

## **INFORMATION TO USERS**

**This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.**

**The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.**

**In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.**

**Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps.**

**Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.**

**ProQuest Information and Learning  
300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106-1346 USA  
800-521-0600**

**UMI<sup>®</sup>**



## **NOTE TO USERS**

**This reproduction is the best copy available.**

UMI<sup>®</sup>



**Elisa Henry, ICL, Faculty of Law, Mc Gill University, Montreal.**

**1999**

# **LES SURETES MOBILIERES EN DROIT INTERNATIONAL**

## **PRIVE**

**étude critique du droit français à la lumière du droit comparé et du droit  
uniforme**

**A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial requirement of  
the degree of Master in Laws.**

**© Elisa Henry, 1999**



**National Library  
of Canada**

**Acquisitions and  
Bibliographic Services**

**395 Wellington Street  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada**

**Bibliothèque nationale  
du Canada**

**Acquisitions et  
services bibliographiques**

**395, rue Wellington  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada**

*Your file Votre référence*

*Our file Notre référence*

**The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.**

**The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.**

**L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.**

**L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.**

0-612-64280-1

**Canada**

## **Aknowledgments**

**I would like to thank my thesis supervisor, Professor G. Saumier, for her help and care throughout the year.**

**I would also like to thank my mother and father, who made this year in Mc Gill University possible.**

**Finally, I want to thank my friends – Joël, Davy, Virginia, Jacky and Jelena, for their support.**

## **ABSTRACT**

**Securities on movables are one of the major feature of credit mechanisms. Under domestic law, this type of guarantee is widely used, specifically in France, Great-Britain and Canada, under different forms. On the other hand, due to legal uncertainties surrounding operations bearing an international character, securities on movables are rarely used in international transactions. Regrettably, this established fact, particularly illustrated by French law, appears to go against modern tendencies to favour the internationalisation of commercial activities. The analysis of the rules of French private international law in the light of the corresponding rules of English and Canadian law allows us to identify the main obstacles in the international traffic of securities on movables and to propose reforms initiatives. Consequently, the analysis of several ratified or drafted international conventions which are related to some aspects of securities on movables in an international context can bring suitable solutions to problems raised by the internationalisation of securities. This thesis proposes that these international agreements carrying conflict of law rules or uniform substantive law constitute the most promising means of regulating these mechanisms which are directly connected to modern international financing.**

## **RÉSUMÉ**

**Les sûretés mobilières de source conventionnelle constituent un aspect majeur des mécanismes de crédit. En droit interne, ce type de garantie est largement utilisé, sous des formes diverses, en France, en Grande-Bretagne et au Canada.**

**En matière d'opérations ayant un caractère international en revanche, on se rend compte que celles-ci ne sont que rarement employées par les opérateurs, ceci en raison de l'incertitude juridique qui les entoure. Cet état de fait, particulièrement illustré par le droit français, apparaît largement regrettable en ce qu'il s'inscrit à contre-courant des tendances modernes en faveur de l'internationalisation des activités commerciales. L'analyse des règles de droit international privé du droit français à l'aulne des règles correspondantes en droit anglais et canadien permet de dégager les obstacles principaux à la circulation internationale des sûretés mobilières et de proposer des pistes de réformes.**

**Dans cette optique, l'examen de plusieurs conventions internationales, en vigueur ou en cours d'élaboration, relatives à certains aspects des sûretés mobilières dans un contexte international, apportent peut être les solutions les plus appropriées aux problèmes nés de l'internationalisation des sûretés. Selon nous, ces conventions internationales, portant règle de conflit ou droit matériel uniforme constituent aujourd'hui la forme la plus prometteuse de régulation de ces mécanismes directement liés au financement international.**

## TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b>	<b>7</b>
<b>CHAPITRE PRELIMINAIRE. LES DROITS INTERNES RELATIFS AUX SURETES MOBILIERES</b>	<b>10</b>
<b>TITRE I. INVENTAIRE DES SURETES EXISTANTES EN DROIT FRANCAIS, ANGLAIS ET CANADIEN.</b>	<b>10</b>
SOUS-TITRE I. SURETES SUR MEUBLES CORPORELS	10
SOUS-TITRE.II. LES SURETES SUR MEUBLES INCORPORELS	26
<b>TITRE II. LE CAS PARTICULIER DE LA CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE OU CLAUSE ROMALPA</b>	<b>31</b>
SOUS-TITRE I. LA RESERVE SIMPLE	31
SOUS-TITRE II. LA CLAUSE PROLONGEE OU ETENDUE	33
<b>TITRE III. LES DIVERGENCES MAJEURES OPPOSANT LES SYSTEMES JURIDIQUES: ESSAI DE SYNTHESE.</b>	<b>34</b>
SOUS-TITRE I . L'IMPORTANCE ACCORDEE A LA PUBLICITE EN MATIERE MOBILIERE	34
SOUS-TITRE II. L'ADMISSION DES SURETES GLOBALES ET L'OBSTACLE DU NUMERUS CLAUSUS	36
<b>CHAPITRE PREMIER. LE STATUT REEL MOBILIER EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE</b>	<b>39</b>
<b>TITRE LL'HYPOTHESE DU CONFLIT IMMOBILE: LE RATTACHEMENT TRADITIONNEL A LA LEX REI SITAE</b>	<b>39</b>
SOUS-TITRE I. ADOPTION DU CRITERE EN DROIT CIVIL ET EN COMMON LAW	39
SOUS-TITRE II.FONDEMENTS DE LA SOLUTION: LA PREEMINENCE DU JURIDIQUE SUR LE JUDICIAIRE	48
<b>TITRE II.LES LIMITES A LA LEX REI SITAE</b>	<b>50</b>
SOUS-TITRE I. LA FORCE D'ATTRACTION DE LA LOI DE LA FAILLITE.	50
SOUS-TITRE II. LES MOYENS DE TRANSPORT , LES MEUBLES INCORPORELS ET LES CHOSES EN TRANSIT	59
<b>CHAPITRE SECOND. LE CONFLIT MOBILE ET SES SOLUTIONS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMPARE</b>	<b>68</b>
<b>TITRE I.LES SOLUTIONS DU DROIT POSITIF</b>	<b>69</b>
SOUS-TITRE I. ANALOGIE AVEC LES CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS	69
SOUS-TITRE II. LE DELAI DE SURVIE	73
<b>TITRE II. LA REMISE EN CAUSE DU RATTACHEMENT A LA LEX REI SITAE</b>	<b>81</b>
SOUS-TITRE I. INADAPTATION AUX BESOINS DU COMMERCE INTERNATIONAL: LES INSUFFISANCES DE LA THEORIE DE L'ADAPTATION	81
SOUS-TITRE II. LES THESES ET LEURS APPLICATIONS EN DROIT POSITIF EN FAVEUR DE L'APPLICATION DE LA LOI D'AUTONOMIE.	86
<b>CHAPITRE TROISIEME. LES SOLUTIONS DU DROIT UNIFORME</b>	<b>97</b>
<b>TITRE I. L'UNIFICATION DES REGLES DE CONFLIT</b>	<b>98</b>
SOUS-TITRE I. LA CONVENTION EUROPEENNE RELATIVE AUX PROCEDURES D'INSOLVABILITE	99
SOUS-TITRE II. L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION DE ROME	104

<b>TITRE II. L'UNIFICATION DES DROITS MATÉRIELS</b>	<b>112</b>
<b>SOUS-TITRE I. LE PROJET DE CONVENTION DE LA CNUDCI SUR LA CESSION DE CREANCE INTERNATIONALE</b>	<b>113</b>
<b>SOUS-TITRE II . LE PROJET DE CONVENTION UNIDROIT RELATIF AUX GARANTIES INTERNATIONALES PORTANT SUR DES BIENS D'ÉQUIPEMENT MOBILES.</b>	<b>123</b>
<b>CONCLUSION</b>	<b>131</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>135</b>

## INTRODUCTION

Dans le contexte commercial contemporain, l'internationalisation des échanges est certainement l'aspect qui retient le plus les attentions. Or, cette "mondialisation", pour reprendre un terme à la mode, a donné lieu à certaines modifications des droits nationaux, tant au niveau interne qu'au niveau international.

Le droit privé français, à l'instar des autres législations, a ainsi connu de profondes transformations, spécialement en matière contractuelle, ceci afin de répondre aux besoins des opérateurs. Sur le plan du droit international, les mécanismes qui autrefois pouvaient répondre à un faible volume de transactions ont dû être adaptés aux opérations transfrontalières de plus en plus fréquentes. Par ailleurs, il a fallu intégrer à cette adaptation le rôle fondamental du crédit, inhérent à une économie de marché, et par là même formuler des règles appropriées aux investissements internationaux. Parmi ce dernier corps de règles, le rôle joué par les différents mécanismes de garantie ont une place essentielle: ils représentent la contrepartie nécessaire au risque pris par un opérateur donné d'investir à l'étranger. Ainsi, le prêteur de deniers contribuant à la construction d'un ouvrage ou le vendeur à crédit n'accepteront un tel investissement que dans la mesure où, d'une manière ou d'une autre, ils disposeront de moyens légaux de récupérer leur mise<sup>1</sup>.

Au cours de la présente étude, nous nous concentrerons sur les divers mécanismes conventionnels de garantie ayant pour collatéral un ou plusieurs biens mobiliers, corporels ou incorporels. C'est en effet en cette matière que la plupart des législations rencontrent le plus de difficultés à organiser des mécanismes efficaces. La question se pose alors de savoir comment les différents ordres juridiques, et spécialement l'ordre juridique français, ont réagi à cette internationalisation des échanges sur le plan de leurs droits des sûretés mobilières. En ce qu'il représente l'archétype du système civiliste, le droit français demeure, on le verra, relativement inadapté aux opérations transnationales en ce qu'il continue à avoir une conception rigide des mécanismes juridiques liés au crédit, ce qui contraste largement avec les solutions qu'il a pu adopter depuis une trentaine d'années en matière contractuelle.

---

<sup>1</sup>Il est à noter que le problème du conflit de lois ne se posera que s'il est invoqué par les parties: en cas de silence sur l'élément d'extranéité du litige, le Juge s'en tiendra à la *lex fori*. Voir par exemple pour une hypothèse de vente internationale avec réserve de propriété: *E. Pfeiffer Weinkellerei Weineinkauf G.m.b.H. & co. c. Aburthnot Factors Ltd.* (1988) 1 WLR 150

Pour évaluer les conséquences contemporaines de cette rigidité, le droit comparé sera pour nous une source première d'inspiration. En effet, l'approche comparatiste va nous permettre de comprendre les fondements et les applications des règles de droit international privé français pour tenter, le cas échéant, d'entrevoir les améliorations souhaitables pouvant être apportées à ces règles. Pour nourrir cette approche, nous utiliserons essentiellement trois systèmes juridiques : celui de la Grande-Bretagne, du Canada anglophone et du Québec. Ce choix, forcément subjectif et limité<sup>2</sup>, nous apparaît justifié par le fait qu'il regroupe des ordres juridiques représentatifs des tendances actuelles en la matière au sein des pays industrialisés, ainsi qu'en témoignent les différents efforts entrepris en direction de l'unification conventionnelle du droit des sûretés. La Grande-Bretagne est en effet le berceau de la common law, tandis que les provinces anglophones canadiennes, en principe soumises à l'autorité de la jurisprudence anglaise, s'en sont démarquées dans les années récentes. Elles se sont effectivement inspirées du système américain issu de l'article 9 de l'Uniform Commercial Code lors de la réforme de leur droit des sûretés mobilières. De fait, le rôle joué par le droit américain en matière commerciale, ne pouvait être omis dans une telle étude. Le Québec, quant à lui, nous permettra d'étudier un système que nous nous permettons de qualifier d'"hybride" en ce qu'il a réalisé dans son nouveau code civil un délicat équilibre entre les concepts civilistes et nord-américains, équilibre que nous rencontrerons à nouveau à l'occasion de l'analyse de quelques conventions internationales contemporaines.

En droit français, les solutions du conflit de lois sont essentiellement de source jurisprudentielle et doctrinale, La Grande-Bretagne en revanche se caractérise par une plus forte intervention du législateur, bien que celle-ci demeure relativement parcélaire. Concernant le droit en vigueur au Canada, il est immédiatement à noter qu'en matière de sûretés mobilières, compétence est donnée aux différents gouvernements provinciaux pour adopter des législations appropriées. C'est ainsi que le législateur québécois a adopté en 1994 le "Code Civil du Québec" qui regroupe dans un instrument cher aux pays ayant leurs racines dans le droit romain, des règles de droit

---

<sup>2</sup>Le professeur Zweigert nous enseigne en effet "qu'ici s'impose, quant au choix des ordres juridiques étrangers à analyser, le principe d'une sage limitation" et que "le comparatiste fera principalement appel aux ordres juridiques dont il peut attendre des suggestions particulières pour le problème qu'il doit étudier". Voir Zweigert K., "Méthodologie de droit comparé", dans *Mélanges offerts à J. Maury*, t.1, Paris, Dalloz-Sirey, 1960 aux p.584 et 586.

interne et de droit international. Néanmoins, dans un souci de cohérence de l'ordre juridique de la Fédération canadienne, un certain effort a été entrepris dans le sens d'une unification des différentes législations, spécialement suite aux projets émis par La "Canadian Conference on PPSA Law Model Act" .C'est ainsi que dans six provinces<sup>3</sup>, un effort de simplification a été entrepris. Ainsi, la qualité de "security interest" est attribuée à n'importe quel mécanisme juridique ayant pour fonction de garantir l'exécution du contrat par le débiteur: c'est une approche fonctionnelle des sûretés qui est ainsi consacrée. Certaines provinces reconnaîtront donc cette qualité à des institutions qui, traditionnellement, n'ont pas pour objectif premier de servir à des fins de garantie<sup>4</sup>.

Dans le cadre de notre étude, destinée à évaluer l'adéquation du droit français des sûretés au phénomène d'internationalisation du crédit, nous nous concentrerons tout d'abord sur les différents droits matériels régissant les sûretés de droit interne. Ceci est justifié par le fait que les règles du droit international privé prennent pied dans le droit interne et ne sont en fait que leur projection au niveau international<sup>5</sup> ( Chapitre Préliminaire).

Puis, nous étudierons à proprement parler les règles applicables aux sûretés conclues dans un contexte contractuel international. Afin de bien comprendre les règles de conflit de lois en la matière, on s'attardera tout d'abord sur leur mise en oeuvre dans le contexte du conflit immobile ( Chapitre Premier). Puis, introduisant un facteur de complication supplémentaire, nous analyserons ces règles dans les hypothèses de conflit mobile ( Chapitre Second).

Enfin, nous nous interrogerons sur la possibilité d'une unification du droit en la matière, tant au niveau des règles du droit international privé que des droits substantiels, l'unification étant en effet la voie la plus propice à une véritable "circulation" internationale des sûretés mobilières (Chapitre Troisième).

---

<sup>3</sup>Les provinces ayant adopté ce type de législation sont à l'heure actuelle l'Ontario, le Manitoba, l'Alberta, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan, le Nouveau-Brunswick et le territoire du Yukon.

<sup>4</sup>On peut citer ici l'exemple du bail qui dans certaines lois de PPSA est envisagée comme une sûreté conventionnelle. Voir par exemple le cas du Saskatchewan: *Jukes c. Holiday Chevrolet Ltd.*, (1990) 82 Sask.R. 303; de l'Ontario: *Re Intex Moulding Ltd.* (1987) 38 DLR (4th) 111

<sup>5</sup>Sur l'antériorité de l'ordre juridique interne sur l'ordre international voir par exemple les remarques de Ancel B. et Lequette Y, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3ème ed., Paris, Dalloz, 1996 aux n°7-8.6, 9.8, 27.7, 37.7 et 53.9. [ci-après *GAJDIP*]

## **CHAPITRE PRELIMINAIRE. LES DROITS INTERNES RELATIFS AUX SURETES MOBILIERES**

Au sein d'une économie de marché, le rôle joué par le crédit est fondamental. Or, une telle nécessité de financement ne peut être accordé que si certains mécanismes permettent aux créanciers prêteurs de deniers d'obtenir des garanties leur assurant un remboursement efficace, même dans l'hypothèse d'insolvabilité de leur débiteur. Ainsi, à côté des sûretés personnelles ont toujours existé nombre de sûretés réelles portant sur des meubles ou des immeubles. Aujourd'hui, dans le contexte des sûretés mobilières, il apparaît que la distinction la plus pertinente concernant la façon dont les différents systèmes juridiques envisagent le régime de ces institutions repose sur le clivage existant entre sûretés avec ou sans dépossession. Il apparaît en effet que tous les ordres juridiques nationaux ont eu tendance à, dans un premier temps, refuser toute absence de dépossession du débiteur tandis que progressivement, le rôle du crédit devenant de plus en plus important dans le fonctionnement des économies des pays qui font l'objet de la présente étude, cette modalité a été plus largement admise (titre I). Nous consacrerons ensuite de rapides développements à cette sûreté particulière qu'est la réserve de propriété (titre II).

A l'inverse, certaines conceptions, fondamentalement ancrées dans l'histoire de chaque famille juridique, demeurent aujourd'hui autant de divergences entre les droits matériels des Etats. Ce sont elles qui, nous le verront ultérieurement au cours de cette étude, constituent l'un des obstacles principaux à la reconnaissances des sûretés étrangère dans un contexte transnational (titre III).

### ***TITRE I. INVENTAIRE DES SURETES EXISTANTES EN DROIT FRANCAIS, ANGLAIS ET CANADIEN.***

Pour la clarté de l'exposé, nous distinguerons ici entre les sûretés pouvant grever des meubles corporels et celles pouvant grever des meubles incorporels.

#### **SOUS-TITRE I. SURETES SUR MEUBLES CORPORELS**

Traditionnellement, le modèle commun à tous les ordres juridiques était fondé sur le gage avec dépossession. Celui-ci conférait de toute évidence un avantage non négligeable au créancier bénéficiaire : en cas de non-paiement, il détenait le bien lui

permettant d'obtenir satisfaction et était donc maître d'engager les différentes voies de recours attachées à son droit sans que le débiteur ne puisse l'en empêcher. Pour ce dernier en revanche, l'opération était peu satisfaisante dans la mesure où il était privé d'un bien qui, s'il s'agissait par exemple d'un bien d'équipement, réduisait d'autant sa capacité à gagner de l'argent et donc à rembourser le crédit consenti. Le gage avec dépossession est donc l'archétype même de la sûreté "improductive"<sup>6</sup>.

Il est ainsi apparu cohérent face aux évolutions des pratiques commerciales de créer des mécanismes de garantie du créancier qui ne privaient pas le débiteur du contrôle des biens mobiliers objets de ces nouveaux types de sûretés.

Le point de départ marquant la création de ces nouveaux instruments se situe à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, lorsque la révolution industrielle commença à ébaucher les contours de ce qui allait devenir l'économie de marché des pays industrialisés. Effectivement, la demande de crédit se faisant toujours plus pressante de la part des opérateurs pour participer au formidable changement entraîné par cette nouvelle conception de l'économie, les créanciers firent à leur tour pression pour obtenir des législateurs nationaux des mécanismes de garantie idoines. Le professeur Drobnig<sup>7</sup> estime qu'historiquement, les pays ayant le plus rapidement répondu à cette nécessité sont, dans l'ordre : les Etats-Unis, le Canada anglophone, l'Allemagne, la Grande-Bretagne et la France.

Les pays industrialisés cités précédemment recourent, selon des modalités plus ou moins variées, au gage qui peut être constitué avec ou sans dépossession du débiteur et peut être enregistré ou non. Ainsi, sous des appellations diverses, on retrouve le même mécanisme de droit réel grevant un meuble corporel donné destiné à prémunir le créancier contre une éventuelle déficience de son débiteur en lui conférant un droit de préférence sur ledit bien. Tandis que le droit français continue à utiliser le terme de "gage"<sup>8</sup> dans le code civil et a recouru à des lois spéciales pour instituer certains

---

<sup>6</sup> L'expression est utilisée par U. Drobnig dans "Secured Credit in International Insolvency Proceedings" (1998) 33 Tex.Int.L.J.53 55 [ci-après *Secured Credit in International Insolvency*]

<sup>7</sup> *Secured Credit in International Insolvency*, supra note 6 à la p.55

<sup>8</sup> Le Professeur Aynès fournit dans son ouvrage un intéressant schéma récapitulatif des diverses formes de sûretés mobilières autorisées par le droit français en leur donnant une appellation générique de "Variétés du gage", ce qui confirme le point de vue selon lequel le droit français n'a eu de cesse d'inventer des variations autour de ce mécanisme de base. Voir Aynès L. *Sûretés, publicité foncière*, Cujas, Paris, 1998 [ci-après Aynès L.]

gages sans dépossession et que le droit anglais distingue entre les "pledges", "charges" et "mortgages", les provinces anglaises du Canada ayant adopté des législations du type PPSA, comme les Etats-Unis (article 9 de l'Uniform Commercial Code), recourent à la notion plus large de "security interest" et le Québec à celle d' "hypothèque" (articles 2265, 2696 à 2701 et 2702 à 2709 du CCQ).

Au sein des Etats auxquels cette étude est consacrée, il est important de noter que, tandis que certains ont conservé, en l'adaptant, une organisation juridique de leurs droits des sûretés fondamentalement proche de ce qu'ils appliquent depuis toujours (A), d'autres, ont résolument modernisé leurs régimes afin de le simplifier et de le rendre, par-là même, plus efficace (B).

Dans la première catégorie, nous retrouverons la France et la Grande-Bretagne, dans la seconde, le Canada, anglophone et francophone.

#### **A . Les Etats ayant " adapté " leurs droits aux exigences du commerce moderne : France et Grande-Bretagne.**

Bien qu'appartenant à deux familles juridiques bien distinctes – la tradition civiliste et la common Law – tant la France que la Grande Bretagne ont su conserver leur figures juridiques de base en matière de sûretés pour les adapter aux exigences du commerce moderne en développant des sûretés n'entraînant pas de dépossession du débiteur. Ainsi, aucune réforme "radicale" n'a été entreprise mais les législateurs et la jurisprudence ont aménagé ces deux droits pour en faire des instruments utiles et adéquats.

##### ***1. Le droit Français***

A coté du gage avec dépossession, le Législateur Français a su, depuis le début du siècle, créer de nouvelles formes de sûretés. Il est important de noter que le droit français étant marqué par le principe de numerus clausus( article 543 c.civ.), seules les sûretés autorisées expressément par la loi peuvent être utilisées par les parties. Au sein des sûretés mobilières sans dépossession, outre la clause de réserve de propriété à laquelle nous consacrerons un paragraphe propre, on peut distinguer, ainsi que le propose Aynès, entre les " gages " sans dépossession dont la publicité est efficace, et

les “ gages ” sans dépossession dont la publicité est imparfaite<sup>9</sup>: en effet, la règle en droit français est qu'en l'absence de règle légale spéciale, la publicité n'est pas nécessaire. Par ailleurs, lorsqu'elle existe, cette publicité n'est pas centralisée ce qui aura comme effet en pratique de rendre nombre de sûretés mobilières occultes et donc de dissuader les créanciers d'y recourir.

a) “ Gages ” sans dépossession dont la publicité est efficace.

- le gage du vendeur à crédit de véhicule automobile<sup>10</sup>

La loi du 29 décembre 1934<sup>11</sup>, dite loi Malingre, ultérieurement remplacée par le Décret du 30 septembre 1953, confère un droit de gage sans dépossession effective au vendeur à crédit de véhicule automobile et au prêteur de deniers qui en a permis l'acquisition au comptant . Il s'agit ici d'une sûreté légale<sup>12</sup> car elle bénéficie de plein droit au vendeur et au prêteur qui la conserve en la faisant publier sur un registre spécial. Cette inscription rend le gage opposable erga omnes mais n'en est pas une condition de validité.

- le warrant à domicile<sup>13</sup>.

Il s'agit d'une sûreté propre aux professionnels qui leur permet d'obtenir du crédit en donnant en gage certains éléments de leur exploitation, présents ou futurs, individualisés ou fongibles. Le créancier n'étant pas mis en possession, un titre à ordre représente la garantie – le warrant – est émis pour circuler par voie d'endossement.

La double nature de cet instrument (gage et papier valeur) permet au créancier (généralement le prêteur) de mobiliser sa créance en transmettant le gage.

L'opposabilité et le droit de suite de ce droit réel à l'égard des tiers sont conditionnés par son inscription sur un registre public. Il peut porter sur quatre types de biens : les

---

<sup>9</sup> Aynès L, *supra* note 8 à la p. 35. Cette distinction sera en effet utile dans la suite de nos développements pour discuter la position du droit international privé français en matière de sûretés mobilières.

<sup>10</sup> Pour une étude précise du gage automobile, voir: *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Droit des affaires*, Paris, Francis Lefebvre, 1997, à la p.846 [ci-après *Mémento Francis Lefebvre*]

<sup>11</sup> Loi du 29 décembre 1934 et Décret n°536-68 du 30 septembre 1953

<sup>12</sup> Nous la mentionnons cependant ici afin de rendre compte de l'évolution du droit français dans le sens d'un plus grand libéralisme à l'égard des sûretés sans dépossession.

<sup>13</sup> Pour une étude d'ensemble, voir *Mémento Francis Lefebvre, supra* note 10 à la p.850

productions agricoles<sup>14</sup>, le matériel et l'outillage hôtelier<sup>15</sup>, les stocks de pétrole<sup>16</sup> et enfin, sur certains stocks de produits industriels<sup>17</sup>.

- le nantissement de fonds de commerce<sup>18</sup>

Cette sûreté, créée par la loi du 17 mars 1909, permet à un commerçant de faire de son fonds de commerce un instrument de crédit tout en continuant à l'exploiter. L'inconvénient majeur de ce nantissement est qu'il laisse très peu de place à l'autonomie des apties pour aménager les conditions de leurs relations contractuelles et qu'il ne prote pas sur les éléments stables du fonds de commerce, ce qui le rend "précaire" aux yeux des praticiens<sup>19</sup>. Le créancier bénéficiaire d'un tel nantissement jouit d'un droit de préférence sur le produit de la réalisation du fonds et d'un droit de suite (qui constitue ici la contrepartie de la faculté d'aliéner dont dispose le constituant).

