

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

DES SÛRETÉS MOBILIÈRES CONVENTIONNELLES
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

par

ISABELLE JUVET



Peter Lang
1990

Mademoiselle Isabelle Juvet est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée:
«Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé».
Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 15 février 1990

**Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
Claude Jeanrenaud**

**© Editions Peter Lang SA, Berne 1990
Successeur des Editions
Herbert Lang & Cie S.A., Berne**

Tous droits réservés.

**Réimpression ou reproduction interdite par n'importe quel procédé,
notamment par microfilm, xérogaphie, microfiche, microcarte, offset, etc.**

Impression: Weihert-Druck GmbH, Darmstadt (RFA)

**Des sûretés mobilières conventionnelles
en droit international privé**

A mes parents

TABLE DES MATIERES

Titre I: INTRODUCTION	7
Chapitre I: Rôle économique des sûretés mobilières	7
Chapitre II: Classification des sûretés mobilières	10
1. Sûretés contractuelles et sûretés légales	10
2. Forme juridique du gage ou de la propriété	10
3. Sûretés avec ou sans dépossession du débiteur	11
Chapitre III: Restrictions imposées en matière de sûretés	13
1. Restrictions générales	13
2. Restrictions propres aux sûretés sans dépossession	13
Titre II: APERCU DES SYSTEMES ADOPTES PAR QUELQUES ORDRES JURIDIQUES EN MATIERE DE SURETES MOBILIERES CONVENTIONNELLES	15
Chapitre I: Introduction	15
Chapitre II: Droit suisse	15
1. Introduction	15
2. Le nantissement	16
3. La réserve de propriété	16
a) Généralités	16
b) Conséquences des exigences suisses pour les sûretés sans dépossession constituées à l'étranger	17
c) Les formes d'extension de la réserve de propriété	18
aa) Réserve de propriété prolongée	18
bb) La réserve de propriété élargie	19
4. Le transfert de propriété à titre de garantie	19
Chapitre III: Droit allemand	20
1. Introduction	20
2. La réserve de propriété	20
a) La réserve de propriété simple	20
b) Les formes d'extension de la réserve de propriété	20
3. Le transfert de propriété à titre de garantie	22
4. Appréciation du système allemand	22
Chapitre IV: Droit français	23
1. Introduction	23
2. Les warrants à domicile	23
3. Les nantissements sans dépossession	24
a) Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel	24
b) Le nantissement du fonds de commerce	24
c) Le nantissement des films cinématographiques	24
4. Le gage du vendeur à crédit d'un véhicule automobile	25
5. La réserve de propriété	25

Chapitre V: Le droit américain	25
1. Introduction	25
2. Les principes fondamentaux de l'article 9 UCC	26
a) Création d'une sûreté unique	26
b) Principe de la priorité	26
c) Principe de la publicité	27
3. Constitution de la sûreté	27
Chapitre VI: Conclusions	27
Titre III: LES SURETES MOBILIERES CONVENTIONNELLES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE	29
Chapitre I: Principe du rattachement à la lex rei sitae	29
Chapitre II: Etendue de la lex rei sitae	30
Chapitre III: Les questions de qualification	30
Chapitre IV: Fondement du principe	31
Chapitre V: Le conflit mobile	31
1. Notion	31
2. Problèmes soulevés par le conflit mobile	32
Chapitre VI: Les divers aspects du conflit mobile	32
A. Droits définitivement acquis	32
1. Qualification	33
2. Principe de l'efficacité internationale des droits	35
3. Distinction avec les droits non définitivement acquis	37
B. Droits non définitivement acquis	37
1. Etat de fait prorogé	38
2. Droits considérés comme définitivement acquis par le nouvel ordre juridique	38
C. Cas de la réserve de propriété	40
D. Conclusion	41
Chapitre VII: Transposition	41
A. Généralités	41
B. Nécessité de la transposition	42
C. Critique et limites de la doctrine de la transposition	42
a) Reconnaissance de droits étrangers sans équivalent	43
b) Non-reconnaissance d'un droit équivalent	44
D. Application des règles sur les conflits de lois dans le temps	45
E. Ordre des créanciers	40
F. Mise en oeuvre de la transposition	47
1. Première phase de la transposition: recherche d'une Institution équivalente	48
a) Principes de base	48
b) Dispositions légales	49
c) Jurisprudences nationales	50
11) Allemagne fédérale	50
22) France	55
33) Suisse	61
2. Deuxième phase de la transposition: adaptation de la sûreté aux exigences de publicité du nouvel ordre juridique	64
a) Contrat formel	65

b) Inscription dans un registre	66
aa) Extension du délai d'inscription	66
bb) Système international de publicité	67
c) Le marquage des biens grevés	68
G. Conclusions	68
1. Insuffisances de la doctrine traditionnelle de la transposition	68
2. Projet de la Fédération bancaire de la CEE	69
Chapitre VIII: Extinction ou suspension des droits	71
Chapitre IX: Remise en cause de la lex rei sitae	71
A. Transactions nationales	71
B. Notion de transactions internationales	72
1. Changement de statut simple	72
2. Changement de statut qualifié (Transactions internationales proprement dites)	73
C. Remise en cause de la lex situs dans les transactions internationales	73
1. Non-justification du dogme en matière mobilière	74
2. Rattachement arbitraire	74
3. Séparation du statut contractuel et du statut réel	74
D. Prise en compte des intérêts en jeu	75
1. Intérêts du vendeur	76
2. Intérêts de l'acheteur	76
3. Intérêts du pays d'importation	76
4. Intérêts du pays d'exportation	76
E. Correctifs proposés	76
1. Premier type de correctif	77
a) Proposition de Kegel/Conseil allemand de DIP	77
b) Proposition de Lüderitz	78
c) Drobniç	79
d) Siehr: "Honorierungsregel"	80
e) Résumé	82
2. Deuxième type de correctif: autonomie de la volonté limitée	83
a) Généralités	83
b) Conditions et limites de l'autonomie	87
aa) Biens faisant l'objet d'une transaction internationale	87
bb) Forme du choix	87
cc) Limitation à certains ordres juridiques	89
dd) Compétences de la lex rei sitae pour les actes d'exécution forcée	90
ee) Veto de la lex rei sitae	90
aaa) La règle du veto	90
bbb) Critique du recours au droit de veto	91
c) Objections formulées à l'égard de l'autonomie et discussion des objections	92
aa) Danger lié à la liberté de la forme	93
(I) Confrontation de l'objection avec les propositions relatives à l'introduction de l'autonomie	93
(II) Remise en cause du principe du numerus clausus	94
bb) Sécurité des transactions et protection des tiers	96
(I) Séparation des effets internes et des effets externes	97
(II) Protection des tiers et autonomie restreinte	98
(III) Le rôle de la publicité mobilière	100
cc) Difficulté d'exécution dans l'Etat de situation	103
dd) Détermination de la loi d'autonomie	104

ee) Lex rei sitae, loi du moindre mal	105
d) Avantages de l'autonomie de la volonté	105
aa) Avantages généraux de l'autonomie	105
bb) Avantages de l'autonomie en droit international réel	105
aaa) Harmonisation des statuts contractuel et réel	105
bbb) Choix du droit le plus approprié	106
ccc) Suppression du conflit mobile	106
3. Résumé et conclusions	107
Titre IV: PROPOSITIONS DE REFORME	111
Chapitre I: Réflexions sur une autonomie de la volonté limitée	111
1. Parallélisme avec l'autonomie contractuelle	111
2. Protection des intérêts des tiers	111
a) Répartition des risques	111
aa) Obligation de renseignement	111
bb) Exception de l'ignorance excusable (jurisprudence Lizardi)	112
b) Mise en oeuvre de la répartition des risques	113
c) Conclusion	114
3. Les questions soulevées par l'interprétation de la volonté des parties	115
4. Loi d'autonomie et lois concurrentes	116
Chapitre II: Détermination objective du droit applicable à la sûreté	116
Chapitre III: Assouplissement des droits matériels à l'intérieur des ordres juridiques	118
1. L'exemple allemand	119
2. Réforme du droit suisse des sûretés mobilières	122
Chapitre IV: Tentatives d'unification du droit en matière de sûretés conventionnelles	123
1. Projet de convention des Communautés européennes sur la faillite (1970)	123
2. Projet de la Fédération bancaire de la Communauté économique européenne	124
3. Propositions au sein du Conseil de l'Europe	125
a) Etude du CNRS	125
b) Etude de l'UNIDROIT	126
4. Elaboration d'une loi type	127
Chapitre V: Solution du délai	127
1. L'exemple américain	127
2. La loi suisse sur le droit international privé	127
Chapitre VI: Conclusions	135

Titre I: INTRODUCTION

Chapitre I: Rôle économique des sûretés mobilières

L'augmentation des échanges internationaux, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des communautés économiques régionales, est à l'origine du besoin grandissant de sûretés susceptibles de garantir l'octroi de crédits. Ce développement ne se manifeste pas seulement à un niveau étatique ou par le biais d'entreprises multinationales; un bon nombre de petites et moyennes entreprises étendent leurs activités à l'étranger(1).

Il n'existe pas de statistiques permettant de déterminer exactement l'importance du recours aux sûretés mobilières dans le commerce international et dans les investissements à l'étranger. Il semble pourtant que les sûretés constituées sur les meubles occupent une moindre place par rapport à d'autres moyens de garantie(2).

Ceux qui ouvrent des crédits préfèrent en général recourir à d'autres institutions et pratiques procurant une garantie ou en éliminant la nécessité d'en fournir une. Les sûretés personnelles sont par exemple largement utilisées. Dans cette catégorie de sûretés, le créancier verra ses chances de paiement assurées par une personne qui suppléera le débiteur défaillant, alors que cette garantie reposera en cas de sûretés mobilières sur un bien ou une créance, c'est-à-dire sur un actif auquel il s'est ménagé un accès direct et exclusif(3).

Parmi les types de garanties, autres que les sûretés mobilières, devenues importantes pour le commerce international, il en est trois qui méritent d'être mentionnées. Il s'agit de la garantie des crédits à l'exportation, de la vente sur documents et de l'accréditif et enfin de la garantie bancaire(4).

Reprenons rapidement ces trois catégories. Les garanties des crédits à l'exportation sont accordées aux exportateurs, dans le cadre de la promotion générale des exportations, par les institutions nationales cautionnées par l'Etat. Elles sont généralement destinées à assurer le remboursement aux vendeurs ou entrepreneurs locaux du crédit qu'ils ont accordé à des importateurs-acheteurs étrangers. Ensuite, parmi les garanties nécessitant l'emploi de documents, il y a la vente contre remise de documents développée par la pratique moderne. Elle permet au vendeur de garder le titre représentatif de la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé ou qu'une lettre de crédit acceptable lui ait été ouverte. Quant au crédit documentaire, il recouvre l'état de fait suivant: l'importateur-acheteur charge la banque de payer l'exportateur contre remise des documents qui attestent en général l'envoi, conformément au contrat, de la marchandise commandée (connaissance, lettre de voiture, documents d'assurance, etc.). L'avantage du crédit-documentaire réside avant tout en ceci qu'il permet de tenir compte des divers intérêts en jeu: la banque reçoit, contre remise des documents à l'importateur, la restitution de ses frais plus une commission; l'exportateur est payé dès qu'il a envoyé la marchandise et l'importateur est

1) Drobniġ/Kronke p. 89.

2) Drobniġ/Kronke p. 91; Drobniġ, Etude/Sûretés p. 135.

3) Terray. DPCI 1983, T9 N° 2, p. 205, 206.

4) Drobniġ, Etude/Sûretés, p. 135.

protégé puisque l'exportateur ne sera payé qu'après l'envoi de la marchandise et une fois que la banque aura examiné la conformité externe des documents(1).

Il reste enfin à mentionner la catégorie des garanties bancaires. Elles sont données par les banques pour assurer le paiement d'une dette(2). En raison de leur fiabilité et de leur facilité de liquidation, ces garanties sont largement utilisées dans le commerce international(3). En ce qui concerne la nature de ces garanties, la pratique tend de plus en plus à les considérer d'un point de vue économique, abandonnant ainsi les distinctions juridiques classiques (par exemple: garantie principale/garantie accessoire)(4). Nous nous en tenons également ici à cet aspect économique des garanties bancaires, puisqu'elles ne sont pas le sujet même de notre étude et qu'il ne s'agit ici que d'en donner un bref aperçu. La garantie bancaire a pour but d'assurer l'accomplissement d'une obligation par un tiers et, au cas où cette obligation n'est pas ou mal exécutée, d'engager la responsabilité de la banque(5). La banque intervenant comme garante permettra au vendeur à crédit de récupérer rapidement le paiement du prix d'achat.

Il a été question plus haut du crédit documentaire ou accréditif; il est peut-être bon ici de souligner que le système européen, contrairement à celui des Etats-Unis, distingue en principe nettement le crédit documentaire qui a pour seule fonction le paiement d'une opération commerciale internationale (Zahlungsfunktion) et la garantie qui a pour fonction la sécurité (Sicherungsfunktion) d'une opération contractée par autrui et dont la responsabilité reste dans le chef d'autrui(6).

La garantie bancaire n'est donc en principe pas, contrairement à l'accréditif, utilisée aux fins d'exécution du contrat principal. Bien que l'accréditif soit parfois détourné de sa fonction première et utilisé à des fins de garantie, il reste en principe un moyen de paiement(7). Il faut cependant reconnaître qu'un crédit documentaire rendra souvent superflue la constitution d'une véritable garantie, d'où une confusion du rôle des deux institutions.

Deux grands obstacles semblent avoir été jusqu'à présent à l'origine du manque d'intérêt pour les sûretés mobilières. Le premier tient certainement au fait que la validité et l'effet de la sûreté mobilière sont subordonnés aux lois du pays d'importation(8). Les exportateurs ignorant bien souvent ce fait, pensent que leur droit national s'applique, ou alors, s'ils connaissent la règle de conflit précitée, ils devront rechercher le contenu du droit matériel étranger, travail qui peut se révéler fastidieux. Un autre inconvénient, tenant à la nature même du bien grevé, peut s'opposer à l'emploi de sûretés mobilières. Il s'agit de la réalisation des sûretés (revente ou autre forme de liquidation)

1) Guggenheim, p. 199.

2) Kreditsicherheit in europäischen Länder, Teil V Schweiz, p. 93, 94 N°273.

3) Drobnig Etude/Sûretés, p. 135.

4) Kleiner, die Bankgarantie, p. 133.

5) Schinnerer, p. 290.

6) Colloque de Tours, p. 15.

7) Guggenheim, p. 170.

8) Drobnig, Etude/Sûretés, p. 135; Goerke, p. 23.

après déclaration d'insolvabilité du débiteur. Elle est moins profitable, moins commode et prend plus de temps que la réalisation par le recours à l'assurance ou à d'autres institutions visant à sauvegarder le prix d'achat lui-même(1).

Cependant, malgré ces inconvénients, on peut observer aujourd'hui un intérêt croissant pour les sûretés mobilières. La tendance à y recourir s'affirme toujours plus(2).

Il semble en particulier que deux groupes de créanciers fassent usage des sûretés mobilières dans le commerce international. Il s'agit tout d'abord des établissements de financement internationaux (la plupart du temps, des banques), quand ils sont obligés d'accepter une sûreté située dans le pays du débiteur. Le deuxième groupe comprend les vendeurs et plus particulièrement les exportateurs d'installations et de machines. Ces derniers constituent souvent des sûretés sur les objets vendus en essayant éventuellement de rendre ces sûretés conformes aux lois du pays d'importation(3).

Il est souvent difficile d'avoir une idée exacte du volume des crédits accordés ou emprunts contractés, celui des crédits ouverts par les vendeurs étant encore plus difficile à apprécier que l'ensemble des crédits bancaires(4) Mais, étant donné que le volume des échanges internationaux ne cesse d'augmenter, il est permis de penser, comme le souligne M. Drobnig dans son étude (p. 136), que la demande des crédits ira, elle aussi, en s'accroissant. Sous la pression de la concurrence, les vendeurs ne peuvent en effet plus exiger un paiement immédiat du prix car les conditions mêmes de paiement sont devenues un moyen de publicité et un argument de vente.

L'augmentation des crédits accordés par les vendeurs peut également contribuer à celle du crédit bancaire, car dans la mesure où l'octroi de crédit sur la marchandise représente une charge financière trop lourde pour eux, les vendeurs demanderont davantage l'intervention d'une banque qui financera l'opération(5).

Enfin, indépendamment de transactions qui, à la base, sont internationales, des situations nationales à l'origine peuvent devenir, eu égard à la mobilité internationale toujours plus grande des personnes et des biens, des situations internationales, souvent contre le gré du créancier(6).

1) Drobnig, Etude/Sûretés, p. 135.

2) Drobnig, *RabelsZ.* 38 (1974), 469.

3) Drobnig, Etude/Sûretés, p. 136.

4) Drobnig, Gutachten für den 51 DJT, p. 16.

5) Drobnig, Gutachten für den 51 DJT, p. 19.

6) Drobnig, Etude/Sûretés, p. 136.

Chapitre II: Classification des sûretés mobilières

Une classification des sûretés mobilières suppose que celles-ci s'identifient à quelques formes juridiques de base.

Nous nous en tiendrons ici à une classification prenant en compte la nature juridique des sûretés, tout en sachant qu'elle n'est pas la seule possible.

I. Sûretés contractuelles et sûretés légales

Cette première distinction est importante d'un point de vue pratique et théorique. La sûreté est légale ou conventionnelle suivant qu'elle trouve sa source dans la loi qui fait au créancier automatiquement et sans manifestation de volonté une situation privilégiée, ou dans la volonté des parties. On précisera cependant que dans un système de *numerus clausus*, principe selon lequel d'autres types de droits réels que ceux prévus par la loi ne sauraient être créés, la volonté des parties ne peut que faire naître les sûretés dont le statut est préalablement défini par le législateur(1).

Le droit de gage légal du vendeur qui joue un rôle important dans les droits romanistes représente le prototype même de la sûreté légale. Il est acquis de droit au vendeur qui n'a pas obtenu paiement du prix, sans qu'une convention des parties soit nécessaire.

Cependant l'avantage que représente la constitution automatique du droit de gage ne va pas dans plusieurs pays sans un affaiblissement de l'effet réel de ce droit. Ainsi ces effets sont généralement limités à la période pendant laquelle les biens vendus demeurent en possession de l'acheteur et si ce dernier n'est pas tombé en faillite.

On ne peut songer à l'heure actuelle à combler au niveau du commerce international le fossé séparant les deux types de sûretés puisque déjà dans les législations nationales elles s'excluent réciproquement la plupart du temps(2).

Nous nous limiterons en principe à l'examen des sûretés mobilières conventionnelles. Occasionnellement nous étudierons une sûreté légale si elle a une importance particulière dans le cadre d'un ordre juridique ou pour le commerce international. C'est le cas par exemple du droit de gage légal du vendeur en France.

2. Forme juridique du gage ou de la propriété

Du point de vue de leur conception juridique, les sûretés mobilières ayant leur source dans la convention des parties peuvent être ramenées à deux schémas fondamentaux: tantôt on a recours à la figure juridique du gage, que l'on adapte parfois aux besoins de la vie économique par la fiction d'une dépossession symbolique, tantôt à celle de la propriété(3).

1) Mazeaud/Mazeaud, III/1, p. 6.

2) Drobnig *RabelsZ* 38, (1974), 471.

3) Unidroit, p. 98; Drobnig *RabelsZ* 1974, p. 472.

Le gage traditionnel a perdu de son importance et il a été remplacé dans plusieurs ordres juridiques par des sûretés sans dépossession, notion à laquelle nous reviendrons (voir ci-dessous, chiffre 3).

Le recours à la propriété aux fins de constitution de sûretés (sans dépossession le plus souvent) est fréquent en pratique et revêt différentes formes dont la plus connue est la réserve de propriété. Elle représente la sûreté type des vendeurs lorsqu'ils accordent un délai de paiement à l'acheteur, mais elle est aujourd'hui également utilisée dans le cadre des ventes financées par des tiers. Dans ce cas-là, le vendeur cédera le plus souvent sa réserve de propriété au tiers(1).

La propriété joue également un rôle important dans les institutions combinant la vente et le bail, par exemple dans la location-vente ou dans le leasing. Ces institutions garantissent aussi en première ligne le crédit accordé par le vendeur sur le prix d'achat; plus rarement, elles assureront le remboursement d'un prêt.

Le transfert fiduciaire de propriété avec constitut possessoire, très répandu en Allemagne, sert en revanche uniquement à assurer les prêts d'argent.

L'attrait exercé par la propriété aux fins de constitution de sûretés tient certainement au fait qu'elle permet dans plusieurs pays de détourner les règles strictes du droit de gage, notamment les règles sur la dépossession.

Bien que le gage et la propriété utilisée aux fins de sûreté partent de conceptions totalement différentes, l'exemple américain nous montrera que ces divergences ne sont pas insurmontables et qu'un rapprochement des deux institutions est possible(2).

3. Sûretés avec ou sans dépossession du débiteur

La distinction entre les sûretés avec dépossession et les sûretés sans dépossession (on parle parfois aussi de dessaisissement) est fondamentale.

La sûreté avec dépossession, dont le gage est le prototype, veut que le débiteur remette les biens grevés soit au créancier lui-même, soit à un tiers qui en assure la garde pour le créancier, le débiteur demeurant propriétaire des biens. La dépossession se justifie pour deux raisons principales: tout d'abord elle protège le créancier privilégié contre toute cession non autorisée des biens grevés par le débiteur, ensuite elle protège les tiers, en particulier les autres créanciers (actuels ou potentiels) du débiteur qui pourraient se faire une fausse idée de l'ampleur des biens possédés par le débiteur et donc sur sa capacité de paiement(3).

Les sûretés avec dépossession ne correspondent plus aux besoins actuels et leur emploi ne cesse de décliner. Elles présentent autant d'inconvénients pour le

1) Drobnig *RabelsZ* 1974, p. 472.

2) Ci-dessous: Titre II, chapitre V.

3) Drobnig, *Etude/Sûretés*, p. 7.

débiteur que pour le créancier. Examinons tout d'abord la situation du débiteur. Il aura soit acheté à crédit, soit contracté un emprunt. Dans le premier cas il voudra acquérir effectivement le bien en question afin de pouvoir l'utiliser à des fins de consommation ou de production. Dans le deuxième cas, il ne pourra, en tant que propriétaire, que difficilement renoncer à ses biens en les remettant en gage, surtout lorsqu'il s'agit d'installations nécessaires au fonctionnement d'une entreprise (matériel, matières premières, marchandises). Privé de la possibilité d'utiliser et/ou de céder ces biens, il sera encore plus difficile au débiteur de rembourser le crédit accordé. Quant au créancier, il ne disposera en général pas de locaux assez grands pour stocker les biens.

Les sûretés avec dépossession continuent à jouer un rôle important seulement dans quelques domaines bien particuliers. Il s'agit de la vente contre remise de documents et de la mise en gage d'objets de valeur et de titres. Ces articles permettent de réunir simultanément trois avantages: ils ne sont pas nécessaires à l'activité économique du débiteur, le créancier peut facilement les garder en sa possession et se garantir contre toute cession déloyale par le débiteur et, enfin, ils sont facilement négociables(1).

Les sûretés sans dépossession ont acquis une grande importance au cours des dix dernières années. L'expression peut désigner un ensemble d'institutions parfois fort différentes les unes des autres (par exemple: hypothèque mobilière, gage sans dépossession, etc.). Ces institutions présentent cependant ce trait commun de constituer autant de sûretés réelles mobilières susceptibles d'être affectées à la garantie d'une dette, sans que le débiteur soit tenu, comme il le serait selon le droit traditionnel du gage, de se déposséder du bien grevé, soit entre les mains du créancier, soit entre celles d'un tiers convenu(2).

L'avantage de ce type de sûretés est évident: il permet d'éviter un incommode déplacement de la chose grevée. Le débiteur reste en possession des biens grevés. Le droit d'utiliser ou/et de céder les biens dépendra en général de la catégorie de biens dont il s'agit. Si le débiteur acquiert des biens à des fins de consommation (par exemple: biens d'équipement ménagers) ou à des fins de production (par exemple: machines), les parties conviendront le plus souvent que le débiteur a le droit d'utiliser les biens, mais non d'en disposer. En revanche, le commerçant qui affecte son stock en sûreté se verra la plupart du temps octroyer un droit de disposition(3).

Malgré les avantages incontestables qu'elles présentent, les sûretés sans dépossession suscitent, du moins dans certains pays, une certaine méfiance car, à moins de remplacer la dépossession par un autre système de publicité efficace, elles rendent la protection des tiers plus difficile.

1) Drobnig, Etude/Sûretés, p. 15 et 16.

2) Fargeaud, p. 1.

3) Drobnig, Etude/Sûretés, p. 17.

Chapitre III: Restrictions imposées en matière de sûretés

Dans cette partie nous examinerons tout d'abord les restrictions générales auxquelles sont soumises les sûretés et, ensuite, les restrictions plus particulières imposées par les législations nationales aux sûretés sans dépossession.

1. Restrictions générales

Une des premières questions qui se posent en matière de sûretés touche à la possibilité pour les parties d'utiliser seulement les types de sûretés prévus par la loi ou bien de profiter de l'autonomie contractuelle dans ce domaine. La réponse dépend de l'ordre juridique en question. Dans les systèmes rigides, comme par exemple les systèmes suisse ou français, on part du principe que les droits réels constituent un *numerus clausus*(1). Rappelons que selon ce principe il n'est pas possible de créer d'autres droits réels et, par conséquent, d'autres sûretés réelles, que ceux prévus par la loi. A l'opposé on trouve des systèmes laissant aux parties la liberté de choisir ou d'organiser des types de sûretés(2). Il n'est alors en revanche pas impossible que ces sûretés, ou quelques-unes d'entre elles, soient dépourvues de l'effet réel *erga omnes*. On peut également envisager des systèmes mixtes.

En raison des exigences posées par la pratique, on tend aujourd'hui dans les systèmes rigides à instituer par voie législative, afin de respecter le principe du *numerus clausus*, un plus grand nombre de sûretés sans dépossession. La France, avec ses nombreuses lois spéciales, en constitue un bon exemple.

2. Restrictions propres aux sûretés sans dépossession

Lorsqu'elles sont admises, les sûretés sans dépossession sont la plupart du temps soumises à des restrictions touchant à leur constitution. Les types de restrictions prévues par les législations nationales portent en général sur les parties ou les créances à garantir, ou encore sur les biens susceptibles d'être grevés(3). Reprenons rapidement ces trois catégories.

A part le "floating charge" du droit anglais dont il ne sera d'ailleurs pas question dans ce travail, des restrictions expresses portant sur les débiteurs sont rares. Elles se confondent la plupart du temps avec les restrictions portant sur les biens susceptibles d'être grevés. Les restrictions frappant les créanciers sont plus fréquentes. Par exemple, l'article 885 al.1 CCS prévoit que l'engagement du bétail ne peut se faire qu'au profit d'institutions agréées par l'Etat. Le genre de créance s'oppose parfois aussi à la constitution de sûretés sans dépossession. Par exemple le vendeur peut dans plusieurs pays garantir sa créance en constituant une réserve de propriété sur les biens vendus; ces mêmes pays ne disposent en revanche pas d'un moyen général comparable permettant d'assurer la créance de celui qui accorde un prêt d'argent. Les restrictions frappant les biens à grever sont fréquentes. Les techniques juridiques

1) Etude CNRS, p. 48.

2) Etude CNRS, p. 49.

3) Drobniq, Etude/Sûretés, p. 18.

utilisées ici varient d'un pays à l'autre. Ceux qui sont très méfiants à l'égard des sûretés sans dépossession ont adopté des systèmes d'énumération exhaustive des biens grevés, allant même parfois jusqu'à consacrer une loi spéciale pour chaque type d'article (par exemple: France).

A l'opposé on trouve des systèmes d'admission générale de tous les articles, accompagnés occasionnellement d'une exception pour tel ou tel bien. On peut également envisager des systèmes mixtes.

Dans les systèmes stricts, il est frappant de voir que la nature des biens susceptibles d'être grevés varie peu d'un ordre juridique à l'autre. On peut ainsi distinguer quatre grandes catégories de biens sur lesquels il est possible d'asseoir une sûreté, il s'agit du matériel agricole, des matières premières, du matériel industriel et des produits industriels(1). Cela n'a en fait rien d'étonnant puisqu'il s'agit chaque fois de biens nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur.

Les diverses restrictions dont sont assorties les sûretés sans dépossession témoignent de la méfiance qu'elles inspirent. Les causes de cette méfiance, à laquelle il a été déjà fait allusion, sont diverses (par exemple: manque de publicité, protection insuffisante des tiers, défavorisation des créanciers chirographaires) et nous aurons l'occasion d'y revenir au cours de notre étude.

1) Drobnig, *RabelsZ* 38 (1974), 475.

Titre II: APERCU DES SYSTEMES ADOPTES PAR QUELQUES ORDRES JURIDIQUES EN MATIERE DE SURETES MOBILIERES CONVENTIONNELLES

Chapitre I: Introduction

Avant de passer à l'étude approfondie des questions de droit international privé (ci-dessous Titre III), nous nous proposons de donner tout d'abord un aperçu de quelques droits matériels. Nous examinerons ainsi les sûretés mobilières conventionnelles à la lumière des ordres juridiques suisse, allemand, français et américain. Relevons à ce propos que les jurisprudences nationales relatives à la reconnaissance des sûretés constituées à l'étranger jouent un rôle important; nous les examinerons dans le titre consacré au droit international privé. Il suffit ici de constater que la pratique dans ce domaine est très variée et que les solutions adoptées dépendent dans une très large mesure de la somme des moyens de protections mis à disposition du créancier. De toute évidence, le recours aux sûretés conventionnelles classiques (gage, hypothèque mobilière) est moins fréquent là où la réserve de propriété (Suisse, Allemagne fédérale) et le transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie (Allemagne) sont largement utilisés(1).

On peut diviser les systèmes respectifs de la Suisse, de l'Allemagne et de la France relatifs aux sûretés mobilières conventionnelles en deux grands groupes, selon que la sûreté nécessite une dépossession du débiteur ou non(2). Nous nous arrêterons davantage aux sûretés sans dépossession, car ce type de sûretés a acquis une certaine importance au cours des dernières années, alors que les sûretés nécessitant une dépossession du débiteur ne répondent plus, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le signaler, aux besoins actuels du commerce.

Relevons enfin que le système américain ne se prête pas à cette distinction (sûretés avec ou sans dépossession). L'article 9 du Uniform Commercial Code (UCC) a en effet bouleversé le système des sûretés traditionnelles et aborde les questions s'y rattachant d'une tout autre manière. Nous examinerons donc cet ordre juridique un peu différemment.

Chapitre II: Droit suisse

I. Introduction

Le Code civil suisse donne une importance décisive au principe de la publicité des droits réels. Ce principe joue un rôle déterminant non seulement à un niveau national, mais également en matière internationale. En effet, de son respect dépendra, ainsi que nous aurons l'occasion de le voir, la reconnaissance en Suisse des sûretés étrangères.

En matière mobilière, c'est normalement la possession qui assure la publicité des droits réels et exceptionnellement l'inscription(3). Dans le domaine des

1) Aspects internationaux de la protection juridique des créanciers, p. 47.

2) Voir Introduction, Titre I.

3) Klein, RCDIP, 1979, p. 510.

sûretés qui nous intéressent ici, les choses mobilières doivent en principe être constituées sous forme de nantissement. Celui-ci va retenir notre attention pendant quelques instants.

2. Le nantissement

Le nantissement est un droit de gage portant sur une chose mobilière. Il constitue un principe essentiel du droit suisse des sûretés mobilières. Il suppose une dépossession, au moins partielle(1) du constituant et il vise avant tout à protéger les tiers(2). L'article 884 CCS prévoit ainsi en son alinéa 1 que "les choses mobilières ne peuvent être constituées en gage que sous forme de nantissement". L'obligation de la remise du gage au créancier est encore précisée à l'alinéa 3 du même article: "le droit de gage n'existe pas tant que le constituant garde exclusivement la maîtrise effective de la chose".

Les exceptions admises par la loi suisse au principe de la dépossession sont d'une portée très limitée. Diverses lois complémentaires, postérieures au Code civil, ont admis dans certains cas la constitution d'hypothèques mobilières (par exemple: les hypothèques maritimes et aériennes) qui sont inscrites dans des registres tenus ad hoc. Nous ne les examinerons pas ici. Le Code civil ne fait en revanche que trois exceptions au principe de la dépossession. Il s'agit de l'engagement des accessoires d'un immeuble (article 805 CCS), de l'engagement du bétail (article 885 CCS) et sur le plan général des sûretés de la réserve de propriété(3). A l'inverse du droit allemand, il n'existe ainsi pas d'exception en faveur du transfert de propriété à titre de garantie (article 884, alinéa 3 et 717, alinéa 1 CCS).

Avant de passer à l'examen de la réserve de propriété qui représente la sûreté mobilière sans dépossession la plus importante de notre Code civil, relevons que le droit de gage, même s'il peut servir à garantir n'importe quelle créance a, en pratique surtout, de l'importance dans le secteur bancaire. Il sert alors à la garantie de prêts (avances, crédits d'escompte, crédits en compte courant, crédits de cautionnement, crédits documentaires)(4).

3. La réserve de propriété

a) Généralités

Prévue à l'article 715 CCS, la réserve de propriété est la sûreté du vendeur par excellence. Elle lui permet de rester propriétaire du bien vendu jusqu'au paiement intégral du prix(5).

1) Le principe est respecté si la chose est confiée à un tiers convenu, Oftinger/Bär, art. 884 N° 216, 247.

2) Zobl art. 884 N° 7; Mühl/Petereit N° 314.

3) Klein, RCDIP, 1979, p. 511.

4) Zobl, Syst. Teil, N 520; Oftinger/Bär, Syst. Teil/N 157.

5) Liver V/1 § 52, p. 341.

Le pacte de réserve de propriété est généralement conclu dans le cadre d'une vente par acomptes (article 226 a ss. CO). La convention de réserve de propriété n'est soumise à aucune forme particulière. En revanche, le contrat de vente par acomptes est soumis à la forme écrite et il doit contenir toutes les indications énumérées par la loi (article 226 a alinéa 2 CO) et, parmi elles, la convention de réserve de propriété (article 226 a alinéa 2 ch. 9 CO)(1).

La réserve de propriété doit être inscrite au Registre des pactes de réserve de propriété tenu par le préposé de l'Office des poursuites au domicile de l'acquéreur. Tant qu'il n'a pas été procédé à cette inscription, la réserve de propriété ne déploie d'effets réels ni envers les tiers, ni entre parties. Le registre a force juridique négative et l'inscription est constitutive. Il est dénué de force positive, il ne prouve donc pas la propriété de l'aliénateur et ne fait pas obstacle à l'acquisition du bien sous réserve de propriété par un tiers de bonne foi. La connaissance de l'inscription ne se présume pas(2).

L'extinction de la créance du vendeur rend le pacte de réserve de propriété caduc, l'acheteur devenant de plein droit propriétaire. Cependant, tant que la créance n'est pas éteinte, le vendeur peut opposer la réserve de propriété aux autres créanciers de l'acheteur, bénéficiant ainsi d'une position privilégiée, même en cas de faillite de ce dernier(3).

La réserve de propriété est susceptible d'être cédée. Cette faculté a pris une grande importance pratique. Il est ainsi possible, pour un institut de crédit, de financer une vente en se faisant céder la réserve de propriété inscrite - d'abord - au nom du vendeur(4).

b) Conséquences des exigences suisses pour les sûretés sans dépossession constituées à l'étranger

Dans la partie consacrée aux conflits de lois en matière de sûretés mobilières, nous aurons l'occasion d'examiner la question de la reconnaissance en Suisse des sûretés mobilières constituées à l'étranger. Dans la mesure où nous traitons de la réserve de propriété, nous pouvons déjà constater ici qu'à l'exception de celle-ci aucune sûreté constituée sans dépossession à l'étranger n'est présentement susceptible d'être reconnue en Suisse. Cela tient bien entendu, d'une part, à la règle de conflit, mais tout autant à la rigidité du régime suisse des droits réels. En effet, dans la mesure où elles doivent satisfaire aux conditions posées par l'article 715 CC, et notamment à celle de l'inscription, les sûretés constituées sans dépossession à l'étranger ont peu de chances d'être reconnues en Suisse.

1) Mühl/Peterleit N° 563.

2) Liver V/1 § 52, p. 336; Haab/Scherrer, articles 715, 716, N° 54.

3) Dans les procédures d'exécution forcée ouvertes sur les biens de l'acquéreur, il est fait application par analogie des dispositions sur le gage mobilier, Liver V/1 § 52, p. 339; Scherrer, articles 715, 716 N° 9 s.

4) Klein, RCDIP, 1979, p. 513.

c) Les formes d'extension de la réserve de propriété

C'est surtout en Allemagne que se sont développées, parallèlement à la réserve de propriété simple, d'autres formes de réserves de propriété dont le but est de prolonger horizontalement (réserve de propriété élargie) ou verticalement (réserve de propriété prolongée) la réserve de propriété.

aa) Réserve de propriété prolongée

L'extension verticale a pour but d'éviter que la réserve de propriété ne soit une entrave à l'exploitation économique du bien vendu. En pratique, on y a recours toutes les fois que la vente porte sur des marchandises destinées à être revendues ou transformées. Dans la première alternative, les parties conviennent d'une clause de cession de créance future et dans la seconde, d'une clause de transformation.

La clause de cession de créance future (Vorausabtretungsklausel) autorise l'acheteur à revendre le bien sous réserve de propriété dès avant son paiement. Il s'oblige alors à céder au vendeur initial, bénéficiaire de la réserve de propriété, la créance à naître de la revente. La cession n'est soumise à aucune forme particulière; cela explique que cette clause ait pu facilement prospérer. La créance future doit être déterminée ou déterminable, pas nécessairement au moment de la cession, mais au plus tard au moment de sa naissance, car c'est à ce moment que se développe l'effet juridique de la cession, à savoir le transfert de créance dans le patrimoine du cessionnaire(1). La clause de cession de créance future est admise en droit suisse. Elle est réalisée par la cession à titre fiduciaire de la créance future. A la différence du droit allemand, la cession est soumise à la forme écrite (art. 165 CO)(2).

La clause de transformation (Verarbeitungsklausel) a pour but d'empêcher que des biens vendus sous réserve de propriété et transformés par la suite ne deviennent propriété de l'acquéreur. Elle a pour effet de transférer la garantie du vendeur sur les produits issus de la transformation.

L'article 726 CCS ("spécification") prévoit que la chose née de la transformation devient propriété de l'ouvrier si elle est plus précieuse que la matière. La question de la clause de transformation se pose donc dans la situation où l'acheteur devient propriétaire parce que la chose née de la transformation a une valeur plus élevée que la matière ayant servi à sa fabrication(3). La clause de transformation est peu répandue en Suisse et son appréciation juridique est peu claire. La doctrine dominante la juge illicite parce qu'elle constitue un détournement des règles sur le nantissement, le vendeur devenant propriétaire de la chose transformée sans en être le possesseur(4). Un arrêt du Tribunal cantonal de Zurich de 1969 se prononce dans le même sens(5).

1) Witz, RIDC 1985, p. 35.

2) Liver V/I § 52, p. 338; Mühl/Peterleit N° 619; Behr RIW/AWD 1978, p. 493.

3) Mühl/Peterleit N° 614, 621.

4) Pour les divers avis doctrinaux, voir Scherrer, art. 726 N° 47 ss.; Mühl/Peterleit N° 621.

5) Tribunal cantonal de Zurich, Bl. Zürcher Rspr. 68 (1969), p. 371 ss.

bb) La réserve de propriété élargie

Les clauses d'élargissement de la réserve de propriété ont pour objet d'étendre les créances garanties. Au lieu d'assurer le paiement d'un seul prix de vente, la réserve de propriété garantit le paiement d'un ensemble de créance. La réserve de propriété peut être élargie par deux sortes de clauses: la clause de compte courant(1) et la clause de groupe de sociétés. Nous examinerons ces clauses lorsque nous aborderons le droit allemand, car aucune d'elles n'est admise en droit suisse.

4. Le transfert de propriété à titre de garantie.

Par le transfert de propriété à titre de garantie, le débiteur transmet au créancier la propriété d'un bien afin de garantir la créance que celui-ci a envers lui. De son côté, le créancier s'oblige à utiliser le bien de façon conforme au but de la sûreté(2).

Le transfert ne saurait être que fiduciaire puisque sa portée ira au-delà du but économique recherché par les parties. Le créancier obtient en effet plus de droits extérieurement que le but de l'opération ne le nécessite(3). Dans les rapports internes avec le débiteur, les droits du créancier seront en revanche limités et le transfert est régulièrement accompagné de stipulations prévoyant que la propriété de la chose retournera à l'aliénateur dès que celui-ci se sera acquitté de sa dette envers l'acquéreur(4).

Le transfert de propriété à titre de garantie n'est pas une institution inconnue du droit suisse. Il est même depuis longtemps admis par la jurisprudence et la doctrine(5). La propriété acquise à titre fiduciaire ne se distingue pas, en principe, de la propriété acquise pour une autre cause. C'est ce qu'a rappelé le TF dans le célèbre arrêt Koerfer en 1968, en comparant les règles allemandes et suisses en la matière(6). Toutefois, le transfert de propriété à titre de garantie a en Suisse une portée limitée vis-à-vis des tiers dans la mesure où l'aliénateur demeure en possession de la chose. En effet, nous avons déjà souligné l'importance qu'attache le droit suisse au principe du nantissement. C'est pourquoi le transfert fiduciaire de propriété ne déploie d'effets vis-à-vis des tiers que lorsqu'il ne constitue pas en même temps une hypothèque mobilière dont la prohibition résulte des articles 884 al. 3 et 717 al. 1 CC. La constitution d'une hypothèque mobilière est réalisée lorsque le transfert de propriété est accompagné d'un constitut possessoire(7).

1) A propos de la clause de compte courant, le TF a jugé qu'une constitution de garantie pour le paiement d'autres créances revenait à constituer une hypothèque mobilière prohibée en droit suisse (arrêt du 2.5. 1930, ATF 56 III 79, 81; voir également Mühl/Peterleit N° 616, 617).

2) Blass, p. 60.

3) Oftinger/Baer, Syst. Teil N° 239.

4) Mühl/Peterleit, N° 506.

5) Arrêt du 5.7.1946, Schoch g/Konkursmasse Hörnlmann, ATF 72 II 240; Zobl, Syst. Teil N° 1302.

6) Arrêt du 13.12.1968, Koerfer g/Goldschmidt, ATF 94 II 297.

7) Wiegand ZBJV 116 / 1980, p. 551.

La fiducie ne permet pas ainsi, en droit suisse, de constituer une sûreté mobilière sans dépossession dans la mesure où le transfert par constitut possessoire rend la sûreté inopposable aux tiers. L'opposabilité aux tiers n'est garantie que lorsqu'il y a dépossession du débiteur, mais il n'existe alors quasiment aucune différence entre cette sûreté et le nantissement. Son importance pratique est par conséquent faible car, ainsi que nous l'avons déjà signalé, les exigences de dépossession du débiteur et de mise en possession du créancier ne sont plus adaptées aux besoins actuels du commerce.

Chapitre III: Droit allemand

1. Introduction

Nous nous proposons d'examiner ci-dessous quelques sûretés mobilières sans dépossession caractéristiques du droit allemand. Nous ne nous arrêterons donc pas au droit de gage (§ 1204 BGB). Son importance pratique est minime. Au surplus, la conception allemande du droit de gage correspond à celle du droit suisse auquel nous renvoyons(1).

Le libéralisme caractérisant cet ordre juridique en matière de sûretés sans dépossession tient tout d'abord au fait que le droit allemand pose rarement des conditions de forme et de publicité à la constitution de sûretés mobilières sans dépossession. Tel est le cas de la réserve de propriété pour laquelle le BGB n'exige ni forme écrite, ni publicité par enregistrement. A cette première raison s'ajoute le fait que la pratique s'est détournée de plus en plus des sûretés mobilières prévues par le BGB pour en développer d'autres. Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner à ce propos les formes élaborées de réserve de propriété (extension verticale, extension horizontale).

2. La réserve de propriété

a) La réserve de propriété simple

La réserve de propriété prévue au § 455 BGB n'est ainsi soumise à aucune forme de publicité(2). C'est là une différence essentielle entre les droits allemand et suisse. En revanche, les effets de la réserve de propriété sont semblables dans les deux actes juridiques. En cas de faillite de l'acquéreur, l'aliénateur bénéficie également en droit allemand d'une position privilégiée(3).

b) Les formes d'extension de la réserve de propriété

Nous avons vu à propos du droit suisse que la réserve de propriété pouvait être prolongée verticalement ou horizontalement par la conclusion de différentes clauses.

1) Bärmann N° 211; Baur 5 Al 3b).

2) Lambsdorff, p. 9, N° 12.

3) Le bénéficiaire d'une réserve de propriété peut revendiquer les biens auprès de la masse (Aussonderungsrecht), Witz RIDC 1985, p. 65.

En ce qui concerne la réserve de propriété prolongée (extension verticale), nous avons vu que seule la clause de cession de créance future était admise en droit suisse. La clause de transformation jugée illicite en droit suisse est en revanche admise en droit allemand. La spécification est prévue au § 950 BGB. L'acquisition par le fabricant du bien transformé n'a lieu que si la valeur du travail n'est pas notablement inférieure à celle de la matière employée. La question de savoir si le § 950 BGB est de nature impérative ou dispositive est controversée. C'est pourquoi il est en général stipulé que la transformation est effectuée par l'acheteur pour le compte du vendeur; celui-ci doit être alors considéré comme le fabricant du § 950 BGB et acquiert ainsi la propriété du produit nouveau(1). En général, une clause de cession de créance future sera jointe à une clause de transformation lorsque les produits appelés à être transformés sont destinés à la revente(2).

Relevons encore que dans la faillite de l'acheteur, le vendeur au bénéfice d'une clause de cession de créance future ou d'une clause de transformation ne dispose pas de l'Aussonderungsrecht reconnu au bénéficiaire d'une réserve de propriété simple; la jurisprudence lui accorde en revanche un Absonderungsrecht, c'est-à-dire la position d'un créancier gagiste.

Nous avons vu qu'aucune des clauses d'élargissement de la réserve de propriété n'était admise en droit suisse. Le droit allemand reconnaît, quant à lui, la licéité de la clause de compte courant(3) (Kontokorrentklausel). Cette clause permet au fournisseur de rester propriétaire des marchandises livrées jusqu'au paiement complet de toutes les créances qu'il détient envers l'acheteur en vertu de leurs relations d'affaires ou jusqu'au complet règlement du solde du compte courant qui enregistre toutes leurs opérations.

L'autre clause d'élargissement de la réserve de propriété, c'est-à-dire la clause de groupes de sociétés (Konzernklausel) sert à garantir les créances non seulement du vendeur lui-même, mais également de toutes les sociétés de son groupe; elle est toutefois suspectée d'illicéité par la doctrine dominante allemande, car elle restreint abusivement la liberté de l'acquéreur et elle procure un avantage déraisonnable au créancier. Sa nullité résulte du § 138 BGB(4). D'autre part, depuis 1976, cette clause contrevient aux dispositions de la Loi sur les conditions générales d'affaires qui institue une protection du constituant(5).

1) Witz RIDC 1985, p. 36; Bärmann, N° 292.

2) Les parties doivent alors veiller à délimiter l'étendue de la créance cédée sous peine de voir la cession de créance déclarée nulle pour cause de constitution d'une sûreté excessive ou pour absence de caractère déterminable, Witz RIDC 1985, p. 37.

3) Baur, Konkurs - und Vergleichsrecht, p. 79/80; Bärmann, N° 321.

4) Le § 138 BGB prévoit la nullité d'un acte juridique contraire aux bonnes moeurs.

5) Rimmelspacher, p. 43; Witz RIDC 1985, p. 47/48.

3. Le transfert de propriété à titre de garantie

Nous avons eu l'occasion d'examiner la nature juridique de cette sûreté à propos du droit suisse. Toutefois, la "Sicherungsübereignung" du droit allemand joue un rôle très important en pratique, alors qu'elle est quasiment inutilisable en droit suisse pour les raisons que nous avons vues. Cela tient au fait que le droit allemand, grâce à l'absence d'une disposition analogue à celle de l'article 717 CCS, laisse au transfert de propriété à titre de garantie déployer des effets vis-à-vis des tiers même - et il en est ainsi la plupart du temps - lorsqu'il est réalisé par constitut possessoire(1). C'est là une différence essentielle entre les droits suisse et allemand.

Le droit allemand étant plus libéral à cet égard que le droit suisse, la portée d'un transfert de propriété allemand avec constitut possessoire consenti sur un objet se trouvant en Allemagne sera, dans ces conditions, réduite, si cet objet est introduit ultérieurement en Suisse. La propriété du créancier sera reconnue, mais ses effets demeureront circonscrits par l'article 717 CCS.

De même que la réserve de propriété, le transfert de propriété à titre de garantie n'est soumis à aucune exigence de forme ou de publicité(2).

Le transfert de propriété aux fins de garantie peut également être prolongé verticalement et horizontalement. La subrogation réelle n'est pas opérée ipso iure, mais les parties peuvent convenir d'une clause de transformation ou d'une clause de cession de créances futures selon que les biens transférés sont destinés à être transformés ou revendus(3).

4. Appréciation du système allemand

Le système allemand des sûretés mobilières se caractérise tout à la fois par son originalité et par sa complexité.

Sur le plan interne, le droit des sûretés donne en général satisfaction aux praticiens, car les garanties sont non seulement faciles à constituer, mais elles s'avèrent efficaces dans leurs effets. Les titulaires de sûretés mobilières disposent ainsi d'avantages considérables même en cas de faillite du débiteur. Certains estiment toutefois que ces prérogatives sont trop importantes, car elles conduisent à un appauvrissement des masses; on parle à cet égard en Allemagne de la faillite de la faillite (Konkurs des Konkurses) et la Commission de réforme du droit de la faillite propose de réduire les avantages des créanciers titulaires de sûretés mobilières.

D'un point de vue internationaliste, la souplesse du système allemand des sûretés mobilières permet à la jurisprudence de faire un accueil très large aux sûretés étrangères, ainsi que nous aurons l'occasion de le voir dans la partie consacrée aux règles de droit international privé en la matière.

1) Gravenhorst, p. 73; Weber, p. 82; Wolf, p. 198.

2) Gravenhorst, p. 74; Weber, p. 83.

3) Gravenhorst, p. 77; Baur § 57 III 2c, pp. 568.

