etat à l'endroit de l'article 10 du projet de loi initial.

La Commission juridique n'a cependant pas repris les propositions du Conseil d'Etat formulées à l'endroit des articles 14 et 16 (devenus après suppression de l'article 10 initial du projet de loi, les articles 13 et 15).

– Article 13 (anciennement l'article 14)

L'article 13 du projet de loi prévoit l'abrogation du règlement grand-ducal de 1983. Arguant du principe du parallélisme des formes, le Conseil d'Etat a demandé la suppression de cette disposition, alors qu'un règlement grand-ducal ne saurait être abrogé que par un autre règlement grand-ducal.

La Commission juridique a décidé de maintenir l'article 13 en la forme. En effet, le règlement grand-ducal de 1983 a été pris sur base d'une loi d'habilitation du 24 décembre 1982. Il a même déjà été modifié par la loi du 29 avril 1999, qui a abrogé l'article 4 du règlement grand-ducal.

– Article 15 (anciennement l'article 16)

L'article 15 constitue une disposition de droit transitoire quant aux effets de la loi à venir sur les contrats fiduciaires en cours, c'est-à-dire conclus avant son entrée en vigueur sous le régime du règlement grand-ducal de 1983. La nouvelle loi s'appliquera aux effets futurs de tels contrats fiduciaires dans les 6 mois de la publication de la loi, sauf volonté contraire des parties contractantes.

„Dans l'intérêt de la protection des tiers⁶⁴ qui n'ont aucune influence sur un tel choix des parties“, le Conseil d'Etat a proposé de supprimer toute possibilité d'option et de continuer à faire régir les contrats fiduciaires en cours par le règlement grand-ducal de 1983 sous l'empire duquel ils ont été conclus.

La Commission juridique n'a pas suivi le Conseil d'Etat. Elle estime que le texte initial du projet de loi favorise une transition rapide vers le nouveau régime de la fiducie.

La Commission a cependant repris la modification de l'intitulé de cet article avancée par le Conseil d'Etat.

Finalement il convient de souligner que la Commission juridique a amendé l'article 12, paragraphe 4, du projet de loi alors qu'il fallait lire „suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire“, au lieu de „suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire“. Cet amendement a été approuvé par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire.

*

⁶⁴ Cette protection des tiers, donc de personnes qui ne sont pas parties au contrat fiduciaire, pourrait aussi justifier la suppression pure et simple de l'article 7, paragraphe (6) du projet de loi.

Compte tenu des remarques qui précèdent, la Commission juridique en sa majorité invite la Chambre des Députés à voter le projet de loi 4721 dans la teneur suivante:

*

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

TITRE I

De la loi applicable au trust et de sa reconnaissance

Art. 1. Approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985

Est approuvée la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye, le 1er juillet 1985.

Art. 2. Situation générale du trustee

(1) Pour la mise en oeuvre de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, quant aux biens faisant l'objet d'un trust et situés au Luxembourg, la situation du *trustee* est déterminée par référence à celle d'un propriétaire.

(2) La référence à la situation d'un propriétaire ne préjudicie pas au principe de séparation entre le patrimoine formé par les biens du trust et le patrimoine constitué par les biens personnels du *trustee*, conformément à l'article 11 de la Convention du 1er juillet 1985.

Art. 3. Déclaration et réserves

Lors du dépôt des instruments de ratification, le Grand-Duché de Luxembourg fera les déclarations et réserves suivantes:

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 16, alinéa 3 de la Convention, que le Luxembourg n'appliquera pas son article 16, alinéa 2.

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 20 de la Convention, que les dispositions de celle-ci sont étendues au trust créé par une décision de justice.

TITRE II

Des contrats fiduciaires

Art. 4. Champ d'application

Le présent titre ne s'applique qu'aux contrats fiduciaires dans lesquels le fiduciaire est un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurance ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier.

Art. 5. Définition

Un contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire.

Art. 6. Autonomie patrimoniale

(1) Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire. Les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ils ne font pas partie du patrimoine personnel du

fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

(2) Le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires.

Art. 7. Relations entre fiduciant et fiduciaire

(1) Les règles du mandat, à l'exclusion de celles reposant sur la représentation, sont applicables aux relations entre le fiduciant et le fiduciaire dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou par la volonté des parties.

(2) Ni le fiduciant, ni les tiers, même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent s'en prévaloir pour créer un lien direct entre eux.

(3) Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers qui en ont connaissance, sans préjudice des règles d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire.

(4) Le fiduciant peut renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire.

(5) Sauf convention contraire, ni le fiduciant, ni le fiduciaire ne peuvent mettre fin unilatéralement au contrat fiduciaire conclu pour une durée déterminée.