Son opposabilité erga omnes est rendue possible par l'inscription sur un registre. On parle au sujet de cette sûreté de "véritable hypothèque mobilière"<sup>20</sup>.

- le nantissement de films cinématographiques

Incorporée aujourd'hui au code d'industrie cinématographique, la loi du 22 février 1944<sup>21</sup> a créé un instrument permettant de faciliter l'obtention des crédits nécessaires au financement de la production d'un film. Ici aussi il s'agit d'une vraie hypothèque mobilière en ce sens que le créancier bénéficiaire dispose d'un droit de préférence et d'un droit de suite. Les biens grevés par le nantissement sont la pellicule du film en

---

<sup>14</sup> Loi du 30 avril 1906

<sup>15</sup> Loi du 8 août 1913

<sup>16</sup> Loi du 21 avril 1932

<sup>17</sup> Loi du 12 septembre 1940

<sup>18</sup> Loi du 17 mars 1909 et Décret du 28 août 1909. Pour une étude complète, voir *Mémento Francis Lefebvre, supra* note 10 à la p.794

<sup>19</sup> *Mémento Francis Lefebvre, supra* note 10 aux p. 794 et s.; il ne peut en effet grever que: l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés (art.9al.1 de la loi du 17 mars 1909), le droit à la concession immobilière portant sur un bien à usage commercial, industriel ou artisanal (art.51al.3 de la loi n°67-1253 du 30 décembre 1967) et le droit d'occupation privative d'un emplacement dans un marché d'intérêt national (art.12al.2 de l'Ordonnance n°67-808 du 22 septembre 1967)

<sup>20</sup> Juvet I., *Des sûretés mobilières en droit international privé*, Publications Universitaires Européennes-Peter Lang, Berne, 1991. [ ci-après *Des sûretés mobilières en droit international privé* .]

<sup>21</sup> Loi du 22 février 1944 intégré aux articles 33 et s. du Code de l'industrie cinématographique.

question, meuble corporel, et le film en lui-même (c'est à dire les droits de propriété artistiques y afférant), meuble incorporel.

b) " Gages " sans dépossession dont la publicité est imparfaite.

Ce second groupe de sûretés est inférieur au précédent dans la mesure où il regroupe des mécanismes moins efficaces pour le créancier : certes, ils confèrent un droit de préférence mais sont dépourvus de droit de suite du fait de l'imperfection de leur publicité, celui-ci étant remplacé par une interdiction de vendre, assortie de sanctions pénales.

Une illustration peut en être fournie à travers l'exemple du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel : Loi du 18 janvier 1951<sup>22</sup>.

Il s'agit ici d'une forme de gage largement utilisée en pratique, servant uniquement à garantir le prix de vente de l'outillage ou du matériel d'équipement. Les biens pouvant être grevés doivent servir à l'exercice d'une profession ( biens de production). Ses bénéficiaires sont les commerçants et non commerçants qui sont contraints de recourir au crédit pour s'équiper selon les besoins de leur profession. Par ce mécanisme, le créancier gagiste (vendeur à crédit ou prêteur de deniers) obtient un droit de préférence sur le produit de la réalisation des biens gagés<sup>23</sup> ( par un mécanisme de publicité obligatoire) mais n'a pas de droit de suite ( sauf si le créancier procède à une seconde mesure de publicité qui est entièrement facultative et qui consiste en l'apposition d'une plaque mentionnant que les biens en question sont nantis<sup>24</sup>).

## ***2.La Common-Law Britannique***

A l'origine, le droit anglais comme le droit français était marqué par la notion de gage avec dépossession mais celui ci a été supplanté dès le XVIème siècle par l'hypothèque mobilière (Bill of Sale) pour laquelle n'a été organisée aucune publicité.

---

<sup>22</sup>Loi n°51-59 du 18 janvier 1951.

<sup>23</sup>Article 11 al.2 de la loi de 1951.

<sup>24</sup>Article 7al.2 de la loi de 1951.

Par ailleurs l'organisation judiciaire anglaise, marquée par l'existence de tribunaux d'équité, a permis la création de figures modernes telles les sûretés sur des biens présents et futurs. Aujourd'hui, le droit anglais<sup>25</sup> connaît, outre la clause de réserve de propriété, trois types principaux de sûretés.

- Le "pledge".

Cette figure juridique correspond en droit français au gage au sens traditionnel, c'est à dire au gage avec dépossession. Il consiste en un transfert de la possession d'un bien mobilier corporel ou d'un titre incorporant une créance - bill of lading, bill of exchange - au créancier en garantie de sa créance. Comme le gage traditionnel il est anti-économique car il prive le débiteur d'un bien pouvant contribuer au remboursement du créancier. Aucune formalité particulière n'est requise pour sa création mais les parties prennent néanmoins soin de le constater par écrit afin d'éviter toute équivoque sur les motifs du transfert de possession. De même son opposabilité aux tiers est acquise de plein droit dès que les parties concluent le contrat de pledge. Le titulaire d'un pledge peut, afin de mettre en œuvre ses droits en cas de non-paiement, procéder à la vente du bien auquel cas il a l'obligation d'en tirer le meilleur prix, lequel sera affecté au règlement de la créance garantie par le pledge.

- les "Mortgages".

Contrairement au droit français, le droit anglais n'a jamais vu d'obstacle à ce que la propriété soit utilisée à des fins de garantie. Ainsi, le mortgage peut être défini comme un accord exprès ou tacite des parties selon lequel le propriétaire devra rétrocéder la propriété au débiteur une fois sa créance réglée. Il peut être constitué sur tout type de meubles.

Deux types de mortgages peuvent être conclus par les parties, l'un en common law, l'autre en equity.

L'opposabilité erga omnes du mortgage est subordonnée, s'il est constitué par une société, à son inscription sur les registres de celle-ci qui sont tenus à son siège social et qui peuvent être consultés par les tiers<sup>26</sup> (créanciers, actionnaires...). Nous

---

<sup>25</sup> Pour une explication simple mais néanmoins précise du droit anglais des sûretés voir : Elland-Goldsmith M., " Les sûretés mobilières en droit anglais " (1995) 2 RDAI.145 [ci-après *Les sûretés mobilières en droit anglais*]

<sup>26</sup> voir Companies Act 1985.

n'entrerons pas ici dans le détail du fonctionnement de ces deux modalités mais il est cependant important de noter que, s'agissant de leur opposabilité aux tiers ces deux mortgages connaissent des différences sensibles ; tandis que pour le "legal mortgage", aucun conflit n'est possible entre le créancier bénéficiaire du mortgage et les autres créanciers du débiteur, il existe une possibilité de conflit en cas d'equitable mortgage qui sera résolu sur une base temporelle (si l'equitable mortgage est plus ancien qu'une autre sûreté prise sur le même bien, le mortgage prévaut). Cependant, ceci ne vaut pas lorsque le propriétaire du bien sur lequel a été consentie un equitable mortgage en transfère la " legal property " à un tiers ; dans ce cas en effet, le nouveau propriétaire ne peut se voir opposer les droits du créancier garanti que s'il en avait connaissance au moment de l'acquisition. Il convient néanmoins de nuancer cette éventualité par le fait que ladite condition de " connaissance " est remplie dès lors que le tiers ait pu avoir connaissance des droits autrement créés en faisant preuve d'une diligence normale (constructive notice) ; ici précisément, la publicité peut jouer un rôle car elle est censée informer les tiers qui auraient normalement dû procéder à une telle consultation (cocontractants de la société débitrice).

Les voies de recours ouvertes au créancier titulaire d'un mortgage consistent en 1) la vente forcée du bien grevé, 2) l'attribution judiciaire (" foreclosure "), 3) la désignation d'un " Receiver " <sup>27</sup>.

- les " fixed " et " floating " charges.

Cette sûreté est née du besoin des bailleurs de fonds de se faire consentir une sûreté englobant la quasi-totalité des actifs de leur emprunteur tout en évitant à celui-ci la paralysie de son entreprise. Le mécanisme de cette sûreté particulière est le suivant : en régime " normal ", la société est libre de disposer de ses actifs car la " charge " ne grève pas ceux-ci individuellement mais une universalité abstraite dont la composition peut changer ; ainsi pendant la période normale , la sûreté " plane " sur les actifs qui composent le patrimoine . Mais, si l'entreprise se voyait retirer sa liberté de disposition, dans des conditions convenues entre elle et son créancier, la charge cesse d'être en suspens et grève immédiatement les actifs qui composent le patrimoine et

---

<sup>27</sup> Sur le détail des voies de recours anglaises, voir : *Les sûretés mobilières en droit anglais*, supra, note 25

tous les nouveaux actifs qui pourraient y entrer par la suite. Ce mécanisme de “ cristallisation ” transforme ainsi la “ floating charge ” en “ fixed charge ”.

Le régime juridique des floating charges a ceci de fragile que la contrepartie du large pouvoir de disposition accordé au débiteur constituant en période normale se traduit par un affaiblissement de leurs rangs face aux autres sûretés. Ainsi par exemple, en cas de concurrence avec d'autres créanciers, le titulaire de la floating charge se voit primé par les privilèges de certains créanciers tels le fisc et les salariés ; contrairement aux fixed charges (qui peuvent avoir ce caractère dès leur création ou l'acquérir suite à la cristallisation d'une floating charge), le débiteur jouit d'une importante liberté lui permettant de créer des fixed charges sur les mêmes biens et qui primeront donc la floating charge conclue précédemment. De même, les droits du titulaire de la sûreté ne seront pas opposables à l'acquéreur d'un actif de l'entreprise avant la cristallisation de la charge, dès lors que l'acquisition s'inscrit dans le courant normal des affaires du vendeur, même si ledit acquéreur avait connaissance de la floating charge. Enfin, les créanciers chirographaires dont la créance a été constatée par un jugement priment le titulaire de la floating charge si, avant la cristallisation, ils avaient intenté une procédure de saisie-exécution et l'ont mené jusqu'à la phase de “ completion ”, c'est à dire qu'ils en ont fait un droit quasi réel.

La publicité des charges obéit aux mêmes principes que les mortgages auxquels est ajoutée une exigence de publication au Registre des Sociétés qui doit être demandée sous 21 jours suivant la création de la charge. Cette publicité s'impose tant aux actifs localisés en Angleterre qu'à ceux situés à l'étranger, aux entreprises anglaises qu'à celles ayant un établissement au Royaume-Uni. Si la demande de publicité a été faite sous 21 jours, la charge est opposable dans une procédure collective (winding-up ou administration) ; cependant, l'absence de publicité ne remet pas en cause l'opposabilité au constituant et ne peut être invoquée par des tiers non-créanciers du constituant.

Les voies de recours ouvertes au titulaire d'une charge sont : la vente forcée (que la loi ou l'acte constitutif de la charge auront prévu) et la désignation d'un “ Receiver ” (en vertu de l'article 101 de la Law of Property Act de 1925 ou en vertu de l'acte constitutif de la charge)<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup>En cas de procédure collective ouverte à l'encontre de la société grevée sous les 12 mois suivant la création d'une floating charge créée à un moment où le constituant ne peut plus faire face à ses dettes est

Il est à noter qu'une proposition de réforme faite en 1988 par le Professeur Diamond consistait en un alignement sur le système simplifié de l'article 9 UCC. N'ayant pas abouti à l'heure actuelle, nous n'en développerons pas l'analyse dans la présente étude<sup>29</sup>.

## **B. Le Canada : une transformation radicale des régimes préexistants**

Le Canada, marqué par la coexistence de provinces adhérant aux conceptions du droit distinctes que sont le système civiliste (Québec) et de common Law (provinces anglophones) a néanmoins su harmoniser la réglementation des sûretés en droit interne sous l'influence de l'UCC Américain et de la "Canadian Conference on PPSA Model Act ". Tant le Québec que les provinces de common law se sont dirigés vers une acceptation large des mécanismes de garanties n'entraînant pas de dépossession du débiteur, ceci dans un souci de logique économique.

### ***1. L'alignement des provinces Anglophones sur le système de l'article 9 de l'UCC***

A l'origine les provinces anglophones connaissent d'un régime en matière de sûretés comparable à celui du droit anglais tout en étant marqué par d'importants mécanismes d'enregistrement pour chaque type d'instruments ce qui, du fait de la compétence provinciale en la matière, aboutissait à un régime disparate et fort complexe.

Dès 1967, la Province de l'Ontario a adopté une législation du type Personal Property Security Act<sup>30</sup>, version Canadienne de l'article 9 de l'Uniform Commercial Code des Etats-Unis, sur l'initiative de la branche Ontarienne de l'Association du Barreau Canadien. Cette loi est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> Avril 1976 ; le délai relativement long entre le vote de la loi et son application s'explique par le passage

---

annulée . Dans l'hypothèse où une telle charge a été créée au profit d'une personne liée à la société (entendu largement) le délai est porté à 24 mois, peu importe que la société ait été ou non capable de faire face à son passif à ce moment là. En toute hypothèse, les créanciers privilégiés priment le titulaire d'une floating charge.

<sup>29</sup> Pour une étude de la question, voir Bridge M.G., " How Far is Article 9 Exportable ? The English Experience. " (1996) 27 Can.Bus.L.J.196 [ci-après *How Far is Article 9 Exportable ? The English Experience*]

<sup>30</sup>R.S.O. 1990, c.P.10 [ci-après *Loi de PPSA de l'Ontario*]

des anciens aux nouveaux registres et par la mise en place d'un système informatisé et centralisé<sup>31</sup>.

Le principe sous-tendant ce type de réglementation est que, l'économie moderne ayant besoin de crédit, peu importe la forme que celui-ci prend<sup>32</sup> il faut en revanche que le prêteur ait connaissance du risque qu'il prend en cas de non remboursement. Est ainsi institué un mécanisme de sûreté unique ( le " security interest ") permettant de sécuriser le paiement ou l'exécution d'une obligation, pour lequel est organisé un régime juridique relatif aux étapes successives de la vie d'un security interest (sa création, sa perfection, les conséquences de sa perfection ou de sa non-perfection) , les règles relatives aux priorités entre les security interest passés sur un même bien et , en cas de défaut, les modalités de mise en œuvre de la sûreté. Peu importe donc les modalités auxquelles les parties auront soumis la sûreté, qu'elle ait lieu avec ou sans dépossession.

Les provinces du Manitoba en 1973, de la Saskatchewan en 1980, de l'Alberta en 1988 , de Colombie-Britannique en 1989 ,du Nouveau-Brunswick en 1995 ainsi que le territoire du Yukon<sup>33</sup> ont adopté des législations de type PPSA, avec pour certaines de légères différences avec le modèle proposé par la Conférence sur l'Unification.

Nous n'entrerons pas ici dans le détail des législations provinciales, l'essentiel étant de comprendre le fonctionnement de ce nouveau type de sûretés et le degré d'innovation et d'ouverture que celui-ci requiert.

- Champ d'application des législations de PPSA :

Elles sont de façon générale applicables à tous les types de sûretés conventionnelles.

Le point de rupture essentiel avec le droit anglais réside dans l'intégration de l' " equitable floating charge " dans les garanties traditionnelles de type security interest<sup>34</sup>. La province Ontarienne semble cependant s'opposer à ce type de charge<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Ziegel J.S, " The New Provincial Chattel Security Law Regime ", (1991) 70 Can.B.Rev.681 [ ci-après *The New Provincial Chattel Security Law Regime*]

<sup>32</sup> Voir par exemple *Adelaide Capital Corp c. Integrated Transportation Finance Inc.*, [1994] 23 C.B.R. (3d)289, 16 O.R.(3d)414. : ce jugement décide en substance qu'un contrat de bail peut avoir l'apparence d'un véritable bail mais peut néanmoins être régi par les règles de PPSA s'il sert également, dans la transaction prise dans son ensemble, à garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation.

<sup>33</sup>S.A. 1988, c.P-4.05; S.B.C. 1989, c.36; R.S.M. 1987, c.P.35; S.S. 1979, c.P-6.1; R.S.Y.T. 1986, c.130, S.N.B. 1993, c.P-7.1, tel qu'amendé par S.N.B. 1994, c.22 ; S.N.W.T. 1994, c.8. [ci-après *Lois de PPSA*]

<sup>34</sup> Sur ce point voir : *The New Provincial Chattel Regime*, supra note 31 à la p.685

<sup>35</sup>Voir sur ce point Ziegel J.S., "Canadian Perspectives on "How Far Is Article 9 Exportable?"" , (1996) 27 Can.Bus.L.J.226 [ ci-après *Canadian Perspectives on Article 9*]

- Effets des PPSA :

Ce nouveau type de législation apparaît comme particulièrement favorable aux créanciers. En effet, une seule sûreté est à leur disposition qui leur permet de se faire constituer des garanties sur tout<sup>36</sup> ou partie des biens du débiteur, présents et futurs.

La "perfection" de la sûreté consiste en l'enregistrement de celle-ci qui se réalise par le simple remplissage d'une page d'état financier dans un bureau central qui, s'il ne s'agit pas d'un bien de consommation, peut être rempli à n'importe quel moment et demeure valide pour la période visée dans l'état financier.

Le créancier ayant satisfait à cet enregistrement bénéficie d'un droit exprès et automatique de recours à l'égard des produits résultant de la disposition des biens grevés, que cette disposition ait été ou non autorisée, même si ledit produit a été payé sur un compte distinct.

La règle régissant le rang des créanciers repose sur le principe du "first to file" : le "security interest" ayant été le premier perfectionné par enregistrement a priorité sur les autres, exception faite des "Purchase Money Security Interest" (PMSI).

Cette figure juridique particulière consiste à conférer un security interest sur un bien donné afin de garantir tout ou partie de son prix d'achat. Ainsi, le vendeur qui confère un crédit pour l'achat d'un bien particulier ou le créancier qui prête des fonds dans le même but bénéficiera d'une sûreté réelle lui permettant de se faire payer par priorité sur le bien considéré. La particularité du PMSI est son effet dérogatoire aux règles de priorité classiques des PPSA : son titulaire primera sur les autres créanciers de l'acheteur/emprunteur relativement au bien en question, même si ceux-ci avaient préalablement enregistré leurs sûretés<sup>37</sup>.

Cette super priorité accordée aux bailleurs de fonds s'explique par le fait que, de par l'argent qu'ils prêtent au débiteur, ces créanciers contribuent à accroître la valeur des actifs ce qui permet aux autres créanciers d'être plus facilement désintéressés, notamment lorsque les actifs se retrouveront entre les mains du Trustee in Bankruptcy. Concernant les débiteurs, le bilan apparaît moins enthousiaste. En effet, Ziegel relève que, si ceux-ci auraient du profiter de la législation par le biais d'une baisse du coût

---

<sup>36</sup> Voir par exemple *GMAC c. Bank of Nova Scotia* [1986] 18 O.R.(2d) 700, 83(3d)757 qui décide que l'enregistrement d'un état financier général couvrant les ventes futures de biens sous condition est suffisant pour protéger les intérêts du créancier garanti ; il n'est donc pas nécessaire, dans ces conditions d'enregistrer de nouvel état financier pour chaque vente.

du crédit du fait de la baisse des frais liés à l'obtention et à la perfection des sûretés, il n'apparaît que tel n'est pas le cas<sup>38</sup>.

En guise de conclusion sur ce point, le système de PPSA peut être caractérisé de "pratique" en ce qu'il est entièrement informatisé et que certaines provinces tiennent même à disposition des intéressés des mécanismes de recherche et d'enregistrement en ligne.

- Interaction entre les PPSA et la Loi sur la faillite<sup>39</sup> :

L'efficacité d'une sûreté est généralement évaluée à l'aune de sa résistance à l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre du constituant. Le droit Canadien a ceci de particulier que, tandis que les PPSA relèvent de la compétence provinciale, le droit de la faillite fait partie de la compétence fédérale. Le principe est ainsi que les législations de PPSA priment sur les lois provinciales applicables, sauf lorsque le Bankruptcy and Insolvency Act en dispose autrement. Ceci n'affecte en revanche pas l'efficacité des security interest qui continuent, même dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, à bénéficier d'un régime pour le moins favorable. En effet, l'article 67(1)(b) du BIA prévoit que le patrimoine du failli n'inclue pas les biens qui, selon les lois provinciales dans le ressort duquel le bien est situé et dans lequel réside la failli, sont exempts de saisie ou d'exécution. Or, les législations de PPSA prévoient précisément certains cas de ce type. Au Saskatchewan par exemple, seuls les biens couverts par une sûreté conventionnelle créant un "purchase money Security Interest" ne sont pas exempts de saisie; tous les autres y échappent<sup>40</sup>. De même en Ontario, si une sûreté est régulièrement perfectionnée, le meuble grevé est exempté de saisie. Le bénéficiaire de la sûreté peut donc après l'ouverture de la faillite, mettre en œuvre sa sûreté<sup>41</sup>.

On le voit, la faillite du débiteur ne gèle pas les droits du créancier bénéficiaire de réaliser sa sûreté.

---

<sup>37</sup>Article 34 des *Lois de PPSA* d'Alberta, de Colombie-Britannique, du Manitoba et de la Saskatchewan; article 33 des lois de PPSA de l'Ontario et du Yukon.

<sup>38</sup>*The New Provincial Chattel Security Law Regime*, supra note 31 à la p.690.

<sup>39</sup>Pour un exposé complet de l'interaction entre le BIA et les législations de PPSA, voir: Houlden L.W. et Moravetz, *The 1997 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Toronto, Carswell, 1996 [ci-après *The 1997 annotated BIA*].

<sup>40</sup>*Unger v. Royal Bank* (1983) 51 CBR (NS).145, 30 Sask.R.183 (QB).

<sup>41</sup>*Re Vanhove* (1994) 20 O.R.(3d) 653 (Gen.Div.)

Les pouvoirs du Trustee de demander au créancier d'évaluer sa sûreté et de racheter le bien pour ce montant ou de demander que ledit bien soit vendu sont en pratiques tellement faibles qu'ils ne sont pas de nature à remettre en cause le principe d'efficacité des security interests<sup>42</sup>.

Dans l'hypothèse d'une sûreté imparfaite (ie non-enregistrée régulièrement), le Trustee supporte la charge de la preuve lorsqu'il attaque celle-ci et doit démontrer que les biens étaient la propriété du failli<sup>43</sup>.

- La sûreté créée par la Loi sur les Banques.

Cette Loi crée dans son article 427 une forme spéciale de sûreté permettant de financer les emprunteurs travaillant dans la production d'hydrocarbures et de minéraux. Cette disposition confère aux Banques une véritable sûreté nationale, valable dans tout le Canada, libre de toute interférence provinciale et donc des règles de PPSA. Elle est donc clairement en contradiction avec celles-ci; pour résoudre ce conflit, le province du Saskatchewan a précisé dans l'article 9(2) de sa loi de PPSA que les Banques ne pouvaient se prévaloir de l'article 427 et des règles de PPSA sur un même bien. Pour Ziegel, l'article 427 est une disposition inutile qu'il faudrait abroger<sup>44</sup>.

## ***2. La convergence du droit Québécois et des législations de PPSA***

Avant la promulgation du Code Civil du Québec en 1994, le droit québécois était régi par le Code Civil du Bas Canada. Celui-ci prévoyait de nombreuses sûretés, à l'image du droit français en la matière, qui donnaient lieu à d'importants problèmes d'interconnexion et d'interprétation.

Pour remédier à ces difficultés, l'Office de révision du code civil souhaita dès 1977 ,outre une nécessaire facilitation de constitution des sûretés mobilières, une intégration horizontale et verticale des sûretés réelles et des autres techniques contractuelles poursuivant un but semblable qui se trouveraient ainsi réunies sous un même concept d' " hypothèque " .

---

<sup>42</sup>*The New Provincial Chattel Security Law Regime, supra* note 31 à la p.692

<sup>43</sup>*Re Country Kitchen Donuts Ltd, (1980) 34 CBR (NS) 252 (Ont.SC).*

Ces propositions furent en grande partie retenues par les rédacteurs du CCQ qui ont cependant refusé une intégration complète<sup>45</sup> et lui ont préféré une certaine conservation des autres mécanismes conférant des avantages aux créanciers telle la clause résolutoire insérée dans un contrat de vente (art.1742-1743 CcQ), la vente à tempérament ( art.1745 et s. CcQ)ou la vente à réméré (art.1750 et s. CcQ). De plus, le nouveau code se refuse à poser une présomption d'hypothèque au motif que celle-ci irait à l'encontre de la conception civiliste ; elle aurait en effet entraîné une trop grande incertitude juridique et il est apparu que l'évaluation des conséquences de l'introduction d'un tel concept, propre à la Common law, était trop délicat pour être risqué<sup>46</sup>. De surcroît, elle aurait constitué une trop grande entrave à la liberté des parties<sup>47</sup>.

Le nouveau régime est donc marqué par un souci de simplification et d'uniformisation.

Ainsi, la nouvelle hypothèque mobilière et immobilière, régie par le livre 6 (articles 2644 à 2802) réunit :

- l'ancien gage (qui devient une hypothèque mobilière avec dépossession),
- les nantissements agricoles, commerciaux et forestiers, les actes de fiducie et la cession de biens en stock (qui deviennent des hypothèques mobilières sans dépossession qui ne peuvent être constitués que par des personnes physiques exploitant une entreprise ou par des personnes morales) ,

Cette sûreté unique créée au profit du créancier titulaire un droit de suite et lui permet, pour réaliser sa sûreté de prendre en possession le bien, de le vendre ou de le faire vendre et de jouir d'un droit de préférence sur le produit de cette vente.

Le rang des créanciers titulaires d'hypothèque sur un même bien est déterminé, comme dans les provinces anglophones, par le principe d'antériorité de l'enregistrement du droit (article 2750).

---

<sup>44</sup>Canadian Perspectives on Article 9, supra note 34. à la p.230

<sup>45</sup>Contrairement à l'article 9 de l'UCC, le champ d'application du CcQ en matière de sûretés n'est pas basé sur une règle fonctionnelle inclusive. Seules les "prior claims" et les hypothèques ainsi que quelques transactions spéciales sont sujettes à toutes les dispositions du livre 6. Sur ce point, voir notamment American Law Institute, "Summary Description of Security on Moveable Property under the Québec Civil Code" in *Transnational Insolvency Project, Tentative Draft*, ALI, Philadelphia, 1997.