Chapitre IV: Droit français

1. Introduction

Si l'hypothèque mobilière est restée une institution exceptionnelle en droit suisse, il en va autrement en droit français. L'essor de l'hypothèque mobilière dans ce pays est certainement dû en grande partie au fait que jusque'en 1980 la réserve de propriété ne déployait aucun effet dans la faillite de l'acquéreur. Sous la pression économique, le législateur a été amené à créer divers types de sûretés n'emportant pas dépossession du débiteur(1) et pour lesquels la publicité par inscription remplace celle par dépossession. L'ensemble de ces sûretés réelles présente une grande diversité dans la mesure où leur floraison croissante s'est faite sans aucune vision d'ensemble et sous la pression des circonstances.

Nous présenterons ici quelques catégories de sûretés sans dépossession jouant un rôle prépondérant.

Variées dans leur régime, ces sûretés le sont aussi quant à leur dénomination légale. Le plus souvent, le législateur emploie les termes de gage ou nantissement, mais il utilise aussi celui de warrant(2).

2. Les warrants à domicile

Les warrants à domicile sont des effets de commerce transmissibles par endossement. En même temps qu'il s'engage à payer une somme d'argent à une certaine échéance, le souscripteur du warrant confère au bénéficiaire et aux porteurs successifs un nantissement sur des marchandises dont il garde la possession(3).

En raison de la double nature du warrant (gage et papier-valeur), le créancier gagiste peut faire réaliser sa sûreté à l'échéance de deux manières. Il peut exiger la réalisation des objets warrantés ou exercer le recours du droit de change contre tous les signataires du warrant qui sont tenus solidairement envers lui. Cette deuxième possibilité est toutefois considérée comme subsidiaire(4).

Le warrant n'est opposable aux tiers qu'après sa transcription sur un registre public(5). Il peut porter sur les produits agricoles, le matériel et l'outillage hôtelier, les stocks de pétrole et ainsi que sur certains stocks de produits industriels(6). En pratique, c'est le warrantage agricole qui joue un rôle important(7).

1) Klein, RCDIP 1979, p. 525.

2) Marty/Raynaud III, N° 468.

3) Hamel/Lagarde/Jauffret II, N° 1505.

4) Fargeaud, p. 25; Marty/Raynaud III, N° 481.

5) Fargeaud, p. 24; Reinecker/Petereit, N° 156.

6) Marty/Raynaud III, N° 395.

7) Fargeaud, p. 99, 101.

3. Les nantissements sans dépossession

a) Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel

Parmi les autres sûretés sans dépossession organisées par le législateur, il faut mentionner le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel(1). Ce gage sert uniquement à garantir le prix de vente de l'outillage ou du matériel d'équipement(2). Les biens susceptibles de nantissement sont ceux servant à l'exercice d'une profession. Les bénéficiaires sont ainsi tous ceux, commerçants ou non-commerçants, qui sont contraints de recourir au crédit pour s'équiper selon les besoins de leur profession(3).

Le nantissement confère au créancier gagiste un droit de préférence sur le produit de la réalisation. Le créancier ne dispose pas en revanche d'un droit de suite. L'inscription constitutive dans le registre n'exclut pas l'acquisition du bien grevé par un tiers de bonne foi(4). Cette sûreté constitue la dernière en date des modes du gage sans dépossession du droit français. Elle offre une large protection au créancier et elle est très utilisée(5).

b) Le nantissement du fonds de commerce

Le nantissement du fonds de commerce(6) a acquis également une grande importance en France. Cette sûreté permet à un commerçant de faire de son fonds de commerce un instrument de crédit tout en continuant à l'exploiter(7). Elle procure au créancier nanti un droit de préférence sur le produit de la réalisation du fonds et un droit de suite qui est la contrepartie de la faculté d'aliéner laissée au constituant. La protection des tiers est réalisée par l'inscription et ceux-ci ne peuvent invoquer leur bonne foi lors de l'acquisition(8). Il s'agit ainsi d'une véritable hypothèque mobilière et le terme de nantissement utilisé par la loi n'est pas très heureux(9).

c) Le nantissement des films cinématographiques

Ce nantissement a été créé pour faciliter le crédit nécessaire au financement de la production d'un film(10). Il constitue une véritable hypothèque mobilière. Le créancier est mis au bénéfice d'un droit de suite.

1) Loi du 18.1.1951 sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel.

2) Grossen ZBJV 1958, p. 343.

3) Fargeaud, p. 82.

4) Hamel/Lagarde/Jauffret II, N° 1094.

5) Fargeaud, p. 81; Grossen ZBJV 1958, p. 343.

6) Loi du 17.3.1909, "relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce".

7) Marty/Raynaud III, N° 469.

8) Fargeaud, p. 18.

9) Hamel/Lagarde/Jauffret II, p. 1086 bis; Grossen ZBJV 1958, p. 343.

10) Loi du 22.2.1944, incorporée actuellement au Code de l'industrie cinématographique, Hamel/Lagarde/Jauffret II, P. 1280; Fargeaud, p. 71, 72.

Le nantissement porte à la fois sur le film considéré comme meuble corporel (la pellicule) et comme meuble incorporel, c'est-à-dire comme droit de propriété artistique(1).

4. Le gage du vendeur à crédit d'un véhicule automobile

Cet aperçu des principales sûretés sans dépossession serait incomplet s'il n'était pas fait mention du gage du vendeur à crédit d'un véhicule automobile. Ce gage d'une grande importance pratique a été conçu pour favoriser l'achat à crédit des automobiles et stimuler ainsi la production à une époque où l'industrie automobile était menacée sur le marché intérieur français(2).

Ici aussi, le gage n'est opposable aux tiers que s'il est publié. La question de savoir dans quelle mesure le créancier dispose d'un droit de suite est controversée. Toutefois, la doctrine dominante et la jurisprudence se prononcent aujourd'hui en faveur de la reconnaissance du droit de suite du créancier. Une acquisition de bonne foi est exclue dans la mesure où les tiers sont censés connaître les inscriptions au registre(3).

5. La réserve de propriété

Jusqu'en 1980, la législation française ne contenait aucune disposition relative à la clause de réserve de propriété(4). Pendant longtemps, celle-ci n'était pas opposable à la masse en faillite de l'acquéreur(5). Il en est autrement depuis l'adoption de la loi du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente. Cette loi prévoit en effet l'opposabilité de la clause à la faillite de l'acquéreur à condition que la clause ait été établie dans un écrit au plus tard au moment de la livraison(6). Une publicité par inscription telle qu'elle existe en droit suisse n'est cependant pas nécessaire.

Chapitre V: Le droit américain

I. Introduction

Le droit des sûretés américain est actuellement réglementé à l'article 9 du Uniform Commercial Code (UCC). Cet article est de droit fédéral. Il a été élaboré en vue d'unifier les législations des Etats en matière de sûretés. En effet, le droit des garanties relève aux Etats-Unis de la compétence des Etats et une grande insécurité juridique régnait en matière de sûretés mobilières avant l'entrée en vigueur du UCC. Les nombreuses réglementations étatiques relatives au

1) Marty/Raynaud III, p. 473.

2) Décret - loi du 30.9.1953; Fargeaud, p. 47.

3) Reinecker/Petereit N° 164; Kay, p. 48.

4) Unidroit, p. 59.

5) Etude CNRS, p. 63.

6) JCP 1980 III 49868; Mayer JCP 1981 I 3019, N° 36.

domaine des sûretés étaient ainsi à l'origine d'un véritable morcellement juridique(1).

Les nombreux inconvénients de l'ancien droit devaient être ainsi balayés par le UCC(2).

2. Les principes fondamentaux de l'article 9 UCC

a) Création d'une sûreté unique

Le but de l'article 9 UCC est donc de simplifier et d'unifier le droit des sûretés. Le seul type de sûreté institué par le UCC est le security interest, peu importe la dénomination utilisée par les parties. En effet, une caractéristique importante de l'article 9 est de ne plus faire la distinction entre les sûretés fondées sur le droit de propriété et les autres. Les différenciations opérées selon des critères de droit réel ne sont désormais plus pertinentes(3).

L'article 9 établit en revanche une distinction basée sur la fonction économique du bien grevé et sur le but de la transaction. La forme et les conditions de la sûreté seront différentes selon que le bien grevé est rattaché à telle ou telle catégorie de biens ayant une fonction économique identique. C'est pourquoi le Code distingue d'une part entre les sûretés destinées à garantir le prix d'achat et les autres sûretés et d'autre part entre les consumer goods, farm products, equipment et inventory qui constituent les diverses catégories de biens susceptibles d'être grevés(4).

b) Principe de la priorité

Le droit des sûretés américain se caractérise par le fait qu'un bien peut faire l'objet de plusieurs sûretés. La question du rang des sûretés en cas de concours est réglementée en détail dans la loi.

En principe, le rang est déterminé par le moment de l'inscription (ou de l'efficacité "perfection") de la sûreté (art. 9-312 (5)). Le principe de la priorité dans le temps souffre quelques exceptions définies dans le UCC. L'exception la plus importante concerne les créanciers accordant des crédits sur la marchandise (purchase money security interest défini à l'article 9 - 107); en effet, ceux-ci ont le pas, sous certaines conditions, sur un autre donneur de crédit, par exemple une banque, dont la sûreté avait cependant été inscrite plus tôt(5).

1) Dielmann, p. 48; Mertens, p. 234; Milger, p. 45.

2) Le Uniform Commercial Code est une loi-type. Il est l'oeuvre de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws qui a travaillé avec l'American Law Institute. La version actuelle de l'article 9 UCC date de 1972; Milger, P. 45; Dielmann, p. 26; les articles cités sans autre précision sont ceux du UCC. Le commentaire des articles est celui de l'American Law Institute et de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

3) Comm. aux art. 9 - 101.

4) Dielmann, p. 31; Bailey, p. 30; Griese, p. 196.

5) Dielmann, p. 31; cf. art. 9 - 312 (3) et 9 - 312 (4) et les Comm. de ces articles.

c) Principe de la publicité

Le principe de la publicité a une longue tradition dans la Common Law et il a fortement imprégné le droit des sûretés dans le UCC. La publicité est réalisée en principe par une inscription dans un registre. Elle rend la sûreté opposable aux tiers. Toutefois, ce principe souffre également plusieurs exceptions. Par exemple, le créancier titulaire d'une sûreté inscrite dans un Etat dispose, lorsque le bien grevé est déplacé dans un autre Etat, d'un délai de quatre mois dans cet Etat pour le faire inscrire (articles 9 - 103 (1) (d))(1) ou encore l'inscription n'est pas nécessaire pour les sûretés destinées à garantir le prix d'achat portant sur des biens de consommation (articles 9 - 302 (1) (d))(2).

3. Constitution de la sûreté

Le UCC distingue entre la constitution de la sûreté ("attachment") et sa perfection ("perfection"). L'"attachment" désigne le rapport de droit entre le créancier et le débiteur alors que la "perfection" prend en compte l'intérêt des tiers et définit les rapports de droit du créancier garanti avec les tiers(3). Lorsque la sûreté répond aux conditions de ces deux phases, elle déploie des effets entre parties et vis-à-vis des tiers(4).

L'"attachment" est en général réalisé par la conclusion d'un contrat de garantie (security agreement) entre les parties par lequel le créancier se voit octroyer une garantie sur un objet appartenant au débiteur ou à un tiers (art. 9 - 203)(5).

La "perfection" s'obtient de plusieurs façons. La plus habituelle consiste dans l'inscription sur un registre (art. 9 - 401). Elle peut aussi résulter de la remise du bien grevé; il s'agit alors d'un gage ordinaire (pledge) (art. 9 - 302 (1) (a), art. 9 - 305). La "perfection" permet à la sûreté de déployer des effets vis-à-vis des tiers. On distingue ainsi entre le "perfected" et l'"unperfected secured interest". La sûreté imparfaite ne déploie que des effets limités.

Chapitre VI: Conclusions

Au terme de cet aperçu du droit des sûretés mobilières dans quelques ordres juridiques, il est permis de faire les observations suivantes: le droit suisse n'offre, en comparaison du droit allemand et du droit français, que peu de moyens de constituer des sûretés mobilières sans dépossession opposable aux tiers. La réserve de propriété est la seule sûreté mise à disposition du créan-

1) Nous reviendrons sur ce point dans la partie consacrée au DIP, Titre III, chapitre V.

2) Dielmann, p. 37; Milger, p. 50.

3) Art. 9 - 102 (1); Bailey, p. 14; White/Summers, p. 785.

4) Bailey, p. 38.

5) Dielmann, p. 29.

cier et elle est de surcroît soumise à des exigences strictes de publicité. La transposition d'une sûreté constituée à l'étranger est par conséquent compliquée, voire impossible, ainsi que nous aurons l'occasion de le voir.

Le système français des sûretés mobilières sans dépossession reste, il est vrai, attaché au principe de la publicité, mais il est bien plus accueillant que la Suisse à l'hypothèque mobilière. Quant à l'Allemagne, elle est la plus libérale en cette matière puisqu'elle admet la constitution de sûretés sans dépossession sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune forme de publicité.

Nous aurons l'occasion de revenir au système américain et à son appréciation lorsque nous aborderons les propositions de réforme dans la partie consacrée au droit international privé (Titre III).

Titre III: LES SURETES MOBILIERES CONVENTIONNELLES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Chapitre I: Principe du rattachement à la lex rei sitae

Les droits réels sont traditionnellement soumis à la lex rei sitae. Selon ce principe, la loi du lieu où le meuble est situé régit d'une part les procédés d'acquisition, de transfert, de modification et d'extinction de la propriété et des autres droits réels et, d'autre part, le contenu de ces droits(1). Les sûretés mobilières qui nous intéressent ici sont donc soumises à la lex rei sitae. Le principe est reconnu par tous les Etats comme l'écrivait Niboyet: "Il est admis universellement que les meubles envisagés à titre particulier sont soumis à la lex rei sitae".(1)

En droit suisse la LRDC de 1891 qui était, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le DIP, en quelque sorte le "code" suisse de droit international privé était muette sur ce point. Le principe a été établi par la doctrine et par la jurisprudence du TF(2). Quant à la loi fédérale sur le DIP suisse auquel nous aurons l'occasion de revenir, elle n'a pas renoncé à ce principe.

En Allemagne fédérale(3) et en France(4), c'est aussi dans la doctrine et dans la jurisprudence que le principe trouve son fondement.

Aux Etats-Unis une partie de la doctrine a critiqué le rattachement des meubles à la lex situs mais ce principe s'est malgré tout imposé en pratique(5).

-
- 1) Klein, p. 508; Schnitzer II, p. 563, 568, 579; Vischer, p. 155; Meier-Hayoz, p. 298; Zobl, p. 294; Oftinger/Bär, p. 28ss; Sovilla, p. 4, 5; Keller/Siehr, p. 335; Zitelmann II, p. 305ss; Frankenstein II, p. 3ss; Wolff, p. 172; Raape, p. 586; Niboyet Traité IV, N° 1191; le même, Des Conflits, pp. 41-43; Loussouarn/Bourel, p. 520; Lainé, p. 219; Derrupé, p. 87; Bartin III, p. 728, 729, 737; Batiffol/Lagarde I, N° 280, II N° 517; Cabrillac RCDIP, p. 488; Lalive, p. 15, 16; Rabel, p. 30; Cheshire/North, p. 487, pp. 523-526; Graveson, p. 456, 462; Ehrenzweig, Conflicts in... p. 274, 275; Weintraub, p. 296; Dicey a Morris, p. 499.
 - 2) Schnitzer II, p. 511; Vischer, p. 155; Staudinger/Stoll N° 16; Meier-Hayoz, p. 292, N° 780-786; jurisprudence du TF dans Keller/Schulze/Schütz, p. 407ss: 30.3.1916, ATF 42 III 173; 28.10.1948, ATF 74 II 228; 3.3.1948, ATF 75 II 129; 6.7.1967, ATF 93 III 100-101.
 - 3) Staudinger/Stoll N° 10, 101; Lewald das deutsche internationale Privatrecht N° 230-233, pp. 170-172; Frankenstein II p. 39; Jurisprudence: RGZ 103, 30 BGHZ 39, 173=IPRspr 1962-63, N° 60 p. 174; BGH 2.2.1966=BGHZ 45,95=IPRspr 1966-67 N° 54 p. 181; BGH 30.9.1970=IPRspr 1970 N° 43 p. 118=AWD 1971, 40.
 - 4) Niboyet IV, N° 1191, p. 359; Batiffol/Lagarde I, N° 280; Jurisprudence: Req. 19 mars 1872, S 72.1.238; Reg 24 mai 1933, S 1935.1.257; Civ. 8 juillet 1969, JCP 1970 II 16182.
 - 5) Staudinger/Stoll N° 37 et les décisions citées; May pp. 26-30 13.12.1968 ATF 94 II 297; 19.8.1980 ATF 106 II 197; ASDI 12 (1955) 261; ATF 93 II 373; ATF 96 II 145.

Chapitre II: Etendue de la *lex rei sitae*

La compétence du statut réel s'étend à tous les rapports de droits réels. Il détermine entre autres si seuls les droits réels prévus par la loi du site sont admis (principe du *numerus clausus*) ou si les parties peuvent créer de nouvelles sortes de droits réels(1). Dans le domaine des sûretés réelles mobilières la *lex situs* détermine sur quels biens une sûreté peut être assise, sa nature, les conditions de sa validité et de son transfert - elle tranche notamment la question de savoir si le transfert de la sûreté peut s'opérer sans celui de la créance qu'elle garantit - les exceptions du débiteur et les modes d'extinction de la sûreté(2).

Chapitre III: Les questions de qualification

Sous l'influence de la pratique, les sûretés mobilières dont les deux formes de base sont le droit de gage et l'hypothèque se sont de plus en plus différenciées. Les divergences étant souvent importantes, la qualification de la sûreté précédera souvent la question des effets d'une sûreté constituée à l'étranger(3). Le résultat peut être très différent selon que la sûreté est admise dans la catégorie du droit matériel ou du droit procédural, des droits réels ou du droit contractuel.

En doctrine deux courants s'opposent traditionnellement. Plusieurs auteurs se prononcent en faveur d'une qualification selon la *lex fori*(4). D'autres en revanche, notamment Rabel, estiment qu'il faut qualifier uniquement selon la *lex rei sitae*(5). La controverse doctrinale n'a d'importance pratique que lorsque la loi du lieu où se trouve le bien au temps de la détermination des effets de la sûreté dont il fait l'objet et la *lex fori* ne coïncident pas.

Il semble finalement équitable de procéder à une qualification autonome en matière de sûretés mobilières. En d'autres termes, la qualification des sûretés doit intervenir indépendamment des diverses classifications établies par les droits internes. L'appartenance d'une sûreté au droit contractuel, réel ou procédural n'est alors plus déterminante. Une sûreté étrangère doit déjà être qualifiée de "réelle" lorsque selon le statut de constitution elle produit d'une manière ou d'une autre des effets vis-à-vis des tiers. Il n'est pas nécessaire que l'ayant droit dispose d'un droit de suite. Il suffit que le droit en question lui permette d'être désintéressé de façon privilégiée dans une procédure de faillite ou de saisie(6).

1) Rabel, p. 49.

2) Rabel, p. 60.

3) Drobnig/Kronke, pp. 92, 93.

4) Kahn, *Abhandlungen Bd I=Iherings Jahrbücher* 30(1891), p. 1ss; Raape, p. 529; *Bartin, Etude de droit international privé* 1ss=Clunet 24(1897) 225ss, 466ss, 721ss; Niboyet, *Traité III*, N° 957, p. 365; *Batiffol/Lagarde I*, N° 298.

5) Rabel 64; Wolff, p. 49ss; *Frankenstein II*, p. 90ss; *LG München I*, 24.7.1957 dans *IPRSpr* 1956-57, N° 97.

6) Kreuzer, *MünchKomm Nach Art 12 Anh I* 89, 107; *Staudinger/Stoll*, N° 285; *Drobnig/Kronke*, p. 93.

Chapitre IV: Fondement du principe

La *lex rei sitae* dont l'application n'a jamais été mise en doute en matière immobilière n'a pas toujours trouvé le même accueil en ce qui concerne les meubles(1). La justification du rattachement à la *lex situs* s'est avérée plus difficile et des arguments de tous ordres (dont une partie ne font que répéter ceux posés dans le domaine immobilier) ont été invoqués. Pour certains, l'application de la *lex situs* a son fondement dans deux principes du droit des gens: le principe de la Territorialité et celui de la Souveraineté d'un Etat. Selon cette argumentation l'application de normes réelles émanant de l'Etat (x) à des biens situés en (y) est incompatible avec les principes susmentionnés(2). Savigny part du principe que celui qui veut exercer un droit sur un bien se soumet volontairement au droit du pays où est situé ce bien(3). On a également considéré que le lieu de situation du bien était celui où les créanciers pouvaient le faire saisir(4). Selon la doctrine plus récente les arguments militant en faveur d'une application prépondérante de la loi de situation actuelle du meuble ressortissent à la sécurité des transactions et du crédit. Il s'agit en particulier de la protection des tiers. Celle-ci postule que les prérogatives qu'une personne peut exercer sur un bien meuble sont celles qu'admet et que réglemente la loi du lieu où se trouve ce bien(5).

Cette dernière thèse nous paraît être la plus convaincante. Ce rattachement est en principe appliqué de manière constante par les tribunaux(6), mais on l'a parfois critiqué, surtout aux Etats-Unis et en Angleterre(7). La doctrine de ces pays condamne toute règle de rattachement mécanique et rigide car une décision portant sur des lois en conflit ne doit pas être prise arbitrairement mais au contraire tenir compte des divers intérêts en jeu (parties, tiers, etc.)(8).

Chapitre V: Le conflit mobile

I. Notion

Le conflit est dû au caractère variable du facteur de rattachement: puisque le lieu où est situé un bien représente le moment de rattachement nécessaire à la détermination du droit applicable aux rapports de droits réels, il y a en principe changement de statut réel et par conséquent d'ordre juridique lorsque le bien grevé est déplacé dans un autre pays(9). Le conflit est alors celui qui s'instaure entre la loi du pays d'origine et celle du pays d'importation(10).

1) Staudinger/Stoll, N° 103; Rabel, pp. 8ss, 30ss.

2) Lalive, p. 106 et les auteurs cités; Niboyet IV, N° 1191, p. 360; Zitelmann I, p. 151.

3) Savigny VIII, p. 169.

4) Sovilla, p. 6.

5) Niboyet, Thèse, p. 20; Mezger, RCDIP 1974, p. 108; Lüderitz, p. 187; Lalive, pp. 112-115; Cabrillac, pp. 489, 490.

6) Voir la jurisprudence citée aux pages

7) Staudinger/Stoll, N° 106.

8) Staudinger/Stoll, N° 107.

9) Toutefois un changement de pays n'entraîne pas forcément un changement de statut. C'est par exemple le cas des biens en transit ou des moyens de transports (Drobnig, Fest. p. 144).

10) Cabrillac, p. 488; Drobnig, Etude/Sûretés, p. 138.

2. Problèmes soulevés par le conflit mobile

Dans la mesure où le déplacement d'un meuble a généralement pour conséquence l'application successive de deux (ou davantage) *leges situs*, il s'agit de répartir les compétences entre les diverses lois entrant en considération.

La question de la reconnaissance des droits réels créés sous l'empire de la première *lex situs* par la (les) loi(s) de situation postérieures constitue le noeud des problèmes soulevés par le conflit mobile. Appliqué à un conflit mobile le principe de rattachement à la *lex situs* signifie que les procédés d'acquisition des droits réels sont soumis à la loi en vigueur au jour où ils sont intervenus, et le restent même après un déplacement du bien.

En revanche, le contenu ou les effets de ces droits sont, dès le changement de territoire, régis par la loi du pays où le meuble est introduit. Les nouveaux droits créés après le déplacement sont soumis uniquement à la nouvelle loi qui décide en particulier si les droits récemment constitués priment sur ceux créés avant le déplacement ou même s'ils les annulent(1).

Chapitre VI: Les divers aspects du conflit mobile

Dés lors que le pays d'importation du bien est compétent pour décider des effets et du contenu des droits créés antérieurement, il jouera un rôle prépondérant dans la question de la reconnaissance des droits anciens. Il faut alors distinguer selon que les droits créés sous l'ancien statut ont été définitivement acquis (ou constitués) ou non(2).

A. Droits définitivement acquis

Il y a droit définitivement acquis lorsque selon la loi du pays où le meuble était situé au moment d'une opération (acte ou fait juridique) tous les éléments nécessaires à sa constitution étaient réalisés(3) ou lorsque selon cette loi un droit réel a été modifié ou s'est éteint(4) car dans cette deuxième hypothèse on se trouve également devant une situation achevée ou accomplie.

La question de savoir si des droits étaient définitivement acquis au moment du changement de statut pose tout d'abord un problème de qualification: quelle loi sera déterminante pour constater la constitution définitive d'un droit ou l'achèvement d'une situation.

1) Pour ces principes généraux nous nous référons à Drobnig, *RebelsZ* 1974, p. 478; *Batiffol/Lagarde II*, N° 511ss; *Niboyet IV*, N° 1192-1194, 1218, 1220, 1222.

2) L'expression de "droit définitivement acquis" en français (*Niboyet, Traité IV N° 1193, p. 373*) correspond en allemand à celle de: "abgeschlossener Tatbestand" (*Staudinger/Stoll, N° 445; Lewald, N° 244, 245; Frankenstein II, p. 45*) et en anglais à "complete set of facts" (*Lalive, p. 147; Rabel, pp. 70, 75, 78*).

3) *Niboyet IV, N° 1193*.

4) *Wolff, p. 175*.

I. Qualification

La plupart des auteurs se prononcent pour une qualification selon la *lex situs* d'origine⁽¹⁾. Kreuzer en revanche veut qualifier selon la nouvelle *lex rei sitae*⁽²⁾. A l'appui de sa thèse il cite l'exemple de droits non définitivement acquis sous l'ancien statut mais que le nouveau statut considère comme déjà acquis parce qu'il pose moins de conditions à l'acquisition définitive d'un droit (par exemple délais d'usucapion plus courts selon le droit du nouveau statut). A notre avis Kreuzer confond la question de la qualification avec celle de la détermination de la position qu'adoptera le pays d'importation par rapport à cette qualification. En d'autres termes, le nouveau statut peut très bien dans une première étape, en qualifiant selon la loi de l'ancien statut, arriver à la conclusion qu'un droit n'a pas définitivement été acquis et néanmoins dans une deuxième étape, en appliquant sa loi aux éléments n'ayant pas donné lieu à l'acquisition définitive d'un droit selon la *lex situs* d'origine, considérer que les conditions d'acquisition définitives sont réunies selon sa loi qui pose moins d'exigences. La distinction n'a pas qu'une importance théorique, surtout dans le cas inverse, soit lorsque des droits définitivement acquis selon le droit de l'ancien statut sont qualifiés selon le droit du nouveau statut (comme le voudrait Kreuzer) de droits non définitivement acquis. A ce propos la décision de l'OLG de Hambourg du 2 juin 1965⁽³⁾ fournit un exemple intéressant. Il s'agissait en l'espèce de la reconnaissance en Allemagne d'une réserve de propriété anglaise. Les faits étaient les suivants: la demanderesse, une société suisse, avait vendu et livré à une entreprise allemande de chantiers navals, la société Schlieker à Hambourg, des pièces de construction pour bateaux qu'elle avait elle-même acquises auprès de fournisseurs anglais. Le matériel fut transporté d'Angleterre à Hambourg. Dans le contrat de vente la demanderesse avait stipulé que la vente et la livraison se faisaient "sur la base des conditions générales de nos fournisseurs anglais" ("unter Zugrundelegung der Lieferbedingungen unserer englischen Werke"). Ces conditions prévoyaient que le droit anglais était applicable à la naissance et à l'exécution du contrat. La société Schlieker tomba en faillite. La société suisse fit valoir dans la faillite un droit de revendication sur les pièces de construction livrées en invoquant une réserve de propriété anglaise ("reservation of the right of disposal"). Dans sa décision le tribunal rappelle tout d'abord le principe selon lequel le transfert de propriété (en l'espèce de la demanderesse à la société Schlieker) est régi par la *lex rei sitae* au moment de la vente. En l'espèce la demanderesse prétendait toutefois être restée propriétaire du matériel en vertu d'une réserve de propriété. Selon le principe des droits acquis, les droits définitivement acquis sous l'ancien statut sont reconnus par la nouvelle *lex rei sitae* lorsqu'il y a changement de statut. Le tribunal devait donc trancher la question de savoir si la réserve de propriété invoquée constituait un droit définitivement acquis ou non. Le tribunal s'est prononcé négativement sur ce point. Il a estimé que dans le cas de la réserve de propriété le changement de statut avait lieu pendant qu'une situation juridique réelle était en train de se réaliser (situation de droits non définitivement acquis). Dans ce cas la nouvelle *lex rei sitae* est alors seule compétente pour régler la situation juridique réelle.

1) Frankenstein II 44; Staudinger/Stoll, N° 445; Gutzwiller, p. 1595; Zitelmann II 337.

2) Münch.Komm nach Art. 12 Anh I, N° 60.

3) Rabel Z 1968, 535=IPRspr 1964-65, N° 73.

Dans la mesure où la réserve de propriété n'était pas considérée comme une situation juridique définitive, la demanderesse ne pouvait bénéficier du principe de la reconnaissance régissant les droits définitivement acquis. En tant que situation juridique non achevée elle était soumise au régime des droits non définitivement acquis. Ceux-ci suivant le principe de l'unique compétence de la nouvelle *lex rei sitae*, l'appréciation de la réserve de propriété anglaise était entièrement soumise au droit allemand. Le tribunal a estimé que la réserve de propriété ne répondait pas aux conditions du droit allemand(1). La référence de la demanderesse aux conditions générales de ses fournisseurs anglais était insignifiante et incertaine, et par conséquent nulle selon le §138 BGB (immoralité, usure), parce que sa partenaire contractuelle ne connaissait ni les divers fournisseurs de la demanderesse, ni leurs conditions de livraisons. D'ailleurs les conditions de livraisons invoquées par la demanderesse ne contenaient pas de réserve de propriété mais seulement une référence générale au droit anglais. Cela n'était pas suffisant à la constitution d'une réserve de propriété selon le droit allemand.

En résumé, en qualifiant la "reservation of the right of disposal" anglaise de droit non définitivement acquis, le tribunal devait ensuite appliquer le droit allemand(2) et refuser toute validité à la réserve de propriété anglaise, les conditions du droit allemand pour la constitution d'une réserve de propriété n'étant pas remplies en l'espèce(3). Le tribunal n'a pas cherché à savoir si, selon le droit anglais, la "reservation of the right of disposal" était un droit définitivement acquis(4).

Une qualification selon la nouvelle *lex situs* n'apparaît pas justifiée comme le montre la décision de l'OLG de Hambourg. Elle diminue considérablement l'importance de la première *lex rei sitae* car le nouveau statut peut traiter un droit acquis sous l'empire de la première loi comme un droit non définitivement acquis et lui attribuer ainsi une nouvelle valeur en le soumettant à sa loi.

-
- 1) Le §455 BGB prévoit: "lorsque le vendeur d'un bien meuble s'en est réservé la propriété jusqu'au paiement du prix, il faut considérer, en cas de doute, que le transfert de la propriété est subordonné à la condition suspensive du paiement intégral du prix de vente, et que le vendeur a droit à la résiliation du contrat quand l'acheteur est en retard pour le paiement".
 - 2) Les règles sur le droit compétent en cas de droits non définitivement acquis seront traitées plus loin. Il suffit de constater ici que selon les règles le droit allemand était compétent.
 - 3) Sur ces conditions voir Titre II chapitre III §2.
 - 4) Nous verrons plus loin que même selon les critères du droit allemand la qualification d'une réserve de propriété de droit non définitivement acquis est contestable. Pour cette raison la décision du Tribunal de Hambourg est ainsi boiteuse de deux points de vue: a) la qualification de la réserve de propriété de droit définitivement acquis ou non n'intervient que selon la seconde *lex situs*; b) la qualification intervenue selon ce droit est sinon erronée, du moins très contestable.

2. Principe de l'efficacité internationale des droits

Lorsqu'un droit réel a été définitivement constitué sur un bien selon la loi d'un Etat, le droit subsiste, c'est-à-dire produit ses effets lorsque le bien est déplacé dans un autre Etat, même si la nouvelle législation pose d'autres conditions à la constitution du même droit(1). C'est le principe de l'efficacité internationale des droits(2) ou de la reconnaissance des droits acquis. Nous verrons toutefois que les effets d'un droit réel sont soumis à la loi nouvelle (voir ci-dessous VII A). Rabel souligne que ce principe s'applique même dans les pays connaissant le principe du *numerus clausus* des droits réels à moins qu'il n'y ait incompatibilité avec l'ordre public du nouveau situs(3). Lewald a formulé le principe de la manière suivante "das neue Statut übernehme die Sache mit der sachenrechtlichen Prägung, welche ihr das bisherige Statut verliehen hat"(4). Le BGH allemand a repris cette formule(5). La loi de situation nouvelle n'intervient, en principe, que pour des actes ou des faits juridiques survenus depuis que le meuble s'y trouve, par exemple vente, constitution d'une sûreté, acquisition de bonne foi, mesures d'exécution forcées(6).

Le principe de la reconnaissance des droits acquis est souvent illustré en matière de droit de la propriété mobilière par l'exemple du déplacement d'un bien d'un pays où seul le consentement suffit au transfert de propriété (par exemple la France) dans un pays où la remise de la chose est nécessaire au transfert (par exemple la Suisse ou l'Allemagne). Il est généralement admis que le bien remis en propriété par seul consentement dans le premier pays demeure propriété de l'acquéreur si par la suite il est transféré dans le second pays(7). Ceci ne contredit pas la règle selon laquelle un droit né avant le changement de statut peut s'éteindre à la suite d'événements importants dans le nouvel ordre juridique, par exemple l'acquisition du bien grevé par un tiers de bonne foi(8). Un autre exemple a trait à l'acquisition de bonne foi. Si quelqu'un acquiert de bonne foi en Italie un objet volé, il en devient propriétaire sur la base de l'article 1153 Codice civile et le reste même si l'objet est déplacé ultérieurement en Allemagne par exemple où cette acquisition n'aurait pas été possible selon l'article 935 al. 1 BGB. La propriété acquise valablement en Italie sera reconnue en Allemagne, l'article 935 al. 1 BGB n'étant pas d'ordre public. A l'inverse, celui qui malgré sa bonne foi n'a pu en vertu de l'article 935 al. 1 BGB acquérir en Allemagne la propriété d'un objet volé ne pourra pas changer cette situation en emmenant l'objet en Italie(9). Il s'agit donc ici de l'inverse du principe énoncé ci-dessus: si un droit n'a pu naître selon la

1) Wolff, p. 176; Lalive, p. 126; Rabel, p. 70; Schnitzer II, p. 516; Zitelmann I 153, 154; Frankenstein II, p. 44, 86-88; Projet de la commission d'experts pour une loi de DIP suisse dans Etudes suisses de droit international vol. 12, p. 316.

2) Niboyet IV, N° 1194, p. 378.

3) Rabel, p. 73.

4) Lewald, N° 245, p. 184, note 3.

5) Arrêts du 20.3.1963=BGHZ 39.173(175) et du 2.2.1966=BGHZ 45. 95 (97).

6) Von Caemmerer, p. 30; Niboyet IV, N° 1194, p. 378.

7) Rabel, p. 71; Wolff, p. 176.

8) Niboyet IV, N° 1194, p. 378.

9) Von Caemmerer, p. 26.

première lex situs (ou n'a pas été transféré ou ne s'est pas éteint) le déplacement du bien dans un autre pays ne changera en principe rien à cette situation, même si selon le nouvel ordre juridique les conditions de constitution étaient réalisées(1). Le refus de la lex situs d'origine subsiste(2).

L'application du principe de la reconnaissance des droits acquis ne pose pas de problèmes en matière de transfert de la propriété. En revanche la question de savoir comment traiter les sûretés réelles constituées à l'étranger soulève des difficultés lorsque l'ordre juridique du pays d'importation ne connaît pas le droit créé ou le connaît seulement sous une autre forme, par exemple lorsqu'un droit de gage a été constitué dans un Etat où seul le consentement suffit à faire naître ce droit et que le bien sur lequel est assis le gage est ensuite déplacé dans un pays dont la législation exige le nantissement. Selon le principe de la reconnaissance des droits acquis dégagé ci-dessus, le droit constitué à l'étranger devrait subsister. Mais cela suppose une équivalence des catégories de droits de l'ancienne et de la nouvelle lex rei sitae. Alors que cette équivalence est toujours donnée en matière de droit de la propriété, il en va autrement s'agissant de sûretés(3) et particulièrement de sûretés sans dépossession. La reconnaissance des sûretés constituées pose alors un problème d'adaptation d'une catégorie de droits à une autre qui se résout en procédant à une comparaison des droits en cause. Nous reprendrons cette question plus en détails dans le chapitre consacré à la transposition.

Il suffit de constater ici que l'exercice des droits constitués à l'étranger n'est possible que s'ils sont compatibles avec la nouvelle lex situs. Ainsi le gage consensuel dans l'exemple ci-dessus n'aura pas d'effet dans le pays d'importation si la législation de ce dernier interdit non seulement la naissance mais aussi l'existence soit le maintien des hypothèques mobilières (par exemple en France: les meubles n'ont pas de suite par hypothèque)(4).

Il est intéressant de souligner l'importance dogmatique et pratique de la distinction entre constitution et maintien des droits réels(5). Si la procédure de constitution du droit de gage est achevée selon le droit de la première lex situs, on en reste là: une constitution valable le demeurera, à l'inverse un droit de gage nul ne deviendra pas valable du seul fait de sa soumission à un autre ordre juridique qui admettrait cette forme de constitution. Il en va autrement en ce qui concerne le maintien du droit. Dans la mesure où celui-ci suppose une charge permanente du bien le nouveau statut saisit, lors du changement de statut, le bien et la charge qui lui est attachée. Si le droit de gage ne correspond pas aux exigences du nouveau statut, il ne sert à rien que le droit de gage ait été constitué valablement selon l'ancien statut. Pour pouvoir continuer d'exister il devra être adapté aux conditions du nouveau statut(6).

1) Wolff, p. 176.

2) Staudinger/Stoll, N° 445; Lewald, p. 178; Niboyet IV, N° 1193, p. 373; Frankenstein II, 44.

3) Lewald, p. 184, 185.

4) Wolff, p. 176.

5) Frankenstein II, 87.

6) Frankenstein II 87, 88.

3. Distinction avec les droits non définitivement acquis

Lorsque la *lex situs* d'origine refuse des effets réels à un droit, il se pose la question de savoir s'il s'agit d'un état de fait définitif ou non. Dans le premier cas les règles sur les droits définitivement acquis devront s'appliquer pour ainsi dire *a contrario*, dans le deuxième cas, celles sur les droits non définitivement acquis interviennent. Le "non" de la *lex situs* d'origine doit être respecté seulement s'il s'agit d'une situation juridique définitive. Sinon il faut appliquer les règles sur les droits non définitivement acquis que nous allons examiner ci-dessous. Par exemple, lorsque selon la première *lex situs* le transfert de propriété se fait par consentement et remise de la marchandise et que le transfert intervient seulement dans le pays de destination, la transaction réelle n'est, selon la *lex situs* d'origine, pas définitive, c'est pourquoi il faut appliquer les règles sur les droits non définitivement acquis. Un état de fait "prorogé", c'est-à-dire un état où les faits constitutifs d'un droit réel ne se sont produits que partiellement sous l'empire de la première *lex situs*, constitue en principe une situation non définitive(1).

B. Droits non définitivement acquis

On est en présence de droits non définitivement acquis(2) lorsque le changement de statut a lieu pendant qu'un état de fait est en train de se réaliser(3). Une situation juridique n'a pu s'achever sous l'empire de l'ancienne *lex situs*, par exemple, lorsqu'il y a changement de statut pendant qu'un délai de prescription acquisitive est en train de s'écouler. La question est alors de savoir laquelle des deux lois de situation va être compétente pour régir cet état de fait. La doctrine dominante soumet les droits non définitivement acquis à la nouvelle *lex situs*. Celle-ci décide ainsi de la signification juridique qu'il faut attribuer aux faits s'étant déroulés sous l'ancien statut (4). L'intérêt de l'ancienne *lex situs* à s'appliquer n'est pas aussi grand que celui de la nouvelle car la première n'a donné lieu à aucune modification juridique digne de protection(5). L'octroi d'un effet réel à une situation ayant débuté sous l'empire de l'ancien statut dépendra donc de la nouvelle loi. Il ne s'agit pas d'attribuer, après coup, des effets de droit à une situation non achevée qui n'avait encore aucune valeur juridique selon le droit du premier lieu mais bien plutôt de tenir compte, à la lumière du nouveau droit, d'un état de fait qui existe encore(6).

1) La loi suisse de DIP prévoit (article 102 al. 1) que si d'après le droit du précédent Etat de situation, l'état de fait nécessaire à la constitution d'un droit réel ne s'est réalisé que partiellement, les éléments déjà intervenus dans cet Etat sont réputés s'être accomplis en Suisse d'après la nouvelle *lex rei sitae* (Message p. 131; Projet de la commission d'experts et rapport explicatif p. 317).

2) Terminologie anglaise: "incomplete set of facts", Lalive, p. 147; terminologie allemande: "nicht abgeschlossene Tatbestände", Lewald, N° 248, p. 187; Frankenstein II, p. 45; Staudinger/Stoll, N° 443.

3) Lewald, N° 248, p. 187.

4) Lewald, N° 248, p. 187; Frankenstein II 45; Kegel IPR 330; Schnitzer II 516.

5) Drobnig RabelsZ 1968, p. 463.

6) Zitelmann II 342; Lewald, N° 248, p. 187.

La compétence de la nouvelle *lex rei sitae* peut intervenir de diverses façons soit en vertu de l'état de fait "prorogé" auquel nous avons déjà fait allusion, soit parce que l'état de fait non définitif du point de vue de la première *lex situs* est considéré, dès le passage de la frontière, comme définitif par la seconde *lex situs*. Reprenons ces deux hypothèses.

1. Etat de fait prorogé

L'état de fait sera prorogé lorsque des faits constitutifs d'un droit réel portant sur un bien meuble ne se sont produits que partiellement sous l'empire de la *lex situs* qui le régissait précédemment. Dans ce cas les faits survenus à l'étranger seront censés s'être réalisés dans le pays d'importation. On procède donc en général à une imputation des faits s'étant déroulés sous l'ancienne *lex situs*(1). La prescription acquisitive constitue un exemple classique d'état de fait prorogé: avant l'écoulement du délai prescrit par un ordre juridique le bien faisant l'objet d'acquisition par prescription acquisitive est déplacé dans un autre pays. Par exemple le délai de prescription acquisitive prévu par l'article 728 du CCS est de cinq ans alors qu'il est de dix ans selon l'article 937 BGB. Qu'advient-il lorsqu'après quatre ans le bien est transporté en Allemagne? Selon le principe de l'imputation dégagé ci-dessus - et en cas de doute, c'est lui que l'on appliquera - (2), le nouvel ordre juridique considérera les faits déjà intervenus comme une réalisation de ses propres normes mais qui a eu lieu à l'étranger. Par conséquent le temps écoulé à l'étranger sera imputé sur les délais prévus par la nouvelle loi(3). Dans l'exemple ci-dessus un laps de temps de six ans doit encore s'écouler en Allemagne pour que la prescription soit acquise(4). En jurisprudence suisse la question de l'état de fait prorogé s'est posée dans l'arrêt *Körfer* que nous examinerons ci-dessous (VII, F, I, C, 331).

2. Droits considérés comme définitivement acquis par le nouvel ordre juridique

Dans cette hypothèse les faits constitutifs non réalisés du point de vue de la première loi sont au contraire suffisants selon la deuxième *lex situs* pour faire naître le droit réel désiré. Il n'y a donc pas besoin de procéder à une imputation des éléments réalisés à l'étranger. Le droit produira ses effets dès le passage de la frontière. On cite souvent à titre d'exemple le célèbre cas de la vente d'un pays de tradition à un pays connaissant le principe consensuel. La fameuse décision de l'OLG de *Zweibrücken* de 1898 a fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales(5). En l'espèce il s'agissait d'une vente de marchandises. La marchandise devait être envoyée de Saxe dans le Palatinat. Le pays de Saxe connaissait le principe de la tradition alors que dans le Palatinat où le Code civil français était en vigueur à l'époque, le principe consensuel s'appliquait au transfert de propriété. L'acheteur étant tombé en faillite, il s'agis-

1) Loi fédérale sur le DIP. Projet de loi de la commission d'experts et rapport explicatif, p. 317; Message, p. 131.

2) Staudinger/Stoll, N° 443; Drobnig/Kronke, p. 103.

3) Zitelmann II, 348; 349.

4) Wolff, p. 181.

5) Lewald, p. 187, 188.

sait de déterminer qui était devenu propriétaire. Le tribunal a tout d'abord rejeté le transfert de propriété sous l'empire du droit saxon puisqu'il n'y avait pas eu de remise de la marchandise à l'acheteur (le transporteur ne pouvait être considéré comme représentant de l'acheteur). Ensuite le tribunal examina la situation à partir du moment où la marchandise s'était trouvée dans le Palatinat. Il considéra la question du transfert de propriété à la lumière du Code civil et conclut à la validité du transfert puisque les conditions auxquelles le droit du Palatinat attachait les effets du transfert étaient réunies et continuaient d'exister, c'est-à-dire que le consentement des parties au transfert subsistait toujours selon l'article 1138 du Code civil. Dès le passage de la frontière "musste es zur Bewirkung des Eigentumsübergangs genügen, wenn diejenigen Rechtsstatsachen vorlagen und fortduererten, an die das pfälzische Recht die Wirkung des Eigentumsübergangs knüpft"(1). Niboyet n'admet pas sans autre le transfert dans un tel cas, il exige la répétition de la conclusion du contrat de vente dans le pays d'importation(2). Lalive(3), Schnitzer(4), Rabel et Raiser(5) sont du même avis. En revanche, plusieurs autres auteurs(6) se prononcent dans le même sens que la décision de l'OLG de Zweibrücken et admettent le transfert de propriété dès que l'objet de la vente arrive dans le pays où le consentement suffit. Le nouveau statut ne fait qu'appliquer ses normes à un état de fait encore présent; ce n'est pas le changement de statut en tant que tel qui opère le transfert de propriété mais l'application des normes du nouveau statut à une situation donnée. Il n'y a donc pas empiètement sur la compétence de l'ancien statut, et par conséquent pas de violation des principes fondamentaux des conflits de lois, comme le prétendent les adversaires de cette thèse. S'il est établi que les parties avaient l'intention de procéder à un transfert de propriété et que cette intention subsiste après le changement de statut, la nouvelle lex rei sitae peut admettre le transfert de propriété(7). La manière dont la nouvelle lex rei sitae constate l'intention de transfert lorsque cette dernière n'est pas expresse ressort au droit matériel du nouveau statut(8).

Ces principes s'appliquent également aux sûretés mobilières. Lorsque les faits s'étant réalisés sous l'ancien statut ne peuvent donner lieu à la constitution d'une sûreté, il appartient au nouveau statut de trancher si au regard de ses normes les mêmes faits suffisent à faire naître une sûreté.

1) Lewald, p. 188.

2) Niboyet IV, N° 1193, p. 374.

3) Lalive, p. 149.

4) Schnitzer II 517.

5) Rabel/Raiser *RabelsZ* 1929, p. 69.

6) Frankenstein II 455; Lewald, p. 187ss; Gutzwiller, p. 1595; Raape, p. 614; Soergel-Siebert/Kegel *Anm* 278 vor Art 7.

7) Privat, p. 131.

8) Privat, p. 131.

C. Cas de la réserve de propriété

La question de savoir si la réserve de propriété doit être mise dans la catégorie des droits définitivement acquis ou dans celle des droits non définitivement acquis a été discutée dans la décision de l'OLG Hambourg dont nous avons déjà parlé à propos de la question de la qualification. Rappelons brièvement qu'il s'agissait pour le tribunal d'apprécier une réserve de propriété anglaise. Le tribunal s'est rallié à l'opinion de Mertens(1) et a estimé que la constitution d'une réserve de propriété représentait une situation juridique non achevée, un état de fait prorogé, par conséquent un droit non définitivement acquis: "... nicht abgeschlossener, sogenannter "gestreckter" sachenrechtlicher Tatbestand"(2). Selon le tribunal la réserve de propriété n'a qu'un seul effet, à savoir celui de retarder le transfert de propriété jusqu'au paiement du prix. Poursuivant son raisonnement le tribunal estime que la réserve de propriété ne limite pas ou ne change pas la propriété existante. Le vendeur reste pleinement propriétaire sous l'empire de l'ancienne lex situs, il n'y a pas de changement dans sa situation juridique. L'acheteur acquiert tout au plus un droit d'expectative. Considérant donc en l'espèce qu'aucune modification n'était intervenue dans la situation réelle des parties après la conclusion du pacte de réserve de propriété, le tribunal appliqua les règles sur les droits non définitivement acquis ("Schwebelage" p. 539). Celles-ci conduisirent à l'application du droit allemand selon lequel la réserve de propriété n'avait pas été constituée valablement. D'autres auteurs(3) soutiennent en revanche que le cas de la réserve de propriété ne fait partie qu'apparemment des problèmes relatifs aux droits non définitivement acquis car un transfert même conditionnel entraîne un changement de la situation réelle: l'acheteur a acquis un droit d'expectative sous l'empire de l'ancienne lex situs et le droit du vendeur est soumis à une condition résolutoire. L'OLG de Hambourg n'a pas apprécié correctement la valeur et l'impact du droit d'expectative de l'acheteur. Le droit d'expectative restreint le droit de propriété du vendeur. La situation juridique réelle de chacune des parties est ainsi modifiée.

Le changement de situation juridique étant intervenu avant le passage de la frontière, le nouveau statut doit en principe respecter cet état de fait. L'état de fait constitutif de la réserve de propriété, même s'il n'est que provisoirement achevé, doit ainsi être soumis aux principes gouvernant les droits définitivement acquis. En résumé: il est possible qu'un état de fait "prorogé" (gestreckter Tatbestand) déploie des effets pour les intéressés déjà avant son achèvement, il y a alors changement dans la situation juridique des parties. Si le bien est emmené dans un autre pays avant que l'état de fait constitutif ne soit définitivement achevé mais après que la modification de la situation juridique des parties ne soit intervenue, le nouveau doit reprendre la situation juridique telle qu'elle a été modifiée(4).

1) Mertens, p. 15.

2) RabelsZ 1968, 538, 539.

3) Drobnig RabelsZ 1968, 463ss; Privat, p. 128; Lewald, p. 188.

4) Drobnig RabelsZ 1968, 463.