(6) Le fiduciant, le fiduciaire ou un tiers bénéficiaire du contrat fiduciaire peuvent demander en justice, pour motifs graves, le remplacement provisoire ou définitif du fiduciaire ou l'extinction anticipée du contrat fiduciaire.

Art. 8. Fiducie conclue à des fins de garantie

(1) Le contrat fiduciaire peut être conclu pour garantir des créances nées ou à naître. Les parties peuvent convenir que le patrimoine fiduciaire évoluera en fonction des engagements garantis ou d'autres facteurs de leur choix.

(2) Est nulle toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de dispenser le fiduciaire de verser au fiduciant ou au tiers bénéficiaire le solde net résultant de la différence entre la valeur, au jour de la réalisation, des biens constituant la garantie et le montant des créances garanties.

Art. 9. Preuve et opposabilité aux tiers

(1) La preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit.

(2) Sous réserve des règles de forme et d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens transmis, et sous réserve des dispositions de l'article 7, paragraphe 3, ci-avant, le contrat fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion.

(3) Le transfert fiduciaire de créances est opposable aux tiers dès sa conclusion. Néanmoins, le débiteur se libère valablement entre les mains du fiduciant tant qu'il n'a pas connaissance du transfert.

TITRE III

Dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires

Art. 10. Modification de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

Après le dernier alinéa de l'article 1er de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers est ajouté l'alinéa suivant:

„Lorsqu'un acte transfère la propriété, constitue, transfère, modifie ou éteint un droit qui doit être transcrit sur un immeuble inclus dans un patrimoine fiduciaire ou un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985 ou destiné à intégrer un tel patrimoine fiduciaire ou trust, la transcription s'accompagne respectivement de la mention „fiduciaire“ ou „trustee“.“

Art. 11. Inscription

Dans tout registre public sur lequel est inscrite la qualité de propriétaire, pour quelque cause et à quelque occasion que ce soit, le fiduciaire et le *trustee* doivent demander que soit mentionnée leur qualité, après l'indication de celle de propriétaire.

Art. 12. Enregistrement et droits de succession

(1) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1er juillet 1985 ne sont pas soumis aux formalités de l'enregistrement, même lorsqu'il en est fait usage, par acte public, en justice ou devant toute autre autorité constituée, toutes les fois qu'ils n'affectent pas un immeuble situé au Luxembourg, des aéronefs, des navires ou des bateaux de navigation intérieure immatriculés au Luxembourg ou des droits devant être transcrits, immatriculés ou enregistrés portant sur un tel bien. Toutefois ils peuvent être présentés à la formalité de l'enregistrement.

(2) L'enregistrement, aux fins de transcription, des actes transférant à un *trustee* la propriété d'un immeuble situé au Luxembourg ou ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit devant être transcrit sur un tel immeuble n'est soumis à aucun délai, lorsque ces actes ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Il en est de même pour l'enregistrement, aux fins d'immatriculation, des actes transférant à un *trustee* la propriété d'un aéronef, d'un navire ou d'un bateau de navigation intérieure et de ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit réel sur un tel bien.

(3) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust, portant sur des biens ou des droits que le fiduciaire ou le *trustee* ne doivent pas conserver plus de trente ans, sont soumis au droit fixe lorsqu'ils sont présentés à la formalité de l'enregistrement. Il en est de même des actes assurant le retour des biens ou droits au fiduciant ou au constituant dans ce délai.

Au cas où le contrat fiduciaire ou le trust ont été enregistrés au droit fixe, l'attribution définitive au fiduciaire ou au *trustee*, en cours ou à l'issue du contrat fiduciaire ou du trust, des biens ou des droits qui leur ont été transférés doit être enregistrée, à la demande du fiduciaire ou du *trustee*, dans les conditions du droit commun.

(4) En cas de transfert, à titre gratuit, d'un bien ou d'un droit par un fiduciaire ou un *trustee* à un tiers bénéficiaire, les droits de donation seront dus suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciant ou le constituant. Il en est de même pour le calcul des droits de succession et des droits de mutation par décès.

Art. 13. Abrogation du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983

Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires est abrogé.

Art. 14. Intitulé de la loi

La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du...relative au trust et aux contrats fiduciaires“.

Art. 15. Disposition transitoire

Sauf volonté contraire des parties, exprimée par écrit dans les six mois de la publication de la présente loi au Mémorial, celle-ci s'applique aux effets futurs des contrats fiduciaires conclus avant son entrée en vigueur, sous l'empire du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983.