<sup>46</sup>Pratte D., "Rapport Québécois sur les Garanties de Financement", dans *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1996.111. [ci-après *Rapport Québécois sur les garanties de financement*]

<sup>47</sup>Ciotola P., "La réforme des sûretés sous le code civil du Québec" dans *La réforme du code civil, priorités hypothèques, preuve et prescriptions des droits, droit international privé*, t.3, Ste-Foy, Presses Universitaires de Laval, 1993, à la p.307. [ci-après *La réforme des sûretés sous le CcQ*].

L'article 2684 quant à lui admet le principe de l'hypothèque sur une universalité de biens, meubles ou immeubles, présents ou à venir, corporels ou incorporels. Elle ne peut cependant être constituée que par une personne morale ou une personne physique exploitant une entreprise- limite valable pour toutes les hypothèques sans dépossession.

Par ailleurs, par souci de protection des tiers, les hypothèques sans dépossession et celles grevant des universalités ne leurs sont opposables que si elles sont enregistrées. Enfin, le CCQ procède à une certaine uniformisation et un encadrement des droits et recours de tous les créanciers hypothécaires.

Une illustration intéressante de la transition réalisée au Québec entre le traditionnel système civiliste et les mécanismes proches de l'article 9 UCC réside dans les difficultés auxquelles se heurte le nouveau droit québécois relativement à l'exercice du droit de suite des créanciers hypothécaires<sup>48</sup>. En effet, le système de publicité présidant à la création des sûretés tant mobilières qu'immobilières se fait par inscription sur un registre du nom des parties au contrat d'hypothèque; ainsi, aucune recherche ne peut s'effectuer directement sur le bien. Dès lors, il n'existe aucun moyen pour les tiers de vérifier l'existence d'une hypothèque sur le bien crée par un propriétaire antérieur. Le législateur est donc intervenu pour limiter le droit de suite en matière mobilière. L'article 2674 prévoit donc le report de l'hypothèque sur les biens acquis en remplacement du bien initialement grevé ou sur les sommes d'argent provenant de son altération dans l'hypothèse où le tiers acquiert le bien en question dans le cours des activités de l'entreprise<sup>49</sup>. Dans un telle situation, le créancier hypothécaire ne pourra pas exercer son droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur.

Par ailleurs, l'article 2700 dispose qu'en cas de vente du bien grevé, il est nécessaire afin de préserver le droit de suite du créancier, que le renouvellement de l'hypothèque ait lieu sous le nom du nouvel acquéreur et dans un certain délai<sup>50</sup>,

---

<sup>48</sup>Voir *Rapport Québécois sur les garanties de financement*, supra note 46 à la p.123

<sup>49</sup>Madame Pratte s'interoge, à juste titre selon nous, sur le sens exact des termes "aliénation dans le cours des activités de l'entreprise". Voir *Rapport Québécois sur les garanties de financement*, supra note 46 à la p.125.

<sup>50</sup>Le délai est de quinze jours et ne commence à courir que lorsque le créancier a été informé du transfert du bien ou qu'il y a consenti par écrit.

**lorsque l'aliénation n'a pas eu lieu dans le cours des activités de l'entreprise; à défaut d'une telle formalité, le droit s'éteint.**

**Une autre difficulté liée à la mixité du système québécois peut être illustrée par le refus du Législateur de poser une présomption générale d'hypothèque, c'est à dire de refuser l'adoption en bloc du concept uniforme de "security interest". Madame Pratte s'interroge en effet sur la possibilité d'utiliser certains mécanismes comme la cession de créance (art.1637 et s. CcQ). On pourrait en effet soutenir l'opinion selon laquelle le nouveau code a transformé l'ancienne cession de créance à titre de garantie en une hypothèque de créance. Cependant, même si l'article 1801 CcQ dispose que " Est réputée non écrite toute clause selon laquelle, pour garantir l'exécution d'une obligation de son débiteur, le créancier se réserve le droit de devenir propriétaire du bien ou d'en disposer ", il n'apparaît pas clairement que la cession de créance soit impossible depuis 1994. En réalité, il résulte de la combinaison des mécanismes de droit civil avec ceux adoptés aux Etats-Unis et dans les provinces de PPSA (security interest) une série de dispositions relativement ambiguë que les juges devront manier avec précautions afin de respecter la cohérence du système.**

## **SOUS-TITRE.II. LES SURETES SUR MEUBLES INCORPORELS**

**Parallèlement ont vu se développer des sûretés sur meubles incorporels, spécialement dans le but de garantir le paiement d'une somme d'argent. En effet, celles-ci sont par nature sans dépossession (sauf si elles sont représentées par un chèque ou un effet de commerce) et sont souvent le seul actif d'un patrimoine donné pouvant être grevé . Il est important de noter ici que les législateurs des pays de tradition civiliste, au lieu de créer un régime propre à ces éléments d'actif particuliers que sont les créances, ont eu tendance à leur étendre les dispositions législatives concernant le gage avec dépossession en exigeant que soit effectuée une notification au débiteur cédé afin de remplacer la dépossession requise en matière de meubles corporels. Ceci affectant de toute évidence la réputation du débiteur dans le milieu des affaires , certaines tentatives ont été lancées afin de trouver d'autres solutions plus conformes à l'esprit devant présider aux relations commerciales.**

## **A. En droit français.**

Plusieurs dispositions spéciales créent des nantissements propres à de nombreux types de meubles incorporels. Certains ont une "originalité accusée"<sup>51</sup> (nantissement de brevets d'invention, de droits d'auteur, de soldes d'un compte bancaire, de logiciel...). La position du droit français en matière de nantissements de biens incorporels sera cependant mieux illustrée par le Nantissement de droits sociaux et de créances.

-Concernant le nantissement de droits sociaux et de créances, le code civil (article 2976 c.civ.) renvoie (comme pour tous les nantissements) aux dispositions sur le gage de biens corporels, ce qui ne va pas sans poser quelques difficultés étant donné la nature même des biens en question.

Concernant la constitution des nantissements, celui portant sur des titres au porteur, à titre ou nominatif sera créé par remise du titre au créancier nanti ou par le transfert à titre de garantie inscrit sur les registres du débiteur. Le gage de compte d'instruments financiers est réalisé par une déclaration adressée par le titulaire du compte au teneur de celui-ci qui, une fois reçue par ledit teneur, prive le débiteur du pouvoir d'agir sur les instruments financiers engagés et constitue donc l'équivalent de la dépossession.

-Le nantissement de parts sociales doit avoir été accepté par la société et être inscrit au Registre du commerce et des sociétés. En outre, une procédure d'agrément du créancier nanti est mise en place.

-Pour les créances ordinaires, qui ne sont pas représentées par un titre négociable et ne relevant pas de la Loi Dailly (prévoyant la cession simplifiée de créances professionnelles), une procédure lourde et peu adaptée est prévue: un écrit doit être enregistré, l'acceptation du nantissement par le débiteur de la créance nantie dans un acte authentique ou la signification de la mise en gage au débiteur et remise du titre au créancier (article 1690 c.civ.).

Les effets produits par ces nantissements sont faibles: le créancier gagiste peut percevoir les intérêts de la créance mais il doit les imputer sur sa dette. Seule

---

<sup>51</sup>Pour reprendre l'expression utilisée par le Professeur Aynès dans son manuel voir *Aynès L, supra* note 8, à la p.200

l'attribution judiciaire de la créance donnée en gage permet au créancier , en cas de faillite du constituant, d'échapper à la préférence reconnue à d'autres créanciers.

Pour éviter les lourdeurs et les inconvénients liés à ces nantissements, le droit français a , dans les années récentes, développé deux mécanismes répondant aux exigences du commerce moderne: la cession fiduciaire et la cession Dailly.

- La première de ces figures, qui constitue une garantie d'une avance de fonds, confère au créancier un droit de propriété sur la créance mise en garantie, elle ne présente pas de risques en cas de faillite du débiteur (le créancier n'a pas à demander l'attribution judiciaire de la créance et ne subit pas la concurrence d'autres créanciers)et sa réalisation échappe à la lourdeur de celle du gage.

-La cession Dailly, créée par la loi du 2 janvier 1981<sup>52</sup>, permet par une procédure unique et simplifiée, de faire des créances professionnelles<sup>53</sup>, présentes ou futures<sup>54</sup>, un instrument de crédit, soit en les nantissant, soit en les cédant. Le seul formalisme exigé consiste en la mention obligatoire de "Acte de cession de créances professionnelles" ou "Acte de nantissement de créances professionnelles". La signification n'est pas une condition d'opposabilité aux tiers. La seule fragilité de ce procédé tient à son conflit éventuel avec un vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété exerçant son droit sur le prix de revente subrogé du bien: dans une telle hypothèse, préférence sera en effet donné au créancier réservataire car le cessionnaire "Dailly" aura acquis une créance "grevée" du droit de revendication<sup>55</sup>.

On s'aperçoit donc qu'en droit français, la plupart des sûretés sur biens incorporels requièrent pour leur constitution, un transfert de possession au créancier bénéficiaire par le biais de mécanismes plus ou moins lourds. Les sûretés sans dépossession du débiteur ne sont donc pas encore à ce niveau l'apanage des garanties portant sur des biens incorporels.

---

<sup>52</sup>Loi n°81-862 du 2 janvier 1981 et Décret n°81-862 du 9 septembre 1981.

<sup>53</sup>L'article 1 al.1 de la loi prévoit que la cession par bordereau Dailly est utilisable pour toute créance qu'une personne morale de droit privé ou de droit public détient sur une autre personne morale de droit privé ou de droit public et pour toute créance qu'une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle détient sur une autre personne physique dans l'exercice également, par celle-ci, de son activité professionnelle.

<sup>54</sup>Art. 1 al.2 de la Loi du 2 janvier 1981.

<sup>55</sup>Pour un exposé plus détaillé de la Loi Dailly, voir *Aynès L, supra note 8 aux p.209-210.*

## B. En droit anglais.

- Les titres incorporant une créance ( bill of lading, bill of exchange) peuvent faire l'objet d'un pledge si ceux-ci sont au porteur, ce qui n'est pas le cas notamment des actions d'une société anglaise.

-Le mortgage quant à lui peut être constitué sur tout type de meubles. En cas de mortgage d'actions, il est nécessaire de mentionner le transfert sur les livres de la société émettrice. Les mortgages sur créance que détiendrait le débiteur-constituant sur un tiers sont soumis à l'article 136 de la Law of Property Act de 1925 qui requiert que ceux-ci portent sur la totalité de la créance, qu'ils soient purs et simples, écrits et que le débiteur en soit avisé. Si la cession est faite à titre de garantie, il s'agira d'un "legal mortgage" sur créance. L'opposabilité du mortgage sur créance au débiteur est conditionné par sa notification à celui-ci. De plus, cette notification permet de donner priorité au créancier notifiant sur les autres créanciers ayant acquis des droits concurrents sur la même créance. Certains mortgages sont par ailleurs soumis à publicité par le Companies Act(ex: mortgage sur solde de compte bancaire).

-Les charges (fixes et flottantes) peuvent également grever des créances, des soldes de comptes bancaires...Elles sont soumises au même régime juridique que celles portant sur des meubles corporels<sup>56</sup>.

## C. Les provinces de PPSA

Le régime des sûretés dans les provinces dites de "PPSA" ne crée pas véritablement de difficultés dans la mesure où il est prévu que ces lois intègrent tous les mécanismes destinés à fournir une garantie au créancier. Ainsi, les dettes, comptes bancaires, recours, valeurs mobilières, obligations...peuvent faire l'objet d'un Security Interest qui bénéficiera du même régime de "perfection"<sup>57</sup>, non-perfection et conséquences de celles-ci<sup>58</sup>.

<sup>56</sup>Voir *Les sûretés mobilières du droit anglais*, supra note 25 aux p.151 et s.

<sup>57</sup>Voir par exemple l'arrêt *Re M.C. United Masonry Ltd, Peat Marwick Ltd v. Goldfarb*, (1983), 44 CBR (NS)174, 40 OR (2d)330, 142 DLR (3d) 470, où il fut décidé qu'une personne bénéficiant d'un gage sur les actions d'une société qui n'avait pas respecté les restrictions relatives à leur transfert, pouvait néanmoins se prévaloir d'un Security Interest et, si celui-ci était perfectionné par la possession des actions, pourra bénéficier d'une priorité sur le trustee de la faillite.

<sup>58</sup>A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt *Central Refrigeration and Restaurant Services Inc. (Bankrupt) v. Canadian Imperial Bank of Canada* (1986) 47 Sask.R.124 . Dans cette décision il a été appliqué à

## D. Au Québec.

Le CCQ prévoit à l'image des provinces anglophones un régime unifié pour les hypothèques. Celles-ci peuvent en effet grever tant des meubles corporels que des meubles incorporels (article 2684) avec une limite essentielle: les hypothèques sans dépossession ne peuvent être constituées que par des débiteurs personnes morales ou personnes physiques exploitant une entreprise. Ainsi, aucune difficulté particulière n'émerge à priori de ce type d'hypothèque, le régime général leur étant applicable.

Cependant, Pratte<sup>59</sup> relève trois séries de problèmes liées à l'hypothèque de créance.

- la nature réelle de l'hypothèque de créances : il s'agit en effet d'un droit personnel sur un droit réel ; le législateur québécois a matérialisé les créances en les traitant à ce niveau comme des meubles corporels, or, in fine l'hypothèque se réalisera toujours contre une personne déterminée.
- Les recours ouverts : nous nous contenterons ici de mentionner le fait qu'apparemment, les recours offerts au titulaire d'une hypothèque de créance ne sont pas les mêmes que ceux applicables en cas d'hypothèque sur meuble corporel, en dépit de l'apparente simplification introduite par les articles 2743 à 2747 CcQ.
- L'hypothèque de loyer : l'intégration effectuée par l'article 2695CcQ faisant de l'hypothèque de loyer une hypothèque immobilière de créances n'est pas sans poser certaines difficultés. En effet, étant donné que des droits mobiliers peuvent également exister sur des loyers, la coexistence de ceux-ci avec une hypothèque peut s'avérer complexe en matière de droits de priorité des différents créanciers<sup>60</sup>.

En guise de conclusion sur le nouveau droit québécois des sûretés, nous pouvons souligner le fait que, derrière une volonté fort louable de simplification du régime préexistant, d'importantes lacunes demeurent , principalement sur le plan conceptuel. Pour reprendre les mots de Pratte<sup>61</sup> " Si le législateur avait mieux analysé les principes et concepts de base sous-tendant sa réforme, plusieurs incertitudes auraient pu être

---

une cession à titre de garantie de meubles incorporels, les articles 28(3) et 20(2) de la *Loi de PPSA* de la Saskatchewan.

<sup>59</sup> Pratte D., " Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles sûres ? ", dans *La réforme du code civil, cinq ans plus tard*, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1998. [ci-après *Cinq ans après, nos sûretés sont elles sûres ?*]

<sup>60</sup> Voir notamment, *Industrielle Alliance, compagnie d'assurance sur la vie c. Québec (Sous-Ministre du Revenu)*, [1997] R.J.Q..2928.

évitées". Plus largement, nous pensons que la contradiction fondamentale entre le droit français et le système nord-américain est plus délicate à résoudre qu'il n'y paraît et que l'exemple québécois en est une parfaite illustration.

## ***TITRE II. LE CAS PARTICULIER DE LA CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE OU CLAUSE ROMALPA***

Contrairement au gage, la propriété n'a pas pour fonction originelle de servir de sûreté mais de plus en plus de pays tendent aujourd'hui à l'utiliser comme telle. Deux modalités d'utilisation sont possibles : le réserve de propriété, et le transfert de propriété comme garantie d'un prêt de somme d'argent. De façon générale, la propriété en tant que telle a vu son utilisation à titre de sûreté cantonnée en France, au Québec et en Grande-Bretagne à la clause de réserve de propriété tandis qu'elle a été intégrée à la notion plus large de "security interest" dans les provinces Canadiennes anglophones.

La clause de réserve de propriété peut être conçue de façon plus ou moins extensive; nous distinguerons ainsi entre la réserve simple (Sous-titre I) et la réserve prolongée ou étendue de propriété (Sous-titre II).

### **SOUS-TITRE I. LA RESERVE SIMPLE**

C'est la forme la plus communément utilisée et la plus largement acceptée de clause de réserve de propriété. Elle prévoit en substance que l'acquéreur ne se verra transférer la propriété du bien qu'une fois l'intégralité du prix de vente réglé au vendeur.

En droit interne, cette clause ne présente aucune difficulté sur le plan de sa légalité en droit québécois non plus que dans les provinces de PPSA. Elle semble en effet avoir naturellement été intégrée respectivement aux concepts d'hypothèque et de "security interest".

---

<sup>61</sup> *Cinq ans après, nos sûretés sont elles sûres ?*, supra note 59 à la p.207.

Le droit français, a attendu jusqu'en 1980<sup>62</sup> avant de lui reconnaître une efficacité dans la faillite du débiteur. Depuis, la seule exigence posée par celui-ci est celle de la rédaction d'un écrit<sup>63</sup>, la condition de publicité se révélant parfaitement inopérante<sup>64</sup>.

Les pays de common law ont rapidement admis cette utilisation de la propriété, la considérant comme utile et efficace. Ainsi, la Grande-Bretagne estime que la clause est réputée opposable à la masse des créanciers en dépit de toute condition de forme ou de publicité<sup>65</sup>.

La publicité de la réserve simple de propriété existe en revanche dans les diverses provinces Canadiennes. En effet, sous l'influence de l'UCC, elles ont décidé que l'enregistrement de tous les instruments à des fins de garanties devaient passer par cette étape de "perfection".

Une variante plus efficace de la réserve de propriété simple est utilisée en Grande-Bretagne sous la dénomination de **ALL MONEYS CLAUSE**. Celle ci prévoit que la propriété ne sera transmise à l'acheteur que lorsque TOUTES ses dettes à l'égard du vendeur seront honorées. Le *Sale of Goods Act* de 1985 semble admettre la validité de ces clauses dans ses articles 16 à 19, mais la jurisprudence n'a été fixée qu'avec l'arrêt *Armour c. Thyssen*<sup>66</sup>. Dans cette affaire, le vendeur allemand (Thyssen) avait stipulé dans le contrat de vente une "all moneys clause" qu'il entendait faire valoir à l'encontre du Receiver (Armour) dans la faillite de l'acheteur écossais (Canon). Or, le droit

---

<sup>62</sup>Loi du 12 mai 1980 sur les effets de la réserve de propriété dans les contrats de vente de marchandise.

<sup>63</sup>Exigence entendue largement par la doctrine et la jurisprudence qui admettent comme constituant un écrit valable les contrats-types, lettres de confirmation de commandes, catalogues et bons de commande; il suffit en réalité que la clause ait été mentionnée en caractères clairs, lisibles et apparents. Voir par exemple *Com. 5/11/1985*, *Quot. Jur. 5/08/1986* à la p.5. Par ailleurs, l'acceptation tacite de l'acheteur est considérée comme suffisante pour lui rendre la clause opposable. Voir *Com. 19/02/1985*, *JCP 85 Somm. 161*.

<sup>64</sup>La loi prévoit en effet une inscription de la clause sur le bilan de chacune des parties mais, étant donné qu'aucune sanction n'est prévue en cas de non-inscription, cette exigence est restée lettre morte. Voir sur ce point Scarano J.P., "Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété", (1990) *RTDCom. 535*.

<sup>65</sup>*Clough Mills lts c. Martin*, (1984) 3 *All. Er. 982* (CA).

<sup>66</sup>*Armour c. Thyssen Edelsatahl AG*, (1991) 2 *AC. 339*, (1990) 3 *All. Er. 481*, (1990) 1 *WLR. 810*.

écossais s'opposait depuis des centaines années <sup>67</sup> à ce type de clauses, qu'il estimait contraire à l'ordre public<sup>68</sup>.

Mettant fin à la divergence de conceptions entre l'Écosse et l'Angleterre, la Chambre des Lords décida que la clause était valable au motif que Thyssen n'était pas en position de débiteur cherchant à consentir une sûreté à son créancier; il était le créancier de Canon pour le prix impayé et peut être pour d'autres dettes.

Aujourd'hui, ces clauses sont devenues un moyen de protection fort efficace des vendeurs en matière commerciale en droit anglais.

## **SOUS-TITRE II. LA CLAUSE PROLONGÉE OU ÉTENDUE**

On entend par là, une réserve de propriété des marchandises vendues, y compris en cas de transformation de celles-ci, de leur incorporation à d'autres biens ou d'adjonction. Il s'agit ainsi de créer un véritable droit de suite. Une autre variante possible de cette clause consiste à étendre son effet aux sommes d'argent et autres produits provenant des biens faisant l'objet de la réserve de propriété. Cette dernière est admise en droit anglais si les biens en cause sont identifiables<sup>69</sup>.

En droit français, une telle clause est inopposable à la masse car la Loi du 25 janvier 1985 sur le Redressement et la liquidation judiciaires exige comme condition sine qua non de la revendication que les marchandises en cause se retrouvent en nature chez l'acheteur au moment de l'ouverture de la procédure. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une telle clause soit opposable à l'acheteur in bonis.

En Grande-bretagne, une telle réserve de propriété est admise depuis la célèbre jurisprudence **Romalpa** de 1976<sup>70</sup>. Dans cette affaire, une clause de réserve de propriété avait été insérée dans un contrat de vente qui prévoyait, entre autres, que la propriété demeurait au vendeur tant qu'il serait impayé et que cette clause se reporterait sur les biens issus de la transformation de ceux initialement grevés. L'acheteur fit faillite avant le paiement complet et le vendeur notifia au Receiver son

---

<sup>67</sup>Voir notamment les arrêts: *Deutz Engines Ltd c. Terex Ltd*, (1984) SLT.273 (O.H.), *Emerald Stainless Ltd c. South Side Distribution Ltd*, (1983) S.C.T.162 (O.H), et les discussions véhémentes que cette jurisprudence a suscité au sein de la doctrine écossaise: Reid K.J.C and Gretton G.L., "Retention of Title in Romalpa Clauses", (1983) SLT News.77, Smith T.B., "Retention of Title: Lord Watson's Legacy" (1983) SLT.105.

<sup>68</sup>Avery B., "Retention of title revisited", (1991) N.L.J.537

<sup>69</sup>Voir *How far is article 9 exportable? The English experience*, supra note 29 à la p.196

<sup>70</sup>*Aluminium Industries Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd.*, (1976) 1 WLR 676

intention de reprendre possession des biens en vertu de la clause. Ledit Receiver refusa de reconnaître le droit conféré au vendeur par cette disposition contractuelle et prétendit qu'elle serait constitutive d'une charge créée sur la société en faveur d'un créancier pour garantir le paiement du prix d'achat. Elle serait donc nulle pour défaut d'enregistrement (condition exigée en matière de charges par l'article 95 du Sales of Goods Act de 1948).

En première instance, raison fut donnée au Receiver pour défaut d'enregistrement de la charge. En appel en revanche, la Civil Division de la Court of Appeal décida que le contrat permettait, en vertu de l'article 19(1)(b) du Sales of Goods Act, de réserver la propriété après la livraison; son but étant de fournir une garantie au vendeur. Etant donné que le bien visé était identifiable au moment de la demande et n'avait pas été payé, le vendeur en avait conservé le titre (de propriété); considérant que l'acheteur n'avait donc jamais été rendu propriétaire, il n'était pas en position de consentir une charge au profit du vendeur. De fait la question de savoir si la charge était nulle en vertu de l'article 95 du Sales of Goods Act ne se posait pas.

Il faut néanmoins souligner la nécessaire minutie attachée à la rédaction de ces clauses étant donné que la jurisprudence a sanctionné à plusieurs reprises les clauses formulées de manière ambiguë<sup>71</sup>.

### ***TITRE III. LES DIVERGENCES MAJEURES OPPOSANT LES SYSTEMES JURIDIQUES: ESSAI DE SYNTHÈSE.***

#### **SOUS-TITRE I. L'IMPORTANCE ACCORDEE A LA PUBLICITE EN MATIERE MOBILIERE**

Ainsi que nous avons pu le voir dans nos précédents développements, le point "de rupture" entre les droits ayant "adapté" leur droit des sûretés (France et Grande-Bretagne) et ceux l'ayant véritablement réformé (Canada francophone et anglophone) réside dans l'importance accordée ou déniée à la publicité.

Tandis que les droits français et anglais ne connaissent la publicité que sous une forme ponctuelle, le Canada l'impose systématiquement dès lors que le mécanisme conventionnel en cause crée une garantie au profit du créancier.

Cette différence, nous le verrons ultérieurement, entraîne d'importantes conséquences sur le plan du droit international privé.

Sur le plan interne, il est intéressant de noter qu'à ce niveau, le clivage ne réunit pas les pays en fonction de leur appartenance à une tradition plutôt qu'à une autre mais divise bel et bien les deux continents.

Pour expliquer le refus de la Grande-Bretagne d'adhérer au système issu de l'article 9 de l'UCC, Ziegel s'attache à une combinaison de facteurs économiques, culturels et juridiques. Ainsi pour lui, si le système de PPSA a été si facile à implanter en Ontario dès 1967, ceci est dû à la communauté bancaire Canadienne qui en souhaitait l'implantation et aux praticiens non spécialisés en droit bancaire qui en avaient assez de la complexité des modalités d'enregistrement.

En Grande-Bretagne, les coûts d'enregistrement sont peu importants et les mécanismes de fixed et floating charges garantissent aux banques une certaine priorité. Par ailleurs, ces mêmes banques ne souhaitaient pas voir s'étendre à la réserve de propriété et au crédit-bail les formalités d'enregistrement. De surcroît, Ziegel note, avec une certaine lucidité, que le Royaume-Uni se révèle généralement sceptique quant aux concepts créés par le droit américain et que la communauté juridique de ce pays demeure relativement conservatrice<sup>72</sup>. Enfin, il est à noter que la proposition faite par Diamond en 1988 pour introduire un modèle de publicité des droits calqué sur l'article 9 est restée lettre morte. En effet, le Companies Act de 1989 contenait à l'origine une "Part IV" relative au "filing notice", mais celle-ci n'est jamais entrée en vigueur<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Voir notamment les arrêts: *Re Bord Worth* (1979) 3 All.Er.919, *Borden v. Scottish Timber Products*, (1979) 3 All.Er.961, *Re Peachdovt*, (1983) 3 All.Er.204 et *Re An Drabell Ltd* (1984) 3 All.Er.?