D. Conclusion

En présence d'un conflit mobile né du déplacement d'un bien, et du même coup, du changement du régime juridique applicable, on distingue selon que les droits nés sous l'ancienne loi ont été définitivement acquis ou non. La qualification de droits définitivement acquis ou non se fait selon le droit de l'ancienne lex situs. Les droits définitivement acquis nés sous l'ancienne lex rei sitae doivent en principe être reconnus par le nouveau statut. Inversement, lorsque le droit du premier pays refuse tout effet juridique à un état de fait, le refus de l'ancienne lex situs doit être respecté par la nouvelle lex rei sitae. Les droits non définitivement acquis sont soumis à la nouvelle lex rei sitae. Deux situations sont possibles: dans la première il s'agit d'un état de fait prorogé qui n'a déployé aucun effet sous l'empire du premier statut mais qui peut être achevé et devenir constitutif d'un droit dans le pays d'importation lorsque certaines conditions sont réalisées, on procède alors par imputation des faits s'étant déroulés sous l'ancien droit; dans l'autre situation le second statut pose moins de conditions à l'acquisition définitive d'un droit et les faits non constitutifs selon le droit du premier pays déploient directement des effets dès l'arrivée du bien dans le pays d'importation si la volonté des parties relative à la création du droit existe encore après le changement d'Etat.

Chapitre VII: Transposition

A. Généralités

Au principe selon lequel le nouveau statut recueille la chose avec les traits caractéristiques que lui a imprimés l'ancien statut, il faut faire une importante réserve: les droits réels existant sur la chose subsistent dans la mesure où ils sont compatibles avec le nouveau statut(1). Le sort de ces droits est moins un problème de conflit de lois que de droit comparé(2) puisque le maintien du droit réel constitué sous l'ancien droit suppose qu'on puisse le transposer dans une catégorie juridique correspondante du nouveau droit. Il convient donc de distinguer entre conditions de création d'un droit et conditions de durée. Si le nouveau statut pose des conditions relatives à la constitution du droit, les droits définitivement acquis sous l'ancien statut devront être reconnus(3). Si en revanche le nouveau statut pose des conditions de durée, c'est-à-dire des conditions concernant le contenu et les effets du droit, le droit acquis sous l'ancien statut s'éteindra (ou sera suspendu) si ces conditions ne peuvent être remplies. Dans ce cas le droit subsistera s'il peut être transposé dans une catégorie de droit équivalente du nouvel ordre juridique(4). Il faut donc une équivalence entre les catégories juridiques de l'ancien et du nouveau statut. L'équivalence existe quasiment toujours, et la transposition s'opère

1) Klein RCDIP 1979, p. 8; Staudinger/Stoll, N° 445; Zitelmann II, 154; Niboyet Traité IV, N° 1194, p. 379; Lewald Règles générales, p. 129.

2) Lewald Règles générales, p. 129.

3) ATF 38 II 1914, 194 (198); 56 II 1930, 178 (181); 74 II 1948, 224 (228).

4) Vischer, 159, 160.

alors sans difficulté en matière de droit de la propriété sur les choses mobilières(1). En revanche des difficultés peuvent surgir en ce qui concerne les autres droits réels, par exemple le droit de gage. Les différences entre les législations engagées peuvent être tellement profondes qu'elles excluent la possibilité de ranger le droit établi d'après l'ancienne loi dans une des catégories du nouveau droit(2).

C'est par exemple le cas auquel il a déjà été fait allusion du gage purement conventionnel admis par une législation alors que le nouveau statut exige la mise en possession du créancier. Si d'après la loi nouvelle le nantissement constitue, selon l'expression de Zitelmann, une "Dauervoraussetzung"(3) soit une condition permanente du droit de gage et si cette condition n'est pas réalisée, la loi nouvelle ne reconnaîtra pas le droit valablement constitué selon la loi ancienne. En dernière analyse c'est souvent une considération d'ordre public qui s'opposera à la transposition(4).

B. Nécessité de la transposition

La transposition des droits constitués à l'étranger est nécessaire et inévitable. Elle s'impose déjà pour des raisons d'ordre pratique. De simples questions relatives au rang d'une sûreté ou à ses effets pour les tiers ne peuvent être résolues sans transposition(5). On ne peut exiger du nouvel ordre juridique qu'il se préoccupe d'examiner (par exemple lors d'une saisie ou d'une réalisation) la portée de sûretés étrangères dont le contenu est déjà difficile à déterminer(6).

C. Critique et limites de la doctrine de la transposition

Une formulation trop stricte de la doctrine de la transposition conduit à faire échouer la reconnaissance des sûretés étrangères car la recherche d'une catégorie juridique équivalente dans le nouvel ordre juridique s'avère souvent difficile(7). C'est pourquoi certains auteurs se sont élevés contre son application. Stoll notamment critique la formulation traditionnelle de la transposition selon laquelle la reconnaissance d'un droit réel étranger, dont le contenu est déterminé par le nouvel ordre juridique, dépend de sa possibilité d'assimilation à une catégorie juridique du nouveau droit(8). Stoll reproche à cette formulation de réduire la question compliquée de savoir si, et dans quelle mesure, un ordre juridique reconnaît des droits réels constitués à l'étranger à un

1) Lewald, p. 184 et Règles générales, p. 131; Niboyet Traité IV, N° 1194, p. 381; Zitelmann II 343.

2) Lewald Règles générales, p. 129, 130.

3) Zitelmann I 154 et II 339.

4) Lewald Règles générales, p. 130.

5) Drobnig *RebelsZ* 38 (1974) 481; Drobnig *Fest.* p. 143, 144; Drobnig/Kronke, p. 105; von Caemmerer, p. 30.

6) Drobnig, *Fest.*, p. 144.

7) Drobnig/Kronke, p. 105.

8) Batiffol/Lagarde II, N° 511; Lewald, N° 245-247; Wolff, p. 178.

simple problème de comparaison des institutions juridiques en cause(1). Bien qu'il existe en général une présomption en faveur de la reconnaissance des droits constitués à l'étranger lorsqu'il y a équivalence entre les institutions juridiques en cause Stoll relève que la reconnaissance de droits étrangers peut être refusée alors même qu'il y a correspondance avec les catégories juridiques du nouveau statut. Inversement, il se peut que le nouvel ordre juridique admette des droits étrangers n'ayant pas d'équivalent en droit interne(2). Reprenons ces deux hypothèses.

a) Reconnaissance de droits étrangers sans équivalent

L'exercice de droits qui n'ont pas d'équivalent dans le nouvel ordre juridique est possible lorsque le nouveau statut connaît en droit interne le principe du *numerus clausus* car l'application automatique de ce principe interne à une situation internationale ne va pas de soi. Selon Stoll la transposition des droits réels n'est permise et nécessaire en cas de changement de statut seulement lorsque le nouvel ordre juridique connaît le principe du *numerus clausus* en droit interne et attache à ce principe une valeur impérative aussi en matière internationale. Cette dernière condition n'allant pas de soi il faut examiner pour chaque ordre juridique si elle est remplie(3). Par exemple en ce qui concerne le droit allemand Stoll voit dans le § 184 EGBGB qui règle un conflit de lois dans le temps, un indice important en faveur de la thèse selon laquelle le principe du *numerus clausus* des droits réels n'est pas impératif lorsqu'il s'agit d'un conflit mobile(4). L'article 184 EGBGB prévoit: "Les droits réels constitués sur une chose avant l'entrée en vigueur du BGB subsistent avec le contenu et le rang que les lois anciennes leur attribuaient"; Stoll procède donc à une analogie entre les conflits de lois dans le temps et dans l'espace. Nous verrons plus loin que cette analogie n'est pas concluante.

Cependant, sans recourir à cette analogie, il est possible, par un assouplissement du *numerus clausus*, de reconnaître des droits étrangers n'ayant pas d'équivalents dans le pays d'importation. C'est le cas lorsque les effets déployés par un droit constitué à l'étranger ne sont qu'apparemment très différents de ceux du nouvel ordre juridique et que les mêmes effets peuvent être obtenus par la combinaison de divers droits réels existant dans le nouvel ordre juridique(5). Il y a ainsi des ordres juridiques dont la libéralité est très grande en matière de sûretés globales. C'est par exemple le cas du "floating lien" du Uniform Commercial Code américain (article 9), du "floating charge" du droit anglais des sociétés et du nantissement du fond de commerce du droit français(6). Ces figures juridiques se rapportent à des unités complexes de biens grevés. Elles se heurtent au principe de la spécialité auquel plusieurs ordres juridiques

1) Staudinger/Stoll, N° 448; *RebelsZ* 1974, 462.

2) Staudinger/Stoll, N° 448.

3) Staudinger/Stoll, N°448; *Stoll RebelsZ* 1974, p. 459; Neuhaus, p. 297, Schröder, p. 125.

4) *Stoll RebelsZ* 1974, p. 460.

5) Drobnig, *American German Private International Law* 1972, p. 199; Drobnig/Kronke, p. 197.

6) Drobnig/Kronke, p. 196, 107; *Münch Komm nach Art. 12 Anh I*, N° 99.

sont attachés. Selon ce principe la création de droits in rem n'est admise que sur des articles déterminés. Même en Allemagne où les sûretés étrangères ont en principe plus de chance d'être reconnues que dans d'autres systèmes juridiques moins libéraux en cette matière (Suisse, France ...), des sûretés globales risquent d'être mises en échec car elles sont incompatibles avec le principe de la spécialité. Mais en procédant à la combinaison susmentionnée, il devrait être possible de conserver la validité de sûretés globales tels que le "floating lien" ou le "floating charge". Il faut alors pour ainsi dire répartir leurs éléments sur des (et non pas sur une) sûretés allemandes correspondantes tels que le transfert de propriété en garantie et la cession à titre de garantie(1).

b) Non-reconnaissance d'un droit équivalent

Inversément il est possible que des droits réels étrangers se heurtent au "veto" du nouveau statut même lorsqu'il y a équivalence entre les institutions juridiques de la nouvelle et de l'ancienne loi, c'est-à-dire même lorsque la transposition ne devrait causer aucun problème(2). A ce propos on a beaucoup discuté la question de savoir si un droit de gage sans dépossession constitué sous l'empire de l'ancienne lex situs pouvait continuer d'exister dans le nouvel ordre juridique lorsque celui-ci, bien qu'il connaisse cette institution, exige la mise en possession du créancier(3). La transposition n'est ici d'aucun secours car ce n'est pas le contenu du droit en soi qui est incompatible avec le nouveau statut. Seul le processus de constitution du droit est étranger au nouveau statut. Or, selon la doctrine de la transposition, cela ne devrait pas constituer un motif de rejet du droit dans la mesure où elle admet que les conditions de création d'un droit sont régies par l'ancien ordre juridique compétent avant le changement de statut(4). Savigny a objecté que le droit de gage constitué par simple contrat était une tout autre constitution juridique que le droit de gage pour la constitution duquel le nantissement était exigé et que les deux institutions n'avaient de commun que le nom et le but général(5). Cette thèse n'est pas convaincante. Le droit de gage sans dépossession n'est pas une figure juridique inconnue dans les pays connaissant le principe du nantissement. Il s'agit bien plutôt, dans le cadre d'une figure juridique connue, de la survenance d'une situation non désirée due à la séparation de la possession et du droit sur la chose(6).

Zitelmann a développé la théorie de la Dauervoraussetzung et envisage le problème en posant des critères formels: dans les pays où régnait le principe du nantissement, la possession du gage par le créancier gagiste constitue une condition permanente (Dauervoraussetzung) d'existence du droit de gage. Tant que cette condition n'est pas réalisée, le droit reste sans effet car dans ce cas, possession et droit sur l'objet son liés(7). Ces discussions restent dogmatiques. En pratique le risque pour un créancier au bénéfice d'un droit de gage

1) Drobnig/Kronke, p. 106, 107; Münch Komm nach art. 12 Anh I, N° 99.

2) Stoll RabelsZ 38 (1974), 462.

3) Staudinger/Stoll, N° 456; Zitelmann II 339.

4) Staudinger/Stoll, N° 456.

5) Savigny VIII, p. 196-198.

6) Stoll RabelsZ 1974, p. 462.

7) Zitelmann II 339.

sans dépossession de voir sa sûreté démunie d'effets vis-à-vis des tiers dans un pays posant l'exigence du nantissement subsiste. Des raisons relatives à la sécurité des transactions et à la protection des tiers sont la plupart du temps à l'origine de cette exigence. Lorsque le nouveau statut ne connaît pas le droit de gage sans dépossession ou lui ôte ses effets, il possède en revanche souvent un système d'enregistrement du droit permettant au débiteur de rester en possession du gage. La publicité de la sûreté est alors assurée par l'inscription dans un registre. Le droit de gage sans dépossession constitué à l'étranger peut continuer d'exister en étant assimilé au droit réel le plus semblable du nouveau statut et inscrit dans un registre. Les ordres juridiques comme celui de l'Allemagne où non seulement les sûretés sans dépossession sont maintenant assez largement admises, mais encore où une publicité de "remplacement" n'est pas prévue, ne font en principe pas de difficultés à la reconnaissance de sûretés étrangères sans dépossession. A l'autre extrême on trouve la Suisse qui non seulement maintient fermement le principe du nantissement mais encore n'offre que peu de possibilités d'enregistrement des sûretés par rapport à la France, par exemple(1).

D. Application des règles sur les conflits de lois dans le temps

Certains auteurs allemands voudraient dépasser les limites imposées par la doctrine traditionnelle de la transposition en appliquant par analogie aux conflits mobiles les règles sur les conflits de lois dans le temps(2). Cela devrait permettre une plus grande reconnaissance des sûretés étrangères. Ces auteurs voient ainsi dans l'application analogique des articles 184 et ss EGBGB prévoyant la continuation des droits ayant existé avant l'entrée en vigueur du BGB, la possibilité de maintenir des droits réels étrangers lors d'un conflit mobile. L'application de l'article 184 EGBGB devrait permettre la reconnaissance des droits réels étrangers même si ceux-ci s'écartent des catégories de droits réels prévues par le droit allemand ou même s'ils sont totalement inconnus de ce dernier. En d'autres termes, des droits restreints pourraient être exercés en Allemagne alors même qu'ils n'y auraient pas d'équivalent. Leur seraient alors appliquées les dispositions générales du droit allemand sur les droits réels restreints(3). Mais même si elle part du souci d'éviter ou de limiter l'échec de sûretés étrangères, la théorie de l'analogie n'est pas concluante. Dans les conflits dans le temps de deux lois successives, il s'agit du déroulement d'une situation transitoire de l'ancien au nouveau droit qui est unique et temporaire. Dans les conflits mobiles internationaux on est en revanche en présence d'un phénomène durable dont la fréquence tend à s'accroître(4). Les ordres juridiques interviennent l'un après l'autre dans les conflits dans le temps mais l'un à côté de l'autre dans les conflits dans l'espace. Un bien ne peut retourner dans le passé mais bien dans le territoire du statut d'origine(5). Ceci est particulièrement important lorsque le pays d'importation ne reconnaît pas les droits constitués à l'étranger car, comme nous le verrons plus loin,

1) Drobnig UfRV 13 (1972) 130, 135.

2) Neuhaus IPR, p. 297; Staudinger/Stoll, N° 451; Stoll RabelsZ 38 (1974) 460, 461; Staudinger/Stoll, N° 452.

3) Niboyet IV, N° 1194, p. 378; Batiffol/Lagarde, N° 511.

4) Drobnig/Kronke, p. 105.

5) von Caemmerer, p. 33.

ces droits sont suspendus, ils ne s'éteignent pas et si l'objet grevé est ramené dans le pays de constitution, les droits qui lui sont attachés produiront de nouveau des effets(1).

E. Ordre des créanciers

En procédant à la transposition des sûretés étrangères il faudra veiller à maintenir l'harmonie à l'intérieur de l'ordre des créanciers du nouvel Etat(2). Il existe dans chaque ordre juridique une relation étroite et équilibrée entre les formes de sûretés prévues par le droit matériel et les dispositions procédurales sur les privilèges et le rang des créanciers. Par "ordre des créanciers" on entend justement l'ensemble de ces règles accordées les unes aux autres(3). Stoll explique ainsi la réticence de la France à l'égard du transfert de propriété à titre de garantie. Il y a à l'origine, selon lui, en grande partie la crainte de voir cette sûreté jeter la confusion à l'intérieur du système compliqué des privilèges procéduraux français(4). Cependant, en ce qui concerne la France, l'argumentation de Stoll n'est pas tout à fait exacte. Nous verrons en effet que des sûretés étrangères n'y ont pas été reconnues parce qu'elles étaient qualifiées de "pacte commissoire" par les tribunaux français ou parce que les conditions de publicité françaises n'étaient pas remplies, mais non pas parce que la reconnaissance de sûretés étrangères risquait de perturber l'ordre interne des créanciers. En outre Niboyet auquel se réfère Stoll et qui avait déclaré: "Les sûretés sont des droits sans exportation juridique"(5) n'a pas été suivi par le reste de la doctrine. Tout en estimant que cette position est trop extrême à une époque d'expansion des échanges économiques internationaux(6), Stoll recommande une grande prudence dans le processus de reconnaissance de droits réels constitués à l'étranger. Il convient toujours d'examiner si la transposition et reconnaissance de ces droits ne risquent pas de perturber l'ordre des créanciers du nouveau statut. Le recours à la protection de l'ordre interne des créanciers pour refuser la transposition de droits étrangers ne devrait intervenir qu'exceptionnellement. Tel est le cas lorsque le droit réel étranger est totalement inconnu du nouvel ordre juridique, soit lorsque ce dernier n'a à disposition aucun droit réel ayant une fonction équivalente(7). Stoll craint que des dispositions du droit allemand ne soient éludées par les parties qui pourraient emmener le bien à l'étranger pour l'y grever d'une sûreté étrangère et le ramener ensuite en Allemagne où la sûreté étrangère serait tolérée en vertu du principe des droits acquis(8). Stoll voit ce danger déjà presque confirmé par la décision du BGH de 1963 concernant la reconnaissance en Allemagne d'un droit de gage français inscrit dans un registre français. Nous reprendrons plus loin cette décision en détails, Stoll approuve certes la décision dans son résultat mais estime que la solution apportée par le BGH au cas d'espèce ne devrait pas être généralisée. L'ordre des

1) Zitelmann I 155, II 339, 342; Niboyet IV, p. 618.

2) Drobnig/Kronke, p. 105.

3) Stoll RabelsZ 38 (1974) 473; Staudinger/Stoll, N° 459.

4) Stoll RabelsZ 38 (1974) 464.

5) Niboyet IV 382.

6) Staudinger/Stoll, N° 460.

7) Münch Komm Nach art. 12 Anh I, N°63.

8) Stoll RabelsZ 1974. p. 465; Staudinger/Stoll, N° 461.

créanciers allemand serait perturbé si un créancier pouvait se fonder sur un droit inscrit dans un registre étranger mais portant sur un bien se trouvant en Allemagne et appartenant à un débiteur domicilié en Allemagne(1). La constitution de plusieurs sûretés sans dépossession serait ainsi facilitée. Stoll craint notamment que les exigences du droit allemand concernant le caractère concret du constitut possessoire(2) ne soient éludées. D'ailleurs les tribunaux allemands ne sont pas non plus prêts à convertir un constitut possessoire abstrait en constitut possessoire concret par application de l'article 140 BGB (conversion des actes nuls). Etant donné l'attitude des tribunaux sur ce point, Stoll estime qu'il n'est pas non plus admissible de convertir automatiquement dans une catégorie du droit allemand des sûretés mobilières sans dépossession seulement publiées dans un registre étranger car l'inscription dans un registre étranger n'a pas de valeur publicitaire pour l'ordre juridique allemand. A l'argument selon lequel le droit réel allemand renonce de toute façon à la publicité pour la réserve de propriété et le transfert de propriété en garantie, Stoll réplique qu'il s'agit là d'exceptions bien délimitées qui ne changent rien au fait, lorsque l'on prend en considération l'ensemble du système allemand de l'ordre des créanciers, qu'un meuble ne peut être mis en gage nudo consensu(3). Les craintes de Stoll sont exagérées. On imagine mal que les parties soient d'accord de faire des frais supplémentaires pour déplacer le bien à l'étranger dans le but d'y constituer une sûreté conforme aux exigences de publicité étrangères et de ramener ensuite le bien en question dans le pays de départ. Cela représenterait une perte de temps et d'argent disproportionnée par rapport au but envisagé, soit le détournement des dispositions allemandes, celles-ci étant de surcroît parmi les plus libérales en ce qui concerne la constitution de sûretés sans dépossession. Par ailleurs, l'exigence du caractère concret du constitut possessoire n'est plus totalement incontestée et la jurisprudence ne lui attribue pratiquement plus qu'une importance formelle. Il n'est donc pas justifié d'élever cette exigence à un niveau international alors qu'elle est remise en question sur le plan interne(4).

F. Mise en oeuvre de la transposition

Nous avons vu que le déplacement international d'un bien grevé a pour conséquence l'application successive de lois de deux (ou plusieurs) Etats. Afin de continuer à exister en vertu de la nouvelle loi, les sûretés constituées sous l'ancienne loi doivent être "naturalisées" ou transposées au nouvel emplacement. La transposition est requise s'il y a lieu de penser que les biens resteront plus ou moins longtemps soumis à la juridiction du nouveau situs. En revanche, si les biens sont destinés à n'y demeurer que provisoirement et retournent ensuite à leur lieu d'origine ou passent dans un troisième pays, il n'y a pas lieu à transposition(5). C'est par exemple le cas des biens en transit.

1) Stoll *RebelsZ* 1974, p. 465.

2) Baur § 51V 2.

3) Staudinger/Stoll, N° 461.

4) Drobnig/Kronke, p. 105.

5) Drobnig, *Etude/Sûretés*, p. 138.

La transposition comprend deux phases distinctes(1). Il faut en premier lieu trouver dans le nouveau système juridique une institution semblable, c'est-à-dire un équivalent à la sûreté constituée à l'étranger. Cette phase touche aux règles de fond des législations en cause (par exemple les règles de fond régissant les réserves de propriété suisse et allemande sont pratiquement semblables) et suppose que le nouveau statut connaisse un droit équivalent au droit existant(2). Ensuite, dans une deuxième phase, il faut procéder à l'élimination des différences entre la sûreté étrangère et celle du nouveau statut qui paraît lui ressembler le plus; il s'agit donc d'adapter la sûreté étrangère à la sûreté locale correspondante. Cette adaptation nécessite souvent l'accomplissement de certaines formalités de publicité exigées par le nouveau statut(3). Ainsi, même si les règles de fond sur la réserve de propriété sont analogues en Suisse et en Allemagne, une réserve de propriété allemande devra être adaptée aux conditions de publicité suisses pour être reconnue en Suisse. Avant d'examiner ces deux phases - recherche d'un équivalent et adaptation - nous mentionnons le point de vue différent de Coing en ce qui concerne la question de la transposition. Coing estime que la transposition est avant tout un problème de publicité à accomplir. Il nie ainsi la nécessité de la première phase. La transposition échoue selon lui lorsque les droits constitués dans le pays de départ ne remplissent pas les conditions de publicité posées par le nouveau statut (mise en possession, inscription dans un registre...)(4). Bien que la question des moyens de publicité soit importante, elle n'épargne pas celle se rapportant à la comparaison des règles de fond(5). A titre d'exemples on peut citer deux décisions françaises qui ont déclaré de nul effet un transfert de propriété à titre de garantie allemand(6) et une réserve de propriété allemande(7) non parce que ces deux institutions ne satisfaisaient pas à des exigences de publicité, mais parce qu'elles constituaient des pactes commissaires prohibés par la loi française.

1. Première phase de la transposition: recherche d'une institution équivalente

a) Principes de base

Rappelons que la conversion ou naturalisation d'une sûreté étrangère s'avère nécessaire dès lors que le nouveau statut est compétent, c'est-à-dire dès le passage de la frontière pour déterminer le contenu des droits, soit la manière de les exercer.

Il va de soi que la naturalisation d'une sûreté est facilitée lorsqu'il existe une sûreté correspondante dans le nouvel ordre juridique. Donc en cas d'identité la transposition aura lieu quasi automatiquement. Inversement, lorsque le nouveau statut ne connaît pas du tout le droit constitué sous l'ancienne lex

1) Drobnig, op cit.

2) Lewald IPR 184-186; Lüderitz, p. 210; Rabel, 72; Battifol/Lagarde II, N° 519.

3) Drobnig Etude/Sûretés, p. 138.

4) Coing ZfRV 8 (1967), 79.

5) Drobnig RabelsZ 38 (1974) 48.

6) Cour cass. 24.5.1933, Clunet 62 (1935) 331=RCDIP 1934, 142.

7) Cour cass. 8.7.1969, JCP II, N° 16182.

situs, ce droit ne pourra pas être exercé aussi longtemps que dure la souveraineté de la nouvelle loi(1). En revanche, lorsque le nouveau statut possède un droit du même genre mais dont le contenu est un peu différent ou dont la dénomination est simplement différente, ce droit subsiste avec désormais, dès le passage de la frontière, le contenu que lui attribue la nouvelle *lex rei sitae*(2). Il s'ensuit qu'un droit réel ne peut produire des effets plus ou moins forts que sous l'empire de l'ancienne loi. Zitelmann a illustré ceci en comparant les actions possessoires du droit allemand (§ 1007 BGB) et du droit autrichien (§ 372 ss ABGB)(3). Ces actions sont en principe semblables, mais alors que l'action en droit autrichien ne peut être dirigée que contre celui qui ne dispose d'aucun droit de possession ou d'un plus faible droit de possession, elle peut être intentée en droit allemand contre chacun à l'exception du propriétaire. Lorsque après la constitution d'un droit de possession pétitoire (*petitorisches Besitzrecht*) en Allemagne le bien faisant l'objet de ce droit est transporté en Autriche, il se posera la question de savoir si ce droit peut y déployer ses effets. Il faut tout d'abord rejeter la thèse selon laquelle les deux droits sont tellement différents qu'une conversion n'entre même pas en considération car il s'agit bien ici d'un cas où la ressemblance des deux institutions est suffisamment grande pour opérer une transposition. La différence réside seulement dans le degré d'intensité des deux institutions, c'est-à-dire dans le cercle des personnes contre qui le droit peut être exercé. Il est plus ou moins grand selon qu'il s'agit de l'un ou l'autre ordre juridique. Le droit né en Allemagne peut ainsi être exercé en Autriche mais seulement dans les limites définies par le droit autrichien, c'est-à-dire seulement contre un cercle déterminé de personnes. La transposition entraîne dans ce cas un affaiblissement du droit réel étranger. Inversement, lorsqu'il y a déplacement d'Autriche en Allemagne, l'effet réel est renforcé puisque le cercle des personnes contre qui une action peut être ouverte est plus grand. Dans le même ordre d'idée on peut citer l'exemple des restrictions touchant les parties, la préten-tion garantie ou le bien donné en sûreté, et imposées par plusieurs ordres juridiques en matière de sûretés sans dépossession. Il s'agit en général de conditions permanentes (*Dauervoraussetzung*) imposées par la nouvelle *lex situs*(4). Lorsqu'un bien sur lequel est assis une sûreté passe d'un pays sans restriction dans un autre pays mettant des limites à l'exercice de la sûreté, ces limites s'appliquent à la situation juridique du bien dès le passage de la frontière et empêchent le droit de déployer certains effets.

b) Dispositions légales

Apparemment seul le Canada connaît une disposition légale relative à la question de la transposition. Le (Uniform) Conditional Sales Act adopté dans la plupart des provinces anglophones dispose qu'un droit de revendication ou de préférence sur le prix du bien vendu ou un droit de résolution de la vente et à la reprise du bien accordé au vendeur en vertu de la loi régissant un contrat de vente fait en dehors de la province ne sera pas valide dans la province après que le bien y aura été amené, à moins que le contrat ne se conforme

1) Zitelmann II 342; Wolff, p. 178.

2) Wolff, p. 178, 179; Zitelmann II 343; von Caemmerer, p. 30.

3) Zitelmann II, p. 343, 344.

4) Drobnig *RebelsZ* 1974, 475, 484.

aux conditions requises d'un contrat de vente sous condition et soit inscrit(1).

c) Jurisprudences nationales

A défaut de dispositions légales la jurisprudence a dû dégager des principes pour régler différents cas de conflits mobiles. Nous reprenons ci-dessous des décisions de tribunaux de différents pays. L'attitude des tribunaux du nouvel ordre juridique est influencée par l'approche générale du for à l'égard des sûretés et en particulier des sûretés sans dépossession(2).

II) Allemagne fédérale

Il a déjà été fait allusion au libéralisme du système allemand. Celui-ci fait un accueil très large aux sûretés étrangères. Ce libéralisme tient tout d'abord au fait que le droit allemand pose rarement des conditions de forme et de publicité à la constitution des sûretés. Nous avons vu par exemple que la réserve de propriété pouvait être conclue oralement. En outre, la pratique s'est détournée de plus en plus des sûretés mobilières prévues par le BGB, pour en développer d'autres, comme par exemple le transfert fiduciaire à titre de garantie ou les formes élaborées de la propriété (prolongée et élargie)(3). L'essor de pareilles sûretés n'a pu se réaliser sans le secours de la jurisprudence qui joue un rôle déterminant dans l'élaboration de ce droit(4). Cette évolution explique que la jurisprudence allemande fasse un accueil très large aux sûretés étrangères. L'éventail des sûretés allemandes étant très vaste, une sûreté étrangère a toutes les chances d'y trouver son équivalent. Les sûretés ne sont pas, rappelons-le, seulement faciles à constituer, mais elles s'avèrent de surcroît efficaces vis-à-vis des tiers. Une petite clause sans forme permet au créancier exportateur de bénéficier en Allemagne des avantages considérables d'une sûreté réelle(5).

Un examen de la jurisprudence allemande en cette matière est une preuve de la flexibilité du système. Nous allons voir qu'il fut aisé au BGH de reconnaître en Allemagne un droit de gage français sans dépossession et une réserve de propriété italienne. La décision de l'OLG de Hambourg dont il a été question ci-dessus mentionne que la "réservation of the right of disposal" a la même signification juridique et économique que la réserve de propriété allemande. La réserve anglaise était donc en principe assimilée à une réserve de propriété allemande. La reconnaissance en Allemagne de la "reservation of the right of disposal" anglaise n'avait pas été possible parce que le tribunal avait considéré la réserve comme un droit non définitivement acquis.

Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner la décision du BGH relative au droit de gage français sans dépossession(6). Cette décision importante qui

1) Drobnič RabelsZ 1974, 481; le même, Etude/Sûretés, p. 139.

2) Drobnič RabelsZ 1974, 482.

3) Voir ci-dessus, Titre II, chap. III.

4) Witz RIDC 1985, p. 27.

5) Drobnič RabelsZ 1968, p. 451.

6) BGH 2-3, 1963, BGHZ 39.173=NJW 1963, 1200=IPRspr 1962/63, N° 60, S.E. B.g C, cf Titre II, chap. VI, § 4.

constitue un arrêt de principe a été très discutée en doctrine. Les faits étaient les suivants: la défenderesse, une entreprise allemande, fit saisir sur la base d'un jugement exécutoire allemand une automobile appartenant à un de ses débiteurs avec qui elle avait été en relation d'affaires et qui avait emmené le véhicule en Allemagne après l'avoir acheté en France. La demanderesse, un institut de crédit français, avait financé l'achat de ce véhicule. Sa créance avait été garantie par la constitution d'un droit de gage sur le véhicule. Le droit de gage avait été inscrit dans le registre de la préfecture compétente à Strasbourg. Sur la base de ce droit de gage inscrit la demanderesse revendiquait le droit à être désintéressée de manière privilégiée sur le véhicule, conformément à l'article 805 ZPO. Toutes les instances admirent la demande. Le BGH tient le raisonnement suivant:

- En droit international réel un changement de territoire a pour conséquent un changement de statut.
- Le nouveau statut reconnaît en principe les droits acquis sous l'ancien statut.
- Le droit de gage français doit donc être reconnu en Allemagne à moins qu'il ne viole un principe fondamental du droit allemand auquel il ne peut être renoncé et dont l'application est impérative.

En l'espèce, le principe du nantissement prévu par le BGB aurait pu être retenu comme principe de droit impératif par la Cour. Mais le BGH fait remarquer que le droit allemand a d'une part abandonné ce principe dans plusieurs réglementations spéciales et que, d'autre part, le transfert de propriété fiduciaire avec constitut possessoire est autorisé et largement utilisé par la pratique. Celle-ci et la jurisprudence ont quasiment aboli le principe du nantissement. En tout cas il n'est plus possible d'attribuer aux normes du droit de gage allemand un caractère impératif par rapport aux normes étrangères. Le BGH examine également la question de savoir s'il faut interdire l'application du droit étranger pour des raisons d'ordre public. Selon l'article 30 EGBGB l'application d'une loi étrangère est exclue lorsque le résultat concret auquel elle conduirait est incompatible avec le sens et but d'une loi allemande. La loi française pouvant entrer en considération est celle relative au droit de gage sur les automobiles et la loi allemande susceptible d'être violée, celle sur le droit de gage mobilier.

La Cour allemande a cependant estimé que des considérations d'ordre public ne pouvaient entrer en ligne de compte. Même si le droit allemand ne connaît pas le droit de gage par inscription il a à disposition le transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie (Sicherungsübereignung) qui constitue une sûreté sans dépossession. Il n'y a donc pas violation des dispositions allemandes sur le nantissement car les parties avaient constitué une sûreté selon le droit allemand auraient utilisé le transfert de propriété à titre de garantie dont la constitution est de surcroît plus facile que celle d'un droit de gage français sans dépossession puisqu'une inscription n'est même pas exigée. La solution apportée par le BGH au cas d'espèce a en général été approuvée, dans son résultat, par la doctrine, mais l'argumentation à la base de la décision n'est pas restée incontestée(1). On a dit qu'elle rompait avec les principes dégagés jusque-là par la doctrine et la jurisprudence. Il a été reproché au tribunal de

1) Staudinger/Stoll, N° 457, 462; Drobnig/Kronke, p. 104.

ne pas avoir procédé à une transposition: la Cour admet apparemment que le droit de gage français soit reconnu dans l'ordre juridique allemand avec l'empreinte réelle de départ mais sans rechercher une institution juridique équivalente du droit allemand. Cette manière de faire est incompatible avec le principe du *numerus clausus*. Elle conduirait à la longue à un résultat intolérable du point de vue de la politique juridique car elle signifierait qu'un juge allemand doit apprécier des droits assis sur des biens introduits en Allemagne selon le droit étranger, ce qui est fort délicat.

La décision est néanmoins justifiée pour une autre raison. Le véhicule faisant l'objet du gage était en l'espèce un moyen de transport. Lors d'un voyage il s'était trouvé temporairement en Allemagne mais son lieu principal de stationnement était situé en France. Les moyens de transport quittent souvent leur lieu principal de stationnement. Lorsqu'ils sont introduits temporairement dans un Etat, le lien avec le nouvel ordre juridique est alors trop lâche pour qu'il puisse constituer un facteur de rattachement. En conséquence le changement de lieu ne justifie pas dans ces cas un changement de statut. Les droits attachés aux moyens de communication et de transport restent soumis au droit de leur lieu de stationnement principal(1).

Dans une autre décision dont il a déjà été question l'Oberlandesgericht de Hambourg a assimilé une réserve de propriété anglaise ("reservation of the right of disposal") à une réserve de propriété allemande. Rappelons brièvement que le tribunal estima qu'une réserve de propriété représentait un état de fait non accompli et que, par conséquent, le droit allemand s'appliquait. Or, selon ce droit, la réserve de propriété n'avait pas été conclue valablement(2).

Deux autres décisions ont trait à la reconnaissance en Allemagne de réserves de propriété italiennes. La première est une décision du Landgericht de Francfort(3). Un acheteur allemand avait acquis des biens sous réserve de propriété auprès d'une firme italienne. L'acheteur fit saisir plus tard la marchandise en Allemagne. La venderesse italienne agissant comme tiers opposant dans la procédure de saisie revendiquait un droit de propriété sur la marchandise en invoquant la réserve de propriété conclue en Italie. Le Landgericht jugea que la réserve de propriété conclue sous l'empire de la première *lex situs* n'était valable qu'entre parties car les prescriptions de forme du droit italien n'avaient pas été respectées. Elle n'était en conséquence pas opposable aux tiers et notamment au créancier saisissant. L'acheteur était devenu propriétaire de la marchandise selon le droit italien. La réserve de propriété n'aurait été valable que si après avoir amené les biens en Allemagne, l'acheteur en avait retransféré la propriété au vendeur selon le droit allemand. Puisque tel n'avait pas été le cas, le tribunal rejeta l'action de la vendeuse italienne.

La deuxième décision émane du BGH et concerne un cas similaire. La Cour aboutit cependant au résultat inverse, soit à la validité de la réserve de propriété italienne(4). En l'espèce, le demandeur, un vendeur italien, avait vendu

-
- 1) Drobnig Fest., p. 144; Drobnig/Kronke, p. 104; Sonnenberger RIW/AWD 1971, p. 253ss. (255).
 - 2) OLG Hambourg 2.6.1965, *RebelsZ* 32 (1968) 538, 539=IPRspr 1964/65, N° 73, p. 234-235.
 - 3) LG Frankfurt 9.7.1958 IPRspr 1958/59, N° 109, p. 379.
 - 4) BGH 2.2.1966, *BGHZ* 45, 95=IPRspr 1966/67, N° 54, AOK g. B.

des machines à tricoter à un Allemand. Les parties avaient conclu oralement en Italie une réserve de propriété. Avant que les machines ne soient payées, une caisse d'assurance maladie allemande en avait fait saisir quatre pour couvrir des montant impayés. Les machines avaient été ensuite réalisées. Le demandeur italien réclamait des dommages-intérêts sur la base de l'enrichissement illégitime. Selon le droit italien, droit du lieu de naissance du droit réel, la réserve de propriété convenue ne produisait ses effets que dans les rapports entre parties au contrat de vente (article 1523 Codice civile) car les prescriptions de forme n'avaient pas été respectées. L'introduction du bien en Allemagne ne devait en principe rien changer à cette situation puisqu'en vertu des règles traditionnelles de DIP le nouveau statut reprend le bien avec l'empreinte réelle d'origine. Le droit allemand ne connaît pas la réserve de propriété relative, la Cour relève obiter dictum qu'elle ne serait pas incompatible avec l'ordre juridique allemand (article 30 EGBGB) mais une réserve de propriété valable uniquement entre parties n'a que peu d'importance pratique(1). Elle ne permettait pas en l'espèce au vendeur italien de fonder sa prétention en enrichissement illégitime. Pour s'imposer face aux créancier saisissant, le vendeur devait avoir à disposition une réserve de propriété allemande déployant des effets absolus. Dans son argumentation le BGH s'en tient tout d'abord à la thèse de "la reprise des empreintes réelles antérieures". Mais étant donné que la réserve de propriété manquait son but principal et que les parties avaient apparemment voulu constituer une réserve de propriété valable selon le droit allemand, la Cour conclut à l'existence d'une stipulation tacite des parties selon laquelle le vendeur devait redevenir propriétaire des machines dès l'instant où l'acheteur était mis en possession de celles-ci. Ce retransfert avait eu lieu par constitut possessoire (930 BGB)(2). La réserve de propriété qui n'était que relative à l'origine était ainsi transformée en une réserve de propriété produisant des effets absolus au sens de 455 BGB. Cela rendait caduque la saisie du créancier allemand(3).

La solution adoptée par le BGH a en général été approuvée. Mais le détour artificiel utilisé a suscité la critique(4). La construction du BGH consistant, par une interprétation de la volonté des parties, à assimiler une réserve de propriété à un retransfert de propriété par constitut possessoire ("Griff in die Zukunft" selon l'expression de Kegel(5)) présente certains inconvénients. La volonté (de l'acheteur) de procurer une sûreté réelle au vendeur doit subsister jusqu'à la réception de la marchandise par l'acheteur; la propriété est retransférée seulement à partir de ce moment-là et non pas déjà à partir du passage de la frontière; cela a été clairement exposé par le BGH. Cela signifie que le vendeur n'est assuré qu'à partir de ce moment-là. Sa position en est par conséquent considérablement affaiblie(6). Il serait préférable que les effets du droit du vendeur cessent dès le passage de la frontière pour laisser se déployer ceux de la réserve de propriété allemande car même si le laps de temps s'écoulant entre le passage de la frontière et la remise à l'acheteur n'est en général pas de longue durée, il n'est pas exclu que des tiers fassent valoir des

1) IPRspr 1966, p. 183.

2) Drobnig Fest., p. 146.

3) IPRspr 1966, p. 185.

4) Drobnig Fest., p. 146.

5) Kegel Jus 1968, p. 165.

6) Staudinger/Stoll, N° 413; Lüderitz, p. 201.

droits sur la marchandise pendant cette période(1). La doctrine a essayé de dégager d'autres solutions relevant du droit des conflits de loi et dont l'application devrait mener à des résultats équitables.

La règle de conflit traditionnelle selon laquelle le nouveau statut reprend les droits réels créés sous l'ancien statut est elle-même remise en question lorsqu'il s'agit comme ici de l'importation de biens(2), c'est-à-dire de l'achat de biens qui, conformément à l'intention des parties, doivent être transportés d'un pays à l'autre. Les diverses propositions concernant l'élaboration d'une règle de conflit spéciale pour des sûretés constituées sur des biens importés ont ceci en commun de vouloir soumettre la sûreté entièrement au droit du pays d'importation dès que la marchandise a passé la frontière; l'empreinte réelle du pays d'exportation ne devrait plus être prise en compte(3). Cette proposition s'inspire apparemment de la décision du BGH susmentionnée. Cette nouvelle règle devrait permettre à une sûreté étrangère de déployer des effets dans le pays d'importation alors même que cela n'était pas possible dans le pays d'exportation. Nous ne reprenons pas ici les propositions des auteurs dans leurs détails, il suffit de constater que trois tendances se dégagent par rapport à la nouvelle règle de conflit proposée. Alors que certains estiment qu'elle doit s'appliquer impérativement(4), d'autres pensent qu'il est préférable de pouvoir y déroger car les parties peuvent aussi avoir intérêt à ce que la sûreté soit maintenue dans le pays d'importation avec les effets que le pays d'exportation lui attribuait. Ceci suppose évidemment que le pays d'importation accepte des effets différents de son propre droit. S'il est impensable qu'il tolère des effets plus forts, il peut en revanche autoriser des effets plus faibles. C'est pourquoi les parties devraient avoir la possibilité de conserver les effets du pays d'exportation dans le pays d'importation. Une convention (expresse)(5) des parties dans ce sens serait, alors nécessaire. La décision du BGH n'exclut pas non plus la possibilité pour les parties de garder les effets plus faibles du pays d'exportation. Le tribunal relève en effet que le droit allemand aurait aussi toléré une réserve de propriété relative, telle celle du droit italien, mais en l'espèce cela ne correspondait pas à la volonté des parties. D'ailleurs d'une manière générale les parties souhaiteront certainement plutôt pouvoir bénéficier des effets plus forts du nouveau statut étant donné qu'ils leur permettront (avant tout au créancier) de faire valoir leurs droits face aux tiers. Un souhait inverse nous semble représenter un cas bien particulier. Enfin, une troisième tendance propose de s'en tenir directement et exclusivement à la convention des parties déterminant le droit applicable; si la convention n'est pas expresse, elle devrait être complétée en tenant compte de la volonté hypothétique des parties(6). C'est finalement ce à quoi le BGH a procédé. Nous reviendrons plus loin sur la question très discutée de l'autonomie de la volonté en matière de droits réels.

Des diverses propositions et de la décision du BGH se dégage une tendance générale en faveur du pays de destination. Le principe de la reprise des droits

1) Drobniĝ RabelsZ 32 (1968) 466-467; Kegel Jus 1968, p. 165.

2) Drobniĝ Fest., p. 147.

3) Staudinger/Stoll, N° 413; Drobniĝ RabelsZ 1968, p. 458.

4) Drobniĝ Fest, p. 147.

5) Drobniĝ RabelsZ 1968, p. 470, 471.

6) Drobniĝ Fest. p. 147; Sturm NJW 1974, 1037.

constitués antérieurement perd de sa valeur dans la mesure où l'intérêt des parties consiste en général, non pas au maintien des effets anciens, mais à la réception de ceux du pays d'importation. A l'inverse des moyens de transport dont il a été question ci-dessus, les sûretés assises sur des biens d'importation ne sont pas destinées au maintien du statut quo, mais au contraire à l'intégration dans le système de droit des sûretés du pays de destination. Le changement de lieu signifie donc changement de statut comme le prévoient les règles traditionnelles de conflits; par rapport à ces règles l'élément nouveau des propositions susmentionnées réside justement dans la façon d'intégrer la sûreté dans le nouvel ordre juridique.

22) France

D'une manière générale la France s'est montrée jusqu'à présent restrictive à l'égard des sûretés constituées à l'étranger. Les affaires dont la Cour de cassation a eu à s'occuper concernaient la plupart du temps des sûretés allemandes. Leur reconnaissance en France a souvent échoué parce qu'elles ne satisfaisaient pas aux conditions françaises de publicité ou parce qu'elles constituaient, de l'avis des juges, un pacte commissaire. Deux éléments nouveaux permettent cependant d'espérer une évolution vers des solutions plus libérales. Il a déjà été fait allusion au premier de ces éléments. Il s'agit de l'introduction en France de la loi assez récente (1980) sur les clauses de réserve de propriété. Le second de ces éléments auquel nous pensons est une décision de la Cour de cassation de 1982 dans laquelle la Cour semble adopter une attitude plus libérale par rapport à ses décisions antérieures comme nous allons le voir.

Nous examinerons tout d'abord une décision du Tribunal civil de Strasbourg(1). En l'espèce, il s'agissait de juger la validité d'une clause de réserve de propriété allemande. Le contrat de vente à crédit avec clause de réserve de propriété avait été valablement conclu en Sarre selon la loi allemande. Il portait sur des machines qui, à l'époque du litige, se trouvaient en France. Le droit français ne connaissait pas de réserve de propriété comparable à celle du droit allemand. Il fallait en conséquence rechercher une institution juridique française équivalente. Le juge français estima que le contrat avait "les apparences d'un contrat de louage de choses, assorti d'une promesse de vente avec réserve de propriété jusqu'au parfait paiement". Ce contrat était nul à l'égard du créancier saisissant car il n'avait pas été procédé aux formalités de publicité prévues par la loi française (loi de 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement). Un arrêt encore plus ancien émanant de la Cour de cassation a trait à la validité d'une clause passée en Allemagne selon laquelle le créancier gagiste, une société hollandaise, devenait de plein droit, en garantie du remboursement de son prêt, propriétaire du gage sous réserve d'un droit de rachat au profit du débiteur(2): "...en garantie de ses obligations, la Société des automobiles Ravel cède à la Société Administration Kontor la propriété de cinq voitures dont la reprise ne pourra être effective qu'autant que l'équivalent de leur valeur aura été payé". Les voitures avaient été

1) Tribunal civil de Strasbourg 19.6.1957 RCDIP 1959.95, Jaeger et Becker c. Caisse d'allocations familiales de Strasbourg.

2) Cour de cassation 24.5.1933, RCDIP 1934, 142; Clunet 62-(1935)33, Soc. Administratie Kantoor de Maas c. Bez ès qual.

déposées chez un tiers en France. Le débiteur français tomba par la suite en faillite. Le créancier gagiste revendiquait la propriété des voitures vendues dans la faillite du débiteur français sur la base de la clause susmentionnée. La Cour jugea que la convention était de nul effet: "en tant qu'elle prévoyait en même temps que la faculté de rachat du débiteur, le transfert de plein droit, au profit du créancier, de la propriété d'un gage affecté à la garantie d'un prêt, ladite convention renfermait un pacte commissaire prohibé par la loi française (article 2078 Code civil), seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France".

En 1969 la Cour de cassation a eu à juger d'un cas semblable(1). Une société allemande avait ouvert, en Allemagne, à une autre société allemande, un crédit devant financer l'achat d'un véhicule. Ce dernier fut immatriculé en Allemagne. La convention des parties passée selon la loi allemande prévoyait que le véhicule serait frappé "d'un gage assorti d'une clause de réserve de propriété au profit du créancier". Le véhicule fut introduit ultérieurement en France où un créancier de la société débitrice le fit saisir. La Cour écarta les prétentions du créancier gagiste en reprenant la formule de l'arrêt de 1933: "La convention renferme un pacte commissaire prohibé par la loi française seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France" et ceci: "...même si cette convention a été conclue entre deux sociétés allemandes". Cette décision a suscité des remous en doctrine. On a remis en cause à cette occasion le partage de compétence entre la loi contractuelle et la loi réelle et en cas d'application de cette dernière le partage entre la loi ancienne et la loi nouvelle(2). La Cour maintient son orientation en se prononçant en faveur de la loi de situation nouvelle du bien. Même si la décision de 1969 est défendable d'un point de vue logique et rationnel, son opportunité peut être mise en doute(3). En effet, beaucoup plus qu'en 1933, le rattachement à la loi étrangère, loi du contrat ou/et loi réelle ancienne, semblait s'imposer puisque le contrat avait été passé en Allemagne, conformément à la loi allemande, entre deux parties allemandes et avait pour objet un véhicule immatriculé en Allemagne(4).

La Cour n'a dans aucune des deux décisions fait appel à l'ordre public pour écarter les prétentions du créancier gagiste. Sur ce point il faut approuver l'argumentation de la Cour car l'interdiction du pacte commissaire en droit interne français "n'est pas une raison suffisante pour en faire une disposition d'ordre public international"(5). Notons encore quela Cour ne se fonde dans aucune des deux décisions sur l'absence de publicité pour dénier tout effet aux sûretés étrangères. La nullité résulte de leur assimilation erronée

1) Cour cass. 8.7.1969, JClP 1970 II, N° 16182=RCDIP 1971, 75=Clunet 97(1970) 916; Soc. D.I.A.C c.A Oswald.

2) Gaudemet-Tallon JCP 1970, II 16182.

3) Fouchard RCDIP 1971, 75/79.

4) Fouchard RCDIP 1971, 76/77.

5) Gaudemet-Tallon JCP 1970 II 16182; Bartin, Princ. III § 427, p. 524. Contra, Niboyet qui considère l'interdiction du pacte commissaire sous l'angle de l'ordre public (RCDIP 1934, 142). Pourtant cet auteur s'était prononcé antérieurement en faveur de l'exécution en France d'un pacte commissaire régulièrement conclu à l'étranger (Niboyet, Thèse, p. 379).

au pacte commissaire(1). Cette qualification fut abandonnée par la Cour en 1973(2). Le résultat n'en fut cependant pas moins une nouvelle fois la nullité de la sûreté étrangère.