Luxembourg, le 25 juin 2003

Le Rapporteur,
Patrick SANTER

Le Président,
Laurent MOSAR

Service Central des Imprimés de l'Etat

4721/06

N° 4721⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

* * *

DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL PAR LE CONSEIL D'ETAT

(10.7.2003)

Le Conseil d'Etat,

appelé par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 4 juillet 2003 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

PROJET DE LOI

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 3 juillet 2003 et dispensé du second vote constitutionnel;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'Etat en ses séances des 11 décembre 2001 et 25 mars 2003;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique du 10 juillet 2003.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

Service Central des Imprimés de l'Etat

4721

MEMORIAL

Journal Officiel
du Grand-Duché de
Luxembourg

**MEMORIAL**

Amtsblatt
des Großherzogtums
Luxemburg

RECUEIL DE LEGISLATION

A — N° 124

3 septembre 2003

Sommaire**TRUST ET CONTRATS FIDUCIAIRES****Loi du 27 juillet 2003**

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
 - portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et
 - modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels page 2620
-

Loi du 27 juillet 2003

- portant approbation de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance;
- portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et
- modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'Etat entendu;

De l'assentiment de la Chambre des Députés;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 3 juillet 2003 et celle du Conseil d'Etat du 10 juillet 2003 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

TITRE I**De la loi applicable au trust et de sa reconnaissance****Art. 1. Approbation de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985**

Est approuvée la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye, le 1^{er} juillet 1985.

Art. 2. Situation générale du trustee

(1) Pour la mise en œuvre de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, quant aux biens faisant l'objet d'un trust et situés au Luxembourg, la situation du trustee est déterminée par référence à celle d'un propriétaire.

(2) La référence à la situation d'un propriétaire ne préjudicie pas au principe de séparation entre le patrimoine formé par les biens du trust et le patrimoine constitué par les biens personnels du trustee, conformément à l'article 11 de la Convention du 1^{er} juillet 1985.

Art. 3. Déclaration et réserves

Lors du dépôt des instruments de ratification, le Grand-Duché de Luxembourg fera les déclarations et réserves suivantes:

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 16, alinéa 3 de la Convention, que le Luxembourg n'appliquera pas son article 16, alinéa 2.

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 20 de la Convention, que les dispositions de celle-ci sont étendues au trust créé par une décision de justice.

TITRE II**Des contrats fiduciaires****Art. 4. Champ d'application**

Le présent titre ne s'applique qu'aux contrats fiduciaires dans lesquels le fiduciaire est un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurance ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier.

Art. 5. Définition

Un contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciant, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire.

Art. 6. Autonomie patrimoniale

(1) Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire. Les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ils ne font pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

(2) Le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires.

Art. 7. Relations entre fiduciant et fiduciaire

(1) Les règles du mandat, à l'exclusion de celles reposant sur la représentation, sont applicables aux relations entre le fiduciant et le fiduciaire dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou par la volonté des parties.

(2) Ni le fiduciaire, ni les tiers, même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent s'en prévaloir pour créer un lien direct entre eux.

(3) Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers qui en ont connaissance, sans préjudice des règles d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire.

(4) Le fiduciaire peut renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciaire.

(5) Sauf convention contraire, ni le fiduciaire, ni le fiduciaire ne peuvent mettre fin unilatéralement au contrat fiduciaire conclu pour une durée déterminée.

(6) Le fiduciaire, le fiduciaire ou un tiers bénéficiaire du contrat fiduciaire peuvent demander en justice, pour motifs graves, le remplacement provisoire ou définitif du fiduciaire ou l'extinction anticipée du contrat fiduciaire.

Art. 8. Fiducie conclue à des fins de garantie

(1) Le contrat fiduciaire peut être conclu pour garantir des créances nées ou à naître. Les parties peuvent convenir que le patrimoine fiduciaire évoluera en fonction des engagements garantis ou d'autres facteurs de leur choix.

(2) Est nulle toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de dispenser le fiduciaire de verser au fiduciaire ou au tiers bénéficiaire le solde net résultant de la différence entre la valeur, au jour de la réalisation, des biens constituant la garantie et le montant des créances garanties.

Art. 9. Preuve et opposabilité aux tiers

(1) La preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit.

(2) Sous réserve des règles de forme et d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens transmis, et sous réserve des dispositions de l'article 7, paragraphe 3, ci-avant, le contrat fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion.

(3) Le transfert fiduciaire de créances est opposable aux tiers dès sa conclusion. Néanmoins, le débiteur se libère valablement entre les mains du fiduciaire tant qu'il n'a pas connaissance du transfert.

TITRE III

Dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires

Art. 10. Modification de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

Après le dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers est ajouté l'alinéa suivant:

"Lorsqu'un acte transfère la propriété, constitue, transfère, modifie ou éteint un droit qui doit être transcrit sur un immeuble inclus dans un patrimoine fiduciaire ou un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1^{er} juillet 1985 ou destiné à intégrer un tel patrimoine fiduciaire ou trust, la transcription s'accompagne respectivement de la mention "fiduciaire" ou "trustee"."