<sup>72</sup> *Canadian Perspectives on article 9, supra* note 34 à la p.231.

<sup>72</sup> De même, le droit anglais se refuse à admettre la superpriorité conférée par les législations de PPSA aux "Purchase Money Security Interest", fondée en droit canadien sur la valeur ajoutée par ce type de créances à la valeur des actifs de l'entreprise qui accroît conséquemment le patrimoine profitant aux autres des créanciers. Selon le Professeur Bridge, le fondement de cet avantage est fort discutable dans la mesure où, d'une part, les autres créanciers ajoutent également à la valeur de l'entreprise, et d'autre part, le bailleur de fonds est souvent le dernier à participer au développement du patrimoine social. Voir sur ce point: *How far is article 9 exportable? The english experience, supra* note 29.à la p.221. Enfin, tandis qu'au Canada, les garanties portant sur des biens futurs sont largement admises et soumises au régime commun des security interests, celles-ci ne demeurent qu'exceptionnelles en droit anglais.

<sup>73</sup> *How far is article 9 exportable? The english experience, supra* note 29.à la p.221.

## **SOUS-TITRE II. L'ADMISSION DES SURETES GLOBALES ET L'OBSTACLE DU NUMERUS CLAUSUS**

### **§1. Les sûretés globales.**

Sur ce premier point, le droit français se démarque tant du droit canadien que du droit anglais en ce qu'il n'admet pas de façon générale les sûretés portant sur des universalités de biens. Certes, le nantissement de fonds de commerce est possible, mais la règle demeure que seul un meuble corporel présent et individualisé peut être donné en gage, sauf réglementation spéciale ( par exemple en matière de warrants). De même en principe, un meuble futur ne peut être donné en gage sauf s'il est incorporel<sup>74</sup>.

A l'inverse, le droit anglais et les provinces de PPSA partent du principe que le débiteur et le créancier sont libres d'arriver à n'importe quelle opération qu'ils considèrent comme appropriée à leurs intérêts.

Ainsi, l'opération de floating charge, qui peut grever en tout ou partie le patrimoine d'un débiteur, est admise en droit anglais, même si les effets qui lui sont attribués révèlent quelques faiblesse, notamment en cas de faillite du constituant.

Dans les provinces canadiennes anglophones, l'opération de floating charge a été intégrée à celle de security interest et, si elle répond aux conditions exigées, tend plutôt à être assimilée à une fixed charge<sup>75</sup> et bénéficie du même coup, d'un rang plus élevé.

De surcroît a été développé, sur l'initiative des banques, l'opération de "General Security Agreement" qui confère au banquier une sûreté sur tous les biens, présents et futurs, du débiteur; la garantie grevant les biens dès leur entrée dans le patrimoine dudit constituant. Son rang est déterminé par les dispositions incluses dans le contrat. A l'image des autres security interests, l'éventuelle concurrence entre deux GSA est résolue par la règle du "first to file", sauf cas d'application de la super priorité donnée aux "Purchase money security interests".

Au Québec, l'article 2684 CCQ admet qu'une hypothèque conventionnelle puisse grever une universalité de biens, meubles ou immeubles, présents ou à venir,

---

<sup>74</sup>Aynès L., *supra* note 8, à la p.187.

corporels ou incorporels si elle est constituée par une personne morale ou par une personne physique exploitant une entreprise (comme toutes les hypothèques mobilières sans dépossession). On sent ici clairement l'influence des pays et provinces frontaliers, qui, adoptant le régime intégré de l'article 9, ne voient aucun obstacle à l'existence de garanties portant sur des universalités de biens du moment que sont respectées les règles de publicité.

## §2. Le principe de numerus clausus.

Le principe de numerus clausus, propre une fois de plus au droit français qui l'énonce dans l'article 543 du code civil, peut se résumer ainsi: les droits réels étant opposables erga omnes, permettre à la volonté individuelle de créer des droits réels non prévus par la loi reviendrait à mettre en échec cette sécurité et heurterait de front l'ordre public.

Nous le verrons ultérieurement, motif est souvent pris de ce principe civiliste pour refuser la reconnaissance des sûretés étrangères; en droit interne, il s'oppose traditionnellement à l'autonomie de la volonté en matière de sûretés mobilières au nom de la nécessaire protection des tiers et de l'unité du statut réel.

Cependant, Khairallah a défendu l'opinion contraire selon laquelle la portée du principe de numerus clausus était de plus en plus faible en droit français<sup>76</sup>. Pour soutenir sa thèse, il prend notamment acte de l'accueil relativement favorable fait à l'institution du Trust<sup>77</sup>, radicalement étranger aux concepts civilistes en ce qu'elle consacre un démembrement de propriété fondé sur l'existence de droits de propriété concurrents sur une même chose<sup>78</sup>.

Au contraire, ainsi que nous l'avons vu précédemment, les droits anglais et canadiens anglophones ne se préoccupent que de la finalité de l'opération envisagée et laissent les parties libres d'aménager leurs relations contractuelles comme bon leur semble, sous réserve de se conformer aux exigences légales imposées suite à la qualification juridique de l'opération.

---

<sup>75</sup>L'adoption des lois de PPSA a ainsi accéléré l'élimination du concept de cristallisation; voir sur ce point: Wood R.J., "The Floating Charge in Canada", (1989) 2 Alb.L.R.191

<sup>76</sup>Khairallah G., *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Paris, Economica, 1984. A la p.204. [ci-après *Khairallah*]

<sup>77</sup> *Khairallah, supra note 76* à la p.207.

<sup>78</sup>voir Chapitre II, Sous-Titre II, §2, B., 1: la violation du principe de numerus clausus.

La position du droit québécois est, dans ce contexte plus délicate à cerner dans la mesure où, s' il est admis une certaine uniformisation des garanties mobilières sous le vocable commun d'"hypothèque", il subsiste dans le CCQ des dispositions particulières sur la vente à tempérament, la fiducie à titre onéreux...Qu'en est il alors du principe de numerus clausus? Il nous semble que celui-ci est battu en brèche par le nouveau code dans la mesure où l'institution d'un régime intégré d'hypothèque, consistant en un droit réel pouvant porter sur tout type de bien, confère aux parties une grande liberté quant aux techniques pouvant être utilisées pour garantir un paiement ou l'exécution d'une obligation.

## **CHAPITRE PREMIER. LE STATUT REEL MOBILIER EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

Après avoir envisagé la façon dont les différents systèmes réglementent leurs sûretés en droit interne, il convient à présent d'appréhender la manière dont ils formulent leurs règles de droit international privé afin de voir si un accueil favorable est fait aux sûretés constituées à l'étranger.

Or, il est curieux de constater que, si le droit matériel des Etats diverge largement quant aux types de sûretés admises, tous convergent autour de l'application de la loi réelle dans les situations présentant un caractère d'extranéité (Titre I). De la même façon, il est à souligner que les seules exceptions admises à la *lex situs* sont également communes aux différents ordres juridiques: l'attraction de la *lex concursus* et de la loi applicable aux voies d'exécution en général constitue en effet un obstacle quasi systématique à l'application de la loi réelle. Une seconde limite est propre à certains types de meubles, dont la nature même est hostile à un rattachement rigide à la *lex situs*. Il s'agit des meubles ordinairement utilisés dans plus d'un Etat, des meubles incorporels et des choses en transit (Titre II).

### ***TITRE I.L'HYPOTHESE DU CONFLIT IMMOBILE: LE RATTACHEMENT TRADITIONNEL A LA LEX REI SITAE***

#### **SOUS-TITRE I. ADOPTION DU CRITERE EN DROIT CIVIL ET EN COMMON LAW**

S'intéresser au conflit immobile revient à poser à l'état pur, sans facteur de complication lié au déplacement du bien grevé, la question de la loi applicable aux droits réels grevant un meuble et plus spécialement à revenir sur l'articulation des statuts contractuels et réels en la matière<sup>79</sup>.

Les sûretés, tant mobilières qu'immobilières, ont traditionnellement été qualifiées de droits réels et, à ce titre, ont vu la loi du lieu de situation du bien qu'elles grèvent être

---

<sup>79</sup>Lagarde P., "Sur la loi applicable au transfert de propriété - Requiem critique pour une convention mort-née", dans *Mélanges Droz*, Paris, Martinus Nihoff Publishers, 1996, à la p.151 [ci-après *Sur la loi applicable au transfert de propriété*]

appliquée pour déterminer le contenu et l'étendue des droits qu'elles confèrent à leur titulaire, ceci tant dans les pays de tradition civiliste que dans ceux de common law (§1)<sup>80</sup>. Par là, on entend généralement que les conditions d'existence et d'opposabilité de la sûreté seront régies par la loi interne de l'état dans lequel est situé le bien grevé; le domaine de la lex situs peut ainsi être qualifié d'extensif (§2).

## **§1. L'adhésion à la lex rei sitae en matière de sûretés mobilières**

### **A. LA SUPREMATIE DE LA LEX REI SITAE SUR LA LEX CONTRACTUS**

Les fondements du principe de rattachement des droits réels à la lex rei sitae sont nombreux: principes de territorialité et de souveraineté pour certains (Lalive, Niboyet), soumission volontaire à la loi du pays de situation du bien en cas d'exercice d'un droit réel pour d'autres (Savigny), sécurité des transactions et du crédit pour la doctrine plus récente (Mezger, Cabrillac...).

S'agissant des sûretés conventionnelles, l'application de la lex rei sitae est généralement admise, ceci en dépit de la soumission de principe des contrats à la loi d'autonomie.

En effet, si la loi d'autonomie s'applique aux questions purement contractuelles, il est en revanche admis que, en raison de l'objet du contrat, la lex rei sitae va régir certains aspects de ce contrat. Ainsi, les deux lois sont complémentaires, il faut que le contrat de sûreté soit valable entre les parties (consentement non vicié, objet et cause licites, conditions de forme) pour que la loi réelle puisse décider de lui faire produire effet à l'égard du bien grevé et des tiers.

La doctrine Française résume cette règle en parlant de "cumul": la même sûreté est soumise à deux lois différentes quant à ses conditions d'existence; pour le reste, elle sera soumise uniquement à la lex situs<sup>81</sup>.

En common law, les auteurs Dicey & Morris résument cette règle dans la règle 86 de leur ouvrage<sup>82</sup>:

---

<sup>80</sup>Voir par exemple Batiffol & Lagarde, *Droit International Privé, t.II*, 7ème ed., Paris, LGDJ, 1983, à la p.178 [Batiffol & Lagarde t.II]; Grodecki J.K., "The recognition of non possessory security interests in English PIL", dans *UK National reports*, Xème Congrès International de droit comparé, Budapest, 1978 [ci-après Grodecki J.K.]

<sup>81</sup>Khairallah, *supra* note 76, aux p.32 et s.

<sup>82</sup>Dicey A.V., *Dicey & Morris on the Conflicts of Laws*, 12ème ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1992 [ci-après Dicey & Morris].

"(1) A transfer of tangible moveable which is valid and effective by the proper law of the transfer and by the law of the place where the moveable is at the time of the transfer (lex situs) is valid and effective in England.

(2) A transfer of a tangible moveable which is invalid or ineffective by the proper law of the transfer and by the lex situs of the moveable at the time of the transfer is invalid or ineffective in England."

## **B. Le droit positif en faveur de l'application de la lex situs**

1. En droit français, le rattachement à la lex rei sitae a été continuellement retenu par la jurisprudence depuis un arrêt de la Chambre de Requêtes de 1933<sup>83</sup>. Dans cette affaire, dont les faits deviendront par la suite classique, une société Néerlandaise avait conclu avec une société française un contrat de prêt. Pour garantir ce prêt, la société Française avait consenti par contrat conclu en Allemagne soumis à la loi Allemande, à transmettre la propriété de cinq de ses véhicules automobiles au prêteur, étant entendu qu'elle récupérerait la propriété desdits biens une fois l'emprunt entièrement remboursé. Malheureusement, la débitrice fit faillite et conséquemment, le créancier hollandais revendiqua la propriété de trois des véhicules à l'encontre du syndic, véhicules déposés en France chez un tiers. La Cour d'Appel et la Chambre des Requêtes rejetèrent la demande en revendication du créancier étranger au motif que le contrat de sûreté conclu en Allemagne était illégal aux termes de la loi française ( en ce qu'il renfermait un pacte comissoire prohibé par l'article 2078 du code civil), "seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France". De cette formule, qui sera reprise régulièrement par la jurisprudence, il est déduit que la règle de conflit applicable en matière mobilière se prononce en faveur de l'application de la lex situs des biens grevés. Ainsi en 1969, la Première Chambre civile déclara sans effet en France une clause de réserve de propriété Allemande portant sur un véhicule automobile situé, au moment du litige, sur le territoire français<sup>84</sup>.

<sup>83</sup>Req. 24 mai 1933, S.1935.1.253 ( note Batiffol), Rev.Crit.1934.142 (note J.P.N.).

<sup>84</sup>Cass.Civ.1<sup>è</sup>, 8 juillet 1969, JDI 1970.916 (note Derruppé), RCDIP 1971.75 (note Fouchard), JCP 1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon), GAJDIP n°49.

2. De la même manière, la common law depuis l'arrêt *Cammell c. Sewell* adopte en matière de droits réels le rattachement à la *lex rei sitae*<sup>85</sup>. Dans cette affaire, une cargaison de bois avait été chargée en Russie par des vendeurs russes, transportée par un navire Prussien pour être livrée à des acheteurs anglais en Angleterre. Le navire échoua au large de la Norvège mais la cargaison en sortit indemne. En apprenant le naufrage, les acheteurs anglais abandonnèrent leurs droits sur le chargement et leurs assureurs (demandeurs) payèrent les pertes y afférentes. Suite à une étude menée par le Capitaine du navire, il fut décidé que la meilleure solution était que le chargement soit vendu. C'est ainsi que la vente eu lieu en Norvège au profit d'un Norvégien, M. Clauser. Les assureurs anglais agirent devant les tribunaux norvégiens pour faire annuler la vente mais leur action échoua. L'acheteur norvégien envoya le bois en Grande-Bretagne et le vendit aux défendeurs; les assureurs anglais lancèrent donc une nouvelle action à l'encontre de ces seconds acquéreurs.

Tant en première instance qu'en appel, les tribunaux anglais déboutèrent la demande des assureurs au motif que la propriété des biens litigieux avait été transmise valablement sous l'empire de la loi norvégienne, Clausen étant un acquéreur de bonne foi, peu importe dans ces conditions que le bien soit ultérieurement revenu en Angleterre.

En dépit de l'opinion de certains auteurs qui refusent de voir dans cette décision l'expression d'une règle de conflit claire et précise<sup>86</sup>, cet arrêt constitue pour la majorité de la doctrine le point de départ d'une jurisprudence ferme en faveur de l'application de la *lex situs* en matière de droits réels portant sur des biens mobiliers<sup>87</sup>.

3. Les provinces anglophones du Canada, se rallient quant à elles à cette opinion<sup>88</sup>, même si les législations récentes de type PPSA nuancent quelque peu l'application inconditionnelle de la loi de situation<sup>89</sup>. Ainsi les articles 5 des

---

<sup>85</sup>*Cammell c. Sewell* (1860), 5 H& N 728, 157 ER 1371 ( Exch.Ct.) [ci-après *Cammell c. Sewell*]

<sup>86</sup>Voir par exemple Baxter I.F.G., "Secured Transactions and Conflicts of Laws", (1978) CBLJ.57 aux p.58-59

<sup>87</sup>Voir notamment: Mc Lean J.D., *Morris: The Conflict of Laws*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993, p.314 [ci-après *Mc Lean*]; *Grodecki J.K., supra* note 80; Baer M. & Saumier G., *Private International Law in Canada: cases, texts and materials*, Toronto, E. Montgomery, 1996. A la p.647 [ ci-après *Private International Law in Canada* ]

<sup>88</sup>Voir l'arrêt *Century Credit Corporation v. Richard* (1962), 34 DLR (2d) 291 (Ont. CA)

<sup>89</sup>Notamment à travers une certaine autonomie accordée aux parties pour choisir la loi applicable aux problèmes de droit substantiel liés à l'exécution des droits de la partie bénéficiaire à l'encontre du bien grevé. Cette autonomie, ainsi limitée aux rapports inter partes a été consacrée par l'arrêt *Cardel Leasing*

différentes lois applicables en Colombie-Britannique, en Alberta, en Ontario, au Nouveau-Brunswick, au Manitoba, au Saskatchewan et dans le territoire du Yukon posent la règle selon laquelle la validité et la perfection d'un "security interest" se détermine en principe par référence à la *lex situs*, ceci tant pour les biens corporels qu'incorporels<sup>90</sup>.

4. Le Code Civil du Québec, quant à lui, énonce très clairement ce rattachement de principe dans l'article 3102. Celui-ci dispose en effet que:

"La validité d'une sûreté mobilière est régie par la loi de l'Etat de situation du bien qu'elle greève [au moment de sa constitution]".

"La publicité et ses effets sont régis par la loi de l'Etat de situation [actuelle] du bien grevé".

Hormis les précisions temporelles fournies par cette disposition (qui sont ici entre crochets) sur lesquelles nous reviendrons dans le Chapitre second, il apparaît clairement que le principe fondamental retenu par le législateur en 1994 est celui de la soumission des sûretés mobilières à la *lex rei sitae*

## §2. Le domaine extensif de la *lex rei sitae*

A titre liminaire, il convient de noter que s'il est généralement admis que la qualification des droits est régie par la *lex fori*, le Code Civil du Québec déroge à cette règle puisqu'il dispose dans son article 3078§1 que cette qualification (mobilière ou immobilière) est régie par la *lex rei sitae*. Cette soumission de la qualification à la *lex causae* est généralement justifiée par le fait qu'elle est la seule à garantir l'exacte application de cette loi<sup>91</sup>.

Cependant, on peut s'étonner de ce choix étant donné l'argument de "cercle vicieux" qui y est traditionnellement opposé. Comment en effet demander à la loi applicable de

---

*Ltd. V. Maxmenko*, [1992] 2 PPSAC (2d) 302 (Ont.Gen.Div.). Sur ce point, voir spécialement Cumming R.C.C., *British-Columbia PPSA handbook*, Scarborough, Carswell, 1996 à la p.82 [ci-après *BC PPSA Handbook*]

<sup>90</sup>En matière de sûretés, ici un *pledge* au profit de différentes banques grevant les actions d'une société, il a été décidé que la *lex situs* était celle du lieu où les actions étaient localisées qui se matérialise par le lieu d'incorporation de la société emmetrice. Voir: *Mc Millan Inc. V. Bishopgate Investment Trust plc & others*, [1996] 1 All.Er.585, 1 WLR.387. Voir également dans le contexte de la reconnaissance d'un jugement néerlandais relatif à la réparation des dommages de guerre *Brown c. Bellegins-Societeit NY*, [1961] 29 DLR (2nd) 673.

<sup>91</sup>*GAJDIP*, *supra* note 5, commentaire de l'arrêt Caraslanis, à la p.217

déterminer la qualification alors que c'est de cette qualification que la règle de conflit fait dépendre la détermination de la loi applicable? Par ailleurs, l'idée de demander à chaque ordre juridique de fixer à sa guise la mesure de son application est théoriquement inadmissible. En effet, chaque ordre juridique regroupe dans des catégories données les différents rapports sociaux auxquels il affecte un rattachement approprié<sup>92</sup>. Ainsi, donner compétence à la *lex causae* en matière de qualification des droits est contraire à la nécessaire cohérence de l'ordre juridique interne et est susceptible de créer un conflit de qualifications. Pourquoi dans ces conditions, le Législateur Québécois a-t-il formulé une telle règle? Sans doute par souci de respect de l'harmonie du statut réel de l'ordre juridique étranger en cause. Un autre argument, plus convainquant, peut être formulé: ainsi que l'affirme Mayer, "Si la loi applicable est la même, que le bien soit meuble ou immeuble, le problème de qualification ne se pose pas au niveau du choix de la loi. Il est susceptible de se poser au niveau de la sélection de la règle applicable à l'intérieur de la législation désignée, lorsque celle-ci contient des règles différentes pour les meubles et les immeubles (...); mais il s'agit alors d'interpréter la volonté de l'auteur des règles substantielles, et non celle de l'auteur des règles de conflit (...)"<sup>93</sup>.

Dès lors, si l'on admet que tant les meubles que les immeubles sont soumis par principe à la loi de leur lieu de situation (article 3097 CcQ<sup>94</sup>), le problème ne se posera qu'au moment de la désignation de la règle de droit substantiel de la *lex rei sitae* et non au stade du règlement du conflit de lois.

Ainsi, relèvent de la seule loi contractuelle les effets personnels du contrat mais lui échappent et seront soumis à la loi de situation du meuble grevé : les conditions d'existence (A), d'opposabilité (B) et les effets de la sûreté mobilière (C).

#### **A. Conditions d'existence et de validité de la sûreté**

La loi de situation a vocation, pour la doctrine et la jurisprudence dominante, à déterminer l'existence de tout droit réel conférant un avantage au créancier, la nature

---

<sup>92</sup>*Ibid.*

<sup>93</sup>Mayer P., *Droit International Privé*, Montchrétien, Paris, 1995, à la p.116 [ci-après *Mayer P.*].

<sup>94</sup>Cet article, qui ouvre les "Dispositios générales" du Chapitre deuxième consacré aux droits réels, dispose en effet que: "Les droits réels ainsi que leur publicité sont régis par la loi du lieu de la situation du bien qui en fait l'objet".

des biens sur lesquels elle peut porter, sa nature, et ,plus largement, les conditions de sa validité, de son transfert, et de son extinction<sup>95</sup>.

En France, la jurisprudence traditionnelle selon laquelle "La loi française étant seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens situés en France"<sup>96</sup> confirme cette opinion.

De la même façon en Grande-Bretagne, la doctrine<sup>97</sup> et la jurisprudence<sup>98</sup> affirment la compétence de la *lex rei sitae* en matière de constitution de la sûreté.

Au Québec, le principe de soumission à la *lex situs* quant à la validité de la sûreté est énoncé par l'article 3102 CcQ précité. S'il est vrai que ce principe connaît certaines exceptions tenant à la nature même du bien grevé, il n'en demeure pas moins que le droit québécois se rallie à la position adoptée par la grande majorité des Etats.

Enfin, dans les provinces de PPSA, les différents articles 5 prévoient que la validité des sûretés est régie par la *lex rei sitae*. Ainsi, dans l'arrêt *Canada Deposit*, les tribunaux de l'Alberta ont pu décider que la loi Californienne de situation des créances grevées était applicable à la question de la validité des contrats de sûretés conclus au Canada, sauf contrariété du droit ainsi acquis à une règle d'ordre public<sup>99</sup>.

Ainsi par exemple, si un tribunal Anglais avait à se prononcer sur la validité d'un warrant de droit Français portant sur un bien situé en France, le juge Anglais ferait application de la loi de situation du bien pour vérifier si les conditions exigées par celle-ci ( qualité de professionnel du constituant, qualités des biens donnés en gage, non dépossession du débiteur, émission d'un titre...) sont remplies. Si tel est le cas, le Juge reconnaitra alors comme valablement créée à l'étranger une sûreté étrangère grevant un bien situé à l'étranger.

## **B. Conditions d'opposabilité et de publicité de la sûreté**

Tous les ordres juridiques comprennent, on l'a vu, des règles de droit interne relatives aux conditions d'opposabilité des sûretés aux tiers. Tandis que certains restent attachés

---

<sup>95</sup>Rabel E., *The Conflicts of Laws: A Comparative Study*, vol.4, University of Michigan Law School, 1958. Aux p.40 et s. [Ci-après *The Conflicts of Laws: A Comparative Study*]

<sup>96</sup>Req. 24 mai 1933, S.1935.I.253 ( note Batiffol), Rev.Crit.1934.142 (note J.P.N.); Cass.Civ.1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, JDI 1970.916 (note Derruppé), RCDIP 1971.75 (note Fouchard), JCP 1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon), GAJDIP n°49 et Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 3 mai 1973, RCDIP 1974.100 (note Mezger), JDI 1975.74 (note Fouchard).

<sup>97</sup>*Cheshire's & North, Private International Law*, London, Butterworths, 1992 à la p.807 [ci-après *Cheshire's & North*]

<sup>98</sup>*Inglis v. Robertson*, (1898) AC 1616

<sup>99</sup>*Re Canada Deposit Insurance Corp. And Canadian Commercial Bank*, (1994) 121 DLR (4th) 360

au principe de dépossession du débiteur, d'autres optent pour des mécanismes de publicité plus ou moins systématiques alors que d'autres encore n'exigent que la forme écrite. Sur le plan des conflits de lois, il apparaît nécessaire de préserver l'équilibre délicat des divers intérêts en conflit réalisé par chaque ordre juridique national. Il apparaît donc cohérent dans cette optique de veiller à ce que la sûreté soit soumise à une loi unique. L'unicité du statut réel traduirait ainsi le souci d'équilibre des intérêts en présence manifesté par les législateurs nationaux. Or, la seule loi commune à l'ensemble des créanciers, au débiteur et aux titulaires de droits réels sur le bien grevé étant celle du lieu où est situé ledit bien<sup>100</sup>, il semble logique de soumettre l'opposabilité de la sûreté à cette loi. Ainsi le droit français à travers le arrêts de principe en la matière (*Kantoor der mas, DIAC et Nederlansches*<sup>101</sup>) et le Code Civil du Québec (dont l'article 3102 al.2 dispose que "la publicité et ses effets sont régis par la loi de situation actuelle du bien grevé") adoptent le critère de rattachement traditionnel.

De la même manière, la common law fait application de la lex situs en matière d'opposabilité du droit aux tiers créanciers et sous-acquéreurs<sup>102</sup> et les lois de PPSA affirment toutes que les "conditions de perfection" des "security interests" sont régies par la loi du lieu de situation des biens<sup>103</sup>.

### C. Effets de la sûreté

Le souci d'unité du statut réel commande que les effets de la sûreté soient également soumis à la lex situs. En effet, l'essence même d'un droit étant de conférer certaines prérogatives à son titulaire, il serait délicat d'opérer une distinction entre son existence, son opposabilité et ses effets. Il existe donc en doctrine une quasi-unanimité pour soumettre les effets des droits réels à la loi de situation du bien.

Cette loi régira donc:

- les prérogatives des créanciers

---

<sup>100</sup> *Batiffol & Lagarde t.II, supra* note 80 à la p.180

<sup>101</sup> Req. 24 mai 1933, S.1935.I.253 ( note Batiffol), Rev.Crit.1934.142 (note J.P.N.); Cass.Civ.1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, JDI 1970.916 (note Derruppé), RCDIP 1971.75 (note Fouchard), JCP 1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon), GAJDIP n°49 et Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 3 mai 1973, RCDIP 1974.100 (note Mezger), JDI 1975.74 (note Fouchard).

<sup>102</sup> *Cheshire's & North, supra* note 97 A la p.800

<sup>103</sup> art 5 des *Lois de PPSA* de la Colombie Britannique, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario, de l'Alberta, du Manitoba, du Saskatchewan et de la province du Yukon.

Toutes les législations étudiées accordent des prérogatives au créancier en cas de défaut du constituant. Le problème se pose alors de savoir si les possibilités offertes au créancier garanti de revendiquer la propriété du bien, de demander sa remise en possession, de s'en faire remettre le prix de vente ou de voir le bien vendu aux enchères appartiennent à la catégorie du statut réel ou à celle des questions de procédure. Il apparaît ici que la tendance générale soit en faveur de la soumission de ces questions à la *lex situs*, les prérogatives des créanciers faisant partie intégrante du contenu du droit réel litigieux<sup>104</sup>.

En France, la Cour de Cassation en a décidé ainsi pour la nature même des droits; ainsi notamment dans les arrêts *Kantoor de Mas*<sup>105</sup> et *DIAC*<sup>106</sup>, elle a fait application de la *lex rei sitae* pour déterminer si le créancier gagiste pouvait s'approprier à l'échéance le bien remis en gage ou le vendre sous autorisation de justice<sup>107</sup>.

- le rang des créanciers

Le rang des créanciers<sup>108</sup> et leurs droits de suite s'exerçant sur le bien grevé, en ce qu'ils font partie inhérente de l'organisation du droit des sûretés dans chaque ordre juridique, sont naturellement soumis à la *lex rei sitae*. En effet, l'efficacité d'une sûreté s'apprécie en fonction de la primauté qu'elle offre à son titulaire sur les autres garanties offertes par l'ordre juridique en cause. C'est donc ce dernier qui a la vocation la plus légitime à voir sa loi appliquée à un droit dont il a doré et déjà régi la création et les conditions d'opposabilité aux tiers.

Néanmoins, cette opinion ne rencontre pas toujours un accueil favorable. Certains soutiennent en effet que le rang des créanciers devrait être déterminé par référence à la *lex fori*. On peut en effet soutenir que le rang des créanciers appartient à la matière procédurale. Ainsi, dans l'arrêt rendu par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Todd Shipyards*<sup>109</sup>, il a été décidé que le rang des créanciers doit être déterminé selon la *lex fori*.

---

<sup>104</sup> *The Conflicts of Laws: A Comparative Study*, supra note 95 à la p. 40

<sup>105</sup> Req. 24 mai 1933, D.1933.378, S.1935.I.257 (note Batiffol), RCDIP 1934.142 (note J.P.N.), JDI1935.381 (note J.P.)

<sup>106</sup> Cass.civ. I<sup>er</sup>, 8 juillet 1969, RCDIP 1971.75 (note Fouchard), JDI 1976.916 (note Derruppé), JCP.1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon).

<sup>107</sup> *Batiffol & Lagarde, t.II, supra* note 80, à la p.180

<sup>108</sup> Voir par exemple en droit français: Cass.civ. 5/11/1878, S.1979.I.126. En droit Canadien l'arrêt *Mc Millan Inc c. Bishopgate Investment Trust plc.*, [1996] 1 All.Er.585, 1 WLR.387

En réalité, on voit que les deux solutions sont en fait similaires dans la plupart des cas : en effet, dans le contexte d'un bien situé dans l'Etat où a lieu la revendication (hypothèse la plus fréquente en pratique), la *lex situs* actuelle et la *lex fori* ne sont en effet qu'une seule et même loi. Lorsque le créancier se prévaut d'un rang déterminé, il le fait le plus souvent devant le tribunal du ressort où le collatéral est situé, ceci dans un souci d'efficacité matérielle de la décision: il y donc convergence des deux lois et la solution rendue dans les deux hypothèses sera la même, en dépit d'un rattachement *à priori* distinct.

## **SOUS-TITRE II.FONDEMENTS DE LA SOLUTION: LA PREEMINENCE DU JURIDIQUE SUR LE JUDICIAIRE**

Par cette expression, on envisage ici la nécessité pour les personnes privées de connaître l'étendue de leurs droits hors de tout contentieux devant les tribunaux. En matière de droits réels, l'unité de législation applicable sur le territoire d'un Etat donné permet, selon l'opinion dominante de satisfaire cette exigence. Ainsi, seule l'application de la *lex rei sitae* permet d'assurer la sécurité des tiers et du crédit (§1). Il est néanmoins intéressant de s'interroger sur les justifications apportées par chaque système juridique à l'application de cette règle. Comment en effet la France - accordant une importance essentielle à la possession mobilière-, la Grande-Bretagne - consacrant largement l'autonomie des parties-, et la Canada- fondé sur un système d'enregistrement rigoureux-, parviennent ils à tous consacrer l'application de la *lex rei sitae* en matière de statut réel alors que leurs droits internes sont si radicalement différents? C'est ce à quoi nous tenterons de répondre dans le §2.

### **§1. Arguments théoriques.**

Dès 1911, Diéna avait affirmé en effet que "La nécessité d'observer en principe la *lex rei sitae* en matière de droits réels résulte de la nature même des rapports juridiques dont il s'agit."<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup>*Todd Shipyards Corp. c. Altena Compania Maritima SA* (1972) 32 DLR (3rd) 571, (1974) SCR 1248.

<sup>110</sup>Diéna G., "Les conflits de lois en matière de droits réels à l'IDI", Rev.DIP 1911.36

En réalité, si ce rattachement n'a pratiquement pas été remis en cause jusqu'à une époque récente, c'est parce qu'il était supposé être celui pouvant apporter le plus de stabilité. Or, cette stabilité est considérée comme particulièrement essentielle en matière de statut réel dans la mesure où elle garantit la sécurité des relations commerciales: les opérateurs se fient à la loi de situation du bien pour organiser leurs relations. C'est la traditionnelle prééminence du juridique sur le judiciaire défendue par Batiffol et par ceux ayant adhéré à ses idées qui justifie en premier lieu que les parties doivent être en mesure de connaître leurs droits sans avoir à s'adresser aux tribunaux.

Ainsi pour l'intégralité de la doctrine, tant de droit civil que de common law, les deux fondements majeurs du rattachement à la *Lex rei sitae* résident dans la sécurité des transactions et du crédit<sup>111</sup>.

## **§2. Convergence des droits matériels vers l'objectif de protection des tiers: synthèse comparative.**

Comment justifier le fait que le droit français - guidé par les principes de possession mobilière et de *numerus clausus*-, le droit anglais - très libéral mais ayant un régime de sûretés spéciales- et les droits canadiens -consacrant une certaine intégration des mécanismes de sûretés et des règles de publicité systématiques-, adoptent tous le rattachement de principe à la *lex rei sitae* en matière de sûretés mobilières?

C'est à cette question que nous allons tenter de répondre ici afin de mettre en exergue les principes majeurs guidant toute recherche de solution cohérente (solution pouvant être utilisée au niveau de l'unification du droit ainsi que nous le verrons dans le troisième chapitre de cette étude).

En réalité, on s'aperçoit rapidement, qu'au delà des divergences des différents droits internes, tous ont comme objectif premier de préserver la sécurité des tiers et, par ricochet, la sécurité du système de crédit dont nous avons déjà rappelé la place fondamentale au sein des économies de marché.

---

<sup>111</sup>Voir par exemple: Cabrillac M, "La reconnaissance des sûretés sans dépossession créées à l'étranger", (1979) RCDIP.487, à la p.489 [ci-après *La reconnaissance des sûretés sans dépossession créées à l'étranger*]; Mayer P., *supra* note 93 à la p.418; *Cheshire's and North*, *supra* note 97 à la p.798.

De fait, lorsque le droit Français impose la publicité en cas de sûreté mobilière sans dépossession<sup>112</sup>, que le droit anglais ne conçoit le pledge qu'avec absence de dépossession et requiert l'enregistrement sur un registre public des charges et des mortgages<sup>113</sup> et que le droit Canadien (PPSA et Québec) tient l'inscription des "security interests" ou des "hypothèques" sur un registre public<sup>114</sup>, on comprend bien que le but avoué de ces dispositions est de prévenir les tiers (acquéreurs ou créanciers) que le bien en cause est doré et déjà grevé d'une garantie<sup>115</sup>. Les caractéristiques saillantes de chacun des droits matériels ici étudiés se rejoignent donc toutes et justifient la convergence observée en droit international privé lorsque ces différentes législations posent le principe du rattachement des droits réels à la *lex rei sitae*.

## ***TITRE II. LES LIMITES A LA LEX REI SITAE***

Deux types de limites à l'application systématique de la *lex rei sitae* peuvent être distinguées. La première, radicale, c'est l'application de la loi du tribunal saisi d'une procédure de faillite (Sous-titre I). La seconde en revanche consiste, non à limiter l'application de la *lex situs* à proprement parler, mais à en développer une adaptation pour répondre aux particularités de certains meubles (Sous-titre II).

### **SOUS-TITRE I. LA FORCE D'ATTRACTION DE LA LOI DE LA FAILLITE.**

Ainsi que l'affirme Mayer "Le principe selon lequel le patrimoine constitue le gage général des créanciers semble être universellement connu, ce qui dispense de s'interroger sur la loi qui lui est applicable. En revanche, la possibilité d'exercer le droit de gage en saisissant effectivement un bien, ainsi que de procéder à la saisie, sont variables selon les législations. [...] S'agissant des voies d'exécution, c'est la loi

---

<sup>112</sup>Gage du vendeur à crédit de véhicule automobile, warrant à domicile, nantissements: voir : Chapitre Préliminaire.

<sup>113</sup>*ibid.*

<sup>114</sup>*ibid.*

<sup>115</sup>C'est également en étudiant les droits internes desdits Etats que l'on se rend compte que la sécurité des cocontractants jouit d'une position importante qui n'est pas reflétée dans la règle de conflit traditionnelle, d'où la remise en cause de celle-ci par certains, voir sur ce point le Chapitre Second, Titre II La remise en cause du rattachement à la *lex rei sitae*.

du lieu où l'exécution est recherchée qui s'applique; elle coïncide, pour les biens corporels, avec la loi de leur lieu de situation"<sup>116</sup>.

Dès lors, la principale limite à l'application de la *lex rei sitae* réside en l'intervention de la *lex concursus*, le droit de la faillite étant largement teinté de territorialisme, étant donné son caractère fondamentalement procédural de voie d'exécution. Il est ainsi généralement reconnu à la loi de la faillite un impérialisme certain à l'égard de tous les éléments constitutifs du patrimoine du débiteur.(§1)

Cependant, il est à noter que le champ géographique des faillites "internationales", c'est à dire des procédures d'insolvabilité concernant une entreprise établie dans plus d'un pays, tend de plus en plus vers l'universalité<sup>117</sup>. Ainsi, lorsque la faillite a une portée universelle, couvrant des biens et des créanciers du débiteur situés hors du pays d'ouverture de la procédure, la loi de la faillite (*lex concursus*) est, relativement aux sûretés conventionnelles dont font l'objet la présente étude, en concurrence avec différentes lois de situation. Il convient donc d'analyser les places respectives de la *lex rei sitae* et de la loi de la faillite en cas d'ouverture d'une procédure collective ayant un caractère international.(§2).

Enfin, l'étude de l'impact d'une faillite internationale sur les sûretés grevant le patrimoine du failli serait incomplète si mention n'était pas faite de certaines propositions doctrinales. Nous les exposerons donc dans une dernière étape (§3).

### **§1. La territorialité et l'impérialisme de la loi de la faillite.**

Deux caractéristiques peuvent être attribuées à la *lex concursus*: la force avec laquelle elle s'impose à tous les éléments qui sont liés à la procédure de faillite(A) et le fait que, de par cet "impérialisme", elle s'oppose en pratique à l'universalité de ce type de procédure, en dépit des vœux de la doctrine (B).

#### **A. L'impérialisme de la loi de la faillite.**

---

<sup>116</sup> *Mayer P., supra* note 93, à la p.434.

<sup>117</sup> *Secured Credit in Insolvency Proceedings, supra* note 6 à la p.59

En ce qui concerne les hypothèses de faillites internationales ( à prendre dans le sens large), plusieurs arguments militent en faveur de l'application de la lex fori à l'égard de l'intégralité des litiges relatifs à ces procédures.

- Tout d'abord, il faut souligner qu'en matière de faillite, le rôle joué par les éléments procéduraux est fondamental. Dans tous les systèmes juridiques en effet, les tribunaux encadrent strictement l'insolvabilité, ceci dans un souci de préserver le tissu économique local dont l'entreprise insolvable faisait partie. Ainsi, on se rend compte à la lecture des différentes législations que des conditions de délais strictes existent à tous les niveaux de la procédure collective, qu'une personne mandatée prend en charge le règlement du passif et que tout est supervisé par les autorités judiciaires qui ont en charge la protection des intérêts généraux que sont ceux des salariés, des créanciers et de l'administration fiscale.

Prenant place dans le contexte du système judiciaire qui en garantit le bon déroulement, la faillite peut donc voir la plupart de ses composantes qualifiées de "procédurales" au sens que l'on donne à ce terme en droit international privé. Or, on le sait, la loi généralement applicable à la matière procédurale est la lex fori.

- Ensuite, le poids des intérêts généraux dans le pays d'ouverture (protection du crédit public, cohérence de l'ordre juridique interne...) milite également en faveur de l'application du droit matériel interne.

-Enfin, la nature même des procédures de faillite, qui consistent en un règlement d'ensemble de l'insolvabilité du débiteur, justifie qu'une loi unique régisse les droits des diverses parties intéressées.

## **B. Les obstacles concrets à l'universalité des procédures collectives.**

En dépit du fait que les concepts de droit de la faillite développés dans les années récentes proclament largement le principe d'universalité de la faillite, la réalité nous révèle une réception mitigée de ce principe en pratique. En effet, le concept d'universalité revêt deux facettes: d'une part, la possibilité pour un tribunal saisi d'ouvrir une procédure couvrant tous les actifs du débiteur, quelle que soient leur localisation, et d'autre part, la possibilité pour les créanciers étrangers du failli de produire à la procédure ainsi ouverte et d'y être traités comme des créanciers locaux.

Or, il est clair qu'à l'heure actuelle, nombreux sont les éléments niant ce second aspect du principe d'universalité.

Ainsi, seront systématiquement soumis à la *lex concursus* et jouiront conséquemment d'une priorité particulière les dépenses liées à l'administration de la faillite, les frais professionnels y afférant, les dettes fiscales du forum *concursum* et les employés du failli<sup>118</sup>. Ces créances, unanimement privilégiées par les différents ordres juridiques, constituent dès lors un obstacle fondamental à l'universalité de la faillite dans la mesure où les biens sis à l'étranger seront destinés en tout premier lieu, à désintéresser ce type de créances en vertu du droit du tribunal ayant ouvert la faillite<sup>119</sup>.

Par ailleurs, l'application aux créanciers étrangers des mêmes règles qu'aux créanciers locaux, si elle apparaît à première vue comme un louable effort de non-discrimination, recèle en réalité un obstacle supplémentaire. En effet, en imposant à des créanciers localisés sur un autre continent l'obligation de, par exemple, faire la preuve de leurs droits ou enregistrer leur créance dans des délais identiques à ceux prévus pour les créanciers localisés dans le ressort du tribunal saisi, on ampute d'autant leur possibilité d'être désintéressés et on consacre hypocritement le principe de territorialité de la faillite<sup>120</sup>. La conclusion émise par Fletcher à ce niveau est riche d'enseignement sur la façon dont le concept généreux d'universalité est conçu par les différents droits nationaux "Si le traitement des créanciers étrangers leur paraît défavorable en Angleterre, mieux vaut qu'ils tentent de faire ouvrir une procédure locale si les biens du débiteur dans ce pays peuvent leur produire une contrepartie suffisante"<sup>121</sup>. La légitimité du propos est certaine mais, que faire lorsque, précisément, les actifs du failli à l'étranger sont insuffisants? C'est là qu'est toute la difficulté et où, apparemment,

---

<sup>118</sup>Fletcher I.F., "Cross-Border Insolvency", dans *Académie Internationale de droit comparé, Rapports Généraux du XIII<sup>e</sup> Congrès*, Montréal, Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p.337 [ci-après *Cross-Border Insolvency*].

<sup>119</sup>*Ibid.*

<sup>120</sup>Voir en droit français la célèbre jurisprudence sur la faillite de la BCCI: Cass.com. 14 mai 1996, RCDIP 1996.475 ( observations du Conseiller référendaire J.P. Rémy); en droit Canadien : Ziegel J.S., "Rapport National Canadien sur l'insolvabilité transfrontalière" dans *XII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Montréal, 1990 [ci-après *Rapport Canadien sur l'insolvabilité transfrontalière*]; en Grande-Bretagne: Fletcher I.F., "Cross-border insolvency: the law of England and Wales", dans *Académie Internationale de droit comparé, Rapports Anglais du XIII<sup>e</sup> Congrès*, Montréal, Cowansville, Yvon Blais, 1990 [ci-après *Rapport Anglais sur l'insolvabilité transfrontalière*].

<sup>121</sup>*Rapport Anglais sur l'insolvabilité transfrontalière, supra note 120, à la p.12.*

seule une convention internationale pourrait obtenir des résultats que les Etats semblent récalcitrants à admettre<sup>122</sup>.

## §2. La ventilation entre la lex situs et la lex concursus.

De façon unanime, les différents Etats reconnaissent le concept de créancier garanti. Par ailleurs, tous les systèmes de crédit dépendent aujourd'hui du fait qu'une sûreté valable ait été constituée au profit du créancier et qu'elle lui fournisse un moyen fiable pour garantir sa protection en cas de faillite du débiteur.

La majorité de la doctrine s'accorde aujourd'hui pour donner une compétence distributive à la lex rei sitae et à la lex concursus : tandis que la première serait compétente pour régler les conditions d'existence et les effets de la sûreté, la seconde déterminerait les conditions d'opposabilité à la masse des créanciers<sup>123</sup>.

Ainsi, lorsque le bien grevé est situé dans le forum concursus, la validité de la sûreté sera appréciée conformément à la lex concursus qui correspondra à la lex rei sitae. En revanche, si le bien est situé dans un Etat étranger, la validité de la sûreté sera appréciée par la lex situs dudit bien au moment de la constitution de la sûreté tandis que l'opposabilité sera régie par la lex fori. En ce qui concerne la nature de la sûreté, le tribunal tiendra compte de la lex rei sitae étrangère et procédera donc par voie d'adaptation avec son droit interne. A l'inverse, le contenu des prérogatives des créanciers et leurs rangs respectifs seront évaluées à l'aune de la lex concursus à titre de loi régissant l'organisation de la procédure de faillite (en prenant en compte la lex situs étrangère en tant que preuve de l'existence de la sûreté).

1. Ainsi, en droit Anglais, il est admis depuis le siècle dernier que la lex fori est applicable aux mécanismes d'admission et de distribution des biens<sup>124</sup>. De plus, les différences de rang dont bénéficierait le créancier étranger en vertu de sa loi locale ne sont pas prises en compte et il n'existe aucune règle prévoyant que les biens rappatriés de l'étranger doivent bénéficier en priorité aux créanciers étrangers<sup>125</sup>. On peut également mentionner les règles propres au droit anglais concernant la création des

---

<sup>122</sup>Voir Chapitre III sur l'unification du droit.

<sup>123</sup>*Repertoire de droit international - Faillite*, tII, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1969 à la p.7

<sup>124</sup>*Re English, Scottish and Australian Chartered Bank* [1893] 3 Ch.385

<sup>125</sup>*Rapports Anglais sur l'insolvabilité transfrontalière*, supra note 120 à la p.14

charges. Effectivement, l'article 398 du Companies Act de 1985 prévoit qu'une société peut soit créer une charge hors de Grande-Bretagne comprenant un bien situé à l'étranger, soit créer une charge en Grande-Bretagne portant sur des biens sis à l'étranger. Dans les deux cas, un mécanisme d'enregistrement est prévu, qui permet de conférer une validité *prima facie* à la sûreté en cas de faillite ultérieure ouverte en Grande-Bretagne. Ainsi, lorsqu'une charge a été créée hors de Grande-Bretagne, sa validité sera évaluée par référence à la loi de situation (comprenant ses règles de conflit) du bien au moment où la sûreté a été constituée. Dans l'hypothèse où plusieurs sûretés seraient successivement conclues sur le même bien, le droit anglais opte pour une solution donnant priorité chronologique, ceci indépendamment du lieu où chaque garantie a été conclue: le rang des créanciers dans le règlement du passif du débiteur est ainsi soumis à l'empire de la *lex concursus*.

2. En droit français, aucune disposition législative ne régit les hypothèses de faillite internationales, à l'exception de quatre conventions bilatérales passées entre la France et la Belgique (8 juillet 1899), l'Italie (3 juin 1930), Monaco (13 septembre 1950) et l'Autriche (27 février 1979). Il faut donc se référer à la jurisprudence de la Cour de Cassation qui, depuis 1913<sup>126</sup> a élaboré un corps de règles cohérent en la matière. Ainsi, le droit français, partant du principe qu'il appartient à la *lex concursus* de déterminer l'équilibre entre les créanciers et le patrimoine du failli et l'équilibre des créanciers entre eux<sup>127</sup> a pu décider en matière de sûretés que:

- la *lex concursus* (ici la loi danoise) est compétente pour déterminer l'opposabilité à la masse d'une inscription provisoire d'hypothèque prise en France postérieurement à l'ouverture de la procédure<sup>128</sup>;
- la loi de la faillite régit les causes particulières d'opposabilité, d'efficacité et de rang des sûretés<sup>129</sup>;

---

<sup>126</sup>Date de la célèbre faillite Nebel: Cass.civ. 11 mars 1913, JDI 1913.910

<sup>127</sup>Leboulanger P., "La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français", [1998] 2 RIDC 401 à la p.413 [ci-après *La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français*]

<sup>128</sup>Cass.civ.1ère, 25 février 1986, RCDIP 1987.589 (note Synvet).

<sup>129</sup>*La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français, supra* note 127 à la p.414.

- cette même loi partage sa compétence avec la *lex contractus* en matière de droit de revendication né de la stipulation d'une clause de réserve de propriété dans un contrat de vente international<sup>130</sup>.

3. Au Canada, le droit de la faillite appartient à la compétence fédérale et est largement orienté vers l'admission du principe d'universalité: l'ouverture d'une faillite couvre tous les biens du débiteur, qu'ils soient localisés dans le pays ou à l'étranger et tous les créanciers sont traités sur un pied d'égalité. Comme en France et en Grande-Bretagne, les créanciers privilégiés selon leur loi locale sont soumis à la *lex concursus* relativement au contenu de leurs droits et à leur rang<sup>131</sup>.

### **§3. Les propositions doctrinales.**

Il convient néanmoins de mentionner l'opinion émise par d'éminents auteurs à ce sujet qui ont de façon plus ou moins radicale, modifié cette répartition de compétence. On peut ici introduire une distinction selon que les thèses développées le sont sur le plan général du rôle exact de la loi de la faillite (A) ou qu'elles le sont dans l'optique plus restreinte de la clause de réserve de propriété (B).

#### **A. Le rôle de la *lex concursus*.**

Cabrillac reformule la règle pour attribuer "une compétence négative" à la *lex concursus* : en aucun cas cette loi ne peut permettre à un créancier de se prévaloir en France d'une sûreté ignorée par le droit français ou qui ne remplirait pas les conditions requises par celui-ci. De même, cette loi ne saurait faire produire des effets plus favorable à la garantie étrangère que ceux autorisés par la *lex concursus*<sup>132</sup>.

Pour Drobnig, l'impact d'une faillite sur une sûreté grevant des biens sis à l'étranger devrait être le suivant :

---

<sup>130</sup>Cass.Civ.1<sup>è</sup> 8 janvier 1991, JDI 1991.993 ( note A. Jacquemont ), Dalloz 1991.276 (note JP Rémy)

<sup>131</sup>Voir l'article 136.1 du Bankruptcy Act qui prévoit que les demandes étrangères considérées comme privilégiées par la loi de leur création ne le seront pas au Canada, sauf si elles tombent dans l'une des catégories prévues par cet article.

<sup>132</sup> *La reconnaissance en France des sûretés créées à l'étranger, supra* note 111 à la p.491.

Tout d'abord, la procédure d'insolvabilité ne devrait couvrir les droits des créanciers bénéficiaires de sûretés sur des biens situés à l'étranger que si la *lex rei sitae* admet une telle extension de compétence législative. Si les deux systèmes admettent l'inclusion des créanciers titulaires de sûretés, il n'y aurait aucune raison pour éluder la protection accordée par l'Etat de la faillite, au moins quant à la procédure applicable.

Concernant les effets de la faillite, il considère que tant sur un plan substantiel que procédural, si les mêmes requalifications et limitations aux droits des créanciers sont admises par la *lex concursus* et par la *lex rei sitae*, ces limites doivent être acceptées. Si, en revanche, seule la *lex concursus* établit cette limitation (ce qui sera souvent le cas cf : affaire BCCI<sup>133</sup> où les créanciers étrangers se sont vu privés du bénéfice de la procédure française du fait du non respect des délais de production de leurs créances prévus par la loi procédurale française.), la *lex rei sitae* devrait prévaloir pour préserver l'attente légitime des créanciers. A l'inverse, si la *lex situs* apparaît plus sévère que la loi de la faillite quant aux droits des créanciers étrangers, cette dernière devrait être seule applicable.

C'est en définitive une application de la loi la plus favorable (*better law*) qui est ainsi proposée, avec toutes les difficultés d'appréciation qui y sont attachées. En effet, comment déterminer objectivement la loi la plus avantageuse de la loi la plus sévère ? Est-ce celle qui permettra à tout créancier intéressé dans la faillite de son débiteur de pouvoir obtenir remboursement de sa créance ? Les positions prises par certains droits internes en faveur du redressement de l'entreprise au détriment de ses créanciers ( voir notamment le droit français de la faillite qui dans la loi du 25 janvier 1985<sup>134</sup> déclare dans son article 1er que " Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ") ne devraient elles pas tenir en échec une telle option au niveau international ? On le voit, une fois de plus, les dispositions des droits internes rejaillissent sur le droit international privé.

---

<sup>133</sup>Cass.com. 14 mai 1996, RCDIP 1996.475 (Observations du Conseiller Référendaire M. J.P. Rémy).

<sup>134</sup> *Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, telle qu'insérée dans le Code de Commerce.

## **B. La clause de réserve de propriété dans la faillite de l'acheteur.**

En ce qu'elle utilise le plus absolu des droits réels à des fins de garantie, la clause de réserve de propriété mérite un examen particulier.

C'est ainsi que Loussouarn a analysé les incidences du droit matériel français (loi de 1980) sur les règles de droit international privé relatives à la faillite<sup>135</sup>. Effectivement, avant 1980, la position sévère du droit français de la faillite entraînait que toute clause de réserve de propriété soumise à une loi étrangère était systématiquement inopposable à la masse en cas de faillite française; l'intervention de la *lex concursus* constituait donc un obstacle à l'internationalisation de la clause, il en résultait ainsi une application cumulative des lois en conflit.

La réforme de 1980, consacrant la libéralisation du droit interne (seule la forme écrite est requise) aurait pu légitimement déboucher en droit international privé sur des règles plus souples. Ainsi, on aurait pu penser qu'à l'application inconditionnelle de la *lex concursus* la jurisprudence de la Cour de Cassation aurait substitué une application alternative des lois en présence, c'est à dire que l'on aurait admis l'opposabilité de la clause à la masse si cette opposabilité était admise soit par la loi de l'opération, soit par la loi de la faillite. Toutefois, la position adoptée par la loi de 1980 ne semble pas aussi libérale, le problème de l'opposabilité de la clause étant avant tout un problème de faillite, le rôle de la *lex concursus* demeure fondamental. De surcroît, le pouvoir d'attraction de la loi de la faillite, résultant du principe de territorialité ( caractère de voie d'exécution) constitue un autre aspect à prendre en considération lors de la résolution du conflit de lois en la matière (voir par exemple la soumission à la *lex concursus* de la responsabilité des dirigeants sociaux, de l'action paulienne, de la cession de créance, de la compensation).

Mayer s'est lui aussi intéressé à l'incidence de la loi de 1980 sur les conflits de lois dans un contexte de faillite internationale<sup>136</sup>. Pour lui, il serait souhaitable que l'influence de la nouvelle législation se fasse dans un sens favorable à la soumission de la validité de la clause à la *lex contractus*, ce qui permettrait à l'exportateur étranger d'opter pour la loi du pays de destination, ce qui permettrait de soumettre l'intégralité de l'opération à une loi unique (la *lex rei sitae* actuelle). Une autre solution

---

<sup>135</sup>Loussouarn Y., "Les conflits de lois en matière de réserve de propriété", TCFDIP 1982 à la p.91.

<sup>136</sup>Mayer P., "Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, JCP 1980.I.3019.

envisageable serait de ne concevoir la *lex situs* que comme une loi de police lorsque les intérêts des tiers le justifie.

Cependant, ainsi que le démontre la jurisprudence en matière de faillite, le jeu de la loi de la faillite est large et ne laisse pas la place à d'autres rattachements. Pour résoudre ce problème d'impérialisme de la loi de la faillite, les rédacteurs de la convention européenne sur la faillite ont choisi le chemin des règles matérielles (voir chapitre troisième).

## **SOUS-TITRE II. LES MOYENS DE TRANSPORT , LES MEUBLES INCORPORELS ET LES CHOSES EN TRANSIT**

Plusieurs types de meubles, dont la localisation se révèle sinon impossible, du moins délicate, ont vu leur statut aménagé sur le plan des conflits de lois. En effet, tant les meubles ordinairement utilisés dans plus d'un Etat que les meubles corporels présentent cette même difficulté au niveau du raisonnement juridique, celle de leur localisation dans l'espace : les premiers parce qu'ils se déplacent sans cesse, les seconds parce qu'ils ne matérialisent pas physiquement en quelque endroit que ce soit. Endroit. Partant, l'application de la *lex rei sitae* à ce type de meubles dans sa conception traditionnelle apparaît comme étant peu soucieuse des réalités (§1). Par ailleurs, l'application mécanique de cette règle aux marchandises exportées qui transitent par des pays tiers en vue de leur livraison a rapidement suscité des solutions alternatives, dans le but d'éviter leur soumission à une multitude de lois de situations fortuites (§2).

### **§1. Les meubles ordinairement utilisés dans plus d'un Etat et les meubles incorporels.**

On peut ici distinguer deux catégories de biens meubles en fonction de la source de droit ayant présidé à l'abandon de l'application inconditionnelle de la *lex situs*. Ainsi, tandis que les moyens de transport maritimes, fluviaux et aériens sont régis par des conventions internationales (A), les autres meubles utilisés ordinairement dans plus

d'un Etat et les meubles incorporels ne jouissent d'un statut dérogatoire que sous l'effet des législations de PPSA et du Code Civil du Québec (B).

#### **A. Les moyens de transport.**

Le rattachement au lieu de situation remplit son rôle de désignation du droit applicable à condition qu'une souveraineté s'exerce sur l'espace où le bien est localisé. Or, tel n'est pas le cas des navires en haute mer, ou des aéronefs<sup>137</sup>. Par ailleurs, ces biens connaissent des déplacements tellement fréquents qu'il serait totalement artificiel de les considérer comme attachés à une position déterminée.

Ainsi, depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les navires<sup>138</sup>, bateaux et aéronefs<sup>139</sup> sont soumis à la loi de leur pavillon pour les premiers et à la loi du pays d'immatriculation pour le troisième. Ce rattachement vaut tant à l'égard des biens transportés que du mode de transport, et quel que soit le lieu où est situé le bateau, le navire ou l'aéronef.

Cette solution, instituée par voie de conventions internationales, a le mérite d'apporter un rattachement fixe à des biens meubles ayant une valeur telle que le sacrifice des droits des créanciers suite au déplacement- inévitable- du bien grevé est tout simplement inconcevable. Ce serait en effet tout le financement des compagnies de transport aériennes, maritimes et fluviales, qui serait remis en cause si une insécurité juridique totale planait sur le sort réservé aux titulaires de sûretés.

Par analogie, il a été proposé par d'éminents auteurs d'étendre cette solution aux véhicules automobiles, dont la nature par essence mobile justifierait qu'une alternative au rattachement inadapté à la *lex rei sitae* soit adoptée. Cette règle, adoptée par l'UCC dans son article 9-103(2)(b) en 1972, prévoit que les biens couverts par un certificat de propriété, notamment les véhicules automobiles, sont rattachés à l'Etat ayant émis ledit certificat ; de même, si une sûreté est prise sur ce véhicule et qu'elle est mentionnée sur le certificat (condition de perfection) les effets de cette sûreté seront soumis à la loi de l'Etat du certificat.

---

<sup>137</sup> *Mayer P., supra* note 93 à la p.419

<sup>138</sup> Convention des Nations-Unies du 8 février 1986 sur les conditions d'immatriculation des navires.

<sup>139</sup> Voir l'article I i) et ii) de la Convention de Genève du 19 juin 1948 relative à la reconnaissance internationale des droits sur les aéronefs.

En France, cette solution a reçu un accueil favorable de la part de Cabrillac<sup>140</sup> qui soutient que la plaque d'immatriculation des véhicules automobiles constitue un avertissement suffisant des tiers pour leur indiquer l'origine étrangère du bien ; effectivement, la pratique généralisée d'immatriculation et d'individualisation par numérotation devrait permettre une unification des règles applicables au niveau international. De même, Drobniq admet qu'une règle spéciale concernant les voitures devrait être adoptée ; au soutien de son opinion, il fait valoir que seule une localisation permanente assure une certaine prévisibilité et que la plaque d'immatriculation identifie facilement la " nationalité " d'une voiture pour les parties intéressées.<sup>141</sup>

On peut néanmoins objecter qu'un changement de plaque d'immatriculation reste toujours possible mais la marginalité de ces cas ne devrait pas empêcher l'adoption de cette solution de principe qui pourrait toujours être corrigée en droit français par le jeu classique de l'exception de fraude à la loi.

En droit français, l'objection tient au fait que l'immatriculation n'a qu'une valeur administrative et est dès lors primée par la règle générale prévue par l'Article 2279 du code civil qui veut que possession vaille titre.

#### **B. Les sûretés sur meubles incorporels et sur meubles corporels ordinairement utilisés dans plus d'un Etat ( hors navires, bateaux et aéronefs).**

Pendant longtemps, l'adage voulait que les meubles soient rattachés au domicile du propriétaire. Ainsi, la règle " *mobiliam sequitur personam* " fut la règle applicable pendant des siècles dans la tradition civiliste et avait été adoptée par le Code Civil du Bas-Canada<sup>142</sup>. Mais la mobilité toujours plus grande des personnes a rendu ce rattachement plus qu'imprévisible et la nécessaire protection des tiers a conduit la quasi-totalité de la doctrine et de la jurisprudence à l'abandonner. En effet, dès lors que le propriétaire personne physique déménage ou lorsque la personne morale est dotée de plusieurs établissements dans des pays différents au sein desquels elle répartit par exemple les moyens de production, la loi applicable au bien et aux

---

<sup>140</sup> *La reconnaissance en France des sûretés sans dépossession*, supra note 111 à la p.491

<sup>141</sup> Drobniq U., " The Recognition of Non-possessory Security Interests Created Abroad in Private International Law ", Xth International Congress of Comparative Law, Budapest, 1978. [ ci-après *The Recognition of non possessory interests created abroad in PIL* ]

garanties le grevant serait modifiée, entraînant par là même une totale insécurité juridique pour les tiers cocontractants et pour le titulaire de la sûreté.

En dépit des arguments soulevés à l'encontre de la loi personnelle en matière de sûretés, les législations de PPSA se rallient à cette thèse pour certains types de meubles: les meubles incorporels (articles 5 et 7) et les meubles corporels ordinairement utilisés dans plus d'un Etat (article 7). La considération essentielle ayant guidé ce choix réside dans la plus grande sécurité procurée aux tiers pour ce type de meubles: le lieu de situation d'un bien destiné à être déplacé ou d'un meuble incorporel est en effet souvent difficile à déterminer en pratique. Il est donc apparu nécessaire aux législateurs Canadiens de procéder à une sorte de fiction permettant la création de ce type de sûretés en conformité avec la loi du lieu du domicile du constituant.

- Concernant les biens incorporels, on a vu que ceux-ci sont déjà soumis à la loi de situation du meuble au moment où la sûreté est constituée. Afin de remédier aux difficultés de localisation propres à ce type de biens, le législateur Canadien autorise un rattachement alternatif à la loi de situation du débiteur au moment où le "security interest" est créé. Dans ces conditions, il est vrai que l'hypothèse de deux sûretés régies par deux lois distinctes grevant le même meuble incorporel est possible, du fait du jeu combiné des articles 5 et 7 mais la doctrine ne semble pas considérer ceci comme un véritable risque<sup>143</sup>.

- Pour les droits grevant des meubles "ordinairement utilisés dans plus d'un Etat", l'article 7 prévoit donc l'application de la loi de situation du constituant<sup>144</sup> à condition que ces biens soient qualifiés de "equipment or inventory leased or held for lease by the debtor to others". Peu importe ici que le constituant n'ait pas l'intention de déplacer lesdits biens ou qu'il ne les déplace jamais: ce qui compte, c'est que le meuble puisse être facilement déplacé, qu'il soit "par essence" mobile. En revanche, dans l'hypothèse d'un bien généralement utilisé dans plusieurs Etats mais qui serait

---

<sup>142</sup>*The Recognition of non possessory interests created abroad in PIL, supra note 141.*

<sup>143</sup>Voir par exemple *BC PPSA Handbook, supra note 89* à la p.87.

<sup>144</sup>Il est à noter qu'existe ici un risque de renvoi dans la mesure où l'article 7 prévoit l'application de la loi du lieu de situation du débiteur, y compris dans ses dispositions de droit international privé. Si ce risque est minoré au sein de la confédération Canadienne du fait de l'importante uniformité qui y a été entreprise, il apparaît que dans l'hypothèse de la désignation d'une loi "véritablement" étrangère, un renvoi est tout à fait envisageable.

détenu par exemple à titre de bien de consommation, il convient de se reporter à la règle générale posée par l'article 5 prévoyant le jeu traditionnel de la *lex rei sitae*.

Il est à noter à ce niveau que les provinces de PPSA rattachent les sûretés sur ces deux catégories de meubles au "*chief executive office*" du constituant personne morale<sup>145</sup>.

De façon analogue, le Code Civil du Québec dans son article 3105 soumet ces meubles<sup>146</sup> à la loi du lieu où était domicilié le constituant au moment de la constitution de cette sûreté, ceci contrairement à la règle générale de l'article 3102 qui rattache les sûretés mobilières au lieu de situation du bien grevé. Ainsi, cette loi aura les mêmes fonctions que la *lex rei sitae* en matière de meubles incorporels et de meubles ordinairement utilisés dans plus d'un Etat . Toutefois, s'il est clair que la validité de cette sûreté sera de façon constante soumise à la loi du domicile du constituant au moment de sa constitution, sa publication et ses effets pourront être soumis à des lois distinctes dans l'hypothèse d'un changement de domicile dudit constituant, l'article 3105 al.2 soumettant la publicité et ses effets à "la loi du domicile actuel du constituant"<sup>147</sup>.

De ces critères, distincts: "*chief executive office*" et "*domicile*"<sup>148</sup>, naît une difficulté que n'ont pas manqué de soulever Talpis et Trouly. Dans l'hypothèse d'une société ayant son "*head office*" (siège social ie domicile pour le CcQ) en Ontario et son "*chief executive office*" au Québec, un tribunal Québécois estimera que la validité de la sûreté

---

<sup>145</sup>Voir par exemple les articles 7.4 des *Lois de PPSA* des provinces d'Ontario, de Colombie-Britannique, du Nouveau-Brunswick et de l'Alberta qui prévoient que "le débiteur est réputé se trouver à son bureau d'affaires, (...) et, s'il en a plusieurs, à son principal établissement". A défaut d'existence de ces différents points de rattachement, le débiteur est réputé être localisé au lieu de sa résidence principale.

<sup>146</sup>Il est à noter que l'alinéa 3 de l'article 3105 CcQ ne s'applique "ni à la sûreté grevant un meuble incorporel constaté par un titre au porteur ni à celle publiée par la détention du titre qu'exerce le créancier", ces garanties seront donc soumises à la traditionnelle *lex situs* ainsi que le veut l'article 3102. La raison apportée à cette exclusion par Talpis et Troulis réside en la ressemblance des meubles en question ( titres négociables au porteur...) avec des meubles corporels. Voir Talpis J.A. & Troulis C., "Conflict of Laws Rules under the CcQ relating to Security", dans *Développements récents sur l'hypothèque*, Montréal, Y. Blais, 1997. 187 à la p.209 [ci-après *Talpis & Troulis*].

<sup>147</sup> Nous aurons l'occasion de revenir sur l'originalité des solutions canadiennes en cas de déplacement du facteur de rattachement dans le Chapitre II consacré au conflit mobile ( Titre I, Sous-Titre II. Le délai de survie). Voir sur ce point: *Talpis & Troulis*, *supra* note 146 à la p.211

<sup>148</sup>Le Code civil du Québec dispose en effet que le domicile d'une personne physique est "au lieu de son principal établissement" (article 75) et que celui d'une personne morale est celui de son siège [ "*head office*" dans la version anglaise] (article 307).

mobilière sera soumise à la loi Ontarienne tandis qu'un tribunal Ontarien la soumettra aux règles contenues dans le CcQ<sup>149</sup>. Même si le renvoi est par principe exclu (article 3080 CcQ), il demeure que la clause d'exception générale contenue dans l'article 3082 peut permettre le cas échéant au tribunal Québécois d'appliquer sa propre loi s'il estime que la sûreté présente une relation beaucoup plus étroite avec son ordre juridique.

Face aux incertitudes pouvant naître de la confrontation sur ce point de l'ordre juridique québécois avec les provinces de PPSA, il serait plus prudent pour les créanciers de procéder, malgré cette disposition protectrice, à l'enregistrement de leurs sûretés dans tous les ressorts où pourraient se trouver les biens grevés.

## §2. Les "res in transitu".

On exprime par l'expression latine de "res in transitu" les choses en transit d'un Etat à un autre et qui, pour ce faire, passent par des pays tiers. Faut-il en un tel cas, prendre en considération le droit de l'Etat de transit à titre de *lex rei sitae* dans l'hypothèse d'une action réelle exercée par le créancier en vertu de son contrat de sûreté ou de la clause de réserve de propriété insérée dans le contrat de vente? C'est à cette question que s'est attardée la doctrine qui de façon générale, refuse tout dogme en la matière.

Ainsi que l'exposent parfaitement Cheshire et North, chaque rattachement peut ici prêter à discussion. En effet, si l'on opte pour les lois des pays par où le bien vendu ou loué doit transiter (les différentes *lex situs*), on se heurte souvent à leur caractère fortuit et aléatoire.

De même, le rattachement des *res in transitu* à la loi personnelle du propriétaire ne saurait convenir à une transaction à caractère commercial. La loi du pays d'expédition, pour laquelle la Convention de la Haye de 1958 optait dans son article 6, séduisante par sa simplicité, présente néanmoins de sérieux inconvénients dans l'hypothèse fréquente d'une modification du lieu de destination au cours du transit.

Dès lors, les solutions doivent être recherchées sur une base pragmatique.

Pour les choses voyageant sous pavillon, la soumission à la loi dudit pavillon semble être une alternative certaine<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup>Voir par exemple: *Lloyd c. Guibert* (1865) LR 1 QB 115

De la même manière, Cheshire et North<sup>151</sup> suggèrent la soumission des choses représentées par un document (connaissance maritime, "bill of lading" par exemple) à la loi du lieu de situation de ces documents.

Pour les biens n'appartenant à aucune des deux catégories sus-mentionnées, deux types de solutions peuvent être raisonnablement proposées. La première, qui a la faveur de la doctrine anglaise revient à opérer une distinction: si le conflit surgit entre les cocontractants, l'application de la *lex contractus* semble la meilleure option. Si, en revanche, le litige implique des tiers, l'application de la *lex situs* au moment du litige apparaît souhaitable<sup>152</sup>.

Le second type de solution, qui rencontre un accueil favorable dans la doctrine Française, consiste en la soumission des meubles en transit à la loi du pays de leur destination<sup>153</sup>. Mais, que décider si le lieu de destination est modifié au cours du transport? L'hypothèse apparaît suffisamment souvent semble-t-il pour être mentionnée et fait ainsi apparaître la fragilité de cette proposition.

La première solution en revanche, bien qu'opérant un délicat partage de compétence, est plus séduisante et peut être confortée par une règle particulière à la common law, celle du "stoppage in transitu".

Bien que ce droit s'apparente plutôt à une sûreté légale, les solutions qui y ont été apportées par la doctrine de common law permettent d'éclaircir le débat concernant les *res in transitu* à proprement parler. Ainsi, selon ce principe, le vendeur impayé n'ayant pas la possession du bien vendu dispose du droit d'arrêter celui-ci lorsqu'il est en transit en donnant des instructions au transporteur pour ne pas livrer les biens au débiteur insolvable. Dans une telle hypothèse, il est admis que si le conflit n'oppose que le vendeur à l'acheteur initial, la loi applicable au contrat de vente régit le litige<sup>154</sup>. En effet, le "stoppage in transitu" constitue un privilège au bénéfice du vendeur en vertu d'une dette due par le débiteur qui, en général est issue d'un contrat créant une

---

<sup>151</sup> *Cheshire's & North, supra* note 97 à la P.807

<sup>152</sup> *ibid.*, à la p.807

<sup>153</sup> *Khairallah, supra* note 76 à la p.248 et les références citées.

<sup>154</sup> Voir par exemple le droit canadien sur ce point *Re Viscount Supply co. Ltd.* (1963) 40 DLR (2d) 501

obligation conditionnée par le paiement du prix<sup>155</sup>; on comprend donc la vocation naturelle de la *proper law* du contrat à régir une telle situation.

Si en revanche, le droit de "stoppage in transitu" affecte un tiers (tel un sous-acquéreur), l'application de la *lex rei sitae* est plus opportune<sup>156</sup>. Il paraît effectivement difficile de justifier l'application de la *lex contractus* aux tiers car celle-ci va totalement à l'encontre de leur attente légitime. De fait, la loi la plus à même de garantir une certaine sécurité juridique semble bien être la *lex rei sitae* au moment du conflit entre ces tiers et la partie au contrat exerçant son privilège de "stoppage in transitu". Chesterman opère ainsi une répartition de compétence intéressante qui consiste à attribuer à la *proper law* le soin de déterminer l'existence de la créance entre le demandeur et le débiteur et qui confère à la *lex situs* dans un second temps le rôle de décider si cette créance doit prévaloir sur les droits des tiers. La *lex situs* raisonnera donc par voie d'analogie/ d'adaptation<sup>157</sup> pour déterminer cette priorité. On peut ainsi penser par exemple que sera assimilée au "stoppage in transitu" le droit reconnu en France au vendeur impayé de revendiquer les biens vendus<sup>158</sup>.

Les solutions précédemment dégagées nous permettent d'affirmer que le principe d'application de la *lex rei sitae* reste toujours d'actualité, même si certains efforts sont faits pour en tempérer la rigueur dans les cas les plus "pathologiques". En réalité, seule la loi de la faillite tient réellement en échec la loi du lieu de situation.

Il convient maintenant d'introduire un facteur de complication supplémentaire à notre analyse: le déplacement du bien grevé. Que se passe-t-il en effet lorsqu'un meuble est grevé d'une sûreté dans un pays A et qu'il est ensuite transporté dans un pays B? Est-ce que le créancier bénéficiaire de la garantie valablement stipulée dans le pays d'origine conserve ses droits sur le bien ou est-ce que le pays d'importation lui dénierait toute prérogative?

---

<sup>155</sup>Chesterman M.M.R., "Choice of law aspect of liens and similar claims in international sales of goods", (1973) 22 ICLQ.213, à la p.230 [ci-après *Chesterman*]

<sup>156</sup>Debastitta C., "Transferring property in international sales: conflicts and substantive rules under English law", [1995] 26 J.Marit.L&C. 273.; voir aussi *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, *supra* note 95.

<sup>157</sup>Sur la théorie de l'adaptation voir *infra* : Chapitre second, titre II, sous-titre I.

<sup>158</sup>*Chesterman*, *supra* note 155 à la p.238

**C'est ce que nous allons tenter d'appréhender à travers l'étude des solutions apportées au conflit mobile, ceci afin d'évaluer le degré réel de reconnaissance des sûretés étrangères dans les ordres juridiques auxquels nous nous intéressons.**

## CHAPITRE SECOND. LE CONFLIT MOBILE ET SES SOLUTIONS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMPARE

La doctrine du XIXème siècle fondait la reconnaissance des sûretés constituées à l'étranger sur le principe de respect international des droits acquis<sup>159</sup>. La séduction exercée par cette doctrine est évidente : comment un système pourrait il être plus internationaliste que celui qui se propose de reconnaître sur son territoire tous les droits régulièrement créés à l'étranger ?

Il est malheureusement apparu que ce mécanisme de reconnaissance était lourd d'incertitudes quant à ses conditions de mise en œuvre et que cet état de fait n'était pas en mesure de répondre aux exigences du commerce moderne<sup>160</sup>. En effet, comment évaluer de façon certaine la régularité de constitution d'un droit réel à l'étranger ? Cette question, si elle peut être résolue de façon relativement satisfaisante pour des droits créés sous l'empire de législations proches de la *lex fori* ne correspond à rien de précis pour des droits véritablement "étrangers", c'est à dire issus de familles juridiques différentes. Par ailleurs, sur un plan purement pratique, il est à souligner que l'inclinaison naturelle des juges nationaux en faveur de leur propre loi, réduit bien souvent à néant les efforts faits en direction de la théorie des droits acquis.

C'est ainsi que le droit positif s'est en général orienté en matière de conflit mobile vers une solution calquée sur les conflits de lois dans le temps . Néanmoins, du fait de l'inadéquation des solutions développées dans de nombreuses hypothèses, certaines législations récentes, dont celles en vigueur au Canada, se sont tournées vers une solution originale : l'institution d'un délai de survie ( Titre I).

En doctrine, c'est plus radicalement le rattachement des sûretés mobilières à la *lex rei sitae* qui est remis en cause : le problème de conflit mobile étant inhérent au déplacement du meuble grevé d'une garantie réelle c'est le conflit mobile lui-même

---

<sup>159</sup>Ce principe a pour corrolaire l'effet atténué de l'ordre public en matière de reconnaissance des jugements étrangers. Sur ce point voir notamment l'arrêt Bulkley: Cass.Civ.28 février 1860, S.1860.1.210, D.P.1860.1.57, *GAJDIP*, *supra* note 5 à la p.26

<sup>160</sup> *La reconnaissance en France des sûretés sans dépossession*, *supra* note 111, à la p.494.

qui devrait être éliminé à travers un rattachement ne contenant aucun élément susceptible de varier dans le temps et dans l'espace (Titre II).

### **TITRE I. LES SOLUTIONS DU DROIT POSITIF**

Au sein des ordres juridiques sur lesquels nous nous penchons, deux mécanismes peuvent être distingués : celui, traditionnel d'analogie avec les conflits de lois dans le temps, en vigueur en France et en Grande Bretagne (Sous-titre I), et celui, inspiré de l'article 9 de l'UCC, du délai de survie, logiquement applicable dans les différentes provinces canadiennes (Sous-titre II).

#### **SOUS-TITRE I. ANALOGIE AVEC LES CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS**

Par "conflit mobile" on entend un changement de loi applicable au rapport de droit considéré du fait de la mobilité du critère de rattachement. En matière de sûretés mobilières, qui sont rattachées par principe à la loi du lieu de situation des biens grevés, se pose donc un problème de loi applicable dès lors que lesdits biens sont déplacés dans un Etat autre que celui où la garantie a été conclue. Faut-il soumettre intégralement celle-ci à l'une des lois réelles ou opérer un partage de compétences entre les différentes *lex situs* ?

De façon traditionnelle, c'est à cette seconde alternative que se rattachent la doctrine et la jurisprudence française (§1) et anglaise (§2).

##### **§1. En droit français.**

La doctrine dominante enseigne que la solution du conflit mobile doit être recherchée dans la transposition au plan international des principes du droit transitoire interne<sup>161</sup>. En effet, la similitude entre les deux situations est manifeste : dans les deux cas, il faut choisir entre deux lois qui se sont trouvées simultanément applicables au droit subjectif considéré. De ce constat, il est généralement déduit qu'il faut faire

---

<sup>161</sup> *Batiffol & Lagarde t.I, supra* note 80 au n°320; *Holleaux D, Foyer J., Geouffre de la Pradelle G., Droit International Privé*, Paris, Masson, 1987, à la p.620 [ci-après *Holleaux, Foyer, Geouffre de la Pradelle*]

application des principes dégagés par Roubier à partir de l'article 2 du code civil et consacrés en droit interne : non rétroactivité et application immédiate de la loi nouvelle<sup>162</sup>. Ainsi, le point de savoir si une sûreté a été constituée, transférée ou éteinte à un moment donné dépend de la loi de situation du bien à ce moment.

Cette suggestion n'a cependant pas convaincu l'intégralité des auteurs : certains soutiennent en effet que la solution du conflit mobile doit avant tout être recherchée dans la règle de conflit elle-même<sup>163</sup>. Lorsque le rattachement est susceptible de variation dans le temps, il faudrait lui apporter une précision temporelle à déduire des impératifs qui ont dicté son choix et non se contenter des principes retenus par le droit transitoire interne. La raison essentielle dictant cette idée est que le conflit de lois dans le temps et le conflit de lois dans l'espace sont deux problèmes bien distincts : tandis que le premier met en cause deux actes législatifs issus du même législateur national, le second oppose deux lois émanant de deux systèmes juridiques distincts. Dès lors, la suprématie de la loi nouvelle sur la loi ancienne perd toute son intensité.

A ceci, il est généralement répondu que ce n'est pas la considération de "bonté" de la loi nouvelle qui fonde la solution traditionnelle mais bien plutôt la nécessité d'unité de législation applicable à un rapport de droit considéré, sous peine d'aboutir à "une confusion inextricable dans les rapports juridiques"<sup>164</sup>. En l'espèce, l'emploi de ces principes devrait conduire à appliquer la loi nouvelle à la définition du contenu actuel des droits réels tout en maintenant les procédés d'acquisition et les effets passés sous l'empire de la loi ancienne.

Les motifs justifiant l'application de la loi nouvelle dans une mesure supérieure à la loi ancienne ont largement été développés par Gaudemet-Tallon dans sa note sous l'arrêt *Société DIAC*<sup>165</sup>. Elle soutient en effet que "la justification essentielle de la loi nouvelle est que cette loi doit assurer la sécurité des tiers. Le tiers qui passe un contrat portant sur un meuble doit pouvoir savoir facilement quelle loi régit le meuble: il est

---

<sup>162</sup> GAJDIP, *supra* note 5 commentaire de l'arrêt *Société Diac*, n°10.

<sup>163</sup> Voir par exemple Mayer P., *supra* note 93 à la p.164

<sup>164</sup> Roubier P., *Les conflits de lois dans le temps : théorie dite de la non-rétroactivité des lois*, Paris, Rec.Dalloz-Sirey, 1929-1933.

<sup>165</sup> Cass . civ.1<sup>e</sup>, 8 juillet 1969, JCP 1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon).

évident que la loi de situation actuelle du bien a alors tous les titres<sup>166</sup>. Par ailleurs, la loi nouvelle sera plus susceptible de coïncider avec la loi d'autonomie que la loi ancienne. En effet, la théorie de la localisation objective, applicable en cas d'absence de choix de loi, préconise comme indice le lieu d'exécution du contrat; or, en matière de sûreté mobilière, il est permis de penser que la plupart des litiges auront lieu relativement à la réalisation de ladite sûreté, à l'endroit où est situé le bien grevé.

Ainsi dans l'arrêt *Société DIAC*<sup>167</sup>, la Cour de Cassation a privé un établissement de crédit Allemand du bénéfice d'une sûreté (gage assorti d'une réserve de propriété) régulièrement établie en Allemagne, alors qu'aucun agissement répréhensible ne pouvait lui être reproché, sur le fondement que cette convention renfermait un pacte comissoire "prohibé par la loi française, seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens mobiliers situés en France".

Cette solution, critiquée par certains car faisant fi de la sécurité des cocontractants (voir Titre II. La remise en cause de la *lex rei sitae*), est généralement approuvée au motif qu'elle est la seule à pouvoir sauvegarder la sécurité des tiers. En raison de l'importance particulière que le droit français accorde à la possession mobilière, il est essentiel pour la sécurité du commerce mobilier que le statut du meuble dépende, non de sa localisation ancienne que les tiers ignorent, mais de sa localisation actuelle qui leur est seule connue. Entre les intérêts contradictoires des tiers et des contractants, le droit français donne préférence aux premiers car l'intérêt de la stabilité du commerce international est moindre que le besoin de sécurité juridique du commerce interne. En outre, il faut souligner que le déplacement du bien grevé n'entraîne pas automatiquement purge des droits réels constitués à l'étranger; simplement, ceux-ci ne pourront produire effet que si une articulation est possible avec la loi du pays d'importation, c'est à dire s'il existe une correspondance suffisante entre les deux systèmes<sup>168</sup>.

Ainsi, la sûreté constituée selon une loi étrangère, *lex situs* du bien au moment de sa constitution, devra être d'un type connu du droit français pour y être reconnue. Par ailleurs, la loi française, qui édicte un principe de *numerus clausus* relativement

---

<sup>166</sup> *ibid.*

<sup>167</sup> Cass. civ. I<sup>e</sup>, 8 juillet 1969, Rev. crit. 1971.75 (note Fouchard), Clunet 1970.916 (note Derruppé), JCP 1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon), GAJDIP n°49.

<sup>168</sup> Voir Titre II, Sous-titre I, §1: La théorie de l'adaptation.

ferme, s'opposera le plus souvent à ce qu'un mécanisme de garantie étranger aux conceptions fondamentales du droit français des sûretés soit doté d'effets quant à des biens situés sur son territoire<sup>169</sup>.

Batiffol et Lagarde citent à titre d'exemple une floating charge anglaise, qui, méconnaissant les caractéristiques du gage, ne pourra être reconnue sur des biens sis en France<sup>170</sup>.

## §2. Différences d'approche entre le système civiliste et celui de common law.

Il est généralement admis que la création de la sûreté est régie par la loi du lieu de situation du bien au moment où cette sûreté est constituée<sup>171</sup>. En revanche, dans l'hypothèse d'un déplacement du bien grevé dans un autre ordre juridique, les conceptions civilistes et de common law se distinguent.

En effet, tandis qu'en droit civil, le changement de situs implique nécessairement un changement de loi applicable au droit réel, la common law s'interroge sur la loi applicable au transfert du bien ou à sa saisie pour le compte des créanciers du débiteur<sup>172</sup>. Il est vrai que cette différence de conception est minime et qu'en pratique, le résultat sera le même dans la plupart des cas. Cependant, dans l'hypothèse où le bien aurait été déplacé dans un autre Etat où il n'aurait pas fait l'objet d'un transfert ou d'une saisie ( hypothèse du tiers acquérant un droit réel sur le bien grevé), l'approche de la common law est particulière en ce qu'elle pose comme principe qu'une sûreté régulièrement acquise sous l'empire de l'ancienne *lex rei sitae* doit être reconnue comme valide dans le nouvel Etat de situation " unless and until such title is displaced by a new title acquired in accordance with the law of the new situs"<sup>173</sup>. Ainsi, si le titre acquis dans le pays de situation nouvelle est reconnu comme primant celui conclu sous l'empire de la précédente loi de situation, ce dernier sera évincé. Cependant, dans

<sup>169</sup> *The Conflicts of Laws: A Comparative Study*, supra note 95 aux p.40 et s.

<sup>170</sup> Batiffol & Lagarde, t.II, supra note 80 à la p.178.

<sup>171</sup> Schilling T.J.R., " Some European Decisions on Non-Possessory Security Rights in Private International Law", (1985) 34 *Int'l & Comp.L.Q.* 87 à la p.91 [ci-après *Some European Decisions on non-possessory security rights*]

<sup>172</sup> Voir par exemple Clarkson C.M.V. & Hill J., *Jaffey on the conflicts of laws*, London, Butterworths, 1997 [ci-après *Clarkson & Hill*].

<sup>173</sup> Cette règle a été posée dès l'arrêt *Cammel c.Sewell*, supra note 85 et reprise par la jurisprudence postérieure, voir notamment *Winkworth c. Christie's, Manson and Woods Ltd.* (1980) Ch.496, (1980) 1 *All.Er.* 1121.; voir en doctrine Grodecki, supra note 80.

un effort d'unité du statut réel, les tribunaux anglais tendent à soutenir la sécurité du titre en soulignant le rôle de la *lex rei sitae* d'origine afin de protéger les droits du créancier garanti<sup>174</sup>. Ainsi, si le créancier acquiert valablement une sûreté sans dépossession dans le pays d'origine et que le constituant déplace ensuite le bien dans un autre Etat où il confère des droits concurrents à des tiers, les tribunaux de common law auront tendance à faire prévaloir le titre du premier créancier, même si celui-ci ne remplit pas les conditions requises par la loi de situation actuelle du bien en cause<sup>175</sup>.

Par ailleurs, la common law se montre dans le contexte d'un conflit mobile, plus favorable à la reconnaissance des institutions étrangères que ne peut l'être le droit français. Ainsi, contrairement à l'approche civiliste, qui requiert la conformité du droit antérieurement créé à la loi de l'Etat de reconnaissance, la common law admet la création de nouveaux droits réels, ceci du fait de l'absence de principe de *numerus clausus*<sup>176</sup>. Ceci, combiné avec les principes sus mentionnés, conduit à faire de la Grande-Bretagne un for nettement plus accueillant que la France quant aux sûretés conventionnelles créées sous l'empire d'une loi étrangère.

## **SOUS-TITRE II. LE DELAI DE SURVIE**

A titre préliminaire, il convient de souligner le progrès réalisé par le droit québécois (ceci par contraste avec le système civiliste) dans le sens d'une plus large reconnaissance des sûretés étrangères. Ainsi, les articles 3102 et s. CcQ n'emploient pas le terme d'"hypothèque", forme essentielle de sûreté de droit interne. Ils recourent en effet à la notion plus large de "sûreté" ("securities" dans la version anglaise) ce qui autorise à penser que la reconnaissance des garanties étrangères se fera d'autant plus facilement que seule sera prise en compte la fonction du mécanisme juridique en cause. La reconnaissance des sûretés étrangères se trouve ainsi considérablement facilitée puisqu'aucune adaptation de l'institution litigieuse n'est requise, contrairement à la conception prévalant dans le plupart des pays de droit civil telle la France; dès lors, ainsi que l'affirment Talpis et Trouly "The absence of equivalent security under the

---

<sup>174</sup> *Grodecki, supra note 80*

<sup>175</sup> *Mc Lean, supra note 87* à la p.318 et l'arrêt *Simpson c. Fogo* (1863) 1 H& M. 195

<sup>176</sup> *Some European Decisions on non-possessory security rights, supra note 171* à la p.94.

law where the property is actually situated, whether such situs is in Québec or elsewhere, should be irrelevant"<sup>177</sup>.

Les provinces canadiennes sur laquelle portent notre étude ( Provinces de PPSA et Québec), qui sont attachées au système d'enregistrement ont créé, à l'instar de leur voisin américain, ce "délai de grâce" ou "délai de survie" des sûretés afin de pallier aux difficultés nées de l'internationalisation de certaines situations. Ces difficultés ne se rencontreront que dans l'hypothèse où le droit du pays d'importation (la nouvelle *lex rei sitae*) ne connaîtrait pas de la sûreté en question et effacerait ainsi les droits préalablement acquis. En effet, ainsi que le rappelle Glenn relativement aux dispositions du CcQ<sup>178</sup> (mais la même remarque vaut pour les législations de PPSA) : " Le droit réel créé par la sûreté continuera d'être respecté dans le lieu de la nouvelle situation du bien, tant et si longtemps qu'il n'est pas effacé par la constitution de nouveaux droits réels par la nouvelle *lex situs*." Effectivement, tant l'article 3097 du Code que les articles 5 des différents PPSA donnent compétence à la *lex rei sitae* d'origine et s'engagent donc par là même à respecter les droits régulièrement acquis à l'étranger.

Pour la clarté de l'exposé, on s'attachera tout d'abord à donner un contenu au principe du délai de survie (§1) pour pouvoir ensuite prendre connaissance de la protection accordée à certains tiers (§2). On envisagera alors les deux difficultés majeures liées à ce mécanisme: la reconnaissance des sûretés non soumises à publicité dans leur pays d'origine (§3) et le rang devant être accordé aux créanciers étrangers (§4).

### **§1. Le principe du délai de survie.**

L'idée sous-jacente à ce mécanisme est que les solutions traditionnellement apportées au conflit mobile, tant en droit civil qu'en common law, produisent des résultats peu soucieux de la sécurité des cocontractants et que cette insécurité est particulièrement

---

<sup>177</sup>Talpis & Troulis, *supra* note 146 à la p.197.

<sup>178</sup>Glenn H.P., "Droit international privé" dans *La réforme du code civil - Priorités et hypothèques, preuve et prescriptions, publicité des droits, droit international privé et dispositions transitoires*, Sainte-Foy, Presses de l'Université de Laval, 1993.à la p.706 [ ci-après *Glenn H.P.*]

déplorable au sein d'un Etat fédéral<sup>179</sup>. Chaque province Canadienne est en effet considérée comme un Etat en droit international privé mais, pour autant, elles sont étroitement liées de par leur organisation politique et institutionnelle. Il apparaît donc cohérent que, dans le domaine du droit des sûretés mobilières, les droits du créancier bénéficiaire ne soit pas éteints dès lors que le bien grevé franchit une frontière "interne". En pratique, ce délai se traduit dans le droit du pays d'importation du bien par une période temporaire de perfection accordée à la sûreté constituée dans un autre Etat, période devant être utilisée par le créancier titulaire à des fins de publication de la sûreté sous peine de la voir qualifiée d'imparfaite, ceci rétroactivement jusqu'au moment de l'entrée dudit bien sur le territoire du tribunal saisi.

Ainsi l'article 3104CcQ dispose que:

"La sûreté qui a été publiée selon la loi de l'Etat où le bien était situé au moment de sa constitution sera réputée publiée au Québec, à compter de la première publication, si elle est publiée au Québec avant que se réalise la première des éventualités suivantes:

- 1° La publicité dans l'Etat où était situé le bien lors de la constitution de la sûreté cesse d'avoir effet;
- 2° Un délai de trente jours s'est écoulé depuis le moment où le bien est parvenu au Québec;
- 3° Un délai de quinze jours s'est écoulé depuis le moment où le créancier a été avisé que le bien est parvenu au Québec. (...)"

Et, de façon similaire, les législations se PPSA prévoient dans leurs articles 5<sup>180</sup>, que:

"La sûreté sur des objets, rendue opposable en vertu de la loi du ressort où se trouvent les objets au moment où la sûreté les greève mais avant leur entrée en [ Ontario, Alberta, Colombie-Britannique, Nouveau-Brunswick, Saskatchewan, Manitoba ou Territoire du Yukon] demeure opposable en [ Ontario, Alberta, Colombie-Britannique, Nouveau-Brunswick, Saskatchewan, Manitoba ou Territoire du Yukon] si un état de financement est enregistré en [ Ontario, Alberta, Colombie-Britannique, Nouveau-Brunswick, Saskatchewan,

---

<sup>179</sup>North P., *Private International Law-Problems in Common Law Jurisdictions*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993. Aux p.195 et s.[Ci-après *North P.*]

<sup>180</sup>*Lois de PPSA, supra note 33.*

Manitoba ou Territoire du Yukon] avant l'entrée des objets ou si la sûreté est rendue opposable en [ Ontario, Alberta, Colombie-Britannique, Nouveau-Brunswick, Saskatchewan, Manitoba ou Territoire du Yukon]:

a) dans les soixante jours qui suivent l'entrée des objets en [ Ontario, Alberta, Colombie-Britannique, Nouveau-Brunswick, Saskatchewan, Manitoba ou Territoire du Yukon];

b) dans les quinze jours qui suivent celui où le créancier garanti est avisé de l'entrée des objets en [ Ontario, Alberta, Colombie-Britannique, Nouveau-Brunswick, Saskatchewan, Manitoba ou Territoire du Yukon];

c) avant la date à laquelle la sûreté n'est plus opposable en vertu de la loi du ressort où se trouvaient les objets au moment où la sûreté les a grevées, selon la date d'opposabilité qui est antérieure aux deux autres. [...]"

Une illustration de ce délai de survie peut être fournie par l'arrêt *Re Adair* rendu par la Cour d'Appel de l'Ontario en 1985<sup>181</sup>. Dans cette affaire, un créancier, GMAC, détenait une sûreté sur une voiture, valable et opposable en Floride. Le 21 avril 1983, le propriétaire du véhicule transféra celui-ci en Ontario sans en informer GMAC; cinq jours plus tard, le propriétaire fit faillite et le 4 juin suivant, GMAC reçut un avis de faillite. Le 28 juin, GMAC enregistra en Ontario un avis de sûreté.

Le problème soulevé devant les juridictions Ontariennes était ainsi le suivant: qui, de GMAC ou du syndic de la faillite, avait priorité sur le véhicule?

En l'espèce, la Cour d'Appel conclut que le syndic avait priorité étant donné que GMAC n'avait pas respecté le délai d'enregistrement prévu par l'article 7.2 de l'ancienne Loi sur les sûretés mobilières, aujourd'hui l'article 5.2 de la *Loi sur les sûretés mobilières*. En effet, GMAC -le créancier- n'avait pas respecté le délai de 60 jours suivant l'entrée du véhicule en Ontario (soit au plus tard le 21 juin) non plus que celui de 15 jours suivant l'avis reçu du syndic (soit au plus tard le 19 juin). Or, il devait procéder à l'enregistrement dans le "plus court de ces délais" donc au maximum le 19 juin. Si cette formalité avait été réalisée dans les délais impartis par la loi, GMAC aurait eu priorité sur le syndic.

On le voit, au libéralisme du droit nord-américain qui adopte une approche fonctionnelle des sûretés mobilières répond une nécessité de publication des droits, seule à pouvoir assurer la protection de tous les intérêts en cause.

Ainsi que le révèle la lecture des textes, si le principe du délai de survie est commun aux législations de PPSA et au droit québécois, il apparaît néanmoins que les délais ne sont pas les mêmes. En effet le délai de trente jours du droit québécois est rallongé à soixante. Or, ce délai, considérablement plus court que celui en vigueur dans les provinces de PPSA et aux Etats-Unis (4 mois), suscite la critique de certains. En effet, non seulement il impose en soi aux créanciers étrangers un délai nettement plus bref (ce qui aura souvent comme effet en pratique que ceux-ci n'auront pas le temps de publier leur sûreté à temps), mais, couplé au fait que cette règle ne s'applique pas à l'acheteur acquérant un bien dans le cours habituel des affaires du constituant (voir §2), il peut être interprété par certains comme clairement constitutif d'une discrimination en faveur des créanciers et acheteurs locaux<sup>182</sup>.

## **§2. La protection particulière de certains tiers.**

Une protection particulière est accordée par le droit Québécois au tiers acquéreur: ainsi, même si la sûreté est publiée dans le délai, elle n'est pas opposable à l'acheteur qui acquiert le bien dans le cours des activités du constituant (article 3104 al.5). Dès lors, si le bien grevé est vendu par le débiteur dans le cours de ces activités, à une personne autre qu'un consommateur, avant que le créancier ait publié sa sûreté dans les délais impartis, celui-ci perd ses droits sur le bien.

Concernant les consommateurs, la règle applicable en principe est celle de l'article 3102, soit l'application de la *lex situs* à la validité, à la publicité et aux effets de la sûreté. Cependant, le vendeur étranger qui contracte avec un consommateur québécois s'expose au jeu de l'article 3117 qui réserve l'application des dispositions impératives (Loi sur la protection du consommateur<sup>183</sup>) du droit québécois en la matière. Ainsi, si, dans un contrat de consommation, figure un *electio juris* en faveur d'une loi étrangère, celui-ci se verra néanmoins supplanté par les dispositions protectrices du consommateur (loi de police) qui réside dans la province du Québec, ceci dans une

---

<sup>181</sup> *Re Adair*, [1985] 4 P.P.S.A.C.262. (Ont.C.A.)

<sup>182</sup> *Talpis & Troulis*, *supra* note 146 à la p.203

trois type de circonstances<sup>184</sup>. Les conséquences de l'application de ces dispositions impératives auront un coût certain pour le cocontractant du consommateur, qui sera ainsi peu enclin à stipuler dans le contrat une sûreté non conforme aux exigences de la loi sur la protection du consommateur<sup>185</sup>.

Dans les législations de PPSA<sup>186</sup>, les acheteurs et locataires de bonne foi sont également protégés. Si ceux-ci acquièrent ou louent un bien dans une province sans avoir connaissance de la sûreté l'ayant grevé (et donc régulièrement publiée) préalablement dans un autre Etat, leurs droits primeront ceux du créancier garanti<sup>187</sup>. L'idée sous-tendant cette règle est que les acheteurs et locataires potentiels d'un bien en possession du débiteur doivent pouvoir se fonder sur les registres à titre d'enregistrement pertinent des sûretés sur les biens en question.

Ainsi dans la décision rendue par la Cour de l'Alberta dans l'affaire *Holland c. Chrysler*, il fut décidé que les droits de l'acquéreur de bonne foi ayant acheté un véhicule en Alberta tandis qu'il avait antérieurement été grevé d'une sûreté en Ontario devaient primer sur ceux du titulaire de la sûreté<sup>188</sup>.

### **§3. La reconnaissance des sûretés étrangères non soumises à publication dans le pays de leur constitution.**

Quelles que soient les variations du droit canadien relativement au délai de survie, il est permis de s'interroger sur la réponse apportée par ce type de législations aux litiges mettant en cause une sûreté régulièrement créée dans un pays où la publicité n'est pas requise, telle une clause de réserve de propriété de droit français ou de droit anglais.

---

<sup>183</sup>L.R.Q., c.P.40.1

<sup>184</sup>l'article 3117 CcQ précise en effet ces circonstances:"[...] si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encoé, si la commande de ce dernier y a été reçue. Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par le cocontractant à se rendre dans un état étranger afin d'y conclure le contrat[...]"

<sup>185</sup>Grenon A., "Major differences between PPSA legislation and security over moveables in Quebec under the new civil code", (1996) 26 Can.Bus.L.J.391 à la p.413 [ci-après *Major differences between PPSA and CcQ*]

<sup>186</sup>*Lois de PPSA, supra* note 33, article 5.

<sup>187</sup>Le droit Ontarien (article 5.2) est ici plus restrictif que celui en vigueur dans les autres provinces en ce qu'il n'accorde cette protection qu'aux acheteurs et locataires ayant acquis ou loué le bien du débiteur à titre de bien de consommation.

<sup>188</sup>*Holland c. Chrysler Credit Canada Ltd.*, (1993) 134 Alb.R. 130.

La doctrine Québécoise<sup>189</sup> estime que si aucune publicité n'est requise par la loi étrangère applicable, il suffit que la sûreté soit publiée au Québec lorsque le bien y est déplacé pour que les effets de cette publicité rétroagissent jusqu'à la création de la sûreté à l'étranger. De même, l'éminent commentateur de la plupart des législations de PPSA, Cumming, déduit notamment de l'article 7.6 de la Loi de Colombie-Britannique que le créancier titulaire d'une sûreté sur un bien couvert par l'article 7 devra enregistrer ladite sûreté en Colombie-Britannique ( et dans toutes les provinces ayant des dispositions analogues) si, au moment où elle est créée, le constituant était situé dans un ressort dont la loi ne prévoyait pas de publicité pour ce type de garantie<sup>190</sup>.

On le voit, l'exigence de publicité ne souffre à priori d'aucune exception et les exportateurs étrangers doivent s'y plier dans les mêmes conditions que les opérateurs locaux. Cependant, les problèmes liés au rang des créanciers permettent de nuancer quelque peu cette opinion.

#### **§4. Le rang des créanciers.**

Une autre difficulté pouvant surgir de la confrontation de l'ordre juridique Canadien avec d'autres systèmes à l'occasion d'un litige donné réside dans le rang devant être attribué au créancier étranger ayant régulièrement publié sa sûreté dans le ressort du tribunal saisi.

Traditionnellement, ce type de problème est résolu en recourant à la *lex fori*, comme n'importe quelle question procédurale. Dans le CcQ, les articles 3102§2 et 3105§2 prévoient que la publicité et ses effets sont régis par la loi de situation actuelle ou du domicile actuel du constituant et il est permis d'en déduire que le rang des créanciers est couvert par ces dispositions<sup>191</sup>. Etant donné qu'en pratique, les actions intentées en vertu d'un contrat de sûreté le seront au lieu de situation actuelle du bien dans le contexte d'un conflit mobile (hypothèse la plus fréquente), on peut affirmer que le Code confirme l'opinion dominante rattachant les questions de procédure à la loi du tribunal saisi.

---

<sup>189</sup>Voir par exemple: *Talpis & Troulis, supra* note 146 à la p.204; *Glenn H.P., supra* note 178 à la p.861.

<sup>190</sup>*BC P.P.S.A. Handbook, supra* note 89.

<sup>191</sup>*Talpis & Troulis, supra* note 146 à la p.204

Dans les provinces de PPSA, les règles de conflit contenues dans les diverses législations ne contiennent pas de disposition propres à la matière procédurale. C'est ainsi la jurisprudence qui a comblé ce vide en édictant qu'en matière de biens corporels, les règles de procédure sont celles applicables au lieu où les biens sont situés au moment du litige et qu'en matière de meubles incorporels, cette loi sera la *lex fori*<sup>192</sup>.

Une illustration de ces dispositions est fournie par la décision rendue par les tribunaux de l'Alberta dans l'affaire *Canada Deposit*<sup>193</sup>. En l'espèce, la Banque Commerciale du Canada (la BCC) avait accordé au Canada une sûreté (*security interest*) à la Banque du Canada sur son portefeuille d'emprunts en devises étrangères. Ledit portefeuille regroupait tous les prêts consentis par l'agence californienne de la BCC dont les remboursements étaient eux-mêmes garantis par un certain nombre de sûretés. Il fut admis que tous les collatéraux de ces prêts étaient physiquement localisés en Californie et que la Banque du Canada n'avait pas "perfectionné" sa sûreté en Californie.

Le problème qui se posait alors était de déterminer les champs de compétence respectifs des lois Californienne et Canadienne (ici la loi de PPSA de la province de l'Alberta) pour pouvoir décider en vertu de quelle loi devait être organisées les questions de priorité des créanciers concurrents sur le portefeuille grevé.

Pour répondre à cette question, la Cour s'est attachée à définir les contours de la notion de "validité" d'une sûreté. Il fut ainsi décidé que si la loi Californienne, *lex situs* des biens grevés au moment de la création de la sûreté, devait régir la validité de la sûreté, celle-ci voyait se compétence limitée aux questions touchant aux conséquences de la non-perfection vis à vis des créanciers intéressés.

---

<sup>192</sup>On peut néanmoins citer un arrêt Ontarien, semble-t-il isolé, qui avait donné un rôle majeur à la *lex situs* (loi anglaise en l'espèce) pour décider de la question de priorité entre créanciers concurrents. Le raisonnement suivi par le juge dans cette affaire était séduisant en ce qu'il parvenait à donner plein effet à une *floating charge* anglaise aux dépens du titulaire d'une sûreté canadienne valablement enregistrée postérieurement à la charge anglaise. Cependant, les conséquences d'une telle décision étant en mesure de remettre en cause tout le système sur lequel repose les législations de PPSA, il semble qu'elle n'ait pas été suivie par la jurisprudence postérieure : voir *Re CA Kennedy Co Ltd. And Stibb Monks Mtd. c. Dorothea Knittings Mills Ltd.*, (1976) 74 DLR (3rd)

<sup>193</sup>*Re Canada Deposit Insurance Corp. c. Canadian Commercial Bank*, (1995) 121 DLR (4th) 360.

La loi de l'Alberta, *lex fori*, constitue en revanche de la loi applicable aux questions relatives à la détermination des rangs respectifs des créanciers concurrents sur le patrimoine de la BCC.

## ***TITRE II. LA REMISE EN CAUSE DU RATTACHEMENT A LA LEX REI SITAE***

Le point de départ de la remise en cause du rattachement traditionnel prend place dans un constat comparatiste fort simple: comment expliquer que, tandis que tous les droits internes visent à préserver la sécurité des transactions et donc des cocontractants, cette exigence ne se retrouve pas au niveau des règles de droit international privé français et de *common law*, les intérêts des tiers étant systématiquement avancés au soutien du principe de rattachement à la loi de situation des biens?

C'est à cette contradiction entre les règles internes et les règles de conflit de lois que répondent les diverses thèses souhaitant, sinon un abandon définitif de la *lex situs*, du moins une correction de ses effets dans le sens d'une plus grande protection des intérêts des cocontractants.

### **SOUS-TITRE I. INADAPTATION AUX BESOINS DU COMMERCE INTERNATIONAL: LES INSUFFISANCES DE LA THEORIE DE L'ADAPTATION**

#### **§1. La théorie de l'adaptation.**

La règle de conflit traditionnelle, qui réside en l'application successive des *lex rei sitae* est fréquemment accusée de mal fonctionner. En effet, pour être efficace, cette règle, nécessite que le droit réel en cause (existant sous l'ancienne *lex situs*) soit connu de la nouvelle *lex situs*<sup>194</sup>.

C'est précisément cette compatibilité que s'efforce de rechercher la théorie dite "de l'adaptation" ou de "l'équivalence des institutions". Pour reconnaître dans un ordre juridique donné un droit ayant été régulièrement créé à l'étranger, l'Etat "de réception" va tenter d'assimiler l'institution étrangère aux catégories du *for* en essayant de trouver

---

<sup>194</sup>Kreuzer K., "La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères", (1995) RCDIP.465.[ci-après *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères*]

les caractéristiques communes entre les deux systèmes, ceci afin de soumettre la sûreté étrangère au régime national de l'institution qui lui est équivalente<sup>195</sup>. Mais, ainsi que l'écrivent Ancel et Lequette: "Encore faut il qu'existe une telle communauté de conception entre les deux législations. En son absence, le droit réel s'éteindra ou, pour le moins, sera suspendu jusqu'au retour du bien dans son pays d'origine"<sup>196</sup>.

En réalité, les conséquences des solutions dégagées en matière de conflit mobile (non rétroactivité et application immédiate de la loi de situation actuelle), même tempérées par un certain effort d'adaptation, sont souvent désastreuses en droit français. De fait, les solutions dégagées ne refusent pas réellement la reconnaissance de sûretés étrangères sur un pur défaut d'équivalence des institutions: c'est bien plutôt "la constatation que les biens situés en France ne sauraient faire l'objet d'une sûreté d'un genre différent de celles prévues par le droit français"<sup>197</sup> qui génère cette hostilité manifeste. Le principe de *numerus clausus*, bien qu'atténué dans certains cas (cf *infra*: l'exemple du *trust*), rejaillit dans d'autres pour s'opposer à la reconnaissance<sup>198</sup>.

Ainsi, par exemple si le droit français connaît certaines sûretés "globales" comme le nantissement de fonds de commerce, il n'admettra pas forcément de reconnaître une institution ayant le même objectif comme la *floating charge* connue par les pays de *common law*.

Ainsi, lorsque la Cour d'Appel de Paris a eu à statuer sur la reconnaissance d'une décision anglaise rendant exécutoire à l'encontre de sommes situées en France une *floating charge*, elle a refusé cette reconnaissance au motif que la décision anglaise avait cessé d'être exécutoire du fait de la cristallisation de la charge<sup>199</sup>. De cette décision, rendue il est vrai en matière d'exequatur des jugements étrangers, il est déduit par l'éminent commentateur qu'il "est à peu près certain que la *floating charge* est privée de tout effet sur des biens corporels situés en France"<sup>200</sup>. Le nantissement

---

<sup>195</sup>Voir pour l'exemple du droit anglais: *Grodecki, supra* note 80.

<sup>196</sup> *GAJDIP, supra* note 5 à la p.387

<sup>197</sup> *GAJDIP, supra* note 5 à la p.388

<sup>198</sup>Voir les arrêts de principe en la matière qui opposent le droit français aux droits allemands et néerlandais:

Req. 24 mai 1933, S.1935.I.253 (note Batiffol), *Rev.Crit.*1934.142 (note J.P.N.), *Cass.Civ.*1<sup>è</sup>, 8 juillet 1969, *JDI* 1970.916 (note Derruppé), *RCDIP* 1971.75 (note Fouchard), *JCP* 1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon), *GAJDIP* n°49 et *Cass.civ.*1<sup>ère</sup>, 3 mai 1973, *RCDIP* 1974.100 (note Mezger), *JDI* 1975.74 (note Fouchard).

<sup>199</sup> Paris, 19 janvier 1976, *RCDIP* 1977.126 (note Lagarde).

<sup>200</sup> Lagarde P., note sous Paris, 19 janvier 19976, *RCDIP* 1977.126

de fonds de commerce précédemment cité ne correspond pas en effet véritablement à ce type de charge<sup>201</sup> et les divergences entre ces deux institutions apparaissent trop importantes pour que la théorie de l'adaptation trouve ici une application satisfaisante. Par ailleurs, même si elle était reconnue en France, cette charge ne pourrait être opposable aux tiers car la publicité prévue par le droit anglais n'est pas suffisante pour avertir les tiers français. Une fois de plus, seul un mécanisme de publicité internationale – avec toutes les difficultés qui y sont liées- permettrait de remédier à cette situation ( voir Chapitre Troisième). Il apparaît donc clairement ,au vu des décisions portant sur la reconnaissance des sûretés étrangères, que la divergence des droits nationaux est souvent telle que cette compatibilité est inexistante. Par ailleurs, au sein de la famille civiliste, le caractère limitatif des droits réel marque une opposition supplémentaire à la reconnaissance.

Entre la sécurité des cocontractants et celle des tiers, la solution traditionnelle du conflit mobile, combinée à la théorie de l'adaptation, a opté pour celle des seconds. Or, cette solution apparaît largement discutable dans le contexte d'une internationalisation croissante des échanges: les transactions internationales ont un coût certain nécessitant par là même un financement qui ne se trouvera accordé que si des garanties suffisantes permettent de sécuriser le créancier.

## **§2. Les conséquences de la théorie de l'adaptation.**

### **A. Remise en cause du dogme**

La doctrine a ainsi depuis quelques années remis en cause le rattachement des sûretés mobilières à la *lex rei sitae*. Trois critiques essentielles peuvent en effet être formulées à l'encontre de cette règle de conflit:

- Tout d'abord, on peut affirmer que le dogme du rattachement territorial ne se justifie pas en matière mobilière. Effectivement, la loi réelle ne permet pas de garantir la sécurité des tiers et des contractants de façon convaincante car le bien en cause est par essence mobile. Or, on l'a vu, toute la difficulté en la matière naît de l'hypothèse

---

<sup>201</sup> Le nantissement de fonds de commerce a en effet une assiette beaucoup plus étroite qui exclut les marchandises et les choses futures.

de conflit mobile et toutes les décisions étudiées portent sur ce type d'hypothèse. Comment dès lors adopter un rattachement ne prenant pas en compte cette possibilité de déplacement du bien grevé? Il est ainsi clair que les arguments en faveur de *lex situs* en matière immobilière ne se retrouvent plus en matière mobilière.

- Par ailleurs, le rattachement à la loi réelle dans ce domaine conduit bien souvent à des situations instables et fortuites qui, dans de nombreux cas, conduisent à des solutions contraires à l'intérêt des parties. Admettre l'application sans réserve de la *lex situs* ( la position des droits français et anglais est ici spécialement mise en cause) revient en pratique à nier un quelconque effet aux sûretés régulièrement constituées à l'étranger par deux parties qui avaient un intérêt certain à l'opération en cause. En anéantisant les effets des mécanismes de garanties présentant un élément d'extranéité, on prive un créancier prêteur de deniers de la possibilité de recouvrer les sommes engagées et on favorise le constituant malhonnête qui déplace le bien pour éviter de se le faire saisir. On ne peut dès lors que déplorer les solutions du droit positif qui nourrissent par leur inadaptation aux besoins du commerce moderne les reticences des créanciers à s'engager dans des opérations internationales, synonymes dans ces conditions d'un "risque de crédit maximum".

Pour illustrer cet aspect fondamental de la remise en cause de la *lex rei sitae* en matière de sûretés mobilières, il suffit de considérer les résultats auxquels ont abouti la plupart des arrêts de principe rendus en la matière.

## **B. Conséquences en droit Français**

Ainsi, en droit Français, l'arrêt *Kantoor de Maas* a décidé dès 1933<sup>202</sup> que la convention de gage régulièrement passée en Allemagne relativement à des véhicules automobiles, qui , au moment du litige, se trouvaient en France, renfermait "un pacte comissoire prohibé par la loi française". Une trentaine d'années plus tard, la Première Chambre civile dans l'arrêt *DIAC*<sup>203</sup> reprend la même solution déclarant la garantie allemande illicite en France du fait de la prohibition du pacte comissoire et

---

<sup>202</sup>Req. 24 mai 1933, D.1933.378, S.1935.1.257 (note Batiffol), RCDIP 1934.142 (note J.P.N.), JDI1935.381 (note J.P.)

<sup>203</sup>Cass.civ .1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, RCDIP 1971.75 (note Fouchard), JDI 1976.916 (note Derruppé), JCP.1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon).

la même chambre en 1973<sup>204</sup> dénie une fois encore tout effet en France à une sûreté régulièrement créée aux Pays-Bas. Toutes ces décisions sont fondées sur le motif que "la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens mobiliers situés en France" et toutes aboutissent à une solution privant le créancier de protection tant que le bien grevé se trouve sur le territoire français.

### **C. Conséquences en Common Law.**

En common law, les injustices issues de l'application stricte de la lex situs peuvent être illustrées par une décision, relativement ancienne mais qui continue de faire autorité, rendue dans l'affaire *Liverpool Marine*<sup>205</sup>.

En l'espèce, un bateau anglais avait été régulièrement grevé d'un "mortgage" en Angleterre par un constituant anglais au profit d'un créancier de même nationalité. Le bateau fut ensuite conduit à la Nouvelle-Orléans où il fut l'objet d'une saisie par d'autres créanciers impayés du constituant. Afin d'éviter la vente judiciaire du bateau par les tribunaux de la Nouvelle-Orléans, le titulaire du mortgage indemnisa les créanciers saisissant à hauteur des créances qu'ils détenaient à l'encontre du constituant. De retour en Angleterre, il attaqua lesdits créanciers afin de récupérer les sommes engagées. Au soutien de sa demande, il se fondait bien entendu sur son contrat de mortgage qui lui conférait un droit réel sur le bateau et à ce titre, une priorité sur les créanciers saisissants.

Faisant une application stricte de la règle de conflit donnant compétence à la lex situs, les tribunaux anglais donnèrent raison aux créanciers saisissants. Ceux-ci n'étant pas cocontractant du titulaire du mortgage, ils étaient en droit de recourir au droit et aux procédures offertes par la lex situs du bateau, c'est à dire par la loi de la Nouvelle-Orléans.

A la lecture d'une telle décision, on ne peut que s'interroger sur l'efficacité réelle d'une sûreté grevant un meuble par essence mobile. Il aura en effet suffit aux créanciers saisissant que le bateau soit déplacé dans un ressort leur permettant d'arriver à leurs fins pour que le contrat de mortgage valablement conclu en Angleterre soit privé de toute efficacité.

---

<sup>204</sup> Cass.civ.1ère , 3 mai 1973, RCDIP 1974.100 (note Mezger), JDI 1975.74 (note Fouchard).

<sup>205</sup> *Liverpool Marine Credit Co c. Hunter*, (1867) LR 4 Eq 62.

Une fois de plus, la *lex situs* révèle ses carences en matière mobilière et on ne peut que s'indigner devant cet état de fait.

## **SOUS-TITRE II. LES THESESES ET LEURS APPLICATIONS EN DROIT POSITIF EN FAVEUR DE L'APPLICATION DE LA LOI D'AUTONOMIE.**

L'inadaptation du rattachement à la *lex rei sitae* en matière mobilière a surtout été soulevée par la doctrine dans les hypothèses de conflit mobile, c'est à dire du fait du changement de loi applicable au meuble et aux droits le grevant suite à son déplacement dans un autre ordre juridique que celui d'origine. Afin d'éviter les difficultés rencontrées en matière de reconnaissance de sûretés étrangères tout en prenant en compte tous les intérêts en jeu<sup>206</sup>, diverses propositions ont été formulées dont certaines, on le verra ont rencontré un accueil favorable dans certains ordres juridiques nationaux.

Toutes ces propositions visent à faire admettre plus largement l'autonomie de la volonté mais, tandis que certains la limitent au choix de la loi du pays de destination des biens grevés (§1), d'autres lui confèrent un sens plein (§2).

### **§1. L'autonomie limitée à la loi de destination.**

On pourrait en effet songer à supprimer le conflit mobile à travers le choix de l'une des *lex rei sitae*.

En élisant la loi de l'état de destination, on permet aux parties d'anticiper le déplacement prévu du meuble (meuble destiné à l'exportation). De fait, les Etats-Unis, les provinces Canadiennes ayant adopté des lois de type PPSA et le Code Civil du Québec (article 3103) ont adopté cette possibilité.

Ainsi par exemple l'article 6(1) de la loi Ontarienne dispose que:

" (...) si les parties à un contrat de sûreté qui constitue une sûreté sur des objets dans un ressort conviennent, au moment où la sûreté grève les objets, que ceux-

---

<sup>206</sup> Juvet relève quatre catégories d'intérêts à prendre en considération lors de la formulation d'un nouveau rattachement en la matière: ceux du vendeur, de l'acheteur, du pays d'importation et de celui

ci seront gardés dans un autre ressort, et si les objets sont transportés dans cet autre ressort, à des fins autres que le passage en transit dans cet autre ressort, dans les trente jours qui suivent le moment où la sûreté les agrevés, la loi de cet autre ressort régit la validité, l'opposabilité et l'effet de l'opposabilité ou de l'inopposabilité de la sûreté."

De façon analogue, l'article 3103 CcQ édicte que:

"tout meuble qui n'est pas destiné à rester dans l'Etat où il se trouve peut être grevé d'une sûreté suivant la loi de l'Etat de sa destination; cette sûreté peut être publiée suivant la loi de cet Etat, mais la publicité n'a d'effet que si le bien y parvient effectivement dans les trente jours de la constitution de la sûreté".

A condition que le bien arrive dans les trente jours suivant la création de la sûreté dans l'Etat dont la loi a été sélectionnée, l'option offerte par les articles 3103 CcQ et 6(1) PPSA peuvent fonctionner<sup>207</sup>.

Il est à souligner que, contrairement aux provinces de PPSA et à l'UCC, le droit québécois ne précise pas ce qu'il faut entendre par "Tout meuble *qui n'est pas destiné à rester* dans l'Etat où il se trouve(...)". Dans les provinces de PPSA et aux Etats-Unis, cette règle est comprise comme signifiant qu'il y a eu connaissance des parties, au moment de la création de la sûreté, du fait que les biens seront conservés dans une autre juridiction<sup>208</sup>. Le texte de l'article 3103 étant desservi par ce manque de précision, il apparaît plus sûr pour l'instant pour le créancier garanti de créer et de publier sa sûreté en conformité avec les lois de l'Etat de situation originaire et de destination.

L'effet de ce type de dispositions est donc de permettre aux cocontractants d'opter pour la loi de l'Etat où le bien est destiné à être déplacé, cette loi régissant ab initio la sûreté.

---

d'exportation. Voir *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*, supra note 20 aux p.80 et s.

<sup>207</sup>Pour un exposé des difficultés soulevées par l'institution de ce délai de 30 jours, voir *Conflict of Laws Rules under the CCQ relating to Security*, supra note? A la p.201

<sup>208</sup>La version anglaise est sans doute plus claire: "understanding at the time of the security interest attaches that the goods will be kept in another jurisdiction"; voir *Talpis & Troulis*, supra note 146 à la p.201.

L'éminent commentateur de la majorité des législations de PPSA, Cumming, relève que ces dispositions revêtent une importance particulière en matière d'achats à crédit assortis de sûretés effectués dans des villes frontalières où l'acheteur, après avoir acquis le bien d'un côté de la frontière, le ramène chez lui ou sur son lieu de travail de l'autre côté de la frontière. Cependant, pour fonctionner, cette disposition nécessite que les parties comprennent ("understand") au moment de la constitution de la sûreté que les biens seront conservés dans une autre juridiction. Tel ne sera pas nécessairement le cas lorsque le vendeur a connaissance du fait que l'acheteur vit dans un autre Etat ou une province différente de celle où a lieu la vente. Il sera donc plus prudent pour le donneur de crédit de faire enregistrer sa sûreté dans le registre provincial et dans celui de la province adjacente<sup>209</sup>.

Cette alternative serait particulièrement utile en matière de réserve de propriété car pour les autres sûretés, la détermination de l'Etat de destination sera souvent délicate<sup>210</sup>.

Cette solution, séduisante par la simplicité qu'elle introduirait, se heurte néanmoins à quelques obstacles pour le moins fondamentaux dans les conditions d'unification qui sont celles des droits matériels aujourd'hui. Effectivement, ainsi que le relève Kreuzer<sup>211</sup>, cette règle pour fonctionner, nécessite que soient remplies trois conditions:

- Tout d'abord, il faut que les tribunaux de l'Etat de destination appliquent leur propre droit matériel, c'est à dire que les règles de conflit des pays d'importation et d'exportation coïncident (afin d'éviter un renvoi).

- Ensuite, il est nécessaire que le droit matériel de l'Etat de destination connaisse de la sûreté en question.

- Enfin, il faut que l'Etat de destination autorise que les conditions posées par son droit quant aux modalités de constitution de la sûreté soient remplies avant l'entrée du bien sur son territoire.

Il est à noter qu'en droit français, même dans l'hypothèse rare où ces conditions seraient toutes réunies, le bien pourrait ne bénéficier d'aucune sûreté dans les pays de transit et dans le pays d'exportation.

---

<sup>209</sup> *BC P.P.S.A. Handbook*, supra note 89, à la p.90.

<sup>210</sup> *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères*, supra note 194 à la p.488

<sup>211</sup> *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères*, supra note 194 à la p.488

## **§2. L'autonomie élargie à la loi de la source.**

La limite, essentiellement doctrinale, à l'application systématique de la *lex rei sitae*, réside en son aspect mécanique et peu soucieux de la réalité des situations de fait ainsi que de la prévisibilité des parties. Par ailleurs, la soumission des sûretés conventionnelles à la loi d'autonomie aurait l'avantage d'éviter le problème du conflit mobile et d'éviter la difficile distinction entre statut contractuel et statut réel pour une même question<sup>212</sup>.

### **A. LES PARTISANS DE LA LOI D'AUTONOMIE**

On distinguera ici entre les thèses prônant l'autonomie de la volonté en matière de sûretés mobilières de source conventionnelle en général (1) de celles qui se sont concentrées sur le problème particulier de la clause de réserve de propriété (2).

#### ***1. Les thèses en faveur de l'application de la loi de la source.***

A l'origine de toutes les thèses en faveur de l'application de la loi d'autonomie, on retrouve deux préoccupations essentielles: éviter le conflit mobile et éviter le délicat partage de compétence entre statuts réel et contractuel. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, le conflit mobile est inhérent au rattachement à la *lex rei sitae* en ce qu'une telle règle de conflit ne prend pas en compte le caractère mobile des biens considérés. Quant à la frontière entre statut réel et contractuel, la formulation de Baer résume parfaitement la difficulté pouvant en surgir: "(...) since many contractual issues in the sale of goods are presumptively linked with the passing of title, this distinction would be hard to draw and could lead to some anomalous results involving incidental questions and false conflicts<sup>213</sup>". En toute hypothèse, il apparaît difficile de justifier pour cette partie de la doctrine, l'application de la *lex situs* aux rapports inter partes dans la mesure où l'argument de protection des tiers, qui fonde la compétence de la loi réelle, ne se retrouve pas ici.

---

<sup>212</sup> *The Recognition of non possessory interests created abroad in PIL, supra note 141.*

<sup>213</sup> *Private International Law in Canada, supra note 87 à la p.647.*

La première véritable tentative d'application de la loi d'autonomie en matière de droits réels fut 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"<sup>214</sup>. Le principe nous intéressant ici et qui était au coeur des dispositions conventionnelles était celui de séparation entre les rapports inter partes et des rapports avec les tiers. En substance, il était prévu que, tandis que les relations entre les parties seraient soumises à la *lex contractus*, celles avec les tiers seraient régies par le *lex rei sitae*. L'idée était séduisante mais n'a pas rencontré beaucoup de réactions favorables<sup>215</sup>: cette convention est ainsi restée lettre morte. En effet, le droit de propriété, qui est traditionnellement considéré comme le plus absolu des droits réels, ne pouvait s'accomoder d'un tel dépeçage. Comment accepter qu'un même rapport de droit puisse être soumis à deux lois différentes lorsque des impératifs de sécurité juridique sont en jeu? L'imbroglie résultant d'une telle mixité de régimes est ainsi apparu suffisamment contradictoire avec les concepts fondamentaux de la plupart des ordres juridiques intéressés au projet que celui-ci ne sert plus aujourd'hui qu'à des fins de critique doctrinale<sup>216</sup>.

C'est ainsi que la doctrine contemporaine s'est orientée vers des propositions plus réalistes, mettant de côté l'idée d'une distinction radicale entre rapports inter partes et rapports avec les tiers.

Gaudemet-Tallon fut la première à défendre, certes "avec la plus extrême prudence"<sup>217</sup>, l'application de la loi d'autonomie en matière de sûretés mobilières conventionnelles. Le point de départ de son raisonnement réside dans l'impossibilité de choix entre les lois de situation ancienne et nouvelle. Effectivement, si la première assure la sécurité des contractants, la seconde garantit celle des tiers. Dès lors, comment justifier le sacrifice de l'un de ces intérêts apparemment contradictoires en conférant une prépondérance à l'une des deux lois en cause? Force est donc de

---

<sup>214</sup>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", Conférence de la Haye, VIIIème session. Cette convention n'est jamais entrée en vigueur.

<sup>215</sup>Certains auteurs de common law admettent cependant cette idée de séparation: voir par exemple *Chesterman, supra* note 155.

<sup>216</sup>Sur la loi applicable au transfert de propriété, *supra* note 79 à la p.151.

<sup>217</sup>Cass . civ.1<sup>e</sup>, 8 juillet 1969, JCP 1970.II.16182 (note Gaudemet-Tallon).

rechercher une solution alternative, respectueuse des intérêts en présence. Prenant acte du fait que les arguments en faveur de la soumission des meubles à la loi réelle ont, de tout temps, été bien moins importants qu'en matière immobilière, ceci à cause de leur caractère mobile, elle propose de soumettre les sûretés mobilières à la loi d'autonomie. Au soutien essentiel de sa proposition, elle retient les progrès faits en matière de localisation des rapports contractuels qui confèrent désormais