Dans cette décision le bénéficiaire de la sûreté réelle, une banque hollandaise avait tout d'abord acheté du matériel industriel à une autre société hollandaise et par un autre contrat dit de location-vente avait rétrocédé le même matériel au vendeur pour le prix correspondant au prix d'achat et payable par fractions. Plus tard ce matériel fut introduit en France où un créancier français fit saisir le matériel. La banque hollandaise forma tierce-opposition au jugement validant la saisie. Les motifs de l'arrêt sont les suivants: a) application de la loi française aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France; b) la banque hollandaise, par un acte se présentant comme une vente à crédit avec réserve de propriété au profit du vendeur, a, en réalité, consenti un prêt à un acheteur de matériel industriel moyennant constitution, sur ce matériel, d'un gage sans dépossession de l'emprunteur qui ne fait pas la preuve d'un droit opposable aux tiers sur ledit matériel (2076 Code civil).

Les affaires qui ont occupé la Cour de cassation ne sont qu'en apparence des réserves de propriété(3), elles correspondent en réalité à un autre type de sûreté réelle sans possession de la chose par le créancier, à savoir le transfert de propriété à titre de garantie (Sicherungsübereignung) utilisé en Allemagne et en Hollande. La notion de "réserve" suppose que le vendeur soit le donneur et non pas le bénéficiaire du crédit. Dans les cas où il s'agit de transferts de propriété à titre de garantie la jurisprudence française considère qu'il s'agit d'un gage sans dessaisissement du débiteur, d'une hypothèque mobilière, c'est-à-dire d'une sûreté réelle inconnue du droit français(4).

La distinction ignorée par la Cour entre transfert de propriété à titre de garantie et réserve de propriété n'a pas qu'une importance théorique. Alors que le transfert de propriété à titre de garantie tel qu'il est pratiqué en Allemagne est inconnu en France, "l'Eigentumsvorbehalt" est l'exact équivalent de la réserve de propriété stricto sensu utilisée pour garantir le vendeur de meubles à crédit. Il est vrai que son efficacité en France a été longtemps réduite puisque la réserve était inopposable à la masse en liquidation de biens de l'acquéreur(5). Cependant la transposition d'une réserve de propriété allemande en une réserve française ne devrait à l'avenir plus causer de difficultés, du moins en ce qui concerne le contenu de la sûreté, étant donné que depuis l'adoption de la loi du 12.5.1980, une réserve de propriété déploie (sous certaines conditions que nous aurons encore l'occasion d'examiner) des effets dans la faillite l'acheteur(6).

1) Fouchard RCDIP 1971, 83/84.

2) Cour de cassation 3.5.1973, RCDIP 1974, 100=Clunet 102 (1975) 74. Soc. Nederlandsche Middenstands Financierings Bank N.V. C. Girard et autres.

3) Fouchard RCDIP 1971, 75.

4) Mezger RCDIP 1974, 106.

5) Fouchard RCDIP 1971, 75/86.

6) Loi N° 80-335 du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente, JO 1980, p. 202, JCP 1980 I 2978; Ortscheidt RIDC 1983, p. 767; Witz RIDC 1985, p. 34; Arnold BB 1981, p. 268.

Une décision de la Cour d'appel d'Amiens mérite d'être mentionnée car elle prend une orientation un peu différente des arrêts de la Cour de cassation(1). Une société d'exportation allemande avait livré des marchandises à une société française. Chaque confirmation de commande du vendeur était établie sur un imprimé portant la clause suivante: "Nous nous réservons le droit de propriété des marchandises livrées jusqu'au paiement intégral de toutes les fournitures dues aux termes du présent contrat". A la suite de difficultés financières une procédure de règlement judiciaire fut ouverte contre la société française. La société allemande revendiqua les marchandises en invoquant la clause de réserve de propriété opposable selon elle à la masse des créanciers. La Cour d'appel rappelle que selon les dispositions de l'article 61 de la loi de 1967 (loi sur les clauses de réserve de propriété en vigueur à l'époque), des marchandises dont la vente a été résolue antérieurement au jugement de règlement judiciaire peuvent être revendiquées aussi longtemps qu'elles existent en nature. L'action en revendication du vendeur était postérieure à la date de mise en règlement judiciaire, il incombait à la Cour de déterminer si à cette date le bénéfice de la clause était acquis à la société allemande. La Cour l'admit en déclarant "qu'au terme d'une longue évolution jurisprudentielle, l'opposabilité à la masse d'une clause de réserve de propriété n'exige pas du demandeur en revendication la justification de l'introduction d'une procédure antérieurement à la date du prononcé du règlement judiciaire ...Il doit seulement être exigé du vendeur preuve de ce que antérieurement à cette date il ait manifesté par un acte formel et non équivoque sa volonté de se prévaloir de la clause de réserve de propriété pour revendiquer la marchandise litigieuse ..." Or, en l'espèce, le vendeur avait manifesté cette volonté.

Un arrêt du 11 mai 1982(2) marque un important assouplissement dans l'attitude traditionnelle de la Cour de cassation à l'égard des sûretés mobilières en droit international privé. Les faits rappellent ceux des arrêts précédents. Un contrat de crédit-bail, portant sur une machine située en Allemagne, avait été conclu dans ce pays entre deux sociétés allemandes, Localease, crédit-bailleur, et Tacken, preneur. Cette opération n'avait fait l'objet d'aucune publicité comme le permet la loi allemande. Par la suite la société Localease avait autorisé la sous-location de la machine et avait prescrit sa livraison à une société française, Fripom. Le matériel fut ainsi introduit en France où aucune publicité n'avait été non plus accomplie. Quelque temps après, la société Fripom fut mise en règlement judiciaire et son syndic refusa de restituer le matériel à la société Localease. La Cour d'appel lui donna raison et débouta Localease de son action en revendication au double motif que le matériel constituait l'élément essentiel de la solvabilité apparente et du crédit de la société Fripom et que la société Localease n'avait pas procédé en France à la publicité de son contrat de leasing au lieu où est exploité le matériel loué ou au siège social du commerçant qui exploite ce matériel, conformément aux dispositions de la loi du 2 juillet 1966 sur le crédit-bail et du décret du 4 juillet 1972. La Cour d'appel a été censurée sur les deux points, sur le premier parce que la Cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision et sur le second parce qu'en invoquant la loi de 1966 et le décret de 1972 alors qu'elle

1) Cour d'appel d'Amiens 10.1.74=D 1974, 363.

2) Cour de cassation (Ch com) 11 mai 1982, RCDIP 1983, p. 450; Soc. Localease c. Slinger.

n'avait relevé l'existence d'aucun contrat de crédit-bail entre Localease et Fripom, la Cour d'appel avait violé ces textes par fausse application. A première vue il s'agissait ici de déterminer l'efficacité internationale du crédit-bail. Pourtant l'internationalité même de ce dernier peut paraître douteuse étant donné que le bailleur et le locataire avaient tous deux leur siège en Allemagne, seul le siège du sous-locataire était en France. Ceci expliquerait, au moins en partie, la solution retenue par la Cour de cassation. Mais comme le relève M. Khairallah(1) si l'on envisage les choses sous un autre angle, il apparaîtra indifférent que le contrat de crédit-bail soit ou non international et que ce soit le locataire ou le sous-locataire qui ait son siège dans un autre pays que celui du bailleur: il s'agit d'un contrat de crédit-bail, manifestement soumis à une loi étrangère, portant sur un meuble qui a été ultérieurement introduit en France, et c'est en France que le crédit-bailleur entend opposer aux tiers son droit de propriété qui n'a fait l'objet d'aucune publicité. En outre, malgré la qualification de crédit-bail par la loi de 1966, la propriété du bien financé joue incontestablement, dans cette opération, un rôle de garantie réelle. Le problème est alors celui de l'efficacité en France d'une sûreté constituée sous l'empire d'une loi étrangère et qui ne remplit pas les conditions d'opposabilité prescrites par la loi française(2). Dans cette mesure le présent arrêt a beaucoup de similitudes avec celui du 3 mai 1973, car là aussi la sûreté réelle, en l'occurrence un transfert de propriété à titre de garantie, avait été convenue entre parties hollandaises et portait sur un meuble qui avait été par la suite introduit en France. Rappelons que la Cour avait conclu, autrement que dans le présent arrêt, à l'inopposabilité de la sûreté.

Ici aussi l'action en revendication du propriétaire allemand aurait pu se heurter aux exigences de la loi française intervenant d'ailleurs à deux titres différents en tant que loi de la faillite et en tant que lex situs. Or, l'arrêt attribue à la loi de la garantie une étendue et un rôle qui lui étaient jusque-là déniés(3). En ce qui concerne le conflit entre la loi de la garantie et la loi de la faillite, l'arrêt semble cantonner cette dernière dans son rôle d'organisation de la masse sans qu'elle déborde sur les conditions d'acquisition de la garantie. Dans le conflit entre la loi de la garantie et la lex rei sitae on peut se demander si cette dernière est vraiment remise en cause. S'il avait existé un contrat de crédit-bail entre Localease et Fripom ou si le preneur avait eu son siège en France ou encore si le contrat de sous-location était soumis à publicité, celle-ci aurait peut-être été imposée conformément à la loi française(4). Dans tous les cas une chose est certaine: même si le propriétaire avait voulu procéder à une publicité, celle-ci aurait été matériellement irréalisable: le crédit-bail ne pouvait être publié ni en Allemagne, puisque la loi allemande n'organise pas de publicité dans ce domaine, ni en France, puisque le "client" ne s'y trouve pas. Relevons un certain parallélisme avec une décision du TF (106 II 197) que nous reprenons ci-dessous. Dans cette décision l'acquéreur n'avait pas de domicile en Suisse, ce qui empêchait l'inscription d'un pacte de réserve de propriété à son domicile. Malgré cette impossibilité le TF, à l'inverse de la Cour de cassation, a débouté la demanderesse de sa prétention

1) Khairallah, note à l'arrêt RCDIP 1983, p. 452.

2) Khairallah, RCDIP 1983, p. 452.

3) Khairallah, RCDIP, 1983, p. 453.

4) Witz, note sous l'arrêt rapporté D 1983, 271, 272.

en revendication. Même s'il est difficile de connaître exactement les raisons qui ont incité la Cour française à trancher comme elle l'a fait, sa décision a au moins l'avantage, par rapport à celle du TF de rester cohérente avec son droit interne. On peut se demander à quel titre la Cour de cassation a appliqué la loi allemande: en tant qu'ancienne *lex rei sitae* ou en tant que loi du contrat. Peu de raisons militent en faveur de la loi ancienne car d'une manière générale on ne lui accorde pas une valeur supérieure à la loi nouvelle(1). En outre, un autre élément parle en faveur de la loi du contrat. Parmi les arguments invoqués par la société *Localease* il s'en trouvait un que la Cour a tenu de mentionner, celui par lequel cette société soutenait que le contrat de crédit-bail était exclusivement régi par la loi allemande qui n'exige aucune publicité. L'application de la loi du contrat est apparue dans un arrêt à peine plus vieux de la Cour de cassation rendu, cette fois, en matière de sûretés légales(2). En l'espèce, une société hollandaise avait acheté du maïs à une coopérative française et chargé un commissionnaire français de le faire transporter en Belgique. Apprenant que l'acheteur était dans une situation précaire, le commissionnaire fit arrêter la marchandise, qui était déjà en cours de route sans avoir toutefois encore quitté le territoire français, en provoqua la vente et invoqua son privilège tel qu'il est prévu par la loi française, le vendeur de son côté invoquait aussi son privilège. La Cour a fait abstraction de toute référence à la *lex rei sitae* et a expressément appliqué au privilège la loi du contrat, qui était aussi la loi française. L'écartement de la *lex rei sitae* pouvait cependant aussi s'expliquer par le fait qu'il s'agissait de biens en transit qui selon l'opinion dominante, échappent à l'emprise de la loi de leur situation effective(3). Mais si la Cour avait vraiment écarté la loi française en tant que *lex rei sitae* parce qu'il s'agissait de biens en transit, n'aurait-elle pas dû appliquer la loi du pays de destination (Belgique) comme le préconise l'opinion dominante? Si elle ne l'a pas fait, il est donc permis de voir dans sa décision une référence délibérée à la loi du contrat.

S'il est prématuré de conclure à un revirement de jurisprudence, c'est-à-dire à une soumission des sûretés mobilières à la loi du contrat, ces deux arrêts marquent cependant un assouplissement des principes ayant régi jusqu'à présent les conflits mobiles nés du déplacement d'un bien. A ce propos M. Khairallah(4) fait remarquer que des atteintes sérieuses ont été portées en droit français au rôle de la publicité. L'application de l'article 2279 du Code civil et de la théorie de l'apparence est soumise à des restrictions de plus en plus nombreuses. Une preuve de cette évolution est fournie par la loi de 1980 relative aux clauses de réserve de propriété pour lesquelles aucune publicité n'est exigée. Complétant cette évolution, la Cour de cassation subordonne dans son arrêt la prise en considération de la solvabilité apparente à deux séries de conditions cumulatives: la création volontaire, dans une intention de fraude, de l'apparence de la solvabilité et la participation du titulaire de la grantie à une telle fraude. Les principales raisons pour lesquelles on a jusqu'à présent appliqué la *lex rei sitae*, protection des tiers et sécurité des transactions, ont perdu de leur importance étant donné que la publicité au lieu de situation semble de

1) Khairallah RCDIP 1983, p. 458. Gaudemet-Tallon p. JCP 1970 II 16182.

2) Cour de cassation (Ch com) 8.7.1981, D 1981 I.R.541=RCDIP 1983, p.267.

3) Khairallah RCDIP 1983, p. 459.

4) Khairallah RCDIP 1983, p. 459.

plus en plus n'être ni une condition suffisante, ni une condition nécessaire de l'opposabilité du droit réel au tiers.

33) Suisse

Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner la rigidité du système suisse des sûretés mobilières(1). La reconnaissance en Suisse de sûretés étrangères en est rendue difficile ainsi que nous allons le voir. Deux décisions du TF se rapportent à la reconnaissance en Suisse de réserves de propriété constituées en Allemagne. Sur le plan purement institutionnel qui nous intéresse ici, soit sur le plan du contenu de la sûreté, les réserves de propriété allemandes et suisses sont équivalentes et la transposition de l'une à l'autre ne cause en principe aucun problème(2). Dans les décisions qui suivent c'est le défaut de publicité qui a mis obstacle à leur reconnaissance.

Dans le premier arrêt(3) Meier, domicilié à Zurich, avait acheté des machines à Peters & Cie, une entreprise allemande. Le paiement devait avoir lieu par acomptes. Sur le formulaire utilisé le vendeur allemand se réservait la propriété des machines jusqu'au complet paiement du prix. Meier tomba ensuite en faillite. Peters revendiqua la propriété des machines dans la faillite.

Le TF rappelle tout d'abord le principe selon lequel les droits constitués à l'étranger sont en principe reconnus par le nouvel ordre juridique. Ce principe souffre une exception lorsque le nouveau statut met au maintien des droits constitués à l'étranger des conditions particulières, inconnues de la première *lex rei sitae*. Il faut dans tous les cas respecter les dispositions d'ordre public du nouveau statut. Or tel est le cas de l'article 715 CCS qui ordonne l'inscription du pacte de réserve de propriété dans un registre au domicile de l'acquéreur. Le TF avait déjà affirmé le caractère d'ordre public de la disposition(4). La réserve de propriété conclue valablement en Allemagne était inopérante dans la faillite de l'acheteur suisse. Le TF conclut en déclarant qu'il appartenait aux vendeurs étrangers de se renseigner sur les dispositions en vigueur dans le pays de destination qui se trouve être la plupart du temps celui du domicile de l'acquéreur. Cet arrêt soulevait en fait non seulement une question de DIP mais aussi une question de droit matériel. Cette dernière a donné l'occasion au TF de trancher un point qui était jusqu'alors resté controversé. Il s'agissait de déterminer si l'inscription du pacte de réserve de propriété après l'ouverture de la faillite pouvait être opérante dans cette faillite. La loi ne fixe en effet aucun délai. Le TF a répondu négativement à cette question. Il a estimé que les biens appartenant au débiteur lors de l'ouverture de la faillite ne pouvaient être soustraits au droit de gage des créanciers par l'acte unilatéral d'un tiers.

Quant à la question de DIP on a reproché au TF d'appliquer tout d'abord aveuglément des formules de rattachement stéréotypées (*lex rei sitae*) et de leur

1) Titre II, chap. II, § 5.

2) Drobniç RabelsZ 38 (1974) 482; ZBJV 1914 (59) 560=RSJ 1914/1915, p. 188.

3) 6.7.1967, ATF 93 III 96=ASDI 1967, p. 271, Konkursmasse Meier gegen Peters & Co.

4) ATF 42 III 174.

apporter dans un second stade des correctifs tout aussi douteux. Ainsi, afin de ne porter en aucun cas atteinte au dogme de la *lex rei sitae* on admet tout d'abord la constitution sans forme de la réserve de propriété étrangère (reconnaissance des droits acquis sous l'ancienne *lex situs*) pour invoquer tout de suite après l'ordre public suisse(1).

Heini évoque une situation inverse choquante à laquelle on aboutirait par application de ces formules rigides(2). Il s'agit du cas où un Suisse vend une machine en Allemagne. Les parties concluent une réserve de propriété sans inscription. La propriété est cependant déjà transférée en Suisse à l'acheteur allemand. La machine reste cependant bloquée à la douane suisse; pendant ce temps l'acquéreur allemand tombe en faillite. Selon les principes dégagés par le TF la *lex rei sitae* suisse est toujours compétente. Ceci a pour conséquence la nullité de la réserve de la propriété. Le vendeur suisse ne peut pas invoquer la réserve de propriété simplement contractuelle. Afin d'éviter ce genre de situation il devrait être procédé à une application différenciée de la *lex rei sitae*(3). Ceci nous amène à parler du second arrêt.

Dans cet arrêt le TF garde la même orientation(4). Lors d'une poursuite consécutive à un séquestre dirigée par le créancier R contre la société à responsabilité limitée B domiciliée en Allemagne, l'Office des poursuites de Kloten avait saisi trois voitures sur lesquelles la société A GmbH, également domiciliée en Allemagne, revendiquait un droit de propriété. La société A avait livré les voitures à la société B après que les parties avaient conclu un pacte de réserve de propriété valable selon le droit allemand (sans inscription). La demanderesse faisait valoir que la condition d'inscription posée par le TF dans l'arrêt Meier concernait un cas où l'acquéreur avait son domicile en Suisse ce qui rendait l'inscription possible.

A contrario, lorsqu'un domicile suisse faisait défaut comme en l'espèce, une réserve de propriété conclue valablement à l'étranger devait être reconnue par l'ordre juridique suisse pour le temps (limité) pendant lequel les biens se trouvaient en Suisse. Le TF resta insensible à cette argumentation et rejeta l'action en revendication de la demanderesse.

On a beaucoup critiqué cette décision et à juste titre(5). Contrairement à l'arrêt Meier le pacte de réserve de propriété n'aurait dans cette dernière décision de toute façon pas pu être inscrit dans un registre puisque l'acquéreur

1) Heini, RDS 1960 I 644-646.

2) Heini, op. cit.

3) Heini RDS 1968 645-646. L'article 715 CCS n'envisage pas la situation de l'acquéreur domicilié à l'étranger. Nous aurons encore l'occasion de revenir sur ce point, mais on peut d'ores et déjà constater qu'il serait souhaitable de limiter l'application de l'article 715 CCS aux seuls cas où l'acheteur a son domicile en Suisse. Dans le cas d'une vente de Suisse à l'étranger, la réserve de propriété devrait alors être considérée comme valable aussi selon le droit suisse, dans la mesure où les conditions posées par le pays de destination sont réunies.

4) 19.8.1980 ATF 106 II 197=ASDI 1981, p. 432; A. GmbH gegen R.

5) Lalive ASDI 37 (1981) 434-437; Siehr IPrax 1982, p. 207.

n'avait pas de domicile en Suisse. La décision du TF attribue donc un caractère d'ordre public international à une disposition de droit interne (article 715 CCS) alors même que ce droit n'offre pas la possibilité de respecter la disposition dans la mesure où l'inscription ne peut avoir lieu qu'au domicile de l'acquéreur. Le TF néglige le caractère exceptionnel et relatif de l'ordre public en droit international privé suisse. L'intervention de l'ordre public se heurte également ici à l'absence de toute "Binnenbeziehung" du cas d'espèce avec la Suisse: les deux parties étaient des sociétés domiciliées en Allemagne et les trois voitures se trouvaient, semble-t-il, en Suisse en transit(1). Sur ce point l'arrêt n'est pas très explicite mais on peut admettre que la marchandise n'était pas destinée à rester en Suisse.

Enfin, les auteurs que le TF cite à l'appui de son argumentation attribuent certes un caractère d'ordre public à l'article 715 CCS mais ne mentionnent que le cas où l'acheteur est domicilié en Suisse(2). Le caractère d'ordre public de l'article 715 CCS en droit interne ne justifie pas sa transposition sans autres à un niveau international, notamment lorsqu'il n'est pas distingué selon que l'acheteur a un domicile en Suisse ou non et selon qu'il s'agit de biens en transit ou de biens d'importation. L'attitude du TF montre une certaine rigidité et n'est pas propice à un développement harmonieux des relations commerciales internationales; le vendeur étranger qui n'a pas la possibilité d'assurer sa réserve de propriété en Suisse est pratiquement obligé d'interdire à son acheteur d'emmener l'objet vendu en Suisse s'il ne veut pas courir le risque de voir son droit de revendication tenu en échec dans une procédure d'exécution forcée(3).

La solution du "délai de survie" proposée par certains auteurs(4) a été reprise par le Conseil fédéral à l'article 101 al. 2 du Projet de loi fédérale sur le droit international privé suisse. Cet article stipule: "Lorsqu'une sûreté mobilière constituée à l'étranger ne répond pas aux conditions du droit suisse, elle conserve néanmoins son effet pendant les trois mois qui suivent la venue du bien en Suisse"(5).

La jurisprudence suisse en matière de transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie est abondante. Nous résumons ici les points importants de la jurisprudence. Le transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie n'est pas réglé par la loi mais il est depuis longtemps admis par la jurisprudence et la doctrine suisses(6). Selon une jurisprudence constante le transfert fiduciaire de propriété aux fins de garantie n'est pas une simulation au sens de l'article 18 CO(7). La propriété peut être valablement transférée à des fins de garantie,

1) Lalive op. cit., p. 436; ATF 94 II 297(303).

2) Schnitzer II 519; Haab/Simoni/Scherrer/Zobl, N° 82, art. 715/716 CCS; Johner, 209-212; Ottrubay, 74.

3) Siehr IPrax 1982, 210.

4) Schnitzer II 520, N° 26. Ottrubay, p. 73.

5) Nous verrons que les Chambres ont malheureusement restreint la portée de cet article par la suite.

6) Zobl Syt. Teil N° 1302.

7) ATF 72 II 235(1946); 78 II 415(1952) et autres arrêts cités chez Zobl, N° 1303.

il faut pour cela transférer la possession de l'objet servant de sûreté. Ce transfert ne peut en revanche pas être exécuté par constitut possessoire (article 717 CCS). A contrario, lorsque le transfert de possession a lieu sous une autre forme que par constitut possessoire il est non seulement valable entre parties mais il est encore opposable aux tiers(1). Ce dernier point est finalement déterminant pour juger de l'efficacité d'une sûreté car les problèmes se posent principalement lorsque des droits de créanciers mis au bénéfice de sûretés entrent en collision avec ceux des autres créanciers du débiteur dans une procédure de saisie ou de faillite.

Le transfert fiduciaire du droit suisse se distingue donc du transfert du droit allemand dans la mesure où il ne put avoir lieu par constitut possessoire. Dans le célèbre arrêt Koerfer(2) le TF a eu à juger d'un cas où un transfert fiduciaire de propriété aux fins de garanties avait été constitué valablement en Allemagne, par constitut possessoire, sur un bien transporté plus tard en Suisse.

Dans cet arrêt le TF déclare que le fait pour l'ordre juridique suisse de ne pas admettre le transfert de propriété à titre de garantie par constitut possessoire (article 717 CCS) n'est pas une raison suffisante pour faire intervenir la réserve de l'ordre public suisse. Pour cela il aurait fallu une "Binnenbeziehung" entre le rapport de droit en question et la Suisse. Tel n'était pas le cas en l'espèce.

2. Deuxième phase de la transposition: adaptation de la sûreté aux exigences de publicité du nouvel ordre juridique

Il est toujours nécessaire d'adapter une sûreté constituée à l'étranger aux exigences de publicité de la législation nationale du pays d'importation(3). Cette adaptation est un aspect important de la doctrine de la transposition. Par publicité il faut entendre toutes les exigences de forme nécessaires non seulement à la constitution d'un droit réel mais, aussi, à sa validité permanente. Cette dernière dépend des "Dauervoraussetzungen" dont il a déjà été

1) ATF 72 II 235.

2) 13.12.1968, ATF 94 II 297, Koerfer gegen Goldschmidt. Nous rappelons brièvement les faits de cet arrêt. Pour garantir des dettes qu'il avait à l'égard de la Danatbank à Berlin, J. Goldschmidt conclut avec elle en 1931 un contrat de transfert de propriété à fin de garantie par lequel il transférait à la banque la propriété de tous les objets d'art se trouvant dans sa maison de Berlin. Selon la convention des parties Goldschmidt restait cependant en possession des objets. Après la prise de pouvoir par les nazis Goldschmidt quitta l'Allemagne. Ses biens échurent plus tard à l'empire allemand et furent vendus aux enchères. Koerfer y acquit en 1941 deux Toulouse-Lautrec qui furent emmenés en Suisse en 1944. En 1965 les héritiers de Goldschmidt ouvrirent action contre les héritiers de Koerfer en restitution des deux tableaux.

Le TF a rejeté l'action car les défendeurs avaient acquis la propriété des tableaux par prescription (article 728 CCS).

3) Drobnig Etude, p. 141.

question, elles doivent être remplies pendant toute la vie d'un droit. La nouvelle lex situs fera par exemple dépendre la validité d'un droit d'une inscription dans un registre. Les conditions permanentes ont une grande importance dans les échanges commerciaux internationaux car leur réalisation est nécessaire pour qu'une sûreté étrangère puisse continuer d'exister dans le nouvel Etat(1). Plusieurs sûretés constituées à l'étranger perdent leur validité après le passage de la frontière parce qu'elles ne satisfont pas à ces conditions(2). Rappelons par exemple la décision du Tribunal de Strasbourg et les deux décisions du TF relatives à la réserve de propriété(3).

Dans les domaines du crédit où une publicité est en général exigée on peut distinguer entre les sûretés garantissant le prix d'achat, soit celles conclues directement en faveur du vendeur, et les sûretés destinées à une institution de crédit finançant le vendeur (ou l'acheteur). D'une manière générale il est admis que les premières nécessitent une publicité. En revanche, les avis sont partagés en ce qui concerne les secondes. Il est cependant permis d'observer une tendance allant dans le sens d'une publicité obligatoire, particulièrement là où il est possible d'étendre temporairement les sûretés à plusieurs objets formant une unité complexe (Globalsicherheit). En renonçant à toute publicité l'Allemagne constitue une exception importante à ces tendances. Ni la réserve de propriété, ni le transfert de propriété à titre de garantie n'y sont soumis à des conditions de publicité, même lorsqu'il est procédé à leur extension ou prolongation par convention(4).

Lorsqu'elle est requise la publicité peut prendre diverses formes dont les plus courantes sont: le contrat formel, l'inscription dans un registre et le marquage du bien grevé.

a) Contrat formel

Une fonction particulière du contrat formel est de fixer clairement et de façon définitive la date de constitution de la sûreté afin d'éviter que le créancier ne l'antidate frauduleusement par la suite et lèse ainsi d'autres créanciers du débiteur(5). Le contrat formel n'est souvent pas un moyen de publicité en soi mais seulement le préliminaire à une autre mesure de publicité (par exemple une inscription). Lorsque le contrat formel constitue un moyen de publicité propre, il devient une condition permanente dont l'accomplissement est nécessaire à la validité de la sûreté dans le nouvel Etat. Le créancier gagiste étranger devrait alors avoir la possibilité de s'adapter à cette exigence. Ce serait possible en prévoyant un délai de survie, c'est-à-dire un délai pendant lequel la sûreté reste valable dans le nouvel ordre juridique et permettant au créancier titulaire de la sûreté de réparer l'absence de forme. La sûreté originale ne pourrait cependant déployer des effets vis-à-vis des tiers pendant l'écoulement de ce délai. Dans cette mesure la solution du délai permettant au créancier

1) Drobnig/RabelsZ 1974, p. 476.

2) Drobnig/Etude, p. 142; Mezger RCDIP 1974, 103.

3) RCDIP 1959, 95; ATF 93 III 96, ATF 106 II 197.

4) Drobnig ZfRV 1972, p. 139; le même RabelsZ 38 (1974) 476.

5) Drobnig/Etude, p. 30, 47.

gagiste étranger de s'adapter aux conditions de publicité du nouvel ordre juridique représenté une solution cherchant à tenir compte des intérêts des parties - et plus particulièrement du créancier gagiste - et des tiers. La date certaine à prendre en considération serait celle de la conclusion a posteriori du contrat formel et non celle du premier contrat sans forme(1).

Depuis l'adoption de la loi du 12 mai 1980 relative à la réserve de propriété la France fournit un exemple où le contrat formel constitue une condition de publicité propre(2).

b) Inscription dans un registre

L'inscription de la sûreté dans un registre est un des moyens de publicité les plus répandus. Dans la plupart des ordres juridiques l'inscription est une condition d'opposabilité aux tiers de la sûreté. Plusieurs variantes sont possibles dans ce cadre. Certaines lois limitent l'efficacité de la sûreté aux tiers de bonne foi, d'autres aux créanciers du débiteur, d'autres encore aux créanciers de bonne foi du débiteur. Certains pays ont fait de l'inscription une condition de validité de la sûreté même entre parties (par exemple article 715 CCS)(3). Dans certains cas une mesure supplémentaire est exigée en sus de l'inscription. Il s'agira d'un marquage comme le prévoient certaines lois françaises relatives aux machines ou d'une publicité par voie de presse(4).

Plusieurs ordres juridiques fixent un délai maximum d'inscription, calculé habituellement à compter de la date de la constitution de la sûreté et n'envisagent pas une importation future des biens grevés. Ils n'offrent donc pas la possibilité au créancier étranger de respecter le délai d'inscription en cas de déplacement du bien(5). En principe deux voies permettent de surmonter cette difficulté. La première consiste à accorder un délai supplémentaire d'inscription au créancier gagiste. Cette solution a déjà été évoquée à propos du contrat formel. La seconde suppose la création d'un moyen international de publicité.

aa) Extension du délai d'inscription

Seuls deux pays prévoient l'extension du délai d'inscription, il s'agit du Canada et des Etats-Unis. Les dispositions canadiennes prévoient un délai de grâce de trente jours (dans quelques provinces vingt et un jours) pour procéder à l'inscription de la sûreté au nouveau lieu. Le délai commence à courir à partir du moment où le créancier gagiste a reçu notification du bien où les biens grevés ont été transportés dans la province. Cette règle est très favorable au créancier étranger mais en revanche dure pour les tiers résidant au nouveau lieu d'emplacement du bien grevé. Des années peuvent s'écouler avant que le créancier ne soit informé du nouveau lieu où se trouvent les biens grevés et

1) Drobnig *RebelsZ* 1974, 476, 487.

2) Arnold *BB* 1981, 271.

3) Schweizerisches *Privatrecht* vol V/1 *Sachenrecht*, p. 334 (1977).

4) Drobnig *Etude*, p. 43.

5) Drobnig *RebelsZ* 1974, 485.

il reste cependant protégé pendant toute cette période(1). Le Code de commerce uniforme américain (UCC) prévoit un délai de grâce de quatre mois après l'importation des biens grevés, avant l'expiration duquel les nouvelles formalités nécessaires à la "perfection" (inscription) de la sûreté doivent être accomplies, si ladite sûreté avait déjà été rendue parfaite dans l'Etat de l'exportateur (UCC article 9.103 (1) (d))(2). Le dies a quo est donc, à la différence des règles canadiennes, fixé objectivement. Pendant l'écoulement du délai la sûreté est opposable aux tiers même si elle n'a pas été inscrite. Lorsque la sûreté n'est inscrite qu'après l'écoulement du délai, elle n'est opposable aux tiers ("perfection") qu'à partir du jour de l'inscription. A ce propos une modification importante a été introduite dans la nouvelle version du Code en 1972: si les formalités d'inscription n'ont pas été faites dans le délai, la sûreté est par la suite réputée avoir été imparfaite (donc inopposable) vis-à-vis de toute personne ayant acquis des droits sur les biens après leur déplacement (UCC version de 1972, article 9 103 (1) (d))(3).

Nous avons déjà mentionné l'article 101 al. 2 du projet suisse de DIP qui propose également un délai de survie de trois mois à partir du moment où le bien se trouve en Suisse(4). Ce délai doit permettre au titulaire du droit d'entreprendre les démarches nécessaires en droit suisse à la validation de la sûreté (par exemple inscription du pacte de réserve de propriété)(5).

bb) Système international de publicité

Il existe deux propositions. Tout d'abord celle de la Fédération bancaire de la Communauté économique européenne(6). Celle-ci propose la création d'un registre central des sûretés qui serait tenu par le Conseil des ministres. La publicité s'accomplirait ainsi par inscription sans le registre central et s'étendrait à tous les pays de la Communauté. L'objectif essentiel de ce registre est d'éliminer la nécessité d'une réinscription en cas de déplacement des biens grevés d'un pays à l'autre(7). Cette proposition n'a pas rencontré l'unanimité. On a objecté que l'importance pratique de l'inscription destinée à assurer une publicité serait très restreinte du fait de l'existence d'un seul registre centralisé pour la région que recouvre la Communauté. En outre, au cas où le registre central devrait remplacer les registres nationaux existants, ce qui d'ailleurs n'est pas clair selon le projet, il s'ensuivrait une procédure administrative compliquée de demandes d'inscriptions, d'extinctions et de renseignements. Enfin là où l'inscription nationale est nécessaire si la *lex situs* l'exige pour les biens qui ont un caractère local, il faudrait consulter deux registres pour connaître exactement la condition juridique d'un bien(8). Notons encore

1) Drobniĝ, op. cit., 485.

2) Version de 1972.

3) Drobniĝ *RabelsZ* 1974, 585, 486.

4) Message du CF, 10, novembre 1982, concernant les modifications apportées par les Chambres à l'article 101, voir ci-dessous, Titre IV, chapitre V 2.

5) Projet de la Commission d'experts et Rapport explicatif, p. 317.

6) Drobniĝ *RabelsZ* 1974, 486.

7) Le même, op. cit., 486.

8) Drobniĝ *RabelsZ* 1974, 486.

que le projet prévoit la création du registre central en vue de l'inscription de sûretés mobilières sans dépossession grevant des véhicules automobiles soit d'autres meubles corporels pour autant qu'ils soient utilisés principalement dans l'exercice d'une activité professionnelle, soit encore des fonds de commerce comprenant des meubles corporels(1).

Coing a fait une proposition un peu différente. Les sûretés sur des biens dont le créancier pense qu'ils peuvent être transportés à l'étranger seraient inscrites dans un registre national. Ce dernier communiquerait ensuite les inscriptions aux autres registres correspondants des Etats membres de la Communauté(2). Cette solution représenterait cependant une assez grande organisation, en outre, le sort des registres nationaux existant déjà n'est ici également pas clairement réglé par rapport à la création d'un nouveau registre national. En raison des incertitudes que soulève la proposition de l'extension de la première inscription, Drobniç pense qu'il est préférable d'envisager l'octroi d'un délai permettant une inscription postérieure(3). Il nous semble également que cette solution présente, du moins pour l'instant, un maximum d'efficacité tout en ne nécessitant qu'un minimum de moyens.

c) Le marquage des biens grevés

La pratique qui consiste à marquer les biens grevés au nom du créancier bénéficiaire de la sûreté est généralement utilisée en sus ou en lieu et place de l'inscription; il n'est que rarement l'unique méthode de publicité. A titre d'exemple citons la loi française relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement qui requiert en plus de l'inscription, l'apposition par un organe gouvernemental de la marque des machines données en nantissement(4).

En conclusion de ce chapitre consacré aux moyens de publicité il est permis de constater l'avantage de la solution des délais de survie. D'une manière générale des délais analogues à ceux prévus aux Etats-Unis ou par le projet de DIP suisse devraient être envisagés pour tous les moyens de publicité, qu'il s'agisse d'une inscription dans un registre, d'un contrat formel ou du marquage des biens grevés(5).

G. Conclusions

1. Insuffisances de la doctrine traditionnelle de la transposition

Des discussions précédentes relatives à la transposition nous pouvons tirer les conclusions suivantes:

1. Les chances de "naturalisation" d'une sûreté constituée à l'étranger dépendent en grande partie de l'esprit et de la structure des règles de fond ré-

1) Klein, RCDIP 1979, 535.

2) Coing ZfRV 1967, 82.

3) Drobniç *RebelsZ* 1974, 487.

4) Drobniç *Etude/Sûretés*, p. 43.

5) Drobniç *Etude/Sûretés*, p. 144.

gissant les sûretés au nouveau lieu d'emplacement du bien grevé. Plus l'ordre juridique du pays d'accueil est libéral, plus la transposition en est facilitée(1).

2. Les efforts qui devront être déployés par les parties (principalement par le créancier), pour assurer la naturalisation d'une sûreté constituée à l'étranger, dépendront du degré de conformité de celle-ci à l'institution locale équivalente. Parfois, même en développant des efforts considérables, il sera difficile, voire impossible, d'obtenir une naturalisation correspondante. La sûreté étrangère risque de devenir caduque ou de ne produire que des effets limités.
3. La recherche dans le nouvel ordre juridique d'une institution se rapprochant le plus possible de celle constituée au premier emplacement du bien exige beaucoup de circonspection et une certaine largeur de vue(2). Lorsque cette recherche s'avère difficile elle est souvent abandonnée pour des raisons de commodité.

Il est généralement admis qu'une solution relevant du pur droit des conflits pour régler les problèmes relatifs à la transposition est insuffisante. La transposition est, il est vrai, un postulat de droit international privé, mais sa mise en oeuvre dépasse les possibilités de celui-ci(3).

Lorsque les ordres juridiques en question sont trop différents, le DIP n'a pas à disposition les instruments nécessaires permettant d'éliminer les divergences, il s'agit finalement d'un problème de droit comparé(4).

L'application traditionnelle de la théorie de la transposition n'offre donc pas beaucoup de chances à la reconnaissance des sûretés constituées à l'étranger. On trouve à cet égard une approche différente de la transposition dans le projet de convention de la Fédération bancaire de la Communauté économique européenne relative aux effets extra-territoriaux des sûretés mobilières sans dessaisissement (sans date)(5).

2. Projet de la Fédération bancaire de la CEE

Outre ses propositions concernant un système international unique d'inscription dont il a été question plus haut, la Fédération bancaire de la CEE a tenté de mettre au point une transposition générale en établissant certaines règles relatives aux conflits en matière de sûretés sans dépossession. Le projet contient des règles de conflit et des règles uniformes de fond. Le rang des sûretés ainsi que l'acquisition par des tiers des biens gagés sont régis par la *lex situs* de l'Etat sur le territoire duquel le bien se trouve au moment de la réalisation

1) Drobnig *Etude/Sûretés*, 141.

2) Drobnig *RabelsZ*, 479.

3) Drobnig *Fest*, 149.

4) Drobnig *Fest*, p. 149, 150; Klein *RCDIP* 1979, p. 508, 509; Lewald, N° 246, p. 184; Staudinger/Stoll, N° 486.

5) Drobnig *RabelsZ* 1974, 483.

ou de l'acquisition (article 3 I et IV). Des règles uniformes de fond déterminent le rang des privilèges attachés aux différentes sûretés. Elles contiennent des dispositions subrogeant le créancier nanti dans la créance de son débiteur sur le prix d'achat lorsque ce dernier a vendu les biens à un tiers de bonne foi (article 3 II, III et IV). L'article 3 II institue un catalogue de transposition, on y indique expressément pour chaque pays un type particulier de sûreté et stipule que les règles suivies pour déterminer le rang des privilèges afférents à cette sûreté seront applicables à tout litige pouvant surgir dans ce pays à propos du rang des privilèges afférents à toute catégorie de sûreté constituée à l'étranger (par exemple les règles sur le droit de gage en Allemagne §§ 1204-1253 BGB, les règles sur le droit de gage avec inscription dans un registre selon la loi de 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement en France, etc.). L'article 4 contient une disposition semblable en matière de réalisation des sûretés et de faillite. Cette règle suppose tacitement qu'en pareil cas, les procédures sont assujetties à la loi du for. Si une telle procédure affecte une sûreté constituée à l'étranger, l'article 4 indique la catégorie correspondante parmi les sûretés nationales et la sûreté étrangère se trouve soumise aux mêmes règles (par exemple en Allemagne on appliquera de nouveau les règles sur le droit de gage, en revanche pour un transfert de propriété en garantie les règles générales sur le transfert de propriété § 929 ss BGB; en France les règles sur le droit de gage commercial seront appliquées, article 93 C. comm et 2078 Code civil).

L'avantage d'un catalogue de transposition consiste à offrir un maximum de sécurité juridique tout en respectant les droits matériels nationaux. L'élaboration d'un ensemble de règles de conflits de lois prévoyant la reconnaissance réciproque de sûretés sans dépossession étrangères et qui permettraient de faire produire leurs effets dans les pays de la Communauté à ces sûretés aboutirait sans doute au même résultat. Ces règles de conflits permettraient à tout créancier gagiste sans dépossession, d'un des pays de la Communauté, de conserver et d'invoquer, sur l'ensemble des territoires des pays communautaires, les droits qu'il a acquis dans l'un de ces pays, en vertu de sa loi nationale(1).

L'inconvénient d'un catalogue instituant une équivalence des sûretés entre elles réside dans le fait de n'être envisageable, pour l'instant du moins, que pour un nombre restreint d'Etats, c'est-à-dire pour un groupe de pays appartenant à un groupe d'ordres juridiques proches (dans le projet, les ordres juridiques de la Communauté)(2). Il est regrettable que le projet n'englobe parmi les sûretés sans dépossession que les droits de gages contractuels et les transferts de propriété à titre de garantie à l'exclusion de la réserve de propriété(3).

En attendant l'institution d'un catalogue de transposition si ce n'est universel (probablement irréalisable) du moins englobant un nombre assez important d'ordres juridiques, Drobnig recommande aux législateurs de procéder à une déclaration de principe selon laquelle les effets d'une sûreté constituée à l'étranger doivent être déterminés par les règles de droit matériel du pays d'importation qui se rapprochent le plus de cette sûreté(4).

1) Les propositions de Fargeaud vont dans le même sens, p. 172, 173.

2) Drobnig RabelsZ 1974, p. 484.

3) Staudinger/Stoll, N° 410.

4) Drobnig RabelsZ 1974, p. 484.

Chapitre VIII: Extinction ou suspension des droits

Lorsqu'un droit constitué à l'étranger n'est pas reconnu par le nouvel ordre juridique et qu'il ne peut par conséquent y déployer d'effets, il se pose la question de savoir si ce droit est éteint pour toujours ou s'il est seulement suspendu tant et aussi longtemps qu'il se trouve soumis à la nouvelle *lex situs*. La différence n'a pas qu'une importance théorique car si le droit est définitivement éteint et que l'objet grevé retourne à son emplacement de départ ou dans un troisième pays dont la législation pourrait admettre la validité du droit, ce droit ne pourra "revivre", c'est-à-dire déployer des effets. En revanche, si on admet que le droit n'est que suspendu il déploiera à nouveau des effets si le bien qu'il greve retourne soit dans le pays de constitution soit dans un troisième pays reconnaissant le droit constitué à l'origine. Plusieurs auteurs se prononcent en faveur de la seconde possibilité et dévient un "effet de purge"(1) au nouvel ordre juridique; le droit ne fait donc que "reposer"(2). D'autres en revanche pensent que la suspension des droits est contraire à la sécurité des transactions et empêchent l'établissement de rapports de droits clairs et stables; ces auteurs accordent en conséquence un effet de purge à la nouvelle *lex situs*(3). La Convention de la Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels maintient les droits à l'acheteur selon la loi du pays où les objets vendus étaient situés au moment où il a été mis en possession (article 5 al. 1 et 2).

Chapitre IX: Remise en cause de la *lex rei sitae*

A. Transactions nationales

La souveraineté exclusive de la *lex rei sitae* n'est pas remise en cause lorsqu'il s'agit de transactions purement internes. Le bien faisant l'objet d'une transaction est alors destiné à rester à l'intérieur du pays. Il n'y a donc pas de raison de s'écarter de la *lex situs*(4). Il en va de même lorsque les parties disposent d'une chose sans savoir que celle-ci se trouve déjà à l'étranger, par exemple lorsqu'elles font une transaction portant sur un objet volé sans avoir connaissance du vol. Dans ces cas, le transfert de propriété ou autre acte réel touchant le bien constitue, conformément à la volonté des parties, une pure transaction interne s'étant déroulée à l'intérieur d'un ordre juridique. Celui-ci est compétent pour décider de la validité de la transaction. L'ordre juridi-

1) Selon l'expression de Niboyet (Traité IV, p. 618) et Batiffol/Lagarde (II, N° 512, note 13).

2) Batiffol/Lagarde, N° 512, note 13; Zitelmann I 154, 155; II 339; Frankenstein II, 47; Raape, p. 597, 609, 610; Schmitzer II, 575; von Caemmerer, p. 33, 34.

3) Kegel, p. 330; Niboyet IV, N° 1194, p. 379; N° 1273, p. 618; Lalive, p. 163; Rabel IV 91 qui voit dans la "résurrection" possible des droits non tolérés par le second statut un : "unwarranted breach of principle. The efficiency of the *lex situs* should not be split and limited to territorial effects".

4) Stoll *RebelsZ* 1974, p. 452; Staudinger/Stoll, N° 297.

que du nouveau lieu de situation a tout au plus la possibilité d'opposer un droit de veto permettant de garantir la sécurité des transactions au nouvel endroit et donnant aux tiers la possibilité d'invoquer les dispositions sur la bonne foi(1).

B. Notion de transactions internationales

La doctrine traditionnelle du conflit mobile traite du destin des rapports de droits attachés à un bien meuble lorsque celui-ci parvient dans un autre pays où il est soumis à une nouvelle loi réelle. Pour les problèmes liés à ce changement de statut, il n'est pas important de savoir le pourquoi et le comment du changement de lieu car il s'agit seulement de tirer les conséquences juridiques résultant de l'application des normes réelles du nouvel ordre juridique et non pas de rattacher à l'un ou l'autre ordre juridique un acte juridique lié à un changement de territoire(2). Il est pourtant préférable, dans le cadre de ce chapitre consacré à la remise en cause de la *lex rei sitae*, de distinguer selon que le changement de lieu du bien remis en sûreté a été effectué par une partie ou contre la volonté des deux parties ou selon que le déplacement est envisagé et désiré par les deux parties (transaction d'import-export)(3). Stoll a qualifié ces deux situations de "changement de statut simple" (*schlichter Statutenwechsel*) et de "changement de statut qualifié" (*qualifizierter Statutenwechsel*) (4). Les raisons de cette distinction apparaîtront au cours des développements qui vont suivre, elles sont en rapport étroit avec les critiques adressées à la règle du *situs* et les propositions de réforme.

I. Changement de statut simple

On parle de changement de statut simple lorsque le déplacement du bien à l'étranger a lieu à l'initiative d'une seule partie (pratiquement le débiteur) ou par l'intervention d'un tiers (par exemple lors d'un vol)(5). Dans ces cas le déplacement du bien à l'étranger intervient indépendamment du contrat interne conclu précédemment par les parties. Celles-ci n'avaient pas en vue un déplacement du bien à l'étranger(6). Il convient par conséquent d'appliquer successivement les *leges rei sitae* en cause. Etant donné que le changement de statut a été opéré indépendamment de la volonté des deux parties, le besoin d'avoir une norme de collision claire garantissant la sécurité des transactions est prédominant(7).

Comme pour les transactions purement internes la règle de la *lex situs* vaut également sans réserve lorsque le déplacement du bien à l'étranger se fait indépendamment de la volonté des deux parties.

1) Staudinger/Stoll, N° 444.

2) Staudinger/Stoll, N° 442.

3) Drobnič/Kronke, p. 97.

4) Staudinger/Stoll, N° 442.

5) Drobnič/Kronke, p. 103.

6) Staudinger/Stoll, N° 298.

7) Drobnič/Kronke, p. 103.

2. Changement de statut qualifié (Transactions internationales proprement dites)

On parle de transactions internationales lorsque les parties font une convention prévoyant le déplacement du bien dans un autre pays(1). Le changement de statut est ici "qualifié" selon l'expression de Stoll car le changement d'ordre juridique constitue le contenu même de la convention des parties, il correspond à leur volonté et n'intervient pas de manière purement factice(2).

C. Remise en cause de la *lex situs* dans les transactions internationales

Selon la doctrine traditionnelle l'application exclusive de la *lex rei sitae* s'étend également aux transactions internationales. Si nous récapitulons, l'application de cette doctrine mène au résultat suivant: lorsque les conditions de constitution de la sûreté posées par le droit matériel du pays d'exportation sont réunies avant que le bien ne franchisse la frontière, la sûreté déploie ses effets tout d'abord selon le droit du pays de constitution. Dès le passage de la frontière la sûreté déploie des effets - dans la mesure où la nouvelle *lex situs* les tolère - selon les dispositions correspondantes du pays d'importation. Lorsque les conditions de constitution ne sont pas réunies totalement avant le passage de la frontière, le pays d'importation décide seul si le droit doit être créé une nouvelle fois ou s'il est possible de compléter les conditions en partie remplies sous l'ancien statut(3). Le résultat de l'application successive des ordres juridiques en cause dans les cas où le pays d'importation n'accorde à la sûreté aucun effet ou des effets moins forts que le pays d'exportation est apparu clairement dans la décision de LG de Francfort relatif à la reconnaissance en Allemagne d'une réserve de propriété italienne. Rappelons brièvement que le tribunal avait exigé une nouvelle constitution de la sûreté conformément au droit allemand, cela avait eu pour conséquence la nullité de la sûreté. Afin d'éviter ce fâcheux résultat le BGH a dans un même cas jugé qu'il était suffisant de compléter les conditions déjà réunies en Italie. L'inconvénient de l'application rigide de la *lex rei sitae* aux transactions internationales réside donc en ceci que "la sûreté court le risque de passer à travers les mailles de l'ancien et du nouveau statut"(4). C'est pourquoi plusieurs voix se sont élevées contre la doctrine traditionnelle du rattachement au *situs*(5).

Les principales critiques adressées à l'application de la *lex situs* dans les relations internationales sont les suivantes:

-
- 1) Drobniġ/Kronke, p. 97; Staudinger/Stoll, N° 298.
 - 2) Staudinger/Stoll, N° 298.
 - 3) Drobniġ/Kronke, p. 99.
 - 4) Drobniġ/Kronke, p. 99; Lüderitz, p. 204.
 - 5) Staudinger/Stoll, N° 300, 301, 302, 313; Stoll *RebelsZ* 1974, p. 452-455; Drobniġ *RabelZ* 1968, p. 460, 461 et *Fest.* p. 151; Drobniġ/Kronke, p. 99-102; Habicht, p. 465, 466; Heini *RDS* (1968) I 650; Gaudemet-Tallon *JCP* 1970 II, N°16182 III A, III 8; Cabrillac, p. 504; Sovilla 42; Vischer *RDS* 90 (1971) II 51; Kreuzer, *Münch. Komm. Art. 12 Anh. I* N° 72-74.

1. Non-justification du dogme en matière mobilière

La compétence de la loi réelle en matière immobilière n'a jamais été contestée, en revanche on a parfois, et surtout récemment, douté de son bien-fondé en ce qui concerne les meubles. La raison essentielle pour laquelle on applique traditionnellement la loi réelle en matière immobilière réside justement dans l'immobilité du bien. L'application à l'immeuble de la *lex rei sitae* représente un facteur sûr de rattachement. Les meubles sont au contraire, de par leur nature, amenés à se déplacer(1). Si donc l'application de la *lex situs* garantit la sécurité des tiers et des contractants eux-mêmes en matière immobilière, il n'en va pas de même pour les meubles, il est même possible que le meuble fasse l'objet de transactions sans que ni les parties ni les tiers ne sachent exactement où se trouve le meuble(2).

2. Rattachement arbitraire

Ce reproche est en liaison étroite avec le précédent: en matière mobilière la *lex rei sitae* représente souvent un facteur de rattachement instable, fortuit et indéterminé qui peut aller même à l'encontre de l'intérêt des parties, ainsi le déroulement d'une situation dans l'un ou l'autre pays, par exemple la remise de la chose à l'acheteur ou au transporteur (transfert de la propriété) dépendra souvent du hasard(3).

L'inopportunité, voire l'absurdité, de ce rattachement est apparu clairement dans l'affaire DIAC dont il a été question plus haut (p. 56). Rappelons brièvement que dans cette affaire la Cour de cassation française avait appliqué la loi française, loi du lieu de situation du bien au moment de l'incident qui avait donné lieu au litige. Les deux parties étaient allemandes, le contrat avait été conclu en Allemagne conformément à la loi allemande et lors de la conclusion du contrat le bien se trouvait en Allemagne. Il était par conséquent choquant de voir disparaître une prérogative essentielle du créancier, celle de s'approprier le gage, pour la seule raison que la voiture, au moment du litige, se trouvait en France, peut-être seulement pour quelques jours, circonstance fugitive, accidentelle et sans lien réel avec l'opération tout entière(4).

3. Séparation du statut contractuel et du statut réel

Seul le rapport juridique réel est soumis au statut réel. Le rapport juridique de base, celui des rapports obligationnels entre les parties, suit son propre statut, celui de la loi applicable au contrat, loi d'autonomie(5). Il est cependant souvent très difficile de tirer une frontière claire entre les deux statuts et de déterminer les domaines respectifs de la loi réelle et de la loi

1) Gaudemet-Tallon JCP 16182 III A; Sovilla, p. 42.

2) Gaudemet-Tallon JCP 16182 II A.

3) Sovilla, p. 42; Staudinger/Stoll, N° 313; Stoll RabelsZ 1974, 451.

4) Gaudemet-Tallon JCP 16182 III B; Fouchard RCDIP 1971, p. 85.

5) RabelsZ IV 60; Schnitzer II 514; Stoll RabelsZ 1974, p. 452; Vischer, p. 158, 159; Batiffol/Lagarde II, N° 524; Frankenstein II 16.

contractuelle(1). La séparation peut être gênante dans les systèmes causalistes. Dans ces systèmes le contrat produit à lui seul des effets réels, sa validité est, en tant que question préalable soumise à un facteur de rattachement indépendant(2). Dans ces cas aussi la situation réelle ne changera que lorsque les conditions posées par le statut réel seront réunies. Or, si la *lex situs* connaît une autre règle que celle du statut contractuel, cela peut provoquer la naissance de droits boiteux (transfert de propriété valable selon le droit du contrat, caduc au lieu de situation)(3).

La délimitation est particulièrement difficile lorsqu'on se trouve en présence d'institutions juridiques mixtes auxquelles sont attachées des structures de droit réel qui sont inséparables de rapports juridiques se rapportant à d'autres domaines du droit, par exemple droits de rétention, de suite et de revendication. La distinction est alors doublement difficile lorsque ces institutions touchent une situation internationale. En raison de leur dissemblance, il n'a pas été possible jusqu'à présent d'établir des règles générales permettant de résoudre les conflits qu'elles soulèvent. Néanmoins les efforts en vue d'une solution devraient tendre à soumettre si possible ces rapports de droit dans leur ensemble à un seul ordre juridique(4).

En raison des difficultés liées à la délimitation des statuts respectifs plusieurs voix se sont élevées en faveur de la fonte des statuts contractuel et réel en un seul statut. Cette synchronisation pourrait être réalisée en soumettant toute l'opération au statut contractuel. Des propositions ont été faites dans ce sens. Elles tendent à octroyer aux parties la possibilité de soumettre leurs rapports réels à la loi d'autonomie(5). Cette proposition sera examinée en détails plus loin.

D. Prise en compte des intérêts en jeu

Il est donc généralement admis que le rattachement rigide à la *lex rei sitae* n'est pas apte à résoudre les problèmes liés au changement de statut(6) dans les transactions internationales, c'est-à-dire dans les transactions dont le but est, conformément à la volonté des parties, le déplacement du bien dans un autre pays. Les divers correctifs proposés en doctrine au principe de la *lex situs* ont ceci en commun d'essayer d'établir un équilibre entre les divers intérêts en jeu. Avant d'examiner en détails les diverses propositions nous nous arrêterons par conséquent tout d'abord à la question des intérêts à prendre en considération lors de l'élaboration de nouvelles règles ou simplement de correctifs aux principes existants.

1) Batiffol/Lagarde, N° 524, 525; Sovilla, p. 39.

2) Lüderitz, p. 190; Privat, p. 95, 99.

3) Staudinger/Stoll, N° 147; Lüderitz, p. 190; Privat, p. 89.

4) Staudinger/Stoll, N° 148; Drobnig/Kronke, p. 95.

5) Sovilla, p. 43; Stoll RabelsZ, p. 455; Gaudemet-Tallon JCP II 16182 III B; Fouchard RCDIP 1971, p. 79.

6) Drobnig Fest. p. 151.

1. Intérêts du vendeur

Pour le vendeur il est essentiel de voir les effets d'une sûreté se développer à partir du moment où l'objet de la vente se trouve dans le pays de l'acheteur(1), car à partir de ce moment-là la sûreté doit être opposable aux tiers, en particulier aux acquéreurs de la chose et aux créanciers de la masse en faillite ou créanciers saisissants(2).

2. Intérêts de l'acheteur

Les intérêts de l'acheteur vont dans le même sens. Il est important pour lui de voir sa position juridique appréciée selon le droit du pays de destination qui est en général également celui de son domicile. L'acheteur a ainsi la possibilité de faire valoir sans peine ses droits vis-à-vis du vendeur et des tiers(3).

3. Intérêts du pays d'importation

L'intérêt de ce pays consiste à voir son droit s'appliquer aux relations juridiques se rapportant à des objets situés dans le pays.

4. Intérêts du pays d'exportation

Ici aussi l'intérêt général du pays d'exportation à voir appliquer son droit est évident, c'est l'intérêt de tout pays attaché au principe de la *lex situs*(4).

E. Correctifs proposés

On peut distinguer deux sortes de correctifs à l'application de la *lex rei sitae*. Le premier genre de correctifs essaie d'établir une meilleure coordination entre l'ancien et le nouveau statut tout en maintenant cependant le principe de rattachement à la *lex situs*. Il s'agit en fait d'éviter ici l'application successive traditionnelle de deux ordres juridiques et dont les inconvénients ont été mentionnés ci-dessus. Le deuxième remède consiste à donner aux parties la possibilité de choisir le droit applicable. La tendance générale de ces propositions met en évidence l'importance du pays de destination. Le principe de la reprise par le nouveau statut des droits acquis sous l'ancien statut tel qu'il est pratiqué encore aujourd'hui, c'est-à-dire par application successive des *leges situs*, perd de sa valeur car l'intérêt des parties - à moins que les effets de l'ancien et du nouveau statut par hasard ne coïncident - ne tend pas

1) Drobnig *RebelsZ* 1968, p. 455, 456.

2) Drobnig *RebelsZ* 1968, p. 456; le même *Gutachten für den DJT*, p. 28; Staudinger/Stoll, N° 337.

3) Drobnig *RebelsZ* 1968, p. 456.

4) Drobnig *RebelsZ* 1968, 457.

à une réception des effets anciens mais à une assimilation de la sûreté aux effets du pays de destination(1).

1. Premier type de correctifs

a) Proposition de Kegel/Conseil allemand de DIP

Kegel propose une règle contenant deux parties(2):

1. "En vertu d'une règle matérielle de droit international privé ("Sachnorm") l'expression technique "réserve de propriété" (ou le mot étranger correspondant) est définie par la *lex rei sitae* chaque fois compétente (volonté hypothétique des parties).
2. Une règle de conflit de droit international privé prévoit pour les ventes à distance la compétence tout d'abord du droit du pays d'exportation et dès l'introduction de la marchandise dans le pays d'importation la compétence du droit de ce dernier".

Selon Kegel, la règle substantielle de DIP qui est une règle d'interprétation est nécessaire, car à l'inverse des situations nationales les parties à un contrat international peuvent avoir en vue une institution juridique précise lorsqu'elles utilisent un terme technique (par exemple la réserve de propriété du droit allemand) alors que l'ordre juridique compétent selon les règles de conflit donne un autre contenu à l'expression utilisée. C'était par exemple le cas des réserves de propriété allemande et italienne dans l'affaire des machines à tricoter jugée par le BGH et dont il a été question plus haut (p. 52). C'est pourquoi il faut interpréter l'expression utilisée selon le droit de la *lex rei sitae* compétente(3). Cette règle d'interprétation semble cependant superflue(4). Dans la mesure où, selon la norme de conflit proposée par Kegel, les droits en question doivent être appréciés tout d'abord selon le droit du pays d'exportation et ensuite selon celui du pays d'importation, l'expression utilisée par les parties est automatiquement interprétée selon la *lex rei sitae* compétente du moment. La première partie de la règle est donc inutile dans la mesure où elle est déjà contenue dans la seconde partie de la proposition. Kegel a formulé la règle de telle manière qu'elle peut, dans sa conception, sembler absolue(5) et dans cette mesure elle a fait l'objet de critiques en doctrine(6). En effet, si elle est absolue, la règle de conflit proposée signifie que le droit du pays d'importation est applicable dans tous les cas à la sûreté étrangère, en d'autres termes cela revient à imposer aux parties, sans que cela soit toujours nécessaire, des sûretés du pays de destination. Il est vrai que l'intérêt des parties ira souvent dans ce sens(7) ainsi que le montre par exemple la

1) Drobniç Fest., 148.

2) Kegel Jus 1968, p. 165; Soergel/Kegel, vor art. 7 N° 3.

3) Kegel Jus 1968, p. 163-164.

4) Siehr AWD 1971, 1; Lüderitz, p. 204-205.

5) Kegel Jus 1968, p. 165 et dans Soergel/Kegel vor art. rz 353, cependant il relativise parfois, cf. Kegel IPR, p. 331.

6) Drobniç Fest., 147; Drobniç/Kronke, 100.

7) Drobniç/Kronke, 100, RabelsZ 1968, 455-456; Lüderitz, 205.

décision du BGH relative à la réserve de propriété italienne convertie en une réserve allemande. La proposition de Kegel est apparemment en rapport étroit avec cette décision. Elle part donc de l'hypothèse non explicite mais importante où la sûreté déploie moins d'effets dans l'ordre juridique du pays d'exportation que dans celui d'importation(1). Dans ce cas, la règle de Kegel est plus apte à résoudre un conflit que l'application traditionnelle des *leges sitae* (reprise des droits constitués sous l'ancien statut par le nouveau statut).

Pourtant les parties peuvent avoir dans certains cas intérêt à voir la sûreté appréciée selon le droit du pays d'exportation. Cet intérêt existera probablement par exemple lorsque le contrat de vente est soumis au droit du pays d'exportation et la sûreté admise dans les deux ordres juridiques concernés(2). En outre, l'ordre juridique de départ est souvent le dernier espoir des parties lorsque l'ordre juridique d'arrivée ne connaît pas la sûreté importée. Dans ces cas il n'est pas tout à fait impossible que la sûreté étrangère soit tout de même tolérée dans le pays d'importation en tant que sûreté "importée" ou qu'elle puisse au moins déployer des effets si le bien grevé est déplacé dans un troisième pays(3). Dans la mesure où la règle de Kegel écarte ces éventualités elle ne peut être acceptée qu'avec réserve.

La deuxième commission du "Conseil allemand de droit international privé" (Deutscher Rat für Internationales Privatrecht) avait repris la norme de collision proposée par Kegel(4). Nous ouvrons ici une petite parenthèse concernant la codification du DIP en Allemagne. Depuis le 1.9.1986 la loi allemande sur le droit international privé est entrée en vigueur. La loi ne régit cependant pas tous les domaines du droit, tel est le cas des rapports extracontractuels et des droits réels. Un projet complémentaire concernant ces matières n'a pas encore été publié(5).

b) Proposition de Lüderitz

Lüderitz propose la règle suivante: "Les sûretés conventionnelles du vendeur ou de tiers sont appréciées jusqu'au passage de la marchandise dans le pays de destination selon le droit du pays d'exportation et dès l'introduction du bien dans le pays de destination selon le droit de ce dernier, même si le processus de constitution de la sûreté s'est achevé avant l'entrée du bien dans cet Etat. Lors de l'introduction du bien dans le pays de destination les sûretés déjà constituées subsistent; leurs effets sont déterminés par le droit en vigueur au lieu de situation en question". La première partie de la règle correspond à la norme de conflit proposée par Kegel. Nous avons vu ci-dessus que les parties pouvaient dans des cas particuliers avoir intérêt à se fonder, dans le pays d'importation, sur des sûretés du droit du pays d'exportation. La règle complémentaire de Lüderitz permet de tenir compte de ces situations particulières: "Lors de l'introduction du bien dans le pays de destination les sûretés déjà

1) Drobnig Fest., 147.

2) Drobnig Fest., p. 147; Staudinger/Stoll, N° 415.

3) Staudinger/Stoll, N° 415.

4) Drobnig/Kronke, 100.

5) Jayme IPRax 1986, 265.

constituées subsistent; leurs effets sont déterminés par le droit en vigueur au lieu de situation en question". Ce complément permet aux parties de se fonder dans le pays de destination sur des sûretés du pays d'exportation. Cela suppose évidemment qu'elles soient compatibles avec le nouvel ordre juridique.

Dans la mesure où les parties ont la possibilité de se fonder dans le pays de destination sur des sûretés de ce pays ou sur celles du pays d'exportation, il faut déterminer l'ordre juridique compétent selon la volonté hypothétique des parties lorsque celles-ci n'ont procédé ni à un choix exprès ni à un choix tacite. Nous avons vu que les parties pouvaient avoir intérêt au maintien des sûretés du pays de départ mais seulement dans certains cas. Cela signifie qu'en général les parties désirent plutôt des sûretés du pays de destination. Il faut en tout cas l'admettre lorsque les parties n'ont pas rempli toutes les conditions de constitution du premier pays ou lorsque le pays de destination est le seul à connaître la sûreté convenue ou lui attribue des effets plus forts. C'est également dans cet ordre juridique que la sûreté doit pouvoir s'imposer aux tiers dès que le bien sur lequel elle est assise s'y trouve(1). Lorsque la sûreté déploie les mêmes effets dans les deux pays on admettra la compétence du pays de destination(2).

Par rapport à la règle de Kegel la première partie de la proposition de Lüderitz présente l'avantage de mettre sur un pied d'égalité les sûretés du vendeur et les droits qui ont financé la vente(3). Il s'agira par exemple de tiers ayant octroyé un crédit à l'acheteur et dont la sûreté consiste en un transfert de propriété à titre fiduciaire réalisé par constitut possessoire. La règle complémentaire de Lüderitz est également applicable aux tiers dans la mesure où ceux-ci ont aussi la possibilité de recourir aux actes passés par les parties sous l'ancien statut(4).

c) Drobnič

S'inspirant de l'article 9-103 al. 3 phrase 2 du UCC américain, Drobnič propose la règle suivante: "Les conditions et effets d'une réserve de propriété constituée sur un bien d'importation sont déterminés, dès que le bien se trouve dans le pays d'importation, selon le droit de celui-ci lorsque la réserve de propriété a été conclue avant le passage de la frontière et qu'elle était nulle selon le droit du lieu de situation auparavant compétent ou déployait de faibles effets selon ce droit"(5).

La justification de cette norme de conflit ressort de la décision du BGH du 2.2.1966. Non seulement l'intérêt des parties mais aussi celui du pays d'importation où le besoin de garantie des crédits par des sûretés réelles est important exigent que les réserves de propriété du droit étranger et du droit interne soient mises sur un pied d'égalité. Il n'y a dans le fond pas de différence

1) Staudinger/Stoll, N° 419.

2) Staudinger/Stoll, N° 421.

3) Lüderitz, 205; Drobnič/Kronke, 100.

4) Lüderitz, 205.

5) Drobnič RabelsZ 1968, 469.

entre le remplacement des conditions italiennes par les conditions (et effets) allemandes de constitution de la réserve de propriété. Le BGH y a procédé en interprétant la volonté hypothétique des parties. La règle de conflit proposée ici est également sensée correspondre à la volonté des parties(1). Bien que la règle de Drobnig se limite à la réserve de propriété il est vraisemblablement possible de l'étendre à d'autres sûretés et avant tout aux sûretés constituées par des tiers(2). La norme de conflit ne cherche pas à écarter l'application du principe de la *lex rei sitae* et avec elle le postulat du respect des droits acquis. Il s'agit seulement d'appliquer la nouvelle *lex rei sitae* aux conditions d'une sûreté convenue dans le sens d'une *favor negotii*(3).

Drobnig n'exclut pas la possibilité pour les parties de maintenir la sûreté avec les effets du pays d'exportation, sa proposition rejoint dans cette mesure celle de Lüderitz, mais Drobnig exige dans ce cas un choix exprès des parties(4). Cette possibilité ne peut en fait se concrétiser que lorsque les effets du premier ordre juridique attribués à la sûreté sont plus faibles que ceux du pays d'importation. Celui-ci n'acceptera jamais des effets plus forts(5).

d) Siehr: "Honorierungsregel"

Siehr a élaboré la règle suivante: "Tant et aussi longtemps que dans un contrat international la réserve de propriété convenue n'est pas encore née avec tous ses effets réels, elle naît au plus tard lorsque le bien dont le vendeur veut se réserver la propriété parvient dans un territoire dont l'ordre juridique honore la volonté des parties en lui attribuant aussi des effets réels"(6). De même que Drobnig, Siehr n'inclut dans sa règle que la réserve de propriété. Le texte n'exclut pas cependant son application à d'autres sûretés. Siehr s'écarte de l'interprétation littérale habituelle du principe de la protection des droits acquis et examine ce principe d'un point de vue téléologique(7), c'est-à-dire en partant du sens et du but de la norme(8). L'application successive des *leges rei sitae* sert uniquement à garantir la sécurité des transactions mais elle ne permet pas de dire à qui revient un bien(9). Cette tâche est celle du statut contractuel; la *lex rei sitae* détermine uniquement les conditions à remplir pour que des effets réels soient attachés aux rapports contractuels correspondants(10). La proposition de Siehr revient en fait à appliquer à la sûreté l'ordre juridique le plus favorable au déploiement des effets de la sûreté(11).

1) Drobnig *RabelsZ* 1968, 469, 470.

2) En commentant sa proposition, Drobnig utilise aussi le terme plus général de "Sicherungsrecht", *RabelsZ* 1968, 470.

3) Drobnig *RabelsZ* 1968, 470.

4) Le même, *op. cit.*, 471.

5) Le même, *op. cit.*, 471.

6) Siehr *AWD* 1971, 20.

7) Drobnig/Kronke, 101.

8) Siehr *AWD* 1971, 20.

9) Drobnig/Kronke, 101.

10) *Idem* note (9).

11) Staudinger/Stoll, N° 413.

Siehr veut ainsi interdire un "Griff in die Vergangenheit" dans le sens d'une "favor negotii". Une sûreté ne doit pas être privée d'efficacité dans le pays de destination ou dans un autre pays pour la seule raison qu'elle ne remplit pas les conditions du pays de départ. La sûreté peut être honorée par un autre ordre juridique. Dans cette mesure la proposition de Siehr rejoint les règles mentionnées ci-dessus. Siehr formule cependant sa norme plus largement étant donné qu'il ne la restreint pas aux pays d'exportation et d'importation. Pris à la lettre, le texte donne à tout ordre juridique, compétent en vertu de la présence sur son territoire du bien grevé, la possibilité d'honorer "réellement" la volonté des parties. Afin d'éviter que des pays sans rapport avec l'ensemble de la transaction notamment les pays de transit ne jouent, par l'application de la règle de Siehr, un rôle déterminant, on a proposé à juste titre de limiter les ordres juridiques appelés à honorer la volonté des parties à ceux avec lesquels les parties avaient des liens importants(1). Pratiquement cela sera souvent le pays de destination. Dans cette mesure la règle de Siehr perd un peu de son originalité par rapport aux autres règles proposées. Siehr offre une large protection au vendeur au bénéfice d'une réserve de propriété. Afin que d'autres ayants droit soient mis sur un pied d'égalité il serait bon de préciser que les droits de tiers acquis conformément selon la lex rei sitae compétente ne sont pas mis en danger par une validité a posteriori de la réserve de propriété. Siehr met moins l'accent sur l'importance du pays d'importation que les auteurs susmentionnés. Alors que ceux-ci insistent sur la possibilité de rendre une sûreté efficace selon le pays de destination à moins que l'intérêt des contractants ne s'y oppose. Siehr renonce apparemment à cette prédominance du pays de destination. L'attribution d'effets réels à une sûreté dans le pays de destination n'est possible, si l'on s'en tient au texte de Siehr, que dans la mesure où la sûreté ne pouvait déployer des effets réels pleins dans le pays d'origine. Or, nous avons vu que les parties (particulièrement le vendeur) avaient en général intérêt à ce que les effets se manifestent dans le pays de destination. Il faut cependant partir du principe que la nouvelle lex rei sitae protégera de toute façon les sûretés compatibles avec son ordre juridique. Dans cette mesure la règle ne présente pas d'inconvénient majeur.

Siehr ne permet que dans une certaine mesure de tenir compte de la volonté des parties lorsque celles-ci désirent, dans des cas particuliers, voir leur sûreté appréciée, dans le pays de destination, selon le droit du pays d'exportation. C'est possible lorsque les conditions du pays de destination (et tout autre pays) perd, selon la proposition de Siehr, de l'importance.

En conclusion, nous dirons que la règle de Siehr représente une favor negotii dans la mesure où elle essaie à tout prix de rendre une sûreté efficace. Elle le fait en élargissant les ordres juridiques susceptibles d'"honorer" la sûreté. Si le but visé par Siehr est louable, les moyens pour l'atteindre sont discutables comme nous l'avons exposé ci-dessus. Siehr nous semble moins tenir compte de la volonté des parties que d'autres auteurs. Ceux-ci ont, nous l'avons vu, interprété en général la volonté des parties dans le sens d'une efficacité de la sûreté selon le droit du pays de destination. Ici l'efficacité selon un droit quelconque est le but prédominant. C'est un point important, il est vrai, mais qu'il faut mettre en relation avec d'autres données, notamment l'intérêt et la volonté des parties.

1) Drobniig/Kronke, 101.

e) Résumé

Si dans les détails les propositions susmentionnées diffèrent les unes des autres elles ont dans leurs tendances et leurs lignes générales plusieurs traits communs. Les règles prévoient dans l'ensemble une application du droit du pays d'exportation aux sûretés étrangères, jusqu'au moment du passage du bien dans le pays d'importation; dès l'arrivée du bien dans ce pays le droit de celui-ci s'applique aux sûretés même si le processus de constitution de la sûreté s'est achevé avant l'entrée dans le pays d'importation. Alors que pour certains auteurs cette règle est impérative, elle est pour d'autres, dispositive, c'est-à-dire qu'elle laisse aux parties la possibilité de voir leur sûreté appréciée selon les normes du pays d'exportation. Les règles de conflit proposées ont ceci en commun de vouloir éviter qu'une sûreté "ne passe à travers les mailles de l'ancien et du nouveau statut"(1). Leur application doit donc être comprise dans le sens d'une favor negotii(2). Ainsi lorsqu'une sûreté est nulle selon le droit du pays d'exportation ces règles permettent, par une interprétation de la volonté des parties, de rendre la sûreté efficace lorsque les conditions du pays d'importation sont réunies... Il en va de même lorsque la sûreté déploie des effets plus faibles dans le pays d'exportation que dans le pays d'importation. D'une façon générale les parties ont intérêt à ce que la sûreté déploie le plus d'effets dans le pays d'importation, c'est pourquoi on interprétera leur volonté dans ce sens. Une sûreté qui ne peut déployer que des effets relatifs dans le pays d'exportation parce qu'elle ne satisfait pas à certaines conditions peut devenir dans certains cas une sûreté bénéficiant d'effets absolus. Il suffit pour cela d'appliquer les dispositions correspondantes du pays d'importation au processus de constitution s'étant déroulé dans le pays d'exportation. Cette manière de faire a déjà été évoquée à propos des états de fait prorogés. Il s'y ajoute cependant ici une autre composante, à savoir la recherche de l'intérêt des parties que l'on interprétera comme leur volonté. En d'autres termes, cette substitution des effets n'aura pas lieu, dans la mesure où elle est possible, que si elle correspond à la volonté des parties. Il est ainsi plus certain d'arriver à établir une certaine égalité entre les créanciers du pays d'exportation mis au bénéfice de sûretés et ceux du pays d'importation. Les règles proposées présentent un autre avantage: elles suppriment les problèmes liés à la qualification de "droits acquis" ou "non définitivement acquis" et dont il a été question ci-dessus. Cette qualification présente l'inconvénient d'être arbitraire puisque l'achèvement du processus de constitution d'un droit avant ou après la frontière dépend souvent du hasard(3). Dans la mesure où les conditions requises par le nouveau statut sont réunies la sûreté pourra déployer des effets pleins quelle qu'ait été sa condition sous le premier statut. Il n'est de surcroît plus nécessaire de trancher la question de savoir si le droit doit être nouvellement constitué ou s'il suffit de compléter le processus de constitution réalisé en partie sous l'ancien statut.

1) Nous avons déjà utilisé cette expression, elle est utilisée par la doctrine allemande, cf. Lüderitz, 204; Drobnig/Kronke, 100; Staudinger/Stoll, N° 414.

2) Drobnig *RebelsZ* 1968, 470.

3) Stoll *RebelsZ* 1974, 454.

Les nouvelles règles de conflit ont pour conséquence de rendre la transposition des droits telle qu'elle est pratiquée selon la doctrine traditionnelle superflue. Il ne s'agit plus de reprendre les anciens droits avec l'empreinte réelle que leur attribuait l'ancien statut mais d'apprécier ces droits à la lumière de l'ordre juridique du nouveau statut. La différence n'a pas qu'une importance théorique ainsi que le montrent les deux décisions allemandes relatives aux réserves de propriété italiennes. Rappelons que par l'application traditionnelle successive des ordres juridiques et du principe de la reprise des droits nés sous l'ancien régime le LG de Francfort concluait logiquement à la nullité de la réserve de propriété italienne, alors que le BGH substituait une réserve de propriété allemande absolue à une réserve italienne relative.

Cependant, même si ces propositions marquent une amélioration elles ne suppriment pas le problème des sûretés sans dépossession incompatibles avec l'ordre juridique du pays d'importation.

Les règles susmentionnées ont été établies par des auteurs allemands, elles se placent donc, au moins dans une certaine mesure, d'un point de vue du droit allemand. Or, nous avons déjà mentionné que celui-ci était très libéral en matière de sûretés sans dépossession. Un assouplissement de la règle de conflit dans le sens d'une mise en évidence du pays d'importation est par conséquent approprié dans la mesure où cela conduira la plupart du temps au maintien de la sûreté étrangère ou mieux encore permettra de lui attribuer des effets, ou des effets plus forts que sous le premier statut. Lorsque le pays d'importation n'est pas l'Allemagne, les sûretés étrangères sans dépossession risquent de ne pas être compatibles avec le nouvel ordre juridique et de devenir caduques. La cause de cet échec résidera souvent dans le fait que des conditions de publicité du nouveau statut (conditions permanentes) ne sont pas réunies. C'est pourquoi les règles proposées ci-dessus devraient être complétées par les propositions de réformes relatives aux mesures de publicité (extension du délai d'inscription, système international de publicité).

2. Deuxième type de correctif: autonomie de la volonté limitée

a) Généralités

Une nouvelle tendance doctrinale se prononce en faveur de la possibilité pour les parties à un contrat international de soumettre leurs rapports réels au droit de leur choix(1). Un des principaux buts de l'autonomie est d'atténuer les conséquences du changement de statut qu'entraîne pratiquement toujours un déplacement du bien(2). L'importance et le rôle de l'autonomie des parties en droit international réel restent cependant contestés. Lorsqu'elle est acceptée dans son principe l'autonomie est soumise par la plupart de ses partisans, en particulier par Drobnig et par Stoll, à des limites plus ou moins étroites que nous aurons l'occasion d'examiner.

-
- 1) Weber RabelZ 1980, p. 518; Staudinger/Stoll, N° 310 ss, 318 ss; Sovilla 32 ss, 50 ss, 72 ss; Meyer-Ladewig AWD 1963, p. 261-263; Drobnig RabelsZ 1970, 569-572; Stoll RabelsZ 1974, 452-453; Sturm NJW 1974, 1037; Van Venrooy Jus 1980, 363; Vischer RDS 90 (1971) II 70 ss; Gaudemet-Tallon JClP 1970 II, N° 16182 III B.
2) Drobnig RabelsZ 1968, 460-462.

En droit positif l'autonomie de la volonté en matière de droits réels n'est pas inconnue non plus. Elle est par exemple prévue avec effets entre les parties dans la Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (article 2, ch. 4; article 3, al. 1 et article 4, al. 1)(1). Selon l'article 104 de la loi suisse sur le DIP, les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base; l'élection de droit n'est cependant pas opposable aux tiers(2). D'autres droits prévoient également l'autonomie(3). La doctrine dominante(4) rejette cependant l'idée de l'autonomie de la volonté en droit international réel(5). Une majorité d'auteurs (6) se prononcent en faveur de l'autonomie seulement dans le domaine restreint des res in transitu(7). En jurisprudence quelques décisions ont admis l'autonomie(8).

Dans une très ancienne décision le Reichsgericht(9) ne reconnaît pas expressément, il est vrai, l'autonomie de la volonté en matière de droits réels. Il précise au contraire que le transfert de pierres précieuses qu'un commerçant

1) *RabelsZ* 1959, 145 ss; Recueil des Conventions de La Haye (1951-1980), p. 16; cette convention n'est entrée nulle part en vigueur.

2) Message du CF du 10 novembre 1982.

3) Droit suédois, cf. H. Eck, *The Swedish Conflict of Laws* (1965), 270; art. 12 de la loi tchèque de DIP du 4.12.1963 imprimée dans Makarov "Quellen des IPR" (1978) 293; art. 10, N° 1 à 3 du Titre introductif du Code civil espagnol.

4) Flessner, 569; Weber, p. 159; Drobnič Fest., 150.

5) Contre l'autonomie: Kegel IPR, 327; Lüderitz, 188 ss; Nussbaum "Deutsche IPR unter Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts" (1932) 42; Beitzke dans *Achilles/Greif* BGB (1958) Anm III I Art. 12 EGBGB; Lüderitz, p. 188-191; pour une autonomie limitée: Drobnič *RabelsZ* 1968, 460-465 ss; Meier-Hayoz *Berner Komm* vol IV, 1, Part. syst. (1981), p. 289, 290; Sovilla, p. 32-43; Rapport final du projet suisse de DIP, p. 203; Vischer *RDS* 90 (1971) II 70, 71.

6) Weber *RabelsZ* 1980, p. 519; Staudinger/Stoll, N° 312.

7) Firsching, 228; Privat, 71 ss; Wolff s'exprime avec plus de retenue "lors de la détermination du statut réel d'un bien en transit il faut attribuer à la volonté des parties (réelle ou hypothétique) le même rôle qu'en droit contractuel. La question de savoir si le lieu d'expédition ou de destination ou de transit où le bien se trouve justement est compétent doit être examinée en prenant en considération les attentes des personnes concernées et leur volonté". Kegel arrive au même résultat (cf. dans Soergel, N° 357, vor Art. 7 EGBGB). Sa définition des res in transitu est très large, il part de l'idée qu'ont les parties de l'endroit où se trouve le bien: si une partie pense, d'une façon qui est reconnaissable pour l'autre partie, que le bien voyage, le droit du pays de destination doit s'appliquer; il en va de même lorsque les parties pensent que le bien ne voyage plus. Si dans l'idée des parties le bien ne voyage pas encore, le droit du pays d'expédition devrait être compétent.

8) Staudinger/Stoll, N° 312.

9) *RG* 16.9.1911, *BayZ* 8 (1912) 45.

allemand avait acheté au Brésil, pour le compte d'un autre commerçant domicilié en Allemagne était régi par le droit brésilien en tant que *lex rei sitae*. Cependant le tribunal appliqua finalement le droit allemand auquel étaient aussi soumis les rapports contractuels entre parties. Selon le RG la marchandise, du moins celle qui avait déjà été envoyée, avait été transférée à la demanderesse sur la base de l'échange de correspondance de parties selon le § 931 BGB(1). La question du transfert devait être sans hésitation soumise au droit allemand. Même si la marchandise ne se trouvait pas encore en Allemagne, elle était en route pour ce pays.

Une décision de l'ObLG (Oberstes Landesgericht) de Bavière est plus significative(2). Une firme A avait acheté cinq couples de renards argentés à un fermier alsacien qui devait en garder la possession. A avait ensuite revendu un couple à un acheteur allemand B. Selon le tribunal, le contrat de vente et le transfert de propriété entre A et l'éleveur étaient soumis au droit français car les parties en avaient convenu tacitement l'application. Le tribunal soutint qu'en matière de droits réels mobiliers les parties pouvaient, comme en droit contractuel, choisir le droit applicable par une convention expresse ou tacite; la *lex rei sitae* devait s'appliquer lorsqu'une telle convention faisait défaut. Cette décision perd un peu d'intérêt dans la mesure où, en ce qui concerne le premier transfert, la convention tacite des parties se recouvrait avec la *lex rei sitae*(3). Il n'en reste pas moins que l'application, sans plus d'explications, du § 931 BGB au transfert entre A et B, alors que la *lex rei sitae* était le droit français, est étonnante(4).

A propos des rapports de droits réels relatifs à un bateau construit en Hollande et transporté plus tard en Allemagne où il y fut inscrit dans un registre, le tribunal suprême de la zone anglaise appliqua sans hésitation le droit allemand alors que le bateau se trouvait encore en Hollande "... weil die Parteien unter beiden in Betracht kommenden Sachenrechtsordnungen diejenige bestimmen können, die für die Eigentumsübertragung und die vorgesehenen Pfandrechte gelten soll". Les limites mises en droit international privé à l'autonomie de la volonté n'en étaient pas pour autant dépassées(5).

La dernière décision allemande que nous évoquons ici est certainement la plus intéressante car les juges y ont fait très consciemment référence à l'autonomie de la volonté(6). Le défendeur, un commerçant allemand, prétendait que le demandeur lui avait transféré en Yougoslavie une caméra, objet du litige, en récompense de ses services. Le demandeur contestait le transfert, invoquait cependant également pour le cas où un transfert devait être admis qu'il était de toute façon nul pour violation de la législation yougoslave relative aux dispositions douanières et aux devises. L'OLG de Hambourg estima toutefois que le

1) Cession de la prétention en restitution.

2) ObLG 3.1.1934, BayZ 30 (1934) 126=IPRspr 1934, N° 24 (p. 42).

3) Drobnig RabelsZ 1968, p. 459; IPRspr 1934, p. 43, 44.

4) Staudinger/Stoll, N° 312.

5) OGH de la zone anglaise 7.7.1949 (OGHZ 2,226=IPRspr 1945-49, N° 9=NjW 1949, 784).

6) OLG Hambourg 25.10.1961, IPRspr 1960-61, N° 72, p. 239.

transfert était soumis au droit allemand. Les parties n'avaient pas expressément soumis leurs rapports contractuels au droit allemand. Leur comportement exprimait cependant une volonté tacite de les soumettre au droit allemand(1). Ce choix devait également déterminer les rapports de droit réel(2). Le tribunal s'est donc délibérément écarté du rattachement à la *lex rei sitae*. A l'appui de sa décision il déclara que dans la plupart des cas le lieu de situation d'un bien est variable et que le rattachement à la *lex rei sitae* en est rendu arbitraire. L'autonomie de la volonté permet au contraire d'obtenir des résultats plus justes(3).

En jurisprudence suisse, on peut relever une décision de la Cour d'appel de Genève de 1906(4). Deux Suisses domiciliés en Suisse avaient conclu en France, où ils séjournaient par hasard, un contrat de vente portant sur une automobile. Le prix d'achat devait être joué dans une partie de baccara. A cet effet l'acheteur qui se trouvait déjà en possession du véhicule tenta de prendre le large avec la voiture, l'argent et le contrat. Le tribunal estima que les rapports de droit des parties devaient être soumis au droit suisse parce qu'il se trouvait être leur droit commun tant du point de vue de la nationalité que de celui du domicile et parce que le séjour à Annecy n'avait été que de courte durée. Le transfert de propriété fut soumis uniquement aux conditions du droit suisse malgré la conclusion du contrat en France et bien que le véhicule se soit trouvé en France lors de la conclusion du contrat. Le tribunal n'a pas donné plus d'explications sur les motifs l'ayant amené à trancher dans ce sens car il s'était avéré que le vendeur avait conclu le contrat sous contrainte. Il était par conséquent entièrement nul. Le tribunal n'alloua que des dommages-intérêts au vendeur. Son attitude concernant la question de droit réel doit en conséquence être considérée comme un *obiter dictum*. La décision reste cependant intéressante dans la mesure où, pour la première fois, la question du transfert de propriété a été soumise au statut contractuel (déterminé ici objectivement).

En France une vieille décision de la Cour d'appel de Douai mérite d'être mentionnée(5) bien que le tribunal ait finalement appliqué la *lex rei sitae*.

En vertu d'un contrat d'entreprise une société allemande se trouvait en possession de tissus appartenant à une entreprise française. Celle-ci tomba en faillite. La société allemande faisait valoir dans la faillite un droit de rétention car elle était créancière de la société française. Le droit français, droit du contrat, ne permettait pas d'octroyer un droit de rétention à la société allemande. En revanche cela était possible selon le droit allemand, droit du lieu de situation des biens. La Cour débouta l'entreprise française en appliquant la *lex rei sitae*. Elle exposa tout d'abord que les biens meubles suivent le droit du lieu de situation, puis déclara: "... attendu que, par suite dans tout contrat passé entre Français et étrangers cette règle doit être présumée sous-entendue, s'il ne résulte des circonstances que les parties ne l'ont

1) IPRspr 1960-61, p. 241.

2) IPRspr 1960-61, p. 243.

3) IPRspr 1960-61, p. 243.

4) Décision du 17.3.1906, Clunet 1907, p. 208 et chez Privat, p. 55.

5) Cour d'appel de Douai du 21.12.1891, Clunet 1892, 928 ss.

exclue". La décision ne se prononce pas, il est vrai, de manière expresse en faveur de l'autonomie mais elle fixe des limites à l'application de la *lex rei sitae* dans la mesure où elle admet que les parties peuvent l'exclure.

b) Conditions et limites de l'autonomie

Nous avons déjà mentionné que les propositions relatives à l'introduction de l'autonomie en droit international réel ne préconisaient pas une liberté totale des parties. La plupart d'entre elles fixent des limites qu'il convient d'examiner ici. La présentation de ces limites constituent déjà pour ainsi dire une réponse partielle aux objections formulées par les adversaires de l'autonomie à l'égard de cette dernière et que nous aurons encore l'occasion d'étudier (ci-dessous, c)).

aa) Biens faisant l'objet d'une transaction internationale

Cette limite mise à l'autonomie paraît évidente mais il est tout de même bon de la rappeler. L'autonomie doit être limitée aux biens qui par essence ou en vertu de dispositions contractuelles franchissent de façon permanente ou temporairement les frontières (bateaux ou autres moyens de transport de même que les biens d'exportation)(1). Cette limitation résulte de la fonction même de l'autonomie de la volonté, à savoir: atténuer les conséquences fâcheuses provoquées automatiquement par chaque changement de statut. Il est évident qu'un besoin de s'écarter de la *lex rei sitae* n'existe pas dans le cadre des transactions nationales(2). La possibilité de choisir un droit étranger dans le cadre de transactions internes risquerait de vider le principe du *numerus clausus* de toute substance. On peut cependant déjà admettre l'existence d'une transaction internationale lorsque les biens n'ont pas encore quitté le pays d'expédition ou lorsque les biens sont en transit. Dans ce dernier cas, cela vaut même si les parties pensent que les biens sont en transit alors qu'ils ne le sont pas réellement(3).

bb) Forme du choix

Lorsque l'autonomie est admise dans son principe il se pose encore la question de la forme que le choix du droit doit revêtir. Ce point fait l'objet de divergences en doctrine. Drobniĝ estime que le respect de la maxime des droits réels relative à la clarté des rapports de droit suppose un choix établi de manière expresse ("*ausdrückliche Rechtswahl*"). En d'autres termes le statut réel ne doit pas dépendre des incertitudes qui accompagnent la recherche d'une volonté tacite ou hypothétique(4). Cet auteur estime en outre que seul un choix exprimé peut neutraliser les objections, en soi décisives, formulées à l'égard de l'autonomie et relatives à l'absence de clarté et de publicité(5). Il a plus

1) Drobniĝ *RebelsZ* 1968, p. 461; Staudinger/Stoll, N° 310; Weber, p. 525.

2) Drobniĝ *RebelsZ* 1968, p. 461; Gaudemet-Tallon *JCP* 16182 III B.

3) Expression élargie des *res in transitu* selon Kegel; Weber, p. 525.

4) Drobniĝ *RebelsZ* 1968, 461.

5) Drobniĝ *Fest.*, p. 150, 151.

tard un peu relativisé cette prise de position en précisant que le juge n'avait pas à rechercher la volonté des parties, lorsque celles-ci avaient renoncé, apparemment de façon consciente, au choix d'un droit(1). D'autres estiment en revanche qu'il n'y a pas de danger à admettre subsidiairement un choix tacite ou hypothétique des parties(2).

Il y a un choix tacite lorsque les parties ont eu réellement la volonté commune de voir s'appliquer un ordre juridique mais ne l'ont pas dit expressément. La recherche du choix tacite implique par conséquent une interprétation de la volonté des parties(3). En cas de choix hypothétique les parties n'ont en revanche pas du tout pensé à la question du droit applicable. La détermination se fera de manière objective en tenant compte de l'intérêt des parties. En d'autres termes on recherche l'ordre juridique que les parties auraient choisi si elles avaient pensé à cette question à l'époque de la conclusion du contrat(4). Nous mentionnons enfin une troisième tendance qui rejette toute forme de choix, ce qui revient à un refus de l'autonomie. Lüderitz manifeste à cet égard le plus de réticence. Il invoque avant tout l'absence de publicité du choix établi et rejette même la possibilité d'un choix exprès. Tout en admettant que ce dernier est plus clair il objecte qu'il est difficile de le distinguer d'un choix tacite ou même hypothétique (5). L'argumentation de Lüderitz n'est pas convaincante. La manifestation de volonté expresse ou tacite existe depuis longtemps dans les droits internes. Pourquoi la distinction serait-elle plus difficile à faire dans un contrat international que dans un contrat de droit interne?

Parmi ces trois tendances, celle dont Stoll est le représentant (choix tacite et choix hypothétique) nous paraît la plus conséquente. En effet, du moment que l'on recherche la volonté des parties il n'y a pas de raison de s'en tenir à un choix exprès; il ne devrait être possible de renoncer à rechercher la volonté des parties ou leur intérêt hypothétique qu'exceptionnellement. En outre un choix exprès risquerait de se rapporter presque toujours à la vente en tant que telle et laisserait par conséquent indécise la question de savoir si les parties ont pensé "expressément au statut contractuel ou aussi au statut réel. C'est pourquoi la souplesse de l'autonomie qui permet d'obtenir des solutions individuelles ne mérite pas d'être anéantie par la seule exigence d'un choix exprès(6). Cette solution entraînerait pour les parties un inconvénient disproportionné par rapport à sa contribution au maintien de la clarté des rapports de droits réels. A ce propos l'argument de Drobnig selon lequel seul un choix exprès remplacerait pratiquement la publicité n'est à notre sens pas convaincant. La question de la forme que doit revêtir la volonté des parties ne concerne que les rapports des parties entre elles. Un choix exprès n'est pas plus connu des tiers qu'un choix tacite ou hypothétique. La publicité est, en matière d'autonomie, un point qu'il faut examiner indépendamment de la forme du

1) Drobnig/Kronke, p. 102.

2) Staudinger/Stoll, 321, 331, 332, 336, 415, 416, 419-422; Stoll *RabelsZ* 1974, 456; Gaudemet-Tallon *JCP* 1970 II 16182 III B.

3) Privat, p. 31.

4) Privat, p. 31.

5) Lüderitz, p. 188-191.

6) Stoll *RabelsZ* 1974, p. 456.

choix. Pour toutes ces raisons il est justifié d'admettre subsidiairement au choix exprès un choix tacite ou hypothétique. La célèbre décision du BGH de 1966 relative à la conclusion en Italie d'une réserve de propriété sans forme, sur de la marchandise livrée en Allemagne, fournit un bon exemple de volonté tacite. Rappelons que dans cette décision le BGH a estimé à juste titre que l'intérêt du vendeur consistait à obtenir une réserve de propriété valable en Allemagne; l'acheteur avait également eu en vue une réserve de propriété allemande. Le BGH a transformé, par une interprétation de la volonté des parties, une réserve de propriété italienne relative en une réserve allemande absolue(1).

En matière de volonté hypothétique l'intérêt des parties désigne tout d'abord l'ordre juridique de l'Etat où le bien restera et où l'effet réel désiré doit déployer ses effets(2). La volonté hypothétique des parties désigne en premier lieu l'ordre juridique du pays de destination dans la mesure où cet ordre juridique accorde des effets plus forts au droit réel que le pays d'exportation. Ce dernier s'impose lorsqu'il est le seul (et pour cette raison le dernier espoir) à admettre le droit réel(3). Etant donné que l'ordre juridique accordant le plus vite des effets au droit réel s'applique, la propriété passe à l'acheteur, à défaut de choix exprès des parties, dès la conclusion du contrat selon le droit français, s'il s'agit par exemple d'une vente à distance de France en Allemagne. Dans le cas inverse (vente d'Allemagne en France) l'acheteur acquiert la propriété selon la volonté hypothétique des parties dès le passage de la frontière, selon le droit français(4).

cc) Limitation à certains ordres juridiques

Plusieurs partisans de l'autonomie proposent de limiter le choix des parties aux ordres juridiques qui ont un rapport spatial étroit avec le contrat. On peut de cette manière empêcher que les rapports de droits réels ne soient soumis à une liberté totale. La raison de cette limite réside justement dans le fait que les rapports de droits réels convenus entre parties doivent produire des effets également vis-à-vis des tiers. Ils ont par conséquent besoin d'un fondement pour légitimer un ordre juridique capable d'assurer et de contrôler la souveraineté sur le bien. C'est pourquoi seuls les ordres juridiques des pays d'expédition et de destination entrent en général en considération(5). A ces deux ordres juridiques on peut ajouter le droit du contrat comme le prévoit l'article 104 de la loi suisse sur le DIP(6) car même si ce droit correspond la plupart du temps à celui du pays d'expédition ou de destination il peut aussi être différent. Dans ce cas il faut en tenir compte car il contribue à l'harmonisation des statuts contractuels et réels, soit un des buts que doit permettre de réaliser l'autonomie. La sécurité des transactions devrait être

1) Stoll *RebelsZ*, p. 456.

2) Staudinger/Stoll, N° 337.

3) Staudinger/Stoll, N° 419, 422.

4) Staudinger/Stoll, N° 337, 338.

5) Staudinger/Stoll, N° 322; Drobni *RebelsZ* 1968, p. 461.

6) Rappelons toutefois que selon l'al. 2 de l'article 103, le choix n'est pas opposable aux tiers.

assurée par les dispositions du droit du situs sur l'acquisition de bonne foi(1). Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le choix du pays d'expédition ou de destination accentue le rapport spatial, selon l'importance que leur accordent respectivement les parties, et, il représente ainsi une sorte de "modification" subjective de l'application de la *lex rei sitae*(2). Weber fait cependant remarquer à juste titre qu'à part ces trois droits l'application d'un ordre juridique peut être justifiée et appropriée (par exemple droit anglais de la vente maritime). Lorsque l'on considère les choses de cette manière les limites de l'autonomie sont fixées d'une autre façon: c'est l'emploi abusif et inapproprié que les parties pourraient en faire qui est déterminant(3).

Les pays de transit sont en principe exclus de l'autonomie. Exceptionnellement on pourra les prendre en considération par exemple lorsque selon la convention des parties la marchandise y reste un certain temps ou doit y être remise à l'acheteur(4).

dd) Compétences de la *lex rei sitae* pour les actes d'exécution forcée

L'autonomie de la volonté ne doit pas tenir en échec les sûretés légales ou contractuelles constituées selon la *lex rei sitae*, hors du domaine de souveraineté de l'ordre juridique choisi. Tant et aussi longtemps que le bien se trouve à l'extérieur du pays dont les parties ont choisi l'ordre juridique la *lex rei sitae* reste compétente pour les actes d'exécution et de constitution de sûretés légales, pour les actes de disposition du possesseur et par conséquent pour les questions relatives à l'acquisition de bonne foi par des tiers(5). Cette restriction représente par conséquent une garantie de la sécurité des transactions au situs et du droit des tiers à l'égalité de traitement. Cela signifie qu'un autre droit que la *lex rei sitae* ne peut être opposé aux tiers au situs, ceux-ci peuvent toujours se réclamer d'une position plus favorable selon la *lex rei sitae*. Les sûretés fondées sur la *lex rei sitae* ont, le cas échéant, le pas sur le choix des parties(6).

ee) Veto de la *lex rei sitae*

aaa) La règle du veto

Les droits réels constitués par les parties selon l'ordre juridique choisi ne peuvent déployer leurs effets dans l'ordre juridique de la *lex rei sitae* lorsqu'ils

1) Kreuzer Münch Komm nch Art 12 Anh 1, N° 74.

2) Weber, p. 528, 529.

3) Weber, p. 529.

4) Staudinger/Stoll, N° 322.

5) Drobnič RabelsZ 1968, p. 461; Drobnič/Kronke, p. 102. Selon Sovilla il s'agit là d'un correctif apporté à l'autonomie des parties. La *lex rei sitae* décide si la propriété (ou autre droit réel) sur un bien peut exister (p. 73, 74). A propos de la réserve de propriété il déclare: "die Errichtung des Eigentumsvorbehalts untersteht der *lex contractus*, dessen Durchsetzbarkeit aber der *lex situs*" (77).

6) Projet suisse de DIP, Message, p. 134.

sont incompatibles avec celui-ci(1). Le veto, selon l'expression de Stoll, imposé par la *lex rei sitae* aux effets réels étrangers tant que le bien est soumis à la souveraineté du situs est une fois de plus un correctif à l'autonomie dont le but vise la protection des tiers. Stoll parle à ce propos de "konflikt-feste Regeln", soit de règles auxquelles il n'est pas possible de renoncer et qui doivent avoir le pas sur le droit choisi; il ne s'agit cependant pas d'un recours à l'ordre public(1). L'incompatibilité du droit choisi avec la *lex rei sitae* cesse dès que le bien quitte l'Etat où il est situé. L'effet réel désiré par les parties entre alors automatiquement en force dès cet instant ou au plus tard dès que le bien atteint l'Etat dont l'ordre juridique a été choisi par les parties(2).

Parmi les principes dont la sauvegarde justifie l'intervention du droit de veto de la *lex rei sitae* on peut citer en exemple l'inscription du pacte de réserve de propriété en droit suisse(3). Il en va de même de la mise en possession dans les pays de tradition. Ainsi lorsque les parties ont choisi l'ordre juridique du pays de destination (pays de consentement, par exemple), le pays d'expédition peut opposer son veto jusqu'à ce que le bien quitte son territoire s'il connaît le principe de la tradition(4).

bb) Critique du recours au droit de veto

Weber estime que le recours au droit de veto est douteux d'un point de vue de politique juridique. Il ne devrait pas y avoir besoin d'y recourir lorsque le droit étranger choisi possède des normes dont la fonction est équivalente à celles du droit impératif interne car l'intérêt de celui-ci à s'appliquer serait ainsi satisfait(5). A cet égard, il n'est pas nécessaire qu'à chaque disposition impérative du droit interne corresponde une disposition analogue de droit étranger. Il suffit que les institutions juridiques de l'ordre juridique choisi et du droit interne soient comparables d'un point de vue fonctionnel(6). Est décisif le point de savoir si les normes de droit étranger contribuent à la formation d'un ordre juridique instituant une protection correspondante, par exemple en faveur des tiers(7). En outre, il faut apprécier l'intérêt qu'a l'Etat de situation à appliquer sa réglementation. Cet intérêt peut avoir faibli au cours du temps lorsque des principes impératifs se sont assouplis. Il faudra alors tenir compte de cette évolution. Par exemple le principe de la tradition ne peut plus être considéré comme impératif dans les pays où le constitut possessoire et le transfert de propriété en garantie sont largement pratiqués(8). Au lieu de recourir à un veto du droit suisse, Weber propose de faire porter ses fruits à l'article 717 CC à un niveau international ce qui faciliterait la reconnaissance du choix d'un droit étranger: l'autonomie resterait sans effet

1) Staudinger/Stoll, N° 325.

2) Stoll *RabelsZ* 1974, p. 457.

3) Weber, p. 526.

4) Staudinger/Stoll, N° 323.

5) Weber, p. 527.

6) Weber, p. 527, note 103.

7) Weber, p. 527.

8) Weber, p. 527.

seulement lorsqu'elle aurait eu pour but de léser les droits des tiers. Le juge aurait un pouvoir discrétionnaire qui empêcherait un emploi abusif de l'autonomie de la volonté(1).

On a exercé une critique encore beaucoup plus radicale à l'égard du droit de veto. On a en effet prétendu qu'il anéantissait pratiquement les avantages de l'autonomie dont Stoll est par ailleurs un partisan, et qu'il menait finalement au même résultat que celui auquel on aboutit actuellement par application de la doctrine traditionnelle (et encore dominante)(2). Ainsi, selon les principes élaborés en faveur de l'autonomie par Stoll lui-même, les parties peuvent choisir de soumettre leurs rapports réels au droit du pays d'expédition ou de destination. En l'absence de choix exprès ou tacite la volonté hypothétique des parties désigne le pays qui laisse se déployer les effets désirés (par exemple transfert de propriété). En général le pays de destination a le dernier mot. Ceci devrait par conséquent signifier, en prenant l'exemple d'une vente de marchandises de Suisse (tradition) en France (consentement), que le transfert de propriété ne dépend plus du hasard se présente lors de la faillite du vendeur, le fait pour la marchandise de se trouver à la douane suisse ou déjà en France, car l'acheteur est en principe, grâce à l'élection du droit français, devenu propriétaire dès la conclusion du contrat. Mais Stoll n'applique pas jusqu'au bout son raisonnement étant donné qu'il offre à la *lex rei sitae* (le droit suisse) la possibilité d'opposer son veto au choix des parties (dans l'exemple ci-dessus le pays de destination)(3). Le droit de veto intervient non seulement dans les rapports des parties avec les tiers comme le prévoit en fait l'article 104, al. 2 de la loi suisse de DIP mais il doit aussi s'imposer dans les rapports des parties entre elles(4). En fin de compte, l'autonomie de la volonté ne triomphe que si l'ordre juridique choisi connaît le principe auquel la *lex rei sitae* ne veut pas renoncer, dans l'exemple ci-dessus, le principe de la tradition. Il faut admettre dans ce cas que l'application traditionnelle de la *lex rei sitae* ne conduit pas à un autre résultat. Les reproches formulés à l'égard du droit de veto ne sont pas infondés. D'un autre côté on doit reconnaître qu'il est difficile de sortir du cercle vicieux: éviter le conflit mobile par l'introduction de l'autonomie tout en maintenant la protection des tiers.

c) Objections formulées à l'égard de l'autonomie et discussion des objections

Actuellement la doctrine dominante s'oppose à l'application de la loi d'autonomie en tant que rattachement unique(5). La soumission des sûretés mobilières à

1) Weber, p. 527.

2) "Von der neuen Idee bleibt nur der karge Knochen" Heini, RDS 99 (1980) I 88, 89; Münchkomm Kreuzer nach Art. 12 Anh I Rdnr 73.

3) Staudinger/Stoll, N° 323, 340.

4) Heini RDS 99 (1980) I 89.

5) Le rattachement unique s'oppose à la doctrine traditionnelle qui pose comme point de départ la dualité des rattachements: soumission des rapports contractuels à la loi d'autonomie et soumission des rapports de droit réel à la *lex rei sitae* (qui elle-même intervient à titre de loi ancienne et de loi nouvelle), Khairallah, p. 59 et p. 176 Kreuzer Münch. Komm. nach Art. 12 Anh. I N° 66, 73; Soergel-Kegel vor Art. 7 N° 357; Lüderitz, p. 188; Fouchard RCDIP 1971, p. 80; Lalive, p. 114.

la loi d'autonomie est présentée par les auteurs comme particulièrement dangereuse. Si les objections formulées à son égard sont présentées sous un angle général et ont trait à des notions comme celles du rôle de la possession mobilière et du *numerus clausus* des droits réels, elles sont révélatrices en réalité d'un souci systématique d'assurer la protection des tiers(1). En effet, l'application de la *lex rei sitae* se justifie pour des motifs touchant à la sécurité des transactions et à l'efficacité du droit réel. Elle permet aussi de réaliser le principe de la publicité des droits réels. En abandonnant ce facteur de rattachement plusieurs auteurs craignent de voir disparaître la garantie nécessaire à la clarté des rapports de droit au lieu de situation. L'introduction de l'autonomie en matière de droit réel risquerait d'avoir de fâcheuses conséquences pour les tiers et en particulier pour les créanciers du possesseur au lieu de situation du bien. Ceux-ci devraient toujours s'attendre à ce que les rapports de droit réel relatifs au bien soient appréciés selon n'importe quel ordre juridique étranger(2). Les objections formulées à l'égard de l'autonomie ne sont pas sans fondement et il convient de les examiner séparément et de voir dans quelle mesure on peut y répondre.

aa) Danger lié à la liberté de la forme

Cette objection a trait à l'existence de droits réels mobiliers inconnus de la loi du lieu de situation. Le *numerus clausus* exclut l'autonomie de la volonté, il suppose pour les parties l'obligation de recourir aux droits réels fixés dans le cadre de la loi(3). L'introduction de l'autonomie permettrait facilement aux parties d'éviter les dispositions impératives légales. L'exercice de droits réels inconnus de la *lex situs* serait ainsi rendu possible.

Cette objection peut être examinée sous deux angles différents. On peut tout d'abord voir quel est son poids par rapport aux propositions relatives à l'introduction de la loi d'autonomie et ensuite examiner la question de savoir si, et dans quelle mesure, le principe même du *numerus clausus* doit, d'une manière générale, être remis en cause.

(I) Confrontation de l'objection avec les propositions relatives à l'introduction de l'autonomie

Il faut tout d'abord relever que l'autonomie de la volonté n'a pas pour conséquence de permettre une totale liberté des formes. L'exclusion des formes à l'intérieur d'un ordre juridique ne signifie pas liberté des formes car les formes en vigueur dans l'ordre juridique choisi remplacent celles existant au lieu de situation(4). Ensuite les droits réels étrangers doivent être reconnus

1) Khairallah, p. 181.

2) Flessner, p. 570.

3) Weber, p. 514; Meier-Hayoz Bern. Komm. IV, I 1, p. 60.

4) Weber, p. 520.

dans la mesure où ils sont comparables avec les institutions du situs(1). Il n'en va d'ailleurs pas autrement de lege lata car l'ordre juridique du nouveau lieu de situation doit examiner si le droit né sous l'ancien droit est compatible avec la nouvelle lex rei sitae. En admettant l'autonomie de la volonté, l'ordre juridique de la lex rei sitae (lex fori) aura la même démarche par rapport aux droits nés selon l'ordre juridique choisi. Afin de protéger des intérêts importants, l'Etat du situs doit pouvoir, selon Stoll, opposer son veto à l'application du droit étranger choisi. La sécurité des transactions n'est finalement pas mieux assurée actuellement. L'intervention de la lex rei sitae ne devrait cependant être possible que dans la mesure où le droit étranger entraîne une violation manifeste des droits des tiers, car c'est en définitive de cette question qu'il s'agira la plupart du temps(2). L'argument de Lüderitz "l'autonomie conduit à la libéralisation (voir l'absence) des formes"(3) ne justifie donc pas un rejet de l'autonomie. Lorsque l'ordre juridique choisi n'a, en matière de forme, que très peu d'exigences, il ne faut refuser la reconnaissance à l'ordre juridique choisi que si celui-ci a pour conséquence la perte de droits de tiers(4).

(II) Remise en cause du principe du numerus clausus

Certains ordres juridiques font du numerus clausus des droits réels un principe fondamental. Tel est par exemple le cas du droit suisse qui applique ce principe avec constance. Le numerus clausus y est renforcé par le principe de la publicité réalisée par l'inscription au registre foncier pour les immeubles et par la possession pour les meubles.

La règle du numerus clausus n'est pas incontestée, notamment en France. A la question de savoir si l'énumération des droits qu'on peut avoir sur les biens, établie à l'article 543 du Code civil est limitative, la Cour de cassation a très tôt décidé que les articles 543 et suivants du Code civil "sont déclaratifs du droit commun, relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs et que, ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible(5). Cet arrêt n'a cependant pas convalu et deux courants doctrinaux s'opposent jusqu'à nos jours. Mais si la querelle, qui d'ailleurs est ramenée à un débat touchant à la sécurité des tiers, existe, il semble bien qu'elle se rapporte aux droits réels immobiliers. Les droits réels mobiliers en sortiraient-ils alors indemnes et reconnaîtrait-on une liberté illimitée aux individus d'en créer?(6). En tout cas il est permis de se poser

1) Par "comparables" il faut entendre "semblables quant à leur fonction" comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus. Il faut en principe reconnaître des droits étrangers lorsqu'ils ont une fonction identique à ceux du droit interne, lorsque ainsi les deux ordres juridiques, dans leur ensemble et non pas dans les détails, peuvent être considérés comme interchangeables, Weber, p. 513.

2) Weber, p. 520.

3) Lüderitz, p. 188.

4) Weber, p. 520, N° 61.

5) Req. 13 février 1834, D.P. 1834. i. 218 et chez Khairallah, p. 206.

6) Khairallah, p. 206.

la question. A cet égard l'institution du trust que les tribunaux français ont souvent eu l'occasion d'examiner(1) fournit un bon exemple de confrontation avec le principe du numerus clausus(2). Il n'est pas question d'examiner l'institution du trust dans ce travail. Il convient toutefois d'en dégager les traits principaux: une personne, le constituant du trust (settlor of the trust), stipule que certains biens seront administrés par un ou plusieurs autres trustees dans l'intérêt d'une ou plusieurs autres personnes, le ou les cestuis que trust(3). Le trust suppose un démembrement du droit de la propriété: le trustee devient propriétaire des biens qui lui sont confiés. Mais les droits réels sont aussi conférés au bénéficiaire, par le fait que d'une part les biens du trust forment un patrimoine séparé des autres biens du trustee, et que, d'autre part, le bénéficiaire peut faire valoir sur les biens du trustee un droit de suite, renforcé par le principe de la subrogation réelle(4). Ce démembrement du droit de la propriété, dû à l'existence de droits de propriété concurrents sur une même chose, est étranger aux conceptions françaises. Lorsque les biens sur lesquels porte le trust sont en France, il y a conflit entre les exigences de la loi réelle et les droits qui découlent du trust(5). La jurisprudence en ce domaine n'est pas très claire et parfois contradictoire, toutefois on a pu noter un effort constant des tribunaux pour accueillir l'institution du trust même lorsque les biens étaient situés en France(6). Il est difficile d'expliquer l'attitude libérale de la jurisprudence par un appel à la notion d'équivalence car aucune équivalence n'existe entre le trust anglo-saxon et une quelconque institution française, ou, tout au moins, l'équivalence ne peut être que partielle ou artificielle(7). Il ressort de la jurisprudence que les tribunaux s'appuient très fortement sur la notion d'ordre public: plusieurs décisions ont déclaré, pour admettre l'efficacité sur des biens situés en France d'un trust constitué sous une loi étrangère, qu'il n'avait rien de contraire à l'ordre public. Celles qui ont refusé son efficacité ont aussi fait appel à l'ordre public(8). Ainsi pour s'imposer aux tribunaux français, le trust a provoqué un éclatement du statut réel car si ce principe était vraiment absolu, aucun trust n'aurait pu s'exercer sur des biens situés en France. Quant au numerus clausus, à supposer qu'il s'applique en matière mobilière, ce qui n'est pas certain, il signifie essentiellement la nécessité d'assurer la publicité des droits réels afin de protéger les intérêts des tiers. La jurisprudence a à cet égard fait usage de l'exception de l'ordre public pour protéger les intérêts des tiers d'un démembrement de propriété occulte lorsque ces intérêts étaient dignes de protection(9). Lorsque la publicité n'est pas assurée, on recherchera si les tiers avaient pu, ou non, être informés de l'existence du trust(10).

1) Dreyer, p. 115.

2) Khairallah, p. 207.

3) David, N° 309.

4) Dreyer, p. 15, 16.

5) Khairallah.

6) Khairallah, p. 213 et note 162 où figurent les décisions ayant reconnu la validité d'un trust en France.

7) Kairallah, p. 214.

8) Khairallah, p. 214, 215; Dreyer, p. 116.

9) Khairallah, p. 216.

10) Cf. la jurisprudence citée par Khairallah, p. 210, note 150 et p. 211, note 153.

L'exemple du trust démontre donc que le principe du numerus clausus, invoqué par les opposants à l'autonomie de la volonté, ne s'applique pas de manière absolue et qu'il est même remis en cause en matière de meubles.

Si l'on examine, toujours à titre d'exemple, la situation du trust en droit suisse, elle apparaît moins favorable qu'en droit français. En droit suisse plusieurs principes s'opposent au trust, à commencer par celui du numerus clausus(1). On a également prétendu que le trust heurtait l'ordre public suisse parce qu'il constituait une institution inconnue du droit suisse(2) et parce qu'il constituait un dédoublement du droit de la propriété ce qui est contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse(3). Ce type d'arguments n'est pas annonciateur d'une amélioration du processus de reconnaissance en Suisse des trusts et plus généralement de droits réels mobiliers. On peut toutefois espérer une évolution semblable à celle de la jurisprudence française. Si d'un point du droit international la jurisprudence française n'a pas, en matière de trust, développé une des meilleures solutions qui soient (recours à l'ordre public), elle s'efforce au moins d'ouvrir ses portes à une institution inconnue du droit français. Une telle ouverture semble possible dans la mesure où la doctrine moderne ne fait plus des principes des droits réels des maximes intangibles(4).

bb) Sécurité des transactions et protection des tiers

Les droits réels sont absolus et peuvent être opposés à chacun. La loi de situation est nécessairement compétente pour toutes les conditions qui rendent la sûreté opposable aux tiers, c'est-à-dire la publicité, parce qu'elle représente un rattachement fixe(5). Les adversaires de l'autonomie de la volonté prétendent que celle-ci est incompatible avec le principe de la publicité des droits réels car le choix du droit n'est pas public et ne peut être connu des tiers(6). Alors que la sécurité des transactions et la protection des tiers supposent un rattachement stable, l'autonomie est changeante(7) et incertaine(8). Les parties auraient toujours la possibilité de manipuler les ordres juridiques de telle façon que l'acquisition d'un droit se fasse au détriment du véritable ayant droit ou d'un tiers, et au profit d'une des parties au contrat. Particulièrement en matière d'acquisition de bonne foi, où les différences entre les

1) Dreyer, p. 43.

2) Pourtant l'intervention de l'ordre public ne se justifie pas pour la seule raison que les dispositions du droit suisse sont différentes de celles du droit étranger. Dreyer, p. 149.

3) Dreyer, p. 149.

4) Cf. Meier-Hayoz Bern. Komm. IV, 1. das Eigentum, I Teilb. p. 50 "... Der Richter ist nicht an sie (les principes des droits réels) gebunden (denn sie stellen nicht-wie eine frühere Lehre meinte-bindende Dogmen dar), aber er hat sich mit ihnen auseinanderzusetzen und darf nur davon abweichen, wo das Gesetz ihm dazu die Freiheit gibt und wo zudem aner kennenswerte und schutzbedürftige Interessen es verlangen".

5) Batiffol/Lagarde, N° 519.

6) Lüderitz, p. 188; Lalive, p. 114; Karrer, p. 49.

7) Soergel/Kegel vor Art. 7, N° 357.

8) Lüderitz, p. 190, 191; Batiffol Recueil Sirey 1935 I, p. 259.

ordres juridiques sont importantes, la possibilité du propriétaire de récupérer son bien ne devrait pas dépendre du droit choisi par celui qui n'avait pas le pouvoir de disposer ou par un voleur. Ceux-ci pourraient en effet grâce à l'autonomie choisir un droit favorable à leur partenaire contractuel(1).

L'argument relatif à la sécurité des transactions et à la protection des tiers est certainement celui qui met le plus grand frein à l'introduction de l'autonomie et nous avons déjà signalé que quelque soit le type d'argument invoqué à l'encontre de l'autonomie, c'est finalement à celui-ci que se rapporte la discussion.

Nous examinerons tout d'abord la possibilité de protéger les intérêts des tiers en limitant les effets de l'autonomie aux rapports entre parties. Nous examinerons ensuite l'objection à la lumière des propositions faites en faveur d'une autonomie restreinte. Enfin nous verrons d'une manière plus générale dans quelle mesure le rôle de la publicité mobilière joue, encore aujourd'hui, le rôle que lui prêtent les adversaires de l'autonomie.

(1) Séparation des effets internes et des effets externes

Il est aisé de protéger les tiers en limitant l'autonomie de la volonté aux rapports entre parties. On crée toutefois de cette manière une coupure du rapport de droit. Celle-ci est connue en droit anglo-saxon(2). En droit des conflits on y distingue à propos du transfert de propriété entre les effets internes et les effets externes, soit entre le transfert entre parties et transfert par rapport aux tiers. La *lex rei sitae* régit seulement les effets réels externes tandis qu'un rattachement plus souple détermine le droit applicable au transfert entre parties. L'"American Restatement of the Law of Conflict of Laws, 2nd" de 1971 prévoit que la validité et les effets d'une disposition sur un meuble entre les parties sont régis par l'ordre juridique qui, eu égard à la question de droit à résoudre, présente le rapport le plus caractéristique avec les parties. A défaut de choix par les parties il faut, dans la détermination de cet ordre juridique, accorder en principe plus d'importance qu'aux autres points de contact ("proper law of the transfer"). Le Restatement soumet les effets de la disposition par rapport aux tiers à la *lex situs*(3). Le projet suisse de DIP a également adopté la solution de la séparation des effets internes et externes (article 103).

La Convention de La Haye de 1958 relative à la loi applicable au transfert de la propriété en cas de ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels reprend aussi cette idée de base: le droit applicable à la vente entre parties détermine aussi le moment du transfert des risques, le moment jusqu'auquel le vendeur a droit aux produits et fruits des biens vendus et le moment jusqu'auquel le vendeur a droit aux dommages-intérêts relatifs aux biens vendus; la validité de la réserve de propriété entre parties est également soumise à la *lex contractus* (article 2). En revanche, le transfert de propriété à l'égard des tiers est régi par la loi interne du pays où sont situés les biens

1) Karrer, p. 50.

2) Weber, p. 521.

3) Staudinger/Stoll, N° 305; Vischer *RabelsZ* 1974, p. 128 ss.

au moment où se produit une réclamation les concernant (article 3). Les droits du vendeur impayé à l'égard des créanciers de l'acheteur, notamment une réserve de propriété, sont régis par la loi du lieu où sont situés les biens lors de la première réclamation ou saisie (article 4)(1).

La coupure des effets internes et externes ne va pas sans susciter quelques critiques. En effet la plupart des ordres juridiques ne connaissent pas de propriété relative dans leurs droits matériels. Une norme de conflit instituant une scission et par conséquent un dédoublement de notion contredirait donc plusieurs droits matériels(2). Même si dans plusieurs ordres juridiques les parties peuvent déterminer le moment du transfert (dans les pays de tradition par la conclusion d'un constitut possessoire ou d'une réserve de propriété) une séparation entre les effets internes et externes du transfert n'apparaît pas justifiée. La propriété est par définition un droit absolu opposable à chacun. Lorsqu'un droit n'est transféré qu'entre parties il ne s'agit pas d'un droit de propriété mais d'un droit obligationnel(3).

Selon Vischer l'article 2 ch 4 de la Convention de La Haye susmentionnée soumettant la validité de la réserve de propriété entre parties au statut contractuel et ses effets vis-à-vis des tiers à la *lex rei sitae* est incompréhensible car en matière de droits réels il n'est pas possible de différencier entre deux sortes de validité. Vischer estime que l'efficacité d'une réserve de propriété est déterminée par la *lex situs*. Celle-ci est plus forte que le statut contractuel car si la réserve de propriété n'est pas valable selon la *lex rei sitae* la propriété passe à l'acheteur. Le statut contractuel doit régler uniquement les relations entre les parties, en particulier la question du transfert des risques, le point de savoir si l'acheteur a le droit de transférer ultérieurement le bien, etc.(4). Apparemment Vischer n'a pas pu empêcher l'introduction d'une séparation des effets internes externes réels dans le projet suisse de DIP!

On a reproché également "aux séparatistes" d'avoir mal compris et appliqué la théorie de l'approche contractuelle du transfert ("Contractuel Approach")(5) selon laquelle le statut de transfert est désigné de la même manière que le statut contractuel. On a malencontreusement associé à cette théorie une scission de la propriété (absolue, relative). La proposition de séparer les effets internes et externes repose en conséquence sur une confusion inadmissible de la propriété et de l'obligation(6).

(II) Protection des tiers et autonomie restreinte

La séparation des effets externes et internes n'est pas nécessaire pour garantir la sécurité des transactions et la protection des tiers. Tout d'abord à

1) RabelsZ 1959, p. 145-147; Kegel IPR 4, p. 334.

2) Privat, p. 68, 69; Lalive, p. 112 ss; Karrer, p. 51, 52 et aussi Keller/Siehr, p. 341.

3) Vischer Internationales Vertragsrecht, 1962, 177, 178.

4) Vischer Internationales Vertragsrecht, 179, 180.

5) Karrer, p. 48.

6) Karrer, p. 52; Privat, p. 68, 69; Lalive, p. 112 ss; Rabel, p. 35.

l'argument selon lequel l'autonomie représente un facteur de rattachement instable et incertain la réponse suivante doit être apportée: en matière de contrats internationaux plusieurs ordres juridiques entrent en considération lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable aux relations réelles. Le lieu de situation des meubles est souvent difficile à déterminer (du moins tant et aussi longtemps que le meuble ne fait pas l'objet d'un séquestre judiciaire). Le rattachement objectif dont on a longtemps prétendu qu'il assurait la sécurité juridique est devenu au contraire un facteur de rattachement instable et peut être justement à l'origine d'une profonde insécurité juridique. Ceci est vrai en particulier dans les contrats à distance, notamment si la constitution ou la perte d'un droit réel se produit à un moment où le bien transite dans un pays(1). Il n'est pas possible de prévoir un rattachement objectif fixe pour les transactions internationales mobilières car le lieu de situation est souvent difficile à déterminer. L'incertitude de ce facteur de rattachement peut être balayée grâce à l'introduction d'un facteur de rattachement subjectif plus souple. Rappelons qu'il est proposé de limiter l'autonomie de la volonté à quelques ordres juridiques. Dans cette mesure l'autonomie représente une solution plus souple et en même temps plus certaine que le rattachement objectif. On pourra évidemment rétorquer que ce nouveau facteur de rattachement met en danger les droits des tiers, même s'il a l'avantage de présenter plus de souplesse. Les limites imposées à l'autonomie par ses partisans eux-mêmes devraient cependant suffir à assurer la protection des tiers. Rappelons quelques limites proposées: choix limité à certains ordres juridiques, choix exprès pour certains, droit de veto. L'introduction de l'autonomie telle qu'elle est envisagée par les auteurs actuellement ne signifie par ailleurs pas une abdication totale de la *lex rei sitae*. Par exemple la constitution d'un droit de gage (par exemple saisi du bien dans un pays de transit) ou l'acquisition de bonne foi par des tiers sont soumises à la *lex rei sitae* parce qu'elles représentent par rapport aux parties "d'origine", qui avaient choisi le cas échéant un autre ordre juridique que celui de la *lex rei sitae*, un processus particulier tout à fait nouveau(2).

L'argument selon lequel les parties auraient grâce à l'autonomie, le moyen de manipuler les ordres juridiques de telle manière que le droit choisi rende possible l'acquisition d'un droit que la *lex rei sitae* n'aurait pas reconnu(3) et qui a pour conséquence la perte du droit d'un tiers; n'est pas convaincant. Signalons une fois de plus que les ordres juridiques mis à disposition des parties sont limités, en outre un choix ne peut être valide s'il a pour but de léser les tiers(4). Enfin l'application de la *lex rei sitae* n'empêche pas non plus une manipulation des ordres juridiques car les parties peuvent aussi emmener le bien dans le pays dont elles désirent voir s'appliquer le droit et y

1) Weber, p. 521; Projet suisse de DIP, message, p. 133.

2) Weber, p. 522; Stoll en revanche veut soumettre l'acquisition de bonne foi aux conditions de l'ordre juridique choisi, cf. ci-dessous, p. 130.

3) Par exemple possibilité d'acquérir de bonne foi une chose volée selon le droit choisi (exemple: article 1153 Code civil italien) alors que la *lex situs* aurait interdit cette acquisition (exemple: § 935 I BGB; article 934 I CCS) Van Venrooy Jus 1980, p. 365 ss.

4) Weber, p. 529.

procéder à l'acquisition du droit désiré(1). C'est pourquoi Stoll ne voit pas d'inconvénient majeur à soumettre également au droit choisi les conditions de l'acquisition de bonne foi même si cela a pour conséquence la perte du droit d'un tiers. L'application traditionnelle de la *lex rei sitae* représente par ailleurs un plus grand danger pour les tiers en cas d'acquisition à non domino car lorsque l'acquisition de bonne foi a échoué dans le pays d'exportation il suffit selon la doctrine dominante que l'état de faits constitutif soit réalisé plus tard dans le pays de destination pour que l'acquisition ait tout de même lieu. Au contraire, en reconnaissant aux parties le droit de choisir un ordre juridique, l'acquisition ne devient possible qu'aux conditions posées par le droit choisi(2).

En soumettant les questions relatives à l'acquisition de bonne foi à l'ordre juridique choisi Stoll semble faire preuve d'une largeur de vue considérable. Celle-ci est tout de suite relativisée lorsque l'on considère l'ensemble des propositions relatives à l'autonomie faites par cet auteur. Ainsi, grâce à l'intervention du droit de veto, une acquisition de bonne foi selon l'ordre juridique choisi n'est pas possible tant et aussi longtemps qu'elle est incompatible avec la *lex rei sitae*. Dans ce cas l'acquisition du droit ne se fera que dès l'instant où le bien aura atteint le pays dont les parties ont choisi l'ordre juridique.

(III) Le rôle de la publicité mobilière

La publicité des droits réels est étroitement liée à la protection des tiers. L'argument selon lequel la *lex rei sitae* permet la réalisation de la publicité des droits réels alors que le choix d'un droit par les parties n'est pas public et représente en conséquence un danger pour les tiers mérite attention.

Il est permis toutefois de constater que la publicité est déjà relativisée dans les droits matériels. L'acquisition et la perte des droits n'y sont pas soumis à une pleine publicité(3). On renonce ainsi dans certains cas à une forme de publicité (remise de la possession; inscription dans un registre). C'est le cas du constitut possessoire (§ 930 BGB; 924 CCS mais qu'il faut mettre en relation avec l'article 717 CCS), du transfert de propriété à titre de garantie, de la

-
- 1) Weber, p. 524; concernant les possibilités d'une acquisition de bonne foi ayant pour conséquent la perte du droit d'un tiers, Stoll déclare: "Auch nach der h.L. hätten die Parteien es in der Hand, die Ubereignung nach Gutdünken in dem einen oder anderen Rechtsgebiet vorzunehmen und dadurch die sachenrechtlich massgebende Rechtsordnung praktisch in dem gleichen Umfang zu manipulieren wie bei Anerkennung einer begrenzten Rechtswahl", cf. Staudinger/Stoll, N° 325.
 - 2) Staudinger/Stoll, N° 325; Weber, p. 524. Cet argument de Stoll en faveur de l'autonomie n'est toutefois pas convaincant dans la mesure où Stoll lui-même propose de limiter le choix des ordres juridiques à ceux des pays d'exportation et de destination (Staudinger/Stoll N° 322). En effet le choix (aussi tacite) désignera alors le plus souvent le pays de destination et dans ce cas on retrouve la situation traditionnelle.
 - 3) Meier-Hayoz, Berner Komm. IV 1, I. (1981), p. 289, 290.

réserve de propriété sans inscription dans un registre (§ 455 BGB) et du transfert de propriété sans tradition dans les pays à principe consensuel (par exemple la France). Sur la base des seules circonstances reconnaissables pour les tiers il n'est pas toujours possible de constater quel est le vrai titulaire du droit réel(1). Ainsi, lorsque l'acquisition d'un droit réel se fait sans l'accomplissement d'une forme de publicité ou lorsque malgré la mise en possession l'acquisition n'est pas réalisée (par exemple par réserve de propriété) le véritable ayant droit n'est pas reconnaissable extérieurement; le moment de l'acquisition du droit est déterminé par les parties avec effets pour les tiers. Comme correctif le droit matériel prévoit, il est vrai, la possibilité de l'acquisition de bonne foi par les tiers(2). Nous allons voir toutefois que ce correctif est à son tour relativisé.

Enfin la règle de droit international privé consacrant le principe des droits acquis demeure (même si son application en pratique est plus difficile); les intérêts des tiers que la *lex rei sitae* entend protéger doivent néanmoins s'effacer en règle générale devant les droits acquis à l'étranger sans que ceux-ci soient soumis aux conditions de publicité du nouvel Etat, c'est-à-dire même si l'acquisition n'est pas reconnaissable au nouveau lieu de situation(3).

L'assouplissement du principe de la publicité dans les droits matériels provient du fait que la possession mobilière et la publicité ne sont pas toujours placées en symétrie en ce sens que d'une part, la publicité d'un droit réel mobilier n'est pas toujours une condition **suffisante** pour le rendre opposable au possesseur (comme en témoigne la préférence donnée au droit de rétention du garagiste, détenteur effectif du véhicule, sur le créancier gagiste - sans dépossession - de celui-ci), et que, d'autre part, la publicité n'est même pas toujours **nécessaire** pour rendre le droit réel mobilier opposable au possesseur (par exemple la clause de réserve de propriété allemande ou française dont l'écrit ne peut être considéré comme une mesure de publicité)(4).

Nous avons eu maintes fois l'occasion de signaler le libéralisme du système allemand; la plupart des sûretés y déploient un effet réel plein et sont opposables aux tiers, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une publicité. Les tiers sont certes protégés par les dispositions sur l'acquisition de bonne foi (§ 932 ss BGB), toutefois cette protection est à son tour réduite dans la mesure où l'acquisition de bonne foi dépend souvent de conditions strictes. Ainsi, lorsqu'il s'agit de marchandises qui habituellement font l'objet d'une vente sous réserve de propriété, les tiers ont d'autant plus l'obligation de se renseigner(5). Lorsqu'il s'agit d'apprécier la licéité de certaines sûretés (par exemple cession globale) le droit allemand fait aussi entrer en jeu la responsabilité des tiers; la sûreté est nulle lorsqu'elle lèse les tiers et particulièrement les autres créanciers du débiteur, mais, d'un autre côté, chaque nouveau créancier a l'obligation de se faire une idée de l'état de fortune de son

1) Projet DIP message, p. 133.

2) Weber, p. 520 et note 75.

3) Weber, p. 522; Message, p. 134.

4) Lagarde RCDIP 1986, p. 816; sur la réserve de propriété en France depuis la loi du 12 mai 1980, voir ci-dessous.

5) Weber, p. 111 et note 57 la jurisprudence citée.

débiteur (potentiel) et il doit s'attendre à ce que celui-ci ait déjà cédé en tout ou partie ses créances dans le but d'obtenir des crédits(1).

L'évolution du droit français semble également amorcer un plus grand libéralisme remettant alors en cause le rôle de la publicité et l'équilibre entre les intérêts des parties (du créancier en particulier) et des tiers. En effet nous avons vu en étudiant la jurisprudence française(2) qu'on pouvait déceler en France un recul du rôle de la possession mobilière et de la publicité en général(3). L'application de l'article 2279 Code civil et de la théorie de l'apparence est soumise à des restrictions de plus en plus nombreuses. En effet dans la mise en oeuvre de l'article 2279 Code civil la jurisprudence fait preuve d'une grande rigueur dans l'appréciation de la bonne foi et n'hésite pas à l'écarter, lorsque le possesseur actuel aurait dû, en raison de sa profession, s'informer d'une manière sérieuse sur l'origine du meuble(4).

Le bouleversement du rôle de la possession mobilière et l'opposabilité aux tiers de droits réels mobiliers ne faisant l'objet d'aucune publicité se sont manifestés en France de diverses manières. Tout d'abord en matière de réserve de propriété, la loi du 12 mai 1980 marque un pas dans ce sens. Sans doute la loi subordonne-t-elle l'opposabilité à la masse en faillite de la clause de réserve de propriété au fait qu'elle ait été convenue "entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison"(5) mais on ne voit pas comment cet écrit, nécessairement établi inter partes, peut informer les tiers de l'existence même de la clause. Les commentateurs de la loi sont d'accord pour analyser cet écrit comme un moyen destiné pratiquement à parer à une collusion frauduleuse entre le vendeur et l'acheteur(6). L'article 3 alinéa 3 de la loi prévoit aussi que les marchandises vendues sous réserve de propriété "doivent figurer sur une ligne distincte à l'actif du bilan de l'acquéreur", ce qui permettrait éventuellement aux tiers de le consulter et de se renseigner sur l'existence de la clause. On peut cependant douter qu'il s'agisse là d'une publicité et si c'en est une elle est fragile, voire inutile, en raison du caractère souvent tardif de l'information qu'elle est susceptible d'apporter. La mention exigée semble plutôt avoir été édictée pour des raisons fiscales et on a répondu par la négative à la question de savoir si l'opposabilité aux tiers de la clause est subordonnée à son accomplissement(7).

Le rôle de la publicité semble également avoir été remis en cause à propos du leasing dans un arrêt de la Cour de cassation étudié ci-dessus et auquel nous

1) Weber, p. 206 et ci-dessus Titre II, chp. III § B 5.

2) Cf. ce titre chap. VII I 1. C) 22).

3) Khairallah, p. 199.

4) Khairallah, p. 190 et la jurisprudence citée à la note 43.

5) Cf. ci-dessus Titre II, chap. I.

6) Khairallah, p. 199; Houin J.C.P. 1980 I 2978; Derrida D. 1980 An. 293, N° 20, p. 301; le même D 1985 I.R., p. 2. Les conditions de la rédaction d'un écrit ne sont d'ailleurs pas élevées, ainsi une facture non contestée par l'acquéreur peut constituer l'écrit visé par l'article 65 à condition que la clause de réserve de propriété y soit apparente et très lisible, cf. Derrida D. 1985 IR, p. 2 et les autres espèces citées.

7) Khairallah, p. 199, 200; Derrida P. 1980 Art. 293, N° 19, p. 301.

renvoyons(1). Le droit suisse ne présente pas le même assouplissement en matière de publicité(2) et de la protection des tiers(3), mais on peut espérer qu'il suivra la tendance de ses voisins.

En conclusion de ce point important concernant l'autonomie de la volonté face à la sécurité des transactions et protection des tiers les remarques suivantes s'imposent: tout d'abord l'autonomie restreinte telle qu'elle est actuellement envisagée ne représente pas un danger pour les tiers. Il n'y a pas de raison de la limiter aux rapports entre parties. La protection des tiers est en effet déjà assurée par les diverses limites mises à l'autonomie par ses partisans. En principe le choix du droit doit pouvoir s'imposer aux tiers sauf s'il leur cause un préjudice manifeste. La détermination du préjudice manifeste se fait selon les critères de la *lex rei sitae*. L'étendue de la protection selon la *lex rei sitae* est alors l'élément de mesure permettant de fixer les limites de l'autonomie, par exemple le choix d'un droit à principe consensuel (France) doit être reconnu car la position des tiers ne s'en trouve pas affaiblie; dans un pays de tradition (RFA) le tiers ne peut pas non plus se fier totalement à une manière déterminée de transférer les droits réels (exemple: le constitut possessoire). Une protection est alors tout au plus possible dans le cadre des "Konfliktsfeste Regeln"(4). En revanche le choix d'un ordre juridique ne prévoyant pas d'inscription pour la réserve de propriété ne peut être opposable aux tiers tant que le bien se trouve dans un pays où l'inscription dans un registre est obligatoire(5). Ensuite il est permis de constater, d'une façon plus générale, que dans la mesure où la publicité est relativisée en droit interne il n'est pas justifié de l'exiger absolument dans les relations internationales. Le DIP ne devrait en tout cas pas dépasser les exigences du droit interne en matière de publicité et la position des tiers ne devrait pas être renforcée(6). La règle de conflit ne peut pas rester indifférente à cette transformation du droit interne. Le recul en droit interne du rôle de la publicité et de l'apparence devrait se marquer en droit international privé par un affaiblissement de celui de la loi de la situation du meuble(7).

cc) Difficulté d'exécution dans l'Etat de situation

On a prétendu que l'exécution des décisions devait être garantie dans le pays de situation(8). On tente ainsi de justifier l'application indispensable de la *lex rei sitae* et par conséquent le rejet de l'autonomie(9).

1) Arrêt du 11 mai 1982, *Localase c. Fripom* dans RCDIP 1983, p. 450; ci-dessus, chap. VII F I. C) 22).

2) "Das schweizerische Recht ist eher des gegenteiligen Gefahr einer gewissen Überspannung des Publizitätsprinzips erlegen", Meier-Hayoz *Berner Komm.* IV I. 1., p. 51.

3) Les articles 101 (dernière version) et 103 du projet de DIP prévoient expressément la protection des tiers.

4) Notion dégagée par Stoll dont il a été question ci-dessus.

5) Weber, p. 523.

6) Weber, p. 522, 523.

7) Dans ce sens, Khairallah, p. 204.

8) Kegel IPR, p. 62.

9) Weber, p. 524; Flessner, p. 570.

L'argument reposant sur la difficulté d'exécution, dans le pays de situation, de décisions portant sur un droit réel du statut choisi n'est pas convaincant en matière mobilière. Le droit étranger doit aussi actuellement et sans conteste être exécuté lorsqu'en vertu du droit des conflits l'ancienne *lex situs* est applicable. Il en va de même lorsqu'il s'agit de l'exécution de prétentions réelles à l'étranger: un jugement en restitution d'un meuble n'est pas nationalement lié. Il doit pouvoir être exécuté à l'étranger, à condition bien sûr que le pays de situation mette à la disposition des prétentions en restitution une procédure d'exécution quelconque(1). En règle générale l'Etat du lieu de situation ne se préoccupe pas de savoir selon quel droit la prétention en restitution a été jugée. Il peut être important pour lui de garder le bien sur son territoire par exemple pour des raisons d'ordre fiscal ou pénal; en revanche, il n'est en principe pas intéressant pour lui de savoir à qui revient la propriété d'un bien. Lorsque par exemple les parties à un procès se disputent devant le tribunal d'un pays A la propriété d'un bien, l'une en tant que propriétaire originaire, l'autre comme tiers ayant acquis de bonne foi dans le pays B où le bien se trouve toujours, rien n'empêche d'examiner les questions relatives à la présomption de propriété et à l'acquisition de bonne foi à la lumière du droit du pays A si les parties y consentent. Lorsque le bien arrive entre-temps dans le pays A, cette solution permet de surcroît d'éviter la difficile adaptation de la situation juridique née à l'étranger à la situation locale(2).

dd) Détermination de la loi d'autonomie

On a également objecté que la loi d'autonomie était difficile à déterminer. Ce grief se rapporte évidemment au cas où les parties ont gardé le silence, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un choix tacite ou hypothétique.

L'argument relatif à la difficulté de détermination de la loi d'autonomie avait déjà été soulevé par Battifol(3) en 1935 à propos de l'autonomie en matière contractuelle. Mme Gaudemet-Tallon constate à juste titre que ce grief d'incertitude n'a aujourd'hui plus le même poids et ceci pour deux raisons. Tout d'abord les parties sont plus souvent averties qu'autrefois des problèmes de DIP et indiquent plus fréquemment la loi à laquelle elles entendent soumettre leur contrat. Ensuite la théorie de la localisation(4) permet de déterminer la loi applicable avec une facilité et une objectivité assez grandes, même lorsque les parties ont gardé le silence. Alors qu'autrefois la loi réelle donnait, en matière mobilière, plus de sécurité aux relations juridiques que la loi d'autonomie il en va différemment aujourd'hui: la loi d'autonomie présente au contraire beaucoup plus de certitude et de stabilité que la loi réelle étant donné la grande mobilité des biens(5). La détermination de la loi d'autonomie n'est pas un problème en matière contractuelle, il ne doit pas en aller autrement en matière réelle.

1) Flessner, p. 571, 572.

2) Flessner, p. 572.

3) Battifol, Recueil Sirey 1935 I 257 ss.

4) Il sera question de la localisation ci-dessous.

5) Gaudemet-Tallon 16182 III B; dans ce sens Meyer-Hayoz Berner Komm. IV I, I. p. 289, 290.

Il est d'ailleurs intéressant de relever que si les immeubles ont de tout temps été soumis à la *lex rei sitae*, tel n'a pas été toujours le cas des meubles. En effet l'Ancien droit appliquait la maxime "*mobilia sequuntur personam*" et rattachait les meubles à la loi du domicile du débiteur. Cette solution s'était imposée pour des raisons d'ordre pratique; ce rattachement permettait justement d'éviter les problèmes liés au déplacement des meubles(1). Dans ces conditions mieux vaudrait abandonner complètement la soumission des sûretés mobilières u statut réel et soumettre ces dernières à la loi d'autonomie ce qui aurait l'avantage d'éviter les écueils du cumul de lois (loi du contrat, ancienne *lex rei sitae*, nouvelle *lex rei sitae*) et ceux du conflit mobile(2).

ee) *Lex rei sitae*, loi du moindre mal

Enfin on invoque en faveur du maintien de la *lex rei sitae* la tradition et l'embarra. En d'autres termes, même si le rattachement au situs ne représente pas la solution idéale il est encore la solution du moindre mal et faute de mieux il faut s'en contenter(3).

Il faut déplorer une telle attitude car elle va à l'encontre des besoins actuels du commerce international.

d) Avantages de l'autonomie de la volonté

aa) Avantages généraux de l'autonomie

L'autonomie de la volonté présente plusieurs avantages. Une partie de ceux-ci se rapporte à l'autonomie en général alors qu'une autre catégorie a trait plus spécifiquement aux rapports de droits réels internationaux.

D'une manière générale l'autonomie permet aux parties de choisir l'ordre juridique le plus approprié pour régler leurs rapports de droit. En outre elle est un facteur de sécurité pour les parties étant donné qu'elle leur offre la possibilité de prévoir le droit applicable, c'est-à-dire de donner à leurs relations un cadre juridique déterminé à l'avance(4).

bb) Avantages de l'autonomie en droit international réel

aaa) Harmonisation des statuts contractuel et réel

L'autonomie de la volonté doit permettre l'unification des statuts réel et contractuel. En effet, les parties choisiront très souvent le même droit pour leurs

1) Niboyet IV, p. 361; Khairallah, p. 148, 149.

2) Dans ce sens Lagarde RCDIP 1986, p. 815.

3) Lüderitz, p. 129.

4) Weber, p. 511, 512.

rapports contractuels et réels(1). L'application de la loi d'autonomie à l'ensemble de l'opération évite de devoir procéder à la difficile différenciation entre questions contractuelles relevant de la loi d'autonomie et questions réelles relevant de la *lex rei sitae*, différenciation qui pouvait aboutir à des résultats artificiels(2).

L'harmonisation des statuts contractuel et réel vaut surtout pour les systèmes juridiques avec transfert causal de la propriété. Il existe en ce sens un besoin de tenir compte de l'interpénétration entre droit du contrat et droits réels, aussi en DIP(3). L'harmonisation ne doit cependant pas devenir péremptoire et elle ne doit pas aller à l'encontre de la volonté des parties(4).

bbb) Choix du droit le plus approprié

Cet avantage que nous avons cité parmi les avantages généraux peut parfois avoir une importance toute particulière en droit international réel. C'est le cas lorsqu'un ordre juridique met à la disposition des parties des règles conçues spécialement pour leur type de relations commerciales (par exemple droit anglais de la vente outre-mer). Les parties auront alors tout intérêt à choisir cet ordre juridique lorsque leurs droits internes ne possèdent pas de réglementations semblables. Lorsqu'il y a hésitation concernant la volonté des parties de voir s'appliquer le droit du pays d'importation ou d'exportation cet élément permet de trancher avec certitude en faveur de l'un ou l'autre droit(5).

ccc) Suppression du conflit mobile

L'autonomie permet d'éviter les conséquences fâcheuses résultant d'un changement de statut(6). En effet, en soumettant un état de fait à un seul ordre juridique on évite qu'un changement de territoire ne s'accompagne d'un changement de statut et que le hasard(7) ne décide finalement de la validité d'un droit réel(8).

1) Staudinger/Stoll, N° 326; Projet suisse de DIP message, p. 134; Weber, p. 519.

2) Gaudemet-Tallon JCP 1970 II 16182 III A.

3) Projet suisse DIP message, p. 134.

4) Staudinger/Stoll, N° 326.

5) Weber, p. 520.

6) Khairallah, p. 260.

7) Sovilla donne l'exemple d'une vente portant sur du thé qui lors de la vente se trouve en Birmanie. La vente a lieu entre une firme anglaise et une firme suisse. L'application du droit birman aux questions du transfert de propriété ne correspond certainement pas aux besoins des parties qui ignorent probablement tout de ce droit; p. 32.

8) Gaudemet-Tallon JCP 1970 II 16182 III B; Drobnig/Kronke, p. 102; Staudinger/Stoll, N° 414.

3. Résumé et conclusions

L'autonomie restreinte telle qu'elle est envisagée actuellement ne représente pas un bouleversement considérable par rapport à la situation existante. L'idée même d'une autonomie de la volonté en droit international réel mérite toutefois attention car si pour le moment elle n'apporte pas une grande amélioration, elle peut susciter de nouvelles solutions par rapport à la question du conflit mobile. L'autonomie restreinte constitue ainsi un compromis entre une règle de conflit tout à fait nouvelle en matière de droit international réel et l'application traditionnelle de la *lex rei sitae*.

Le maintien du principe de rattachement à la *lex rei sitae* dans la solution de l'autonomie restreinte évite de remettre en cause l'équilibre entre l'intérêt des parties et l'intérêt des tiers car ceux-ci pourront finalement toujours se fonder sur l'application de la *lex rei sitae* pour protéger leurs intérêts. En effet, si nous récapitulons rapidement les propositions faites en faveur de l'autonomie, elles énoncent les principes suivants: le choix exprès, tacite ou hypothétique des parties est limité aux ordres juridiques des pays d'exportation et de destination et éventuellement d'un troisième pays (par exemple *lex contractus* dans le projet suisse de DIP). Les intérêts des tiers sont protégés dans la mesure où la *lex rei sitae* peut opposer son veto à un droit de l'ordre juridique choisi (Stoll) ou parce que l'autonomie est limitée d'entrée aux rapports entre parties (projet suisse de DIP); la *lex rei sitae* reste compétente pour les actes d'exécution ayant lieu sur son territoire et en principe pour les questions relatives à l'acquisition de bonne foi par les tiers. Stoll veut faire dépendre ce dernier point également de l'ordre juridique choisi. Nous avons cependant vu que, pour cet auteur, une acquisition de bonne foi selon l'ordre juridique choisi n'est pas possible tant qu'elle est incompatible avec la *lex rei sitae* (veto), ceci revient pratiquement à une application de la *lex rei sitae* étant donné que l'acquisition se fera presque toujours lorsque l'ordre juridique choisi et la *lex rei sitae* coïncideront. Le danger relatif à la manipulation des ordres juridiques est écarté dans la mesure où les règles générales concernant l'abus de droit et l'ordre public subsistent(1). La protection des tiers, telle qu'elle est définie par la *lex rei sitae* en question, n'est en conséquence pas mise en danger par l'autonomie. En ce qui concerne le choix des ordres juridiques mis à disposition des parties on part du principe, à défaut de choix exprès ou tacite, que la volonté hypothétique des parties désigne en premier lieu l'application de l'ordre juridique du pays de destination lorsqu'il est le seul à reconnaître le droit créé ou lui accorde des effets plus forts que l'ordre juridique du pays d'exportation. C'est en effet avant tout dans l'Etat de destination que le droit doit déployer des effets et s'imposer aux tiers(2). Il faut également donner la préférence à cet ordre juridique lorsque le droit déploierait les mêmes effets parmi tous les ordres juridiques entrant en considération(3). Si les parties choisissent l'ordre juridique du pays de destination alors que la marchandise se trouve encore dans le pays d'exportation ou dans un pays de transit, le droit constitué par les parties déploie ses effets dans le pays d'exportation s'il est compatible avec cet

1) Weber, p. 529; Meyer-Hayoz, Berner Komm. (1981) IV, I, 1, p. 290.

2) Staudinger/Stoll, N° 419.

3) Staudinger/Stoll, N° 421.

ordre juridique. Les effets dans le pays d'exportation s'éteignent automatiquement au plus tard lors de l'arrivée de la marchandise dans le pays de destination. La volonté de disposition des parties n'a pas besoin de subsister jusqu'à ce moment(1). S'il y a en revanche incompatibilité du droit créé avec l'ordre juridique du pays d'exportation ou d'un pays de transit le créancier se trouve sans sûreté pendant un certain temps. L'effet désiré par les parties entre automatiquement en force au plus tard lors de l'arrivée du bien dans le pays de destination. Un choix en faveur du pays d'exportation sera plus rare. Il faudra l'admettre lorsque l'ordre juridique de cet Etat est le seul à reconnaître le droit constitué ou lui attribue des effets beaucoup plus forts que dans le pays de destination. Dans ce cas l'ordre juridique du pays d'exportation est souvent le dernier espoir du créancier(2).

Le choix de l'ordre juridique du pays d'exportation ou du pays de destination est particulièrement important pour les res in transitu. Le choix d'un troisième ordre juridique, en général celui de la lex contractus (lorsqu'elle ne se confond pas déjà avec l'un des deux premiers ordres juridiques), permet l'harmonisation des statuts contractuel et réel. Il interviendra en général lorsque la marchandise doit être délivrée à l'acheteur par l'intermédiaire d'un pays tiers. A cet égard la décision de l'OLG de Hambourg du 2.6.1965(3) dont il a été question dans le chapitre consacré à la qualification(4) fournit un exemple. Rappelons rapidement les faits: une entreprise suisse vendit à une entreprise de chantier naval de Hambourg des pièces de construction pour bateaux qu'elle commanda en Angleterre où la marchandise fut acheminée en direction de Hambourg. Les parties avaient conclu une réserve de propriété selon le droit anglais, "reservation of the right of disposal". Le droit anglais aurait par conséquent été applicable si le tribunal n'avait pas faussement qualifié la réserve de propriété anglaise d'état de faits prorogé et appliqué en conséquence le droit allemand.

Il convient ici d'établir une brève comparaison entre les deux types de correctifs proposés, soit les correctifs apportés par plusieurs auteurs à la doctrine traditionnelle de la lex rei sitae et dont il a été question ci-dessus(5) et le correctif de l'autonomie de la volonté (restreinte). De même que le premier type de correctif, l'autonomie de la volonté permet d'éviter qu'un droit réel, ne soit, pour des raisons de temps principalement, dépourvu d'effet tant sous l'ancien que sous le nouveau statut. En effet, rappelons qu'une application traditionnelle de la lex rei sitae mène à ce résultat déplorable lorsque, par exemple, les parties ont, dans le pays d'exportation, convenu d'une sûreté déjà conforme aux normes du pays de destination et n'ont par conséquent, pas respecté les conditions de constitution du pays d'exportation. Selon l'application traditionnelle et stricte de la lex rei sitae et des règles sur le changement de statut cette situation a tout d'abord pour conséquence l'inefficacité de la sûreté dans le pays d'exportation. Ensuite le pays de destination ne pourra attribuer à la sûreté les effets désirés par les parties parce qu'il se trouve

1) Staudinger/Stoll, N° 323.

2) Staudinger/Stoll, N° 422.

3) IPRspr 1964-65, N° 73=RebelsZ 32 (1968) 535.

4) Chapitre VI A 1 de ce titre.

5) Ci-dessus lit E, 1.

devant un fait accompli (le refus de la première *lex rei sitae* doit être respecté). Par rapport aux divers correctifs proposés en doctrine l'autonomie de la volonté présente l'avantage de la simplicité. Elle offre les mêmes possibilités tout en rendant l'élaboration de règles superflues⁽¹⁾.

S'il faut donner la préférence à la solution de l'autonomie il convient de se demander dans quelle mesure elle permet d'obtenir le maximum d'efficacité. L'autonomie limitée telle qu'elle est aujourd'hui envisagée ne marque pas un véritable progrès. Nous en avons déjà expliqué les raisons, nous pouvons les résumer ainsi: les sûretés mobilières conventionnelles ne sont pas libérées de la notion de statut réel, c'est pourquoi l'autonomie est anéantie dès que d'autres intérêts importants, fixés par la *lex rei sitae*, notamment ceux des tiers, entrent en jeu. L'autonomie n'a finalement de sens que si elle donne plus de chances de survie aux sûretés constituées à l'étranger. C'est pourquoi nous examinerons dans le titre suivant consacré aux propositions de réforme la possibilité d'introduire en droit réel international une autonomie de la volonté illimitée.

1) Drobniġ/Kronke, p. 102.

Titre IV: PROPOSITIONS DE REFORME

Chapitre I: Réflexions sur une autonomie de la volonté illimitée

L'introduction de l'autonomie de la volonté en droit international réel n'apporte une solution nouvelle au problème des sûretés constituées à l'étranger que si elle permet une meilleure reconnaissance de ces sûretés dans les autres ordres juridiques, et contribue par là-même à un développement harmonieux des relations commerciales internationales. Cela est possible si le droit positif libère les sûretés mobilières de la prépondérance du statut réel dont l'application compromet les intérêts du titulaire de la sûreté.

1. Parallélisme avec l'autonomie contractuelle

Une autonomie illimitée signifierait qu'elle est alors le seul élément de rattachement à prendre en considération, toutefois à ce propos que le choix du droit applicable aux rapports de droit réel devrait être le même que le droit choisi pour les rapports contractuels car l'un des buts de l'autonomie est non seulement de supprimer le conflit mobile mais aussi, rappelons-le, de supprimer le cumul des statuts réel et contractuel et de favoriser l'harmonisation de ces deux statuts. La règle de conflit, celle de l'autonomie de la volonté, s'harmoniserait ainsi avec le courant actuel du droit positif contractuel et des conventions internationales, en particulier de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 et des conventions subséquentes, qui reconnaissent aujourd'hui aux parties à un contrat international une faculté de choix quasiment illimitée de la loi applicable(1).

2. Protection des intérêts des tiers

L'impasse fondamentale demeure cependant: la soumission totale d'une sûreté à la loi d'autonomie protège les intérêts du créancier titulaire de la sûreté mais elle peut alors conduire au résultat inverse de la situation actuelle et il serait choquant que les droits des tiers à qui le créancier garanti opposera sa sûreté soient régis par une loi qui pourrait les surprendre. Si l'on tente de trouver une solution au problème de la reconnaissance des sûretés étrangères en recourant à l'autonomie de la volonté, il faut néanmoins assurer la protection des tiers mais autrement que par un recours systématique à la *lex rei sitae* comme le proposent les partisans d'une autonomie de la volonté limitée.

a) Répartition des risques

aa) Obligation de renseignement

La protection des intérêts du créancier et des tiers peut aussi être posée en termes de répartition des risques. Jusqu'à présent le risque était supporté par

1) Cf. par exemple l'article 2/1 de la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels: "la vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes"; jurisprudence suisse, cf. ATF 79 II 295; ATF 102 II 143.

le créancier étranger titulaire de la sûreté, dans la mesure où dans les ordres juridiques stricts, comme par exemple ceux de la Suisse et de la France (pour celui-ci du moins jusqu'à ces derniers temps), les sûretés étrangères ont peu de chances d'être reconnues vu les conditions élevées de publicité et le degré de protection accordé aux tiers.

Nous avons vu qu'avec l'évolution de la vie économique la publicité des droits réels tendait à perdre de son importance dans certains pays et l'avait déjà perdu dans d'autres. Cette évolution peut marquer le point de départ d'un rapport différent dans la répartition des risques entre créanciers titulaires de sûretés et les tiers (en particulier les créanciers potentiels). La divergence existant de plus en plus souvent entre la situation de droit et la situation de fait (propriété, possession) se rapportant à un bien mobilier peut tout d'abord constituer la base d'une obligation pour les tiers de se renseigner. Cela signifierait que les conditions mises à l'acquisition de bonne foi deviendraient plus sévères et que les créanciers potentiels devraient se faire une idée assez précise de l'état de fortune du débiteur et rechercher si ses biens sont grevés de sûretés. Envisagée de cette manière, la protection des tiers serait assurée en grande partie par les tiers eux-mêmes.

bb) Exception de l'ignorance excusable (jurisprudence Lizardi)

Il n'est toutefois pas question de faire supporter tout le risque aux tiers, il s'agit seulement, en parallèle avec l'évolution actuelle du rôle diminué de la publicité, de mettre à leur charge une plus grande partie des risques. C'est pourquoi il faut déterminer l'ampleur de l'obligation de renseignement et les situations dans lesquelles les tiers peuvent légitimement ignorer l'identité de la loi étrangère (loi d'autonomie) ou même l'existence de droits sur les meubles. Le correctif apporté à la loi d'autonomie et consistant à faire intervenir la doctrine de l'ignorance excusable a été proposée par M. Khairallah dans son étude des sûretés mobilières, cependant non pas à propos de la loi d'autonomie proprement dite, telle que nous l'envisageons ici(1), mais en relation avec ses propositions concernant la localisation objective de la sûreté et que nous examinerons ci-dessous. M. Khairallah prend comme point de départ la jurisprudence Lizardi dont il étudie le sens et la portée pour l'appliquer ensuite en matière de sûretés afin de corriger le principe de leur soumission à la loi étrangère(2). Nous reprenons brièvement cet arrêt bien connu qui touchait un problème de capacité et où la jurisprudence a réussi une synthèse des intérêts contradictoires: la nécessité d'une permanence du statut personnel et la protection du crédit. Les faits étaient les suivants: Lizardi était un ressortissant mexicain âgé de 23 ans. Il souscrivit en France plusieurs billets en règlement d'achats de bijoux chez des commerçants parisiens. Puis il excipa de la nullité de ses engagements au motif que la loi mexicaine fixe la majorité à 25 ans. Tout en affirmant leur attachement au principe de la soumission de la capacité d'exercice à la loi nationale les instances inférieures et enfin la Cour de cassation(3) l'ont condamné à exécuter ses engagements en estimant

1) Nous verrons que si M. Khairallah parle tout de même de "loi d'autonomie", il propose en fait un rattachement objectif des sûretés.

2) Khairallah, p. 287.

3) D.P. 1961.1.193.

qu'il était nécessaire d'apporter quelques tempéraments au principe sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français; la Cour jugea en effet que ceux-ci n'étaient pas tenus de connaître les lois des diverses nations et "qu'il suffit pour la validité du contrat, que les Français aient traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi".

Le recours à l'exception de l'ignorance excusable de la loi étrangère en matière de sûreté peut apparaître comme le prolongement direct sur le terrain international de l'évolution du droit interne. En effet, les derniers développements du droit français notamment attachent une grande importance à la connaissance que le tiers a pu avoir ou aurait dû avoir de l'existence des droits sur le meuble(1) et nous avons vu que l'on pouvait déceler un recul du rôle de la possession mobilière et de la publicité mobilière en général(2).

b) Mise en oeuvre de la répartition des risques

La mise en oeuvre de l'obligation de renseignement des tiers et de l'exception de l'ignorance excusable de la sûreté étrangère risque cependant de s'avérer compliquée. En l'absence de publicité il sera très difficile pour les tiers d'obtenir des renseignements concernant les biens du débiteur. Les précautions à prendre devraient a contrario être en tout cas exigées pour les actes qui présentent une relative importance et lorsqu'une société est en cause car dans ce cas il est plus facile d'obtenir des renseignements(3).

1) M. Khairallah cite en exemple l'article 8 du décret du 4 juillet 1972 sur le crédit-bail. L'article 8 prévoit qu'à défaut de publicité l'entreprise de crédit-bail ne pourrait pas opposer aux tiers ses droits sur les biens "sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de ces droits". L'auteur voit dans cette disposition l'aboutissement de toute une évolution jurisprudentielle, au cours de laquelle la publicité est apparue secondaire et impuissante à conditionner l'opposabilité du droit réel. L'article 8 serait donc l'expression législative de cette tendance qui consiste "non seulement à faire prévaloir la finalité de l'institution de publicité à sa technique, mais aussi à imposer une obligation d'information en dehors de toute publicité organisée", cf. Khairallah, p. 202, 203. L'auteur préconise ainsi l'interprétation objective de cet article en vertu de laquelle on recherchera non pas si le tiers avait eu en fait connaissance de l'opération mais s'il aurait pu et dû en avoir eu connaissance. Il n'existe pas encore de décision relative à l'application de cet article mais il est possible de suivre l'interprétation de M. Khairallah qui se fonde sur l'évolution des idées en la matière.

2) Nous nous référons à ce qui a été dit ci-dessus.

3) A ce propos M. Khairallah (p. 291) donne l'exemple d'une société anglaise dont les biens, situés à la fois en Angleterre et en France sont grevés d'un floating charge. Le tiers peut exiger la production de certains papiers (extrait du registre du commerce, exemplaire des statuts de la société ...) lui permettant de savoir que les biens de la société sont grevés, et cela malgré l'absence de toute publicité en France. Le tiers qui traite avec une société étrangère sans avoir pris ces renseignements pourrait commettre ainsi une imprudence exclusive de sa bonne foi.

L'obligation de renseignement devrait cependant exister dans d'autres cas de sûretés sans dépossession. La Cour de cassation aurait pu en tenir compte dans sa décision du 13 mai 1973. Rappelons qu'il s'agissait en l'espèce d'un matériel d'équipement qui avait fait l'objet d'un transfert de propriété à titre de garantie aux Pays-Bas et qui avait été introduit ultérieurement en France; la Cour de cassation avait estimé qu'il s'agissait d'un gage sans dépossession inopposable à un créancier chirographaire de l'utilisateur du matériel. Les circonstances de l'espèce, l'origine du matériel, la fréquence en France de la vente à crédit du matériel d'équipement, peut-être aussi la nationalité de l'utilisateur n'auraient-elles pas dû révéler au tiers que la loi française sur la publicité n'était pas applicable et l'obliger en conséquence à s'informer sur l'état de ces biens?

Le recours à l'exception d'ignorance excusable aurait pu servir de fondement à l'arrêt du 8 juillet 1969, qui, rappelons-le, dans un litige opposant un établissement de crédit allemand, bénéficiaire d'un transfert de propriété à titre de garantie et un garagiste français réparateur du véhicule grevé, a donné la préférence à ce dernier. Au lieu d'invoquer la loi française "seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens mobiliers situés en France", la Cour de cassation aurait mieux fait, selon M. Khairallah, de relever l'erreur excusable du garagiste français car même si celui-ci sait que la plupart des voitures sont vendues à crédit il sait aussi que cette vente s'accompagne en France d'un droit de gage que son droit de rétention prime: la situation en France de la voiture permet au tiers d'invoquer son ignorance excusable de la loi étrangère(1).

c) Conclusion

La question de savoir auquel des intérêts - celui du titulaire de la sûreté ou celui des tiers - il faut donner la préférence dépendra ainsi de divers éléments que l'on retrouve en droit interne: nature de l'acte projeté, nature du meuble sur lequel porte l'acte, la qualité des parties, leur profession, etc.(2). Sans faire de référence expresse à la *lex rei sitae*, c'est tout de même au droit interne de celle-ci que M. Khairallah fait allusion pour déterminer le degré de diligence que les tiers doivent observer. Cela est Inévitable: les questions d'opposabilité de la sûreté aux tiers se posent lors d'une acquisition du bien grevé au lieu où il est situé ou lors d'une saisie ou d'une faillite(3). Le droit ou plus généralement les rapports économiques que connaissent les tiers, et auxquels on est obligé de se référer pour apprécier leur devoir de diligence et de renseignement, seront ceux de l'endroit où est situé le bien.

Dans ce cas les solutions apportées au conflit entre le créancier titulaire de la sûreté étrangère et les tiers ou autres créanciers risquent d'être semblables à celles qui existent actuellement: les ordres juridiques ayant un système de sûretés pour lesquelles une publicité n'est pas ou peu exigée (par exemple l'Allemagne) mettent automatiquement à la charge des tiers une assez grande

1) Khairallah, p. 292.

2) Khairallah, p. 292.

3) Sur la compétence de la loi de la faillite, voir ci-dessous.

partie des risques(1). Ces mêmes ordres juridiques accueilleront donc de nouveau plus largement les sûretés étrangères constituées selon la loi d'autonomie. En revanche les ordres juridiques qui attachent à la publicité une grande importance (par exemple la Suisse) protègent fortement les tiers et mettent le risque à la charge du créancier. Ces ordres juridiques, déjà restrictifs avec la règle de conflit actuelle vis-à-vis des sûretés constituées sous l'empire d'une autre loi continueraient de l'être par rapport à des sûretés constituées selon la loi d'autonomie.

Il semble finalement difficile de résoudre le problème de reconnaissance des sûretés étrangères en faisant appel à la loi d'autonomie. Rappelons que l'autonomie de la volonté a pour but non seulement de supprimer le cumul des lois applicables aux questions contractuelles et réelles mais surtout d'éliminer le conflit mobile résultant du changement de statut. Or la protection à laquelle les tiers ont finalement droit nécessite la référence à une autre loi (*lex rei sitae*) que la loi choisie par les parties. L'opposition entre deux lois risque donc de se retrouver.

3. Les questions soulevées par l'interprétation de la volonté des parties

L'autonomie de la volonté soulève d'autres questions relatives à l'interprétation de la volonté des parties.

Nous avons vu qu'un des postulats de l'autonomie en matière de droits réels était de supprimer le cumul des statuts contractuel et réel. A cet égard il faut distinguer diverses situations:

- Si les parties soumettent expressément leurs rapports contractuels et réels à la loi de leur choix, ce but (suppression du cumul des statuts contractuel et réel) est atteint.
- Si le choix du droit applicable au contrat se fait tacitement il faudra interpréter la volonté des parties pour savoir si elles ont pensé y soumettre également leurs rapports de droit réel. Si tel est le cas, l'unité recherchée est atteinte. Dans le cas contraire, seul le contrat est soumis à la loi d'autonomie. Qu'advient-il alors des rapports de droits réels, à quelle loi les soumettre?
- La même question se pose lorsque même un choix tacite du droit applicable aux rapports contractuels fait défaut. Dans ce cas on sait que le droit applicable au contrat est déterminé selon des critères objectifs. Mais qu'en est-il des rapports de droit réel? Ou bien il faudra recourir à l'application de la *lex rei sitae* ou bien il faudra soumettre la sûreté à un droit déterminé objectivement(2).

1) On peut en voir une manifestation dans le fait que les tiers ont pris l'habitude de se renseigner lorsqu'il s'agit d'acquérir certains biens, de faire crédit ou d'octroyer un prêt.

2) Nous examinerons ci-dessous (chap. II) la possibilité d'une détermination objective du droit applicable à la sûreté. Le critère objectif sera alors le seul pris en compte pour le rattachement et non pas pour suppléer à l'absence de choix d'un droit par les parties.

- Enfin l'hypothèse où les parties n'auraient déterminé le droit applicable que pour leurs rapports réels à l'exclusion des rapports contractuels paraît purement académique.

4. Loi d'autonomie et lois concurrentes

La loi d'autonomie peut être confrontée à d'autres lois dont l'intervention peut porter de sérieuses atteintes à la loi d'autonomie. Tel est le cas de la loi de la saisie compétente pour déterminer l'ordre dans lequel les créanciers exercent leurs droits sur un bien. Alors que dans le cadre de la solution classique la loi de situation coïncide dans la plupart des cas avec la loi de la saisie, la soumission de la sûreté à loi d'autonomie est de nature à rendre plus fréquent le conflit entre la loi d'autonomie et la loi de la saisie. Cette dernière supplantera la loi d'autonomie.

Dans le conflit opposant la loi d'autonomie à la loi de la faillite, il n'est guère possible d'éviter "la force attractive" de cette dernière(1).

Confrontée à la loi de la faillite la sûreté peut subir de graves atteintes et son opposabilité peut être paralysée(2).

Chapitre II: Détermination objective du droit applicable à la sûreté

M. Khairallah propose une détermination objective du droit applicable à la sûreté. Ce critère de rattachement devrait désormais être le seul à prendre en considération et non pas seulement dans les cas où les parties n'auraient pas procédé au choix d'un droit (loi d'autonomie). A vrai dire M. Khairallah fait part de ses propositions dans un chapitre qui s'intitule "Détermination de la loi d'autonomie". Toutefois ce n'est pas la loi d'autonomie à proprement parler, c'est-à-dire la loi choisie par les parties que l'auteur propose mais la localisation objective de la sûreté(3).

Il propose de soumettre impérativement la sûreté mobilière conventionnelle, libérée de la notion de statut réel, à la loi du pays avec lequel elle présente objectivement les liens les plus étroits. L'auteur applique ainsi les principes généraux de la localisation des contrats (détermination objective du droit applicable en l'absence de choix) et cherche ainsi à ne soumettre qu'à un seul statut les questions contractuelles et réelles. Les indices de localisation varient d'une sûreté à l'autre et l'auteur distingue tout d'abord entre la localisation des sûretés portant sur des meubles juridiquement individualisés (navires, bateaux, aéronefs, droits de propriété industrielle) et sur des meubles juridiquement individualisés(4). Cette deuxième catégorie est divisée à son tour entre la localisation des sûretés mobilières conventionnelles fondées sur l'idée du gage (floating charge, warrants, créances) et la localisation des

1) Batiffol/Lagarde II, N° 519(4).

2) Khairallah, p. 298.

3) Dans ce sens Lagarde RCDIP 1986, p. 817.

4) Khairallah, p. 224.

opérations utilisant la propriété comme mode de garantie (clause de réserve de leasing)(1). Il se pourra que la loi qui présente objectivement les liens les plus étroits avec la sûreté soit celle, (notamment pour les meubles non individualisés), de la situation du meuble qui entre également en considération comme loi applicable. Tel sera le cas pour le gage avec ou sans dépossession. Toutefois l'application de cette loi ne reposera plus sur la notion de statut réel et il ne faudra pas, dans un cas d'espèce, hésiter à écarter l'indice tenant au lieu de situation, si une autre localisation objective paraît devoir s'imposer (par exemple pour les meubles en transit)(2). Dans la mesure où la clause de réserve de propriété n'est qu'un accessoire au contrat de vente elle devrait être soumise à la loi qui régit le contrat de vente, c'est-à-dire la loi qui, selon les critères dégagés par la Convention de La Haye de 1955, de la résidence habituelle du vendeur(3) (lieu où se localise la prestation caractéristique). En tant que convention principale, le transfert de propriété à titre de garantie pourrait en revanche recevoir une localisation autonome, le lieu de situation du bien est le principal indice à retenir(4).

La protection des intérêts des tiers doit être assurée, dans la détermination objective du droit applicable à la sûreté, par l'exception d'ignorance excusable de la loi étrangère que nous avons examinée auparavant(5). Même si la solution proposée par M. Khairallah a le mérite d'essayer d'établir un équilibre entre les intérêts du créancier titulaire de la garantie et ceux des tiers, elle présente plusieurs inconvénients. En premier lieu la référence à la loi du lieu de situation est inévitable car souvent elle constitue justement un élément objectif déterminant. Même si elle n'intervient pas en tant que *lex rei sitae* mais en tant que loi déterminée objectivement, le résultat risque d'être le même que celui de la solution classique. Il est vrai qu'une référence à la loi du lieu de situation en tant que loi objective permet de s'en écarter si des indices de rattachement plus forts désignent une autre loi alors que la *lex rei sitae* s'applique impérativement. La critique de la solution objective est dans cette mesure atténuée en ce qui concerne ce point.

Une critique, plus fondamentale à notre avis, peut toutefois être émise à l'égard de la détermination objective. Un des buts de la solution objective doit être, selon M. Khairallah, de supprimer non seulement le conflit mobile mais également le cumul des statuts contractuel et réel puisque les questions contractuelles et réelles seront soumises à la même loi(6). Ce postulat est d'ailleurs, nous l'avons vu, également celui des partisans de l'autonomie de la volonté limitée. Or un rattachement objectif risque justement de reproduire la dualité des lois applicables et d'obliger à nouveau à distinguer entre les questions réelles et les questions contractuelles. En effet, il est très possible que les parties choisissent, dans le large éventail des droits mis à leur disposition pour régir leurs relations contractuelles, un autre droit que celui désigné par la détermination objective(7). Conscient de cette objection M. Khai-

1) Khairallah, p. 237.

2) Khairallah, p. 250, 251.

3) Art. 3 de la Convention; Khairallah, p. 255.

4) Khairallah, p. 256.

5) Khairallah, p. 287 ss.

6) Khairallah, p. 258.

7) Dans ce sens également Lagarde RCDIP 1986, p. 817.

rallah cherche à minimiser le rôle de la volonté des parties en matière contractuelle et opte pour un système unitaire objectiviste: la volonté exprimée par les parties quant à la loi applicable est à considérer comme un indice, important certes, mais que le juge peut écarter s'il est en contradiction avec les autres indices de localisation(1). L'auteur va même jusqu'à limiter la portée de la désignation de la loi applicable aux dispositions supplétives de la loi objectivement applicable(2). Ceci équivaut à nier purement et simplement l'autonomie de la volonté en droit international privé.

Quant à une limitation du choix des parties aux lois avec lesquelles le contrat présente un lien étroit elle irait à l'encontre du courant actuel du droit positif et de la Convention de La Haye de 1955.

Il n'est pas question de remettre en cause la liberté qu'ont acquise les parties en matière contractuelle. C'est pourquoi une solution objectiviste n'empêcherait pas un cumul des lois lorsque les parties auraient choisi pour leurs relations contractuelles un droit autre que celui déterminé objectivement.

La proposition de M. Khairallah est en revanche susceptible de supprimer le conflit mobile. Mais ce but pourrait aussi être atteint par l'autonomie de la volonté proprement dite (voir ci-dessus) et qui d'ailleurs présenterait en plus l'avantage de supprimer le cumul des status réel et contractuel. En outre, la doctrine de l'ignorance excusable permettant de sauvegarder les intérêts des tiers risquerait de faire ressurgir le conflit mobile par le besoin qu'elle provoque de se référer à une deuxième loi (*lex rei sitae*). Nous renvoyons, en ce qui concerne la doctrine de l'ignorance excusable de la loi étrangère, à ce qui a été dit auparavant. Enfin la détermination objective de la loi applicable à la sûreté n'évite pas la compétence décisive de la loi de la réalisation de la sûreté (loi de la saisie, loi de la faillite).

Les observations faites à propos d'une autonomie de la volonté illimitée et de la détermination objective de la loi applicable à la sûreté ont montré qu'il était difficile de résoudre la question du conflit mobile et de la reconnaissance des sûretés étrangères car la confrontation avec les droits matériels ne peut être évitée dès qu'il s'agit d'aborder la protection des intérêts des tiers, même lorsqu'on essaie de mettre à la charge de ces derniers une partie des risques plus importante que celle existant actuellement. C'est pourquoi il nous apparaît important d'aborder la question de la reconnaissance des sûretés sous l'angle des droits matériels et non plus seulement de la règle de conflit.

Chapitre III: Assouplissement des droits matériels à l'intérieur des ordres juridiques

Nous avons examiné ci-dessus les améliorations que devait susciter l'introduction d'une nouvelle règle de conflit (loi d'autonomie, ou loi déterminée objectivement), autre que la *lex rei sitae*, lorsqu'il s'agit de résoudre un conflit

1) Khairallah, p. 258.

2) Cette désignation peut être interprétée "comme une simple manifestation de la volonté des parties concernant les matières que la loi du contrat régit pour des dispositions supplétives", Khairallah, p. 259.

mobile portant en particulier sur la reconnaissance de sûretés mobilières constituées à l'étranger. Nous avons vu toutefois qu'il était difficile d'éviter la référence à la *lex rei sitae* dans la mesure où les intérêts des tiers doivent être sauvegardés.

Dans la mesure où dans la plupart des cas, des raisons tenant à la publicité et à la protection des tiers font échouer la reconnaissance des sûretés étrangères au lieu de situation du meuble grevé. Une solution à apporter au conflit pourrait donc consister en une modification des droits matériels existants. Il n'est pas question ici d'examiner la possibilité d'une réforme fondamentale des législations internes ou même d'une unification des divers droits matériels car elle paraît utopique. Il s'agit bien plutôt de voir si l'assouplissement de certains ordres juridiques en matière de droits réels peut, sans qu'il soit pour autant question pour ces ordres juridiques de modifier complètement leur système de droits réels, assurer une meilleure reconnaissance des sûretés étrangères et par là contribuer à un développement plus harmonieux des échanges commerciaux internationaux.

I. L'exemple allemand

Nous avons vu que le droit allemand était l'un des plus libéraux en matière de reconnaissance de sûretés étrangères car il ne met lui-même à la constitution et au déploiement des effets des sûretés du droit interne que peu d'exigences. A l'opposé de ce libéralisme on peut citer le droit suisse qui reste très attaché à la nécessité de la dépossession et aux formes de publicité en général faisant échec par là à la reconnaissance des sûretés étrangères. On peut dès lors se poser la question de savoir ce que représenterait pour l'ordre juridique suisse un assouplissement de ses principes, en matière de sûretés mobilières conventionnelles, s'il prenait comme modèle le système allemand.

On pourra évidemment objecter que l'inverse est aussi possible et proposer l'introduction, dans le système allemand, de mesures de publicité comparables à celles du système suisse. Le postulat de départ étant toutefois de favoriser la reconnaissance des sûretés étrangères de façon à ce que les créanciers garantis puissent s'y fier dans les échanges commerciaux internationaux, il faut préférer la première proposition. En outre, même si leur trop grande efficacité, principalement en matière de faillite, est actuellement remise en question(1) à l'intérieur de l'ordre juridique allemand, les sûretés mobilières allemandes donnent globalement satisfaction aux opérateurs de la vie économique(2) et l'introduction de mesures strictes de publicité irait à l'encontre de l'évolution actuelle. En revanche la même satisfaction n'existe pas à l'égard du système suisse des sûretés. Nous avons vu en effet dans la partie consacrée au droit matériel suisse que la pratique cherchait à constituer des sûretés sans dépossession en combinant entre elles diverses figures juridiques, dont le but est finalement de détourner la prohibition du *constitut possessoire*(3). Il est

1) Voir ci-dessous.

2) Witz RICD 1985, p. 33.

3) Par exemple: vente combinée avec un droit de rachat, lequel est à son tour lié à une réserve de propriété.

donc permis de tirer la conclusion suivante: un assouplissement du régime des sûretés mobilières en droit suisse ne se justifie donc non seulement d'un point de vue de la reconnaissance des sûretés étrangères et du commerce international mais aussi d'un point de vue du droit interne.

Si nous prenons le droit allemand comme référence c'est parce que, tout en ayant à la base un régime de droits réels et de sûretés mobilières semblable à celui de droit suisse, ce droit a néanmoins donné à la pratique la possibilité de développer plusieurs sûretés sans dépossession. Parmi les sûretés sans dépossession du droit allemand il faut tout d'abord citer la réserve de propriété simple ou prolongée verticalement ou horizontalement; sous quelque forme qu'elle soit elle n'est soumise à aucune publicité. Le droit suisse connaît une réserve de propriété simple, sa nature juridique n'est pas différente de celle du droit allemand, mais elle est soumise à publicité. Quant aux autres formes de réserve de propriété elles sont pratiquement inexistantes(1). L'autre figure juridique importante du droit allemand constituant une sûreté sans dépossession est le transfert de propriété à titre de garantie accompagné d'un constitut possessoire. Nous avons vu que le transfert de propriété à titre de garantie était également connu en droit suisse. Les effets sont cependant limités vis-à-vis des tiers lorsqu'il s'accompagne d'un constitut possessoire. En modifiant les articles 715 et 717 CCS, il serait donc également possible d'introduire en droit suisse au moins deux types de sûretés sans dépossession, faciles à constituer et déployant des effets vis-à-vis des tiers. Ces deux derniers points, constitution aisée et efficacité des effets, sont des exigences que l'on est en droit d'attendre de garanties mobilières et auxquelles le droit allemand répond. Si donc le système allemand actuel des sûretés mobilières fonctionne bien, on peut se demander pourquoi il n'en irait pas de même en droit suisse avec un régime de sûretés sans dépossession semblable. Pour répondre à cette question il faut examiner la manière dont le système allemand fonctionne en pratique et en particulier comment se fait l'information des tiers puisque aucune publicité n'est requise. Praticiens et théoriciens s'accordent de la discrétion qui entoure la constitution des sûretés mobilières. Il n'en est pas moins vrai que la question de la publicité des sûretés mobilières a été débattue et continue d'être évoquée. La publicité par voie de registre a notamment été envisagée. Cependant l'opinion dominante se prononce en faveur du maintien du statu quo. Le 51ème Juristentag a ainsi rejeté la proposition d'instaurer un registre spécial pour l'inscription des sûretés mobilières, suivant par là-même l'avis de son rapporteur le professeur Ulrich Drobnig(2). L'introduction de mesures de publicité porterait une grave atteinte à la vie économique(3). L'introduction d'une publicité par voie de registre serait nécessairement coûteuse et de nature à enrichir le coût du crédit; un pareil système devrait alors pour s'imposer répondre à des besoins évidents. Or tel n'est pas le cas en l'occurrence. L'information des créanciers n'appelle pas de mesures particulières, quelle que soit l'origine de leur créance. Les principaux fournisseurs de crédits, les banques, ont suffisamment de moyens d'investigation, notamment par les documents comptables, pour vérifier si le patrimoine du débi-

1) Nous nous référons sur ce point au Chapitre II du Titre II consacré au droit suisse.

2) Witz RICD 1985, p. 53. 54; Drobnig/Gutachten für den 51 DJT, p. 55 ss.

3) Hromadka Jus 1980, p. 94.

teur est grevé ou non de sûretés concurrentes. L'institution d'un registre à leur égard est donc superflue(1). Il en va de même des vendeurs de meubles à crédit: ils sont efficacement protégés grâce à la réserve de propriété et le fait de connaître ou d'ignorer l'existence d'autres sûretés grevant le patrimoine de l'acheteur importe peu(2). Restent les créanciers chirographaires. Ceux qui parmi eux accordent des prêts non garantis ne doivent pas se fier à l'actif apparent du débiteur en raison du recours massif aux sûretés mobilières. Il est rare par exemple que les marchandises d'un commerçant ne fassent pas l'objet d'une réserve de propriété(3). Cette catégorie ne nécessite donc pas non plus l'introduction d'un système de publicité.

C'est seulement dans le domaine des véhicules automobiles qu'un système de publicité trouve plus de partisans. La vente d'un véhicule automobile s'accompagne toujours de la remise du "Kraftfahrzeugbrief" qui est un titre de propriété délivré par les pouvoirs publics. Selon une jurisprudence constante, l'acquéreur qui n'exige pas la remise d'un pareil titre fait preuve d'une négligence grossière, exclusive d'une acquisition de bonne foi(4).

Le droit des sûretés mobilières donne donc satisfaction aux praticiens car les garanties sont très faciles à constituer et s'avèrent très efficaces dans la mesure où elles assurent à leur bénéficiaire d'être remboursé. C'est ce dernier point, l'efficacité des sûretés, qui est actuellement remis en cause. Selon certains, ces sûretés s'avèrent trop efficaces dans les procédures de réalisation forcée. En effet le sort réservé aux bénéficiaires des sûretés réelles est enviable: ils sont tous assurés d'être prioritaires sur le produit de réalisation de leur garantie. Finalement les questions relatives à la réserve de propriété, au transfert de propriété en garantie et à leurs formes prolongées relèvent moins des droits réels que du droit de la faillite(5). En effet, depuis plusieurs années le droit de la faillite est critiqué de toutes parts. On parle en Allemagne de la "faillite de la faillite (Konkurs des Konkurses)" et des propositions de réforme ont été élaborées par la doctrine et les praticiens. La montée importante du nombre des jugements de faillite a mis en évidence les conséquences économiques que provoquait un usage fréquent des sûretés mobilières. Le nombre des cas où l'ouverture de la faillite n'a même pas été prononcée en raison de l'absence de biens de la masse s'est accru. Dans les cas où l'ouverture a effectivement lieu, les créanciers chirographaires ne se voient rembourser leurs créances qu'à concurrence de 3.5%(6).

Les propositions de réforme sont multiples et il n'est pas possible de les examiner ici. D'une manière générale il est proposé d'une part d'introduire une procédure de réorganisation qui, dans le but de sauvetage de certaines entreprises, aboutirait soit au maintien de l'entreprise soit à sa liquidation, et, d'autre part, de réduire les prérogatives des créanciers titulaires de sûretés mobilières de diverses manières. On propose entre autres de retenir, au profit

1) Drobnig, Gutachten für den 51 DJT, p. 59.

2) Witz RIDC 1985, p. 54.

3) Witz RIDC 1985, p. 54; Hromadka Jus 1980, p. 54.

4) Witz RIDC 1985, p. 55.

5) Hromadka Jus 1980, p. 94.

6) Witz RIDC 1985, p. 66; Rimmelspacher, p. 111.

des créanciers chirographaires, une partie du produit de réalisation des sûretés réelles mobilières qui serait effectuée par l'administrateur de la faillite. Cela supposerait donc tout d'abord une limitation ou une abolition des droits du créancier titulaire de la sûreté de sortir le bien de la masse. Il appartiendrait à l'administrateur de la faillite de décider, dans le cadre de la procédure d'administration, de la réalisation du bien(1).

Il est difficile de savoir dans quelle mesure ces propositions de réforme seront introduites en droit allemand car il est unanimement reconnu que les causes de défaillance des entreprises sont d'ordre économique et qu'un nouveau droit de procédure ne doit pas, artificiellement, prolonger la vie d'entreprises économiquement condamnées. Certains mettent en garde le législateur contre les sacrifices imposés aux bénéficiaires des sûretés réelles mobilières car celles-ci jouent un rôle très important pour garantir le financement des petites et moyennes entreprises(2).

2. Réforme du droit suisse des sûretés mobilières

En ce qui concerne le droit suisse une réforme du droit des sûretés mobilières s'impose tant d'un point de vue interne qu'international. Des sûretés mobilières sans dépossession devraient, comme en droit allemand, pouvoir être constituées facilement sans qu'il soit nécessaire de recourir à une publicité. Relevons que cette opinion n'est pas toujours partagée(3).

L'identité de la possession et de la propriété telle qu'elle est exprimée à l'article 931 CCS ne correspond plus à la réalité si l'on pense, par exemple, qu'il est possible d'acquérir tous ses biens en location-vente ou en leasing. Les fournisseurs de crédits ne se fient plus à la seule apparence pour accorder leurs crédits. Une publicité à leur égard ne serait pas nécessaire(4). Les droits des vendeurs sous réserve de propriété devraient être suffisamment protégés, dans le cadre des procédures d'exécution forcée sans qu'il soit nécessaire de recourir à une inscription dans un registre. Le droit de la poursuite pour dettes et faillite devrait être en conséquence modifié. A cet égard l'expérience allemande peut être profitable et devrait permettre d'arriver à un compromis entre les divers intérêts en jeu: intérêts des titulaires de sûretés mobilières à être désintéressés en priorité sur le produit de la réalisation et intérêts de la masse et des créanciers chirographaires à garder le maximum de biens pour la masse.

Par rapport à la solution du changement de la règle de conflit par l'introduction de l'autonomie de la volonté, un assouplissement des droits internes présente également l'avantage d'englober non seulement les transactions internationales proprement dites, seules concernées par l'autonomie de la volonté, mais également les transactions nationales à la base qui sont devenues internationales par la suite lorsque le débiteur emmène le bien grevé dans un autre pays.

1) Rimmelspacher, p. 112; Witz RIDC 1985, p. 67.

2) Drobnig Gutachten für den 51 DJT, p. 96, 97; Witz RIDC 1985, p. 67.

3) Ainsi M. Foëx, dans son étude se place dans l'autre camp en soulignant l'importance et la valeur du numerus clausus en matière de droits réels mobiliers, cf. en particulier p. 123, 145, 185 et la conclusion.

4) Wiegand ZBJV 116 (1980), p. 555.

Chapitre IV: Tentatives d'unification du droit en matière de sûretés conventionnelles

L'analyse du droit des sûretés à l'intérieur de quelques ordres juridiques en a fait ressortir les divergences et les problèmes de reconnaissance qui se posaient d'un pays à l'autre. Nous avons examiné, dans le chapitre précédent, les aspects positifs et négatifs de certains changements susceptibles d'améliorer la situation actuelle.

Dans le chapitre présent nous allons examiner les propositions, élaborées la plupart du temps par des organismes internationaux, en vue d'unifier ou d'harmoniser, soit les règles de fonds, soit les règles de conflit de loi en cette matière.

I. Projet de convention des Communautés européennes sur la faillite (1970)

Une réglementation uniforme paraît s'imposer tout d'abord au sein de la Communauté économique européenne (CEE). C'est ainsi que le projet de convention relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues élaboré par les six membres initiaux des Communautés européennes en 1970 réglemente certaines questions concernant les effets de la réserve de propriété pendant la faillite(1).

L'article 39 I du projet de 1970 prévoit que la loi du lieu où la faillite a été prononcée doit reconnaître l'opposabilité aux créanciers de l'acheteur des clauses de réserve de propriété portant sur la chose vendue et garantissant le paiement du prix lorsque ces clauses sont constatées par un simple écrit établi avant la livraison sans qu'aucune autre condition de forme soit exigée(2). Les conditions minimum d'opposabilité auxquelles le droit national de chaque pays doit satisfaire consistent donc dans la rédaction d'un écrit établi avant la délivrance. Cet écrit n'est soumis à aucune forme(3). En même temps, l'administrateur de la faillite reçoit le droit d'établir par tous les moyens que l'écrit ou sa date sont frauduleux ou erronés. La loi uniforme ne concerne que les réserves de propriété dites simples, c'est-à-dire celles qui portent sur la chose vendue et qui garantissent le seul paiement du prix, à l'exclusion des autres variétés de clauses connues notamment du droit allemand, clauses de réserve "prolongée", "étendue" ou "transmise" pouvant s'appliquer en cas de transformation ou de revente ou garantissant d'autres créances que celles du prix.

1) Texte du projet dans RabelsZ 1972, p. 734 ss; Drobnig, Etude/Sûretés, p. 126; Etude CNRS, p. 70 ss; Tallon, p. 923. Le projet établi en 1970 a dû être entièrement renégocié à la suite de l'adhésion de nouveaux Etats dans la Communauté; cf. dans le Bulletin des Communautés européennes. Supplément 2/82; Faillites, concordats et procédures analogues. Projet de convention et rapport, p. 3.

2) Cf. également article 41 dans le projet remanié, Bulletin des Communautés européennes, p. 19.

3) On n'a pas voulu retenir l'exigence posée par le droit italien d'un écrit ayant une date certaine antérieure à l'ouverture de la faillite, Bulletin des Communautés européennes, p. 84.

L'opposabilité éventuelle à la masse de ces dernières dépendra de la loi de la faillite(1).

Ces règles constituent un compromis entre les ordres juridiques très libéraux en cette matière (par exemple Allemagne) et ceux qui se montrent restrictifs en ce qui concerne la reconnaissance et particulièrement l'opposabilité des réserves de propriété (par exemple Belgique, Luxembourg)(2). Un tel compromis est envisageable à un niveau international plus large(3).

En ce qui concerne l'effet de la faillite du vendeur mis au bénéfice d'une réserve de propriété, l'article 39 II renvoie à l'appendice I, article 6 qui prévoit que la faillite du vendeur après livraison n'est pas une cause de résolution du contrat. L'acheteur a le droit de continuer à effectuer des paiements partiels aux échéances convenues et d'acquérir la propriété du bien vendu(4).

2. Projet de la Fédération bancaire de la Communauté économique européenne

Dans le cadre de la CEE il faut également mentionner le projet de convention relative aux effets extra-territoriaux des sûretés mobilières sans désaisissement (sans date) établi par la Fédération bancaire de la CEE.

Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner ce projet de convention(5) et nous n'en rappelons ici que les traits principaux. Une des propositions de la Fédération bancaire concerne la création d'un registre central européen en vue de l'inscription de sûretés mobilières sans dépossession grevant soit des véhicules automobiles, soit d'autres meubles corporels, pour autant qu'ils soient utilisés principalement dans l'exercice d'une activité professionnelle, soit encore des fonds de commerce comprenant des meubles corporels. Les sûretés ainsi inscrites seraient reconnues dans les autres pays. L'autre proposition de la Fédération bancaire concerne la mise en oeuvre de la reconnaissance des sûretés inscrites au registre. Cette reconnaissance devrait se faire essentiellement par voie d'assimilation, le droit inscrit étant traité à l'égal d'un autre type de sûreté - défini d'avance - du pays d'exécution (gage mobilier en Allemagne, hypothèque mobilière sur le matériel et l'outillage en France, etc.)(6). Nous avons vu que ces propositions ont soulevé la critique. En particulier la création d'un registre central exigerait des moyens administratifs énormes. En outre, l'inscription des sûretés sans dépossession représenterait, pour nombre de pays, une modification considérable par rapport aux règles actuelles de droit interne, c'est pourquoi on peut douter que ces propositions n'aboutissent un jour(7).

1) Etude CNRS, p. 71; Bulletin des Communautés européennes, p. 83.

2) Drobnig Etude/Sûretés, p. 126; Bulletin des Communautés européennes, p. 83.

3) Drobnig, op. cit.

4) Etude CNRS, p. 70.

5) Ci-dessus, Chapitre VII, F 2 b bb) et G 2.

6) Fédération bancaire de la Communauté économique européenne, Document K 4/4, N° 153; Klein RCDIP 1979, p. 535.

7) Klein, op. cit.; Drobnig Etude/Sûretés, p. 133, 134.

3. Propositions au sein du Conseil de l'Europe

Des propositions en vue de l'unification de certaines sûretés mobilières figurent dans deux études soumises au Conseil de l'Europe, l'une en 1970 par l'UNIDROIT(1), l'autre en 1972 par le Centre national de la recherche scientifique (CNRS)(2).

a) Etude du CNRS

Dans ses conclusions l'étude du CNRS propose en premier lieu, comme solution "maximale", la création d'une sûreté uniforme, pour les transactions internationales. Le modèle à suivre serait, pour l'essentiel, le système du "security interest" du droit américain consacré à l'article 9 du UCC. Rappelons que le "security interest" fonde en une seule sûreté les sûretés existant jusqu'alors. Dans la proposition du CNRS le "security interest" devrait substituer un seul "droit de sécurité" aux multiples sûretés réelles des droits européens.(3).

En limitant l'unification du droit matériel au seul domaine des relations internationales l'étude estime ainsi préserver les pays de l'abandon de principes nationaux.

Cette proposition se heurte à diverses objections. L'unification des règles de fonds en cette matière est peu probable car l'écart entre les principaux systèmes juridiques est trop grand. La situation aux Etats-Unis se présentait autrement lors de l'élaboration du "security interest"; il s'agissait pour les auteurs du Uniform Commercial Code de couvrir des législations comprises dans la même zone économique et monétaire, et procédant, pour la plupart, des principes anglo-saxons(4). Il est vrai que les propositions du CNRS n'ont en vue que les opérations internationales mais il serait tout de même difficile de régler le problème délicat du passage des sûretés d'un régime national donné au régime international et vice-versa. Cependant une des objections principales serait la distinction établie entre les constitutions de sûretés nationales ou internationales. En effet il est souvent difficile de distinguer entre situations nationales et internationales(5).

-
- 1) Vente à tempérament et à crédit d'objets mobiliers corporels dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1970.
 - 2) Aspects internationaux de la protection juridique des droits des créanciers, Strasbourg 1972.
 - 3) Etude CNRS, p. 74.
 - 4) Klein RCDIP 1979, p. 534.
 - 5) Drobnig Etude/Sûretés, p. 129, 130, 132. Selon cet auteur, les biens, à la différence des contrats, n'ont pas une vocation économique unique qui puisse être qualifiée de nationale ou d'internationale; par exemple est-ce qu'un prêt international (consenti par un créancier dans le pays A à un débiteur dans le pays B) devrait ressortir au régime international uniforme dans le cas où il n'y a pas de déplacement par-delà les frontières des biens grevés par le débiteur. Le prêt est international mais non la sûreté destinée à le garantir, elle devrait donc être soumise à la loi du pays B., Drobnig, po. cit., p. 129.

L'étude du CNRS envisage en second lieu l'unification des règles de conflit en se référant au projet de convention sur la faillite établie par la CEE(1).

Enfin la solution "minimale" de l'étude du CNRS consiste dans l'élaboration d'un contrat-type prévoyant le droit de résolution unilatérale du vendeur impayé(2). Ce moyen permettrait d'obtenir certains effets de la réserve de propriété car dans les pays à régime consensuel la résolution du contrat rétablit le vendeur dans la propriété de la chose. Cette proposition appelle cependant certaines objections. Tout d'abord la clause conventionnelle ne peut prendre effet que par l'accord exprès des parties au contrat de vente. Ensuite, il n'est pas tenu compte des systèmes juridiques où le transfert de la possession est nécessaire au transfert de propriété; dans ces systèmes la résolution unilatérale n'a pas d'effet sur la propriété et ne protège donc pas le vendeur(3).

b) Etude de l'UNIDROIT

La première proposition d'UNIDROIT rejoint celle du CNRS: unification des droits matériels par la création d'une sûreté réelle uniforme qui permettrait d'intégrer les nombreuses variétés de sûretés existant au niveau national. La proposition se fonde également sur l'exemple américain(4). Conscient toutefois des obstacles mis à l'introduction d'une sûreté réelle unique dans les droits nationaux en raison des divergences énormes entre ces droits, UNIDROIT propose à côté d'une unification matérielle une unification des règles de conflit applicables aux sûretés. Les régimes nationaux ne seraient ainsi que soumis à un minimum de dérogations possibles. Cette solution impliquerait la nécessité pour les Etats d'instaurer une publicité par voie d'inscription et de reconnaître la loi de l'immatriculation au lieu de la "lex rei sitae"(5). Cette solution représenterait une importante modification dans tous les pays où l'inscription n'est pas encore obligatoire et il est peu concevable qu'un législateur prenne l'initiative d'établir un système d'inscription compliqué et onéreux financièrement et administrativement aux seules fins d'établir un facteur commun en cas de transactions internationales(6). Enfin UNIDROIT propose pour le secteur restreint des véhicules automobiles l'institution d'un document spécial qui y serait attaché et qui indiquerait les sûretés dont ceux-ci feraient l'objet. Ce document devrait être établi conformément à un modèle internationalement reconnu, par l'autorité nationale compétente qui y apposerait les mentions relatives à la condition juridique du véhicule. Tel le "Kraftfahrzeug-brief" du droit allemand. Ce document devrait être un titre indépendant des autres papiers du véhicule. La non-production de ce document ou la teneur des mentions qui y figurent aurait partout un effet décisif sur l'existence ou non de la bonne foi des tiers, notamment des sous-acquéreurs du véhicule de l'acheteur

1) Etude CNRS, p. 74.

2) Etude CNRS, p. 74, 75.

3) Drobnig Etude/Sûretés, p. 130, 134 et les doutes que le CNRS émet lui-même à l'égard de sa proposition, Etude CNRS, p. 75.

4) UNIDROIT, p. 239, 240.

5) UNIDROIT, p. 240.

6) Drobnig Etude/Sûretés, p. 132.

à crédit(1). L'expérience acquise dans ce domaine aux Etats-Unis a fait toutefois apparaître les risques de fraude en relation avec ce genre de documents (falsification, obtention frauduleuse de duplicata)(2). En outre il paraît difficile de justifier l'instauration de ce système uniquement pour les véhicules automobiles(3).

4. Elaboration d'une loi type

Conscient des problèmes que rencontreraient, déjà même à un niveau régional, les tentatives d'unification en matière de sûretés, M. Drobnig se contente, dans sa vaste étude, de proposer l'élaboration d'une loi type ou de règles types visant à compléter ou à modifier un nombre relativement limité de règles nationales existantes. Les Etats contractants seraient ainsi déchargés de l'obligation d'introduire des règles unifiées dans leur législation nationale(4).

La solution proposée par M. Drobnig est réaliste mais on peut craindre que plusieurs Etats refusent d'adopter des règles types; dans ce cas la situation actuelle subsisterait.

Chapitre V: Solution du délai

1. L'exemple américain

L'article 9 du Uniform Commercial Code des Etats-Unis accorde, en cas de transport d'un bien grevé d'un Etat dans un autre, un délai de survie de quatre mois à la sûreté(5). La protection des droits des tiers nécessite un nouvel acte de publicité dans le nouvel Etat car à défaut de publicité dans cet Etat ils ne pourront savoir que le bien est grevé et on ne peut pas leur imposer de consulter les registres des autres Etats. L'intérêt du créancier titulaire de la sûreté constituée dans le premier Etat s'oppose à l'intérêt des tiers dont la protection nécessite une publicité au lieu où se trouve le bien. Théoriquement, si le créancier veut être absolument certain de l'efficacité de sa sûreté, il devrait toujours contrôler si le bien grevé se trouve dans l'Etat de constitution. L'article 9-103 (1) (d) établit un compromis entre les intérêts concurrents: lorsque le bien grevé d'une sûreté rendue parfaite dans un Etat A est emmené dans un Etat B, le créancier dispose d'un délai de quatre mois après l'importation du bien pour accomplir les formalités nécessaires à la perfection (le plus souvent par inscription) de la sûreté(6). Si le créancier satisfait aux exigences de l'Etat B pendant le délai de grâce (grace period) il continue d'être titulaire de la sûreté constituée dans l'Etat A alors que le bien se trouve dans l'Etat B. Il a la priorité sur un créancier de l'Etat B qui a

1) UNIDROIT, p. 240, 241.

2) Drobnig Etude/Sûretés, p. 133.

3) Drobnig Etude/Sûretés, p. 131.

4) Drobnig Etude/Sûretés, p. 153, 154.

5) Article 9-103 (1) (d) version de 1972. Nous avons déjà mentionné cette règle au Chapitre VII F 2. b aa) auquel nous renvoyons en partie.

6) Dielmann, p. 234; White/Summers, p. 851.

procédé, pendant ce délai, à l'inscription d'une sûreté sur le bien en question. Si les formalités conduisant à la perfection ne sont pas accomplies à temps, la sûreté est réputée imparfaite, donc inopposable aux tiers. Il en va de même si la sûreté n'avait pas été rendue parfaite conformément à l'ancienne *lex situs* et si des formalités entraînant la perfection ont été accomplies pour la première fois en application de la nouvelle *lex situs*. L'imperfection de la sûreté ne débute pas seulement après l'écoulement du délai de quatre mois elle est réputée avoir existé vis-à-vis de toute personne ayant acquis des droits sur le bien. Les acquéreurs du bien grevé et les créanciers ayant constitué des sûretés sont donc protégés(1).

Il faut louer l'effort des auteurs du UCC tendant à instituer un compromis entre les intérêts en cause par l'introduction de la solution du délai. Ce compromis n'était toutefois possible qu'en accordant un peu moins d'importance aux intérêts des tiers: ceux-ci peuvent se voir opposer, pendant une certaine période, une sûreté dont il leur était quasiment impossible de connaître l'existence.

2. La loi suisse sur le droit international privé

La loi retient le principe de la *lex rei sitae* en ce qui concerne d'une part, l'acquisition et la perte de droits réels et, d'autre part, le contenu et l'exercice de tels droits (article 100).

Dans le domaine de la reconnaissance en Suisse de sûretés mobilières constituées à l'étranger, les travaux préparatoires montrent très tôt le désir d'offrir la possibilité de maintenir la validité de ces sûretés. Les travaux de la commission chargée de l'étude des droits réels et l'avant-projet prévoient à cet effet qu'une sûreté mobilière constituée à l'étranger conserve son effet pendant un certain temps après l'arrivée du bien en Suisse, quand bien même elle ne satisfait pas aux conditions de la loi suisse. La détermination du délai de survie a fait l'objet de quelques discussions. On a hésité entre des délais de un, trois, quatre ou six mois. Finalement on a opté pour le délai de trois mois. On a en effet estimé préférable de retenir le même délai que connaît le droit interne suisse dans l'ordonnance sur le registre des pactes de réserve de propriété en cas de changement de domicile du débiteur.

Le projet de loi du 30 juin 1978 établi par la commission d'experts prévoit ainsi à l'article 104 que: "lorsqu'une sûreté mobilière constituée à l'étranger ne répond pas aux conditions du droit suisse, elle conserve néanmoins son effet pendant les trois mois qui suivent la venue du bien en Suisse". L'article 101 al. 2 du projet du Conseil fédéral reprend à peu près le même texte et prévoit: "lorsque parvient en Suisse un bien sur lequel a été constituée à l'étranger une sûreté mobilière ne répondant pas aux conditions du droit suisse, celle-ci conserve néanmoins son effet pendant trois mois".(3).

1) Dielmann, p. 234, 235; Drobnig *Etude/Sûretés*, p. 142, 143.

2) Loi du 18.12.1987, entrée en vigueur le 1.1.1989.

3) Message du CF du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255 (82.072).

Cette disposition avait principalement en vue semble-t-il, la réserve de propriété, le délai devant permettre au créancier de procéder aux inscriptions requises(1). On peut supposer que les auteurs de cet article avaient l'intention de permettre la conversion des sûretés étrangères en réserve de propriété, afin de rendre possible l'inscription en Suisse. Toutefois, comme le fait justement remarquer M. Klein, si tel est le cas l'article 101 al. 2 dans la version du message est insuffisant car les conditions d'une telle conversion devraient être précisées notamment sur le plan du rapport causal. En effet, la réserve de propriété, le transfert de propriété aux fins de garantie géré par constitut possessoire, la location-vente et les autres sûretés présentent autant de différences par la cause de ces opérations que par leurs effets de droits réels. Dans ce cas il faudrait également modifier le rapport causal(2).

A-t-on pris conscience de cette difficulté? En tout cas l'article 102 al. 2 de la loi remplace le terme de "sûreté mobilière" par celui de "réserve de propriété"(3). De cette façon on évite les questions qui pourraient se poser, sur le plan causal, lors d'une conversion d'une sûreté étrangère en une réserve de propriété suisse. Mais d'un autre côté on ferme la porte à plusieurs sûretés étrangères sans dépossession, plusieurs d'entre elles ne pourront être converties en une réserve de propriété suisse.

Enfin cette tendance restrictive se trouve confirmée et renforcée par la rédaction d'un alinéa 3 qui n'existait pas dans la version du message. Cet alinéa a été introduit par les Chambres. Il prévoit que: "Le tiers de bonne foi ne pourra se voir opposer l'existence de pareille réserve de propriété constituée à l'étranger". L'interprétation de cet alinéa se révèle difficile. Que faut-il entendre par "tiers de bonne foi"? S'agit-il seulement des tiers acquéreurs ou également des autres créanciers de l'acheteur (créanciers saisissants)? Si cette seconde interprétation correspond vraiment à l'intention des Chambres, l'alinéa 3 de l'article 102 vide alors l'alinéa 2 de son sens. En effet, rappelons que selon l'alinéa 2 le vendeur au bénéfice d'une réserve de propriété ne répondant pas aux conditions du droit suisse dispose d'un délai de trois mois dès l'arrivée du bien en Suisse pour remédier à cette situation et en particulier pour procéder à l'inscription de la réserve de propriété au domicile de l'acquéreur (article 715 CCS). Pendant le délai de trois mois le pacte de réserve de propriété conserve son effet. En d'autres termes, le vendeur demeure propriétaire du bien et en tant que tel il peut s'opposer avec succès aux prétentions de tiers et en particulier à celles des créanciers de l'acheteur. Cependant, si ces derniers font partie du cercle des tiers protégés à l'alinéa 3 la réserve de propriété étrangère n'a qu'un effet personnel entre le vendeur et

1) Klein RCDIP 1979, p. 531; Schlussbericht der Expert Kommission, p. 201.

2) Klein RCDIP 1979, p. 532.

3) Ainsi, alors que le projet du Conseil fédéral étendait l'al. 2 de l'article 101 à l'ensemble des sûretés mobilières, le Conseil des États a proposé de n'appliquer cette règle qu'à la réserve de propriété ou à tout autre droit réel poursuivant un même but et ne répondant pas aux exigences du droit suisse (Décision du 13 mars 1985). Quant au Conseil national, il a encore restreint la portée de l'al. 2 en le limitant aux seules réserves de propriété (Décision du 6 octobre 1986).

l'acheteur. Interprété de cette manière l'article 102 al. 3 supprime non seulement la portée mais aussi le sens de l'article 102 al. 2. Etait-ce bien là l'intention des Chambres? Nous en doutons.

Envisagé dans son rapport à l'alinéa 2, l'alinéa 3 devrait donc être interprété restrictivement. Dans ce cas le cercle des tiers protégés ne comprendrait que les tiers acquéreurs de bonne foi à l'exclusion des créanciers saisissants. Si cette interprétation de l'alinéa 3 paraît plus adéquate par rapport à l'ensemble de l'article 102, on peut se demander si cet alinéa n'est pas alors superflu. En effet, les questions relatives à l'acquisition d'un bien par un tiers de bonne foi sont soumises, par application des règles de conflit habituelles, à la loi du lieu où est situé ce bien. Par conséquent, si un tiers acquiert en Suisse un bien vendu sous réserve de propriété le droit suisse va s'appliquer à titre de *lex rei sitae*. Si les conditions de l'article 933 CCS sont réunies, le tiers deviendra propriétaire du bien réservé, que la réserve de propriété ait fait l'objet d'une inscription ou non¹⁾. La règle de conflit habituelle assure ainsi déjà la protection des tiers acquéreurs de bonne foi. L'article 102 al. 3 (dans son interprétation restrictive) ne fait en somme que reprendre cette règle. Sa rédaction apparemment inutile émane peut-être d'un souci de clarté.

Dans le cadre de la protection des tiers, il convient d'examiner ici d'un peu plus près l'article 104 de la loi. Rappelons que cet article donne la possibilité aux parties de soumettre l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base. En revanche "l'élection de droit n'est pas opposable aux tiers" comme l'énonce l'al. 2 de la disposition.

La sous-commission chargée de l'étude des droits réels n'avait envisagé, au début de ses travaux, de ne mettre à disposition de parties que le droit régissant le rapport juridique de base. On voyait surtout dans l'autonomie de la volonté l'intérêt de permettre aux parties d'avoir une unité entre la loi du contrat et celle sur les effets de droit réel. Par la suite la commission a convenu d'étendre le choix des parties également à la loi du pays de départ et à celle du pays de destination des marchandises. La soumission des rapports de droit réel à ces deux derniers droits est particulièrement importante pour les *res in transitu*.

L'article 104 a fait l'objet de diverses controverses lors de son élaboration. On a mis surtout en doute son efficacité. En effet, le choix de la loi applicable à un droit réel ne peut être admis que si la *lex rei sitae*, sans nécessairement prévoir l'élection de droit, du moins la tolère. Si elle ne la tolère pas, il n'y a pas d'intérêt pour les parties à procéder à une élection de droit qui ne serait pas réalisable, même *inter partes*. Les parties au contrat doivent être conscientes de ce fait et il ne faudrait pas que la nouvelle règle de DIP suisse crée des illusions auprès d'elles. La règle peut n'avoir qu'une efficacité internationale restreinte. Cette incertitude peut être atténuée du fait qu'en choisissant une loi applicable, on peut aboutir à une élection de for en

1) Le registre n'a que force juridique négative et l'inscription n'empêche pas l'acquisition de bonne foi.

Suisse, conformément à l'article 5 du projet(1). Mais si le bien se trouve à l'étranger, le problème demeure. Imaginons par exemple qu'un Allemand et un Français conviennent de la compétence du juge suisse et de l'application du droit des obligations suisse et des droits réels suisses. Lors du litige le bien se trouve en France. On ne verra pas d'inconvénients à ce que le droit suisse s'applique lorsque l'objet n'est pas en Suisse; mais encore faut-il que la loi du lieu de situation (droit français) tolère d'être évincée. Il n'appartient pas au législateur suisse de prévoir lui-même si telle *lex situs* étrangère accepte un désistement en faveur d'une autre loi.

Finalement on a tout de même opté pour le maintien de la disposition sur l'autonomie en matière de droit réel. Le droit international privé suisse respecte ainsi, dans les rapports entre parties, le choix de la loi applicable, sans tenir compte du point de vue de l'Etat étranger du situs. Il est dans l'intérêt des parties de pouvoir déterminer elles-mêmes la loi applicable à l'acquisition de droits réels mobiliers. Certes, l'Etat du situs (étranger) aura souvent le "dernier mot" à dire à ce sujet, mais il s'agit là d'un risque qui doit être laissé à la libre appréciation des parties. Même si l'article 104 risque de n'avoir qu'une efficacité internationale restreinte, il permettra peut-être de faire évoluer les idées sur l'autonomie en matière de droits réels. L'introduction de l'autonomie en matière contractuelle avait également fait l'objet de plusieurs controverses il y a une cinquantaine d'années.

Quant à l'alinéa 2 de l'article 104, il a été quelque peu modifié au cours de l'élaboration du projet de loi. Dans une des premières versions l'alinéa 2 prévoyait: "L'application de ce droit (c'est-à-dire du droit choisi) n'est pas opposable aux tiers de bonne foi". Les travaux préparatoires montrent que la bonne foi de l'alinéa avait une signification très particulière: il s'agissait d'une bonne foi portant sur la loi applicable. La majorité de la commission s'est cependant opposée à cette précision, estimant que la loi d'autonomie ne devait pas non plus être opposable aux tiers de mauvaise foi. C'est pourquoi on a fini par supprimer cette précision. La notion de tiers à l'article 104 al. 2 est donc plus large que celle figurant à l'article 102 al. 3 (dans la mesure en tout cas où l'on admet que l'article 102 al. 3 ne concerne que les tiers acquéreurs). A cet égard il convient d'examiner d'un peu plus près le rapport entre les articles 102 et 104. En effet, il nous semble que dans des situations à peu près identiques l'application de l'une ou l'autre de ces dispositions peut conduire à des résultats très différents. Prenons l'exemple d'une vente entre un exportateur allemand et un acheteur suisse. Les parties conviennent dans un simple écrit d'une réserve de propriété en faveur du vendeur. Cette réserve de propriété n'est donc pas valable en droit suisse. Dans les trois mois qui suivent l'arrivée du bien en Suisse l'acheteur tombe en faillite. Sur la base de l'article 102 al. 2(2) l'exportateur allemand pourra opposer avec succès la réserve de propriété non inscrite aux autres créanciers de l'acheteur. Modifions maintenant un peu cet exemple: l'exportateur allemand et l'acheteur suisse ont convenu de soumettre leurs rapports contractuels et réels au droit allemand. Les parties concluent un pacte de réserve de propriété en

1) Message du CF, p. 134.

2) Si l'on s'en tient à une interprétation restrictive de l'article 102 al. 3.

faveur du vendeur. La réserve de propriété n'est pas inscrite au registre suisse mais elle est valable en droit allemand, droit choisi par les parties au sens de l'article 104 al. 1. Peu après l'arrivée du bien en Suisse (par hypothèse, dans un délai de trois mois), l'acheteur tombe en faillite. L'exportateur allemand peut-il alors avec succès opposer sa réserve de propriété aux autres créanciers de l'acheteur? Oui selon l'article 102 al. 2, non selon l'article 104 al. 2 qui vraisemblablement s'appliquerait dans cette situation. Cela signifie que les créanciers de l'acheteur peuvent, même dans le délai de trois mois, se prévaloir de l'article 104 al. 2: "L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers" et se réclamer d'une position plus favorable selon la *lex rei sitae*.

Ainsi, selon que les parties ont procédé ou non au choix d'un droit pour leurs rapports de droit réel, la solution apportée par le droit suisse en cas de conflit entre le créancier titulaire d'une réserve de propriété et les créanciers saisissants présente une grande inégalité.

Il semble que la contradiction entre les deux articles ne puisse être évitée que si l'on interprète extensivement la notion de tiers à l'article 102 al. 3, c'est-à-dire si l'on compte au nombre des tiers protégés non seulement les tiers acquéreurs mais également les autres créanciers de l'acheteur. On rapprocherait ainsi la notion de tiers de l'article 102 al. 3 de celle plus large de l'article 104 al. 2. La volonté d'élargir le cercle des tiers protégés dans ce dernier article apparaît déjà dans les travaux préparatoires. Rappelons en effet que la mention "de bonne foi" a été supprimée afin de rendre la loi d'autonomie inopposable également vis-à-vis des tiers de mauvaise foi. L'article 104 al. 2 s'applique ainsi à tous les tiers quels qu'ils soient, tiers acquéreurs (de bonne ou de mauvaise foi) et autres créanciers de l'acheteur. En interprétant de la même manière la notion de tiers à l'article 102 al. 2, il serait possible d'établir une égalité entre le créancier titulaire d'une réserve de propriété soumis à l'article 102 et le créancier mis également au bénéfice d'une réserve de propriété mais tombant sous le coup de l'article 104 parce que les parties ont élu un droit pour régir leurs rapports de droit réel. Toutefois la contradiction entre les deux articles ne serait résolue que "négativement". Le créancier titulaire d'une réserve de propriété soumise, par un choix des parties, à un droit étranger ne pourrait pas plus qu'avant opposer pendant trois mois sa sûreté aux créanciers saisissants. C'est au contraire le créancier soumis à l'article 102 al. 2 et 3 qui se verrait retirer le délai de survie de trois mois et la faculté d'opposition pendant ce délai. Cette interprétation (interprétation extensive de l'article 102 al. 3) n'est donc pas concluante. En outre nous avons déjà vu qu'une interprétation extensive l'article 102 al. 3 vidait l'article 102 al. 2 de son sens. La loi présente ainsi des contradictions en matière de reconnaissance de sûretés étrangères: l'article 102 al. 3 doit être (concernant la notion de tiers) interprété restrictivement pour permettre à l'article 102 al. 2 de garder son sens; la cohérence entre les articles 102 et 104 nécessite toutefois une interprétation extensive de la notion de tiers à l'article 102 al. 3.

Un autre point faible de la loi est de ne pas avoir établi de distinction selon que l'acquéreur d'un bien sous réserve de propriété a ou non son domicile en Suisse. Si l'acquéreur n'a pas de domicile en Suisse l'inscription au registre des pactes de réserve de propriété s'avère impossible. Le vendeur se trouve donc en Suisse sans protection face aux autres créanciers de l'acheteur.

Rappelons que cette situation s'est présentée dans l'arrêt du TF Auto J GmbH c. Joseph R(1): le pacte de réserve de propriété conclu en Allemagne entre deux sociétés allemandes ne pouvait être inscrit en Suisse. Cet arrêt avait fait l'objet de nombreuses critiques; à lire la loi il semble malheureusement qu'elles soient tombées dans l'oubli!

L'impossibilité de procéder à une inscription en Suisse existe également lorsque des biens situés en Suisse sont destinés à l'exportation. A cet égard l'article 103 de la loi prévoit que: "La réserve de propriété constituée sur une chose mobilière destinée à l'exportation est régie par le droit de l'Etat de destination". Cette disposition présente des inconvénients dans certains cas. Certes, pour une livraison en Allemagne par exemple, une réserve de propriété peut être constituée valablement en Suisse étant donné que le droit allemand ne pose pas d'exigences de forme ou de publicité. En revanche, si selon le droit de l'Etat de destination l'inscription dans un registre est requise à peine de nullité (par exemple en droit italien), cette solution n'arrange pas l'exportateur suisse. En effet, tant que le bien se trouve encore en Suisse l'exportateur n'est pas garanti car d'une part les conditions de fait pour constituer une réserve de propriété conforme au droit suisse ne sont pas données, et d'autre part la réserve de propriété dans l'Etat de destination ne peut y sortir ses effets qu'une fois le bien sur son territoire. Même si l'Etat de destination n'exige aucune formalité pour la constitution d'une réserve de propriété, le droit international privé de cet Etat peut faire dépendre la reconnaissance chez lui de la réserve de propriété d'une constitution valable à l'étranger. L'application stricte de cette règle (classique) de DIP conduirait alors à la nullité de la réserve de propriété, celle-ci n'ayant pas fait l'objet d'une inscription en Suisse.

Le problème de l'absence de protection de l'exportateur suisse tant que le bien se trouve encore en Suisse a fait, il est vrai, l'objet de discussions au sein de la commission d'experts chargée de l'étude des droits réels. Une des solutions évoquées à ce propos aurait consisté, en modifiant l'article 715 CCS et l'ordonnance sur l'inscription des pactes de réserve de propriété, à introduire une disposition autorisant, dans le cas de biens destinés à l'exportation, une inscription au domicile du vendeur tant que le bien se trouve encore en Suisse. Finalement on a renoncé à toucher au droit matériel en estimant notamment que cette solution était "grevée de différentes incertitudes qui pourraient être pesantes dans la pratique"(2). Sur ce point encore on peut regretter que la loi n'ait pas plus innové. Elle permet de protéger (au moins dans certains cas) le vendeur étranger pendant trois mois, mais pas le vendeur suisse!

1) ATF 106 II 197=ASD 1981, p. 432.

2) Message du CF, p. 133.

Chapitre VI: Conclusions

Nous nous sommes efforcée, au cours de ce travail, de démontrer les insuffisances que présentait, en matière de sûretés mobilières sans dépossession, un rattachement rigide à la *lex rei sitae*. Etant donné les différences importantes existant entre les droits nationaux en cette matière, la reconnaissance dans un pays, après déplacement du bien grevé, d'une sûreté mobilière constituée à l'origine dans un autre pays est rendue difficile par l'application de la règle de conflit traditionnelle. Aujourd'hui, celle-ci va à l'encontre des besoins du commerce international.

En examinant certaines jurisprudences nationales, nous avons eu l'occasion de voir que la Suisse se trouve être l'un des pays les plus restrictifs en matière de reconnaissance de sûretés étrangères sans dépossession. La réserve de propriété est la seule sûreté mise à disposition du créancier. Elle est soumise à une inscription qui n'est possible que lorsque l'acquéreur du bien sous réserve de propriété a son domicile en Suisse. A l'opposé, nous avons vu que le droit allemand permet de faire un large accueil aux sûretés étrangères sans dépossession. La pratique a en effet développé, au fur et à mesure des besoins de la vie économique, tout un éventail de sûretés. Faciles à constituer, étant donné qu'aucune publicité n'est exigée, ces sûretés déploient néanmoins tous leurs effets vis-à-vis des tiers et offrent donc à leurs titulaires des avantages considérables en cas de faillite du débiteur. Quant au droit français, il reste attaché au principe de la publicité, mais il est plus accueillant que la Suisse à l'hypothèque mobilière.

Alors que la compétence de la loi réelle en matière immobilière n'a jamais été contestée, d'aucuns ont mis en doute, à juste titre, son bien-fondé en matière mobilière. Le rattachement à la *lex rei sitae* apparaît en effet inopportun. Il soulève les problèmes de reconnaissance que nous avons examinés et il peut entraîner une séparation gênante des statuts contractuel et réel dont la délimitation est parfois délicate. Il s'oppose ainsi à l'intérêt des parties (surtout du créancier) dans les transactions internationales ayant pour objet le déplacement du bien d'un pays à l'autre. Nous avons vu que divers correctifs à l'application de la *lex rei sitae* avaient été envisagés. En Allemagne notamment, certains auteurs ont émis plusieurs propositions qui, dans l'ensemble, prévoient l'application du droit du pays d'exportation jusqu'au passage du bien dans le pays d'importation. Dans la mesure toutefois où le pays d'importation n'est pas l'Allemagne, dont la souplesse du système permet facilement la reconnaissance de sûretés étrangères, ces propositions ne suppriment pas les problèmes généraux liés à la reconnaissance des sûretés lorsque celles-ci sont incompatibles avec un ordre juridique plus restrictif.

Un autre type de correctif consisterait pour certains à donner la possibilité aux parties à un contrat international de soumettre leurs rapports réels au droit de leur choix. Si les avantages que présente l'autonomie de la volonté en droit international réel - harmonisation des statuts contractuel et réel, suppression du conflit mobile - sont incontestables, les objections formulées à son égard ne sont pas négligeables. Celles-ci se rapportent essentiellement à la remise en cause du principe du *numerus clausus* des droits réels, de la sécurité des transactions et de la protection des tiers. Pour les adversaires de l'autonomie de la volonté, celle-ci est incompatible avec le principe de la publicité des droits réels, étant donné que le choix du droit ne peut être connu des tiers. Relevons entre parenthèses que si cette objection garde toute

son importance en Suisse, il en va autrement par exemple en Allemagne où le rôle de la publicité est très relativisé. En France également, le principe de la publicité commence, semble-t-il, à être remis en cause. Conscients des problèmes que soulevait l'introduction de l'autonomie de la volonté, ses partisans mêmes l'ont soumise à diverses limites dont le but est essentiellement de protéger les tiers. Finalement, l'autonomie restreinte, telle qu'elle est envisagée aujourd'hui, ne marque pas un véritable progrès. L'étendue de la protection des tiers selon la *lex rei sitae* est l'élément de mesure permettant de fixer les limites de l'autonomie. Les sûretés mobilières ne sont ainsi pas libérées de la notion de statut réel et l'autonomie ainsi envisagée est anéantie dès que d'autres intérêts importants fixés par la *lex rei sitae* entrent en jeu. Nous avons alors examiné la possibilité d'introduire en droit réel international une autonomie de la volonté illimitée, car ce n'est qu'envisagée sous cette forme que l'autonomie, en favorisant la reconnaissance des sûretés étrangères et en offrant par là même un facteur de rattachement plus souple et plus adapté aux besoins du commerce international, n'a finalement de sens. Le postulat de la protection des tiers s'en trouverait toutefois sacrifié. Pour pallier cet inconvénient, les tiers devraient dans certains cas pouvoir se prévaloir de leur ignorance de la loi étrangère. C'est en examinant les critères et conditions selon lesquels il serait possible d'exiger des tiers qu'ils connaissent la loi étrangère que nous sommes arrivés à la conclusion que la confrontation avec les droits matériels ne pouvait être évitée. Partant dès lors du principe que la question de la reconnaissance des sûretés devait être envisagée sous l'angle des droits matériels et non plus seulement de la règle de conflit, nous nous sommes exprimée en faveur d'un assouplissement de ces droits à l'intérieur des ordres juridiques. En ce qui concerne le droit suisse, une modification des art. 715 et 717 CCS permettrait d'avoir à disposition deux sûretés faciles à constituer et qui déploieraient néanmoins tous leurs effets vis-à-vis des tiers. D'une part, la réserve de propriété ne serait plus soumise à inscription et, d'autre part, le transfert de propriété à titre de garantie avec constitut possessoire déploierait des effets pleins vis-à-vis des tiers. A ceux qui craindraient pour la protection des tiers, nous pouvons répondre que plusieurs sûretés sans dépossession se sont développées en Allemagne alors même que le régime de base des sûretés mobilières y est semblable à celui de la Suisse. Si donc praticiens et théoriciens allemands s'accrochent de la discrétion entourant la constitution de sûretés mobilières, nous ne voyons pas pourquoi il en irait différemment dans un autre système juridique comparable. D'autre part, nous avons vu que même sur le plan strict du droit interne, un assouplissement des exigences de publicité s'imposait. Ainsi, l'identité de la possession et de la propriété (art. 931 CCS) ne correspond plus à la réalité si l'on songe qu'il est possible d'acquérir quantités de biens en location-vente ou en leasing.

Alors que les propositions d'unification élaborées par quelques organismes internationaux dans ce domaine semblent devoir rester à l'état de projet, la solution du délai de survie prévue à l'art. 9 UCC en cas de déplacement du bien d'un Etat à l'autre nous paraît tout à fait intéressante. Cette solution n'a d'ailleurs pu être envisagée qu'en faisant supporter aux tiers un certain risque: ceux-ci peuvent se voir opposer pendant une période des sûretés dont il leur était impossible de connaître l'existence.

L'art. 102 al. 2 de la Loi suisse de DIP prévoit également un délai de survie, mais uniquement pour la réserve de propriété. D'autre part, nous avons vu que l'alinéa 3 du même article réduit à néant les effets de l'alinéa 2 si la qualité de tiers de bonne foi n'est pas limitée aux acquéreurs de bonne foi. La loi présente d'autres points faibles, notamment celui de n'avoir pas envisagé le cas où l'acquéreur d'un bien sous réserve de propriété n'a pas de domicile en Suisse.

BIBLIOGRAPHIE

- Adams Michael: Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte. Ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten, dans Monographie zur rechtswissenschaftlichen Forschung, Königstein, 1980.
- Altorfer Peter: Die Mobiliarhypothek. Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts, Diss. Zurich, 1981.
- Arnold Hans: Das Französische Gesetz über den Eigentumsvorbehalt, dans BB 1981, p. 268 et s.
- Ayer John D.: Secured creditors and insolvency in the United States of America, RabelsZ, 1980, p. 649 et s.
- Bailey Henry J: Secured transactions in a nutshell, St. Paul, Minn, 1976.
- Bärmann Johannes: Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil I Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1976, (cité Bärmann).
- Bartin Etienne: Principes de droit international privé, Tome III, Paris 1953.
- Etude de droit international privé, dans Clunet 24 (1897), p. 225 et s.
- Batiffol Henri: Notice à l'arrêt de la Cour de cassation du 24.5. 1935, S. 1935.1.257 et s.
- Batiffol/Lagarde: Droit international privé Tome I, Paris 1981; Tome 2, Paris 1983.
- Baur Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts 13 Aufl., München 1985.
- Berner Tage für
die juristische
Praxis 1981: Probleme der Kreditsicherung.
- Behr Volker: Eigentumsvorbehalt und verlängerter Eigentumsvorbehalt bei Warenlieferung in die Schweiz, RIW/AWD 1978, p. 489 et s.
- Blass Juerg: Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht, Diss. Zurich, 1953.
- Boehmer Henning von: Der Eigentumsvorbehalt und sonstige Warenrechtssicherungsmittel bei Lieferungen nach Frankreich, Diss. Bonn, 1970.
- Bucher Eugen: Kreditsicherung durch Zession BTJP 1981, p. 9, Bern 1982.

- Bulletin des communautés européennes. Supplément 2/82: Faillites, concordats et procédures analogues. Projet de convention et rapport.
- Bürgi Erich: Theorie und Praxis des Eigentumsvorbehalts, dans BTJP 1981, p. 111 et s.
- Cabrillac Michel: La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger, RCDIP 1974, p. 487 et s.
- von Caemmerer Ernest: Zum Internationalen Sachenrecht Eine Miscelle dans: Xenon Bd.2 s. 25 f. Festschrift für Pan J Zepos anlässlich seines 65 geburtstag am 11.12.1973. Hrsg: E.V. Caemmerer, G. Kegel, W. Müller Freienfels unter Mitarbeit von Th. J. Panagopoulos 1973, Athen-Freiburg/Br, Köln.
- Cheshire/North: Private International Law 10th. ed. London 1979.
- Coing Helmut: Probleme der Anerkennung besitzloser Mobiliarpfandrechte im Raum der EWG; ZfRV 1967, p. 65 et s.
- Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980: Garanties bancaires dans les contrats internationaux.
- Derrupé Jean: Droit international privé 4^e éd., Paris 1976.
- Dicey/Morris: The Conflict of Laws 9th. ed., London 1973.
- Dielmann H.J.: Recht der Kreditsicherheiten in den Vereinigten Staaten von Amerika, Teil I: Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen nach Art. 9 UCC, Berlin 1983.
- Drobnig Ulrich: American - German Private International Law 2th. ed. revised and expanded by Ulrich Drobnig 1972 New York.
- CNUDCI, 10^e Session, Paiements internationaux. Etude sur les sûretés, Rapport du Secrétariat général avec annexe: Principes juridiques régissant les sûretés. Document A/CN 9/131, Vienne 23 mai 1977 (cité Drobnig, Etude/Sûretés).
- Eigentumsvorbehalt bei Importlieferung nach Deutschland RabelsZ 1968 p. 459 et s.
- Empfehlen sich gesetzliche Massnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten für den 51 DJT, München 1976 (cité Drobnig: Gutachten für den 51 DJT).

Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachenrechts dans: Festschrift für Gerhard Kegel, 1977 pp. 141-151.

Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr, RabelsZ 1974 p. 468 et s.

Typen besitzloser Sicherungsrechte an Mobilien ZgRV 1972, p. 130 et s.

Das Trust Receipt als Sicherungsmittel im amerikanischen und englischen Recht, RabelsZ 1961, p. 401 et s.

- Drobnig/Kronke: Die Anerkennung ausländischer Mobiliarsicherheiten nach deutschem internationalem Privatrecht, dans: Deutsche zivil-, kollisions und Wirtschaftrechtliche Beiträge zum X Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, p. 91 et s. Hrsg. Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg/Tübingen 1978.
- Ehrenzweig Albert A.: Conflicts in a Nutshell 3th. ed. St-Paul Minn. 1974.
- Etude CNRS: Conseil de l'Europe, Comité européen de coopération juridique, Aspects internationaux de la protection juridique des droits des créanciers, CC (72) 26, Paris/Strasbourg 1972 (cité Etude CNRS).
- Etude de la Fédération bancaire de la CEE: Projet de convention relative aux effets extraterritoriaux de sûretés mobilières sans dépossession, Bruxelles (sans date).
- Fargeaud Philippe: Le gage sans dépossession comme instrument de crédit et le Marché commun, Paris 1963.
- Firsching Karl: Einführung in das internationale Privatrecht einschliesslich der Grundzüge des internationalen Verfahrensrechts, München 1974.
- Flessner Axel: Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 1970, p. 547 et s.
- Flume Werner: "Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts" NJW 1959, p. 913.
- Foëx Bénédict: Le "Numerus Clausus" des droits réels en matière mobilière, Collection juridique romande, Lausanne 1987
- Fouchard Philippe: Notice à l'arrêt de la Cour de cassation du 8.5. 1973, Clunet 102 (1975) 75.
- Frankenstein Ernst: Internationales Privatrecht, Bd 2 Berlin-Grunewald 1929.
- Gaudemet-Tallon Hélène: Note à l'arrêt de la Cour de cassation du 8.7.1967, JCP 1970 II. N° 16182.

- Goerke Eberhard: Kollisionrechtliche Probleme internationaler Garantie, Konstanz 1982.
- Gravenhorst Wulf: Mobiliarsicherheiten für Darlehens- und Warenkredite in den sechs Länder der Europäischen Gemeinschaften, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 62, Frankfurt a. M. 1972.
- Graveson H.R.: *Conflict of Laws Private International Law*, 7th ed., London 1974.
- Griese Horst: Grenzen der Sicherheit von Mobiliarkrediten im Recht der USA, Karlsruhe 1962.
- Grossen J.M.: L'hypothèque mobilière dans quelques systèmes juridiques contemporains, ZBJV 1958, p. 337 et s.
- Guhl/Merz/Kummer: Das schweizerische Obligationenrecht 6. Aufl. Zürich 1962.
- Guggenheim Daniel: *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 2^e ed., Genève 1981.
- Gutzwiller Max: Internationales Privatrecht (das gesamte Deutsche Recht) Berlin 1931.
- Haab/Simonius/Scherrer/Zobl: Zürcher Kommentar, Sachenrecht, Eigentum, Bd. IV/1 Zürich 1977.
- Habicht H.R.: Zur Lehre vom internationalen Privatrecht beweglicher Sachen, dans: Festschrift für Ernst Heintz, p. 463 et s., Berlin 1926.
- Hamel/Lagarde/Jauffret: *Traité de droit commercial*, T. II, 2^e ed., Paris 1966.
- Hausheer Heinz: Finanzierungs-Leasing beweglicher Investitionsgüter ZBJV 106 (1970) 209.
- Heini Anton: Anmerkung zu der BGE vom 6.7.1967, Meier gegen Peter & Co, RDS 87 (1968) I 632.
- Henson Ray D.: *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code* St.Paul Minn 1979.
- Houin Roger: L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite. JCP 1080 I 2978.
- Hromadka Wolfgang: Sicherungsübereignung und Publizität, Jus 1980, p. 89 et s.

- Huebnér Heinz: Die Behandlung ausländischer besitzloser Mobiliarsicherheiten in Frankreich, dans Jus 1974, p. 151 et s.
- Jayme Erik: Das neue IPR-Gesetz-Brennpunkte der Reform. IPRax 1986, p. 265.
- Johner Doris: Der Eigentumsvorbehalt in rechtsvergleichender Darstellung und im internationalen Privatrech Diss. Basel 1961.
- Kahn Franz: Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Bd 1: IheringsJahrbücher 30 (1981), München/Leipzig.
- Karrer Pierre: Der Fahrnisserwerb kraft guten Glaubens im internationalen Privatrecht, Zürcher diss., dans Zürcher Studien zum internationalen Privatrecht N° 48, Zürich 1968.
- Kay Hans Joachim: Möglichkeiten der Vereinheitlichung des deutschen und französischen Zivilrechts auf dem Gebiet der Mobiliarsicherheiten, Diss. Tübingen 1969.
- Kegel Gerhard: Internationales Privatrecht, 4 Aufl. München 1977.
Der Griff in die Zukunft, BGHZ45, p. 95; Jus 1968, p.162.
- Keller/Schulze/Schütz: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im internationalen Privatrecht, Bd I Zürich 1976.
- Keller/Siehr: Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts. Zürich 1986.
- Khairallah Georges: Les sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé, Thèse Paris 1981.
- Kleiner Beat: Bankgarantie. Die Garantie unter Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäfts Zürich 1979.
- Klein Frédéric-Edouard: La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger RCDIP 1979, p. 507 et s.
- Kreuzer Karl: Internationales Privatrecht, dans Münchener Kommentar zum BGB, Bd 7: EGBGB (Art. 1-218), München 1983.
- Lalive Pierre: The transfer of Chattels in the Conflict of Laws, London 1955.
- Graf Lambsdorff Hans Georg: Handbuch des Eigentumsvorbehalts im deutschen und ausländischen Recht, Frankfurt a. M. 1974.

- Larenz Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd II Besonderer Teil, 2. Aufl. München 1972.
- Lewald Hans: Das deutsche internationale Privatrecht, Leipzig 1931.
Règles générales des conflits de lois, Basel 1941.
- Lerebours-Pigeonnière Paul: Précis de droit international privé, 9^e ed., Paris 1970.
- Liver Peter: Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Bd V/1. Basel/Stuttgart 1977.
- Loi fédérale sur le droit international privé: Projet de loi de la Commission d'experts et rapport explicatif, Etudes suisses de droit international vol 12 Zürich 1978.
Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Vol 13, Zürich 1979.
Message du CF du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255 (82.072).
- Lüderitz Alexander: Die Beurteilung beweglicher Sachen im internationalen Privatrecht, dans: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen und Sachenrechts, Tübingen 1972 (hrsg. W. Lauterbach).
- Madignier A.M.: Sûretés réelles en droit français, Colloque de Bruxelles 1983.
- Markianos Demetrios: Die Res in transitu im deutschen internationalen Privatrecht, RabelsZ 1958, p. 21 et s.
- Marty/Raynaud: Droit civil III Vol I. Les sûretés - la publicité foncière, Paris 1971.
- May Harald: Die Regeln des internationalen Privatrechts der beweglichen Sachen in den USA, Diss. Köln 1969.
- Mayer Pierre: Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, JCP 1981 I 3019.
- Mayer-Ladewig Jens: Verschiedene Rechtsordnungen für Schuldvertrag und Übereignung im internationalen Kaufrecht, RIW/AWD 1963, 261 et s.
- Meier-Hayoz Arthur: Berner Kommentar, Das Eigentum: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, art. 641-654, 5. Aufl. Bern 1981.

- Mertens Hans-Joachim: Eigentumsvorbehalt und sonstige Sicherungsmittel des Verkäufers im ausländischen Recht, Berlin 1964.
- Mezger Ernst: Note à l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1973; RCDIP 1974, p. 103.
- Milger Karin: Mobiliarsicherheiten im deutschen und im US-Amerikanischen Recht- Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Göttingen 1982.
- Mühl/Petereit: Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil V Schweiz, Berlin 1983 (cité Mühl/Petereit).
- Neuhaus Paul-Heinrich: Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2 Aufl. Tübingen 1976.
- Niboyet J.-P.: Traité de Droit international privé français Tome IV, Paris 1947.
- Nickel-Schweizer Gaby: Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz; Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Heft 25, Basel/Stuttgart 1977.
- Oftinger Karl: Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, Bern 1933.
- Oftinger/Baer: Zürcher Kommentar, Bd IV/2c: Das Fahrnispfand, art 884-918, 3 Aufl. Zürich 1981.
- Ortscheidt P.: Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand RIDC 1983, p. 767 et s.
- Ottrubay Stefan: Die Eintragung des Eigentumsvorbehalts unter Berücksichtigung des internationalen Rechts und der internationalen Harmonisierungsbemühungen, Diss. Freiburg 1980.
- Privat Constantin: Der Einfluss der Rechtswahls auf die rechtsgeschäftliche Mobiliarübereignung im internationalen Privatrecht; Diss. Bonn 1964.
- Raape Leo: Internationales Privatrecht, 5 Aufl. Berlin/Frankfurt 1961.
- Raape/Sturm: Internationales Privatrecht, Bd 1 6 Aufl. München 1977.
- Rabel Ernst: The Conflict of Laws. A Comparative Study, Bd 4 Ann Arbor 1958.
- Rabel/Raiser: Eine Entscheidung des Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgericht über den Versendungskauf, RabelsZ 1929, p. 62 et s.

- Reichwein Heinz: Sicherungsübereignung und Faustpfand im schweizerischen Recht, RSJ 1950, p.321 et s.
- Reinecker/Petereit: Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil II: Frankreich, Berlin 1978 (citè Reinecker/Petereit).
- Rimmelspacher Bruno: Kreditsicherungsrecht, München 1980.
- von Savigny
Friedrich Carl: System des heutigen römischen Rechts, Bd 8 Darmstadt 1956.
- Schinnerer/Avancini: Bankverträge, II Teil 3 Aufl. Wien 1978.
- Schnitzer Adolf: Handbuch des internationalen Privatrechts einschliesslich des Prozessrechtes, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischer Gesetzgebung und Rechtsprechung, 4 Aufl. Bd I, Basel 1957; Bd II, Basel 1958.
- Serick Rolf: Kollisionsfälle im Bereich der Verarbeitungsklauseln, BB 1975, p. 381 et s.
- Siehr Kurt: Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im internationalen Privatrecht, RIW/AWD 1971, p. 10 et s.

Eigentumsvorbehalt im deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr (zum schweizerischen Bundesgericht 19.8.1980 in Sachen A. GmbH g. R), IPrax 1982, p. 207 et s.
- Sonnenberger Hans-J.: Lex rei sitae und internationales Transportwesen, RIW/AWD 1971, p. 273 et s.
- Sovilla Kent: Eigentumsübergang an beweglichen körperlichen Gegenständen bei internationalen Käufen, Freiburg/Schweiz 1954.
- Staudinger/Stoll: Internationales Privatrecht, Bd I, Lieferung 5, Internationales Sachenrecht, Berlin 1976.
- Stoll Hans: Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen in RabelsZ 1974, p. 450 et s.
- Stumpf/Fichna/
Zimmermann: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland, 4. neub. Aufl. Heidelberg 1980.
- Tallon Denis: Réflexions comparatives sur la réserve de propriété et les différents modes de crédit mobiliers, Festschrift für J. Baermann, München 1975, p. 921 et s.
- Terray Jacques: Les nouvelles sûretés, DPCI 1983, Tome 9 N°2 p.201 et s.

- Unidroit: Conseil de l'Europe, vente à tempérament et à crédit d'objets mobiliers corporels dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Etude de droit comparé préparée par Unidroit, Strasbourg 1970.
- Uniform Commercial Code: 1972 Official Text with Comments and Appendix showing 1972 changes, Philadelphia/Chicago 1972.
- Vander Elst Raymond: Les sûretés réelles traditionnelles en droit international privé, Colloque de Bruxelles 1983.
- V. Venrooy Gerd: Internationales Privatrechts: der gestohlene Pkw Jus 1980, p. 363.
- Vischer/von Planta: Internationales Privatrecht, 2 Aufl. Basel 1982.
Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts. RDS 90(1971) II 1 et s.
- Weber Hansjoerg: Sicherungsgeschäfte, München 1973.
Reform der Mobiliarsicherheiten, NJW 1976, p. 1601.
- Weber Rolf: Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht, RabelsZ 1980, p. 510.
- Weintraub Russel: Commentary on the Conflict of Laws, Mineola 1971.
- Westermann Harry: Sachenrecht, 5 Aufl. Karlsruhe 1973.
- White/Summers: Uniform Commercial Code, St.Paul, Minn. 1980.
- Wiegand Wolfgang: Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJV 116/1980, p. 537 et s.
- Witz Claude: Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne, RIDC 1985, p. 2.
"Der neue französische Eigentumsvorbehalt im deutsch-französischen Handel" NJW 1982, p.1897.
- Wolff Martin: Das internationale Privatrecht Deutschlands 3 Aufl. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1954.
- Zitelmann Ernst: Internationales Privatrecht Bd I Leipzig 1897; Bd II München/Leipzig 1912.
- Zobl Dieter: Berner Kommentar, Bd IV 2.5 Das Fahrnispfand, art. 884-887, 2 Aufl. Bern 1982.

ABREVIATIONS

ASDI:	Annuaire suisse de droit international.
ATF:	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse.
Aufl.:	Auflage.
Bayz:	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landgerichts in Zivilsachen.
BB:	Betriebs-Berater.
Bd:	Band.
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland).
BGH:	Bundesgerichtshof.
BGHZ:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
Bl. Zürcher. Rspr.:	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.
BTJP:	Berner Tage für die juristische Praxis.
C. civ.:	Code civil français.
C. com.:	Code de commerce français.
Cass. civ.:	Cour de cassation, Chambre civile.
CCS:	Code civil suisse du 10 décembre 1907.
CF:	Conseil fédéral.
Clunet:	Journal du Droit International.
CO:	Code des obligations des 30 mars 1911/18 décembre 1936.
Comm.:	Commentaire.
D:	Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation 1945-1964.
DIP:	Droit international privé.
Diss.:	Dissertation.
D.P.:	Dalloz Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (1825-1944).

DPCI:	Droit et pratique du commerce international.
D.S.:	Recueil Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation, 1965 s.
éd.:	Edition.
EGBGB:	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
FF:	Feuille fédérale.
Hrsg.:	Herausgeber.
IPR:	Internationales Privatrecht.
fPRax:	Praxis des internationalen Privat - und Verfahrensrechts.
IPRspr.:	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts.
JCP:	Juris - classeur périodique de droit international (Semaine juridique).
JO:	Journal Officiel.
JuS:	Juristische Schulung.
LG:	Landgericht.
Münch. Komm.:	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift.
ObLG:	Oberstes Landesgericht.
OGHZ:	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen.
RabelsZ:	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, fondé par Ernst Rabel.
RCDIP:	Revue critique de droit international privé.
RDS:	Revue de droit suisse.
Req:	Cour de cassation de France, arrêt de la Chambre des requêtes.
RG:	Reichsgericht.
RGZ:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RIDC:	Revue internationale de droit comparé.
RIW/AWD:	Recht der Internationalen Wirtschaft/Ausserwirtschaftsdienst des Betriebs- Beraters.
RSJ:	Revue suisse de jurisprudence.
S:	Recueil général des lois et arrêts, fondé par J.-B. Sirey.
Syst. Teil:	Systematischer Teil.
TF:	Tribunal fédéral.
UCC:	Uniform Commercial Code.
Vol:	Volume.
ZBJV:	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZfRV:	Zeitschrift für Rechtsvergleichung.
ZPO:	Zivilprozessordnung.