Art. 11. Inscription

Dans tout registre public sur lequel est inscrite la qualité de propriétaire, pour quelque cause et à quelque occasion que ce soit, le fiduciaire et le trustee doivent demander que soit mentionnée leur qualité, après l'indication de celle de propriétaire.

Art. 12. Enregistrement et droits de succession

(1) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1^{er} juillet 1985 ne sont pas soumis aux formalités de l'enregistrement, même lorsqu'il en est fait usage, par acte public, en justice ou devant toute autre autorité constituée, toutes les fois qu'ils n'affectent pas un immeuble situé au Luxembourg, des aéronefs, des navires ou des bateaux de navigation intérieure immatriculés au Luxembourg ou des droits devant être transcrits, immatriculés ou enregistrés portant sur un tel bien. Toutefois ils peuvent être présentés à la formalité de l'enregistrement.

(2) L'enregistrement, aux fins de transcription, des actes transférant à un trustee la propriété d'un immeuble situé au Luxembourg ou ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit devant être transcrit sur un tel immeuble n'est soumis à aucun délai, lorsque ces actes ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Il en est de même pour l'enregistrement, aux fins d'immatriculation, des actes transférant à un trustee la propriété d'un aéronef, d'un navire ou d'un bateau de navigation intérieure et de ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit réel sur un tel bien.

(3) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust, portant sur des biens ou des droits que le fiduciaire ou le trustee ne doivent pas conserver plus de trente ans, sont soumis au droit fixe lorsqu'ils sont présentés à la formalité de l'enregistrement. Il en est de même des actes assurant le retour des biens ou droits au fiduciaire ou au constituant dans ce délai.

Au cas où le contrat fiduciaire ou le trust ont été enregistrés au droit fixe, l'attribution définitive au fiduciaire ou au trustee, en cours ou à l'issue du contrat fiduciaire ou du trust, des biens ou des droits qui leur ont été transférés doit être enregistrée, à la demande du fiduciaire ou du trustee, dans les conditions du droit commun.

(4) En cas de transfert, à titre gratuit, d'un bien ou d'un droit par un fiduciaire ou un trustee à un tiers bénéficiaire, les droits de donation seront dus suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciaire ou le constituant. Il en est de même pour le calcul des droits de succession et des droits de mutation par décès.

Art. 13. Abrogation du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983

Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires est abrogé.

Art. 14. Intitulé de la loi

La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de "loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires".

Art. 15. Disposition transitoire

Sauf volonté contraire des parties, exprimée par écrit dans les six mois de la publication de la présente loi au Mémorial, celle-ci s'applique aux effets futurs des contrats fiduciaires conclus avant son entrée en vigueur, sous l'empire du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre de la Justice,

Luc Frieden

Salzbourg, le 27 juillet 2003.

Henri

Doc. parl. 4721; ses. ord. 2000-2001, 2001-2002 et 2002-2003

**CONVENTION RELATIVE A LA LOI
APPLICABLE AU TRUST ET A SA RECONNAISSANCE**

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de common law, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

Chapitre premier – Champ d'application

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Article 2

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

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;
- c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee.

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Chapitre II – Loi applicable

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

- a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;
- b) de la situation des biens du trust;
- c) de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee;
- d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.

Cette loi régit notamment:

- a) la désignation, la démission et la révocation du trustee, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee ainsi que la transmission des fonctions de trustee;
- b) les droits et obligations des trustees entre eux;
- c) le droit du trustee de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;
- d) les pouvoirs du trustee d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;
- e) les pouvoirs du trustee de faire des investissements;
- f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;
- g) les relations entre le trustee et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du trustee envers les bénéficiaires;
- h) la modification ou la cessation du trust;
- i) la répartition des biens du trust;
- j) l'obligation du trustee de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé, par une autre loi.

Chapitre III – Reconnaissance

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.

La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.

Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

- a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust;
- b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;
- c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee;
- d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12

Le trustee qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

Chapitre IV – Dispositions générales*Article 15*

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

- a) la protection des mineurs et des incapables;
- b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage;
- c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;
- d) le transfert de propriété et les sûretés réelles;
- e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;
- f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Article 17

Au sens de la Convention, le terme „loi” désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Article 20

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.

Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

L'article 31 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21

Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Article 22

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.

Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de rentrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

Chapitre V – Clauses finales*Article 26*

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.

Aucune autre réserve ne sera admise.

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 32. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration. Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.

Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

- a) pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;
- b) pour tout Etat adhérent, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;
- c) pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 31

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Article 32

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

- a) les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;
- b) la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;
- c) les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;
- d) les extensions visées à l'article 29;
- e) les déclarations visées à l'article 20;
- f) les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;
- g) les dénonciations visées à l'article 31.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 1^{er} juillet 1985, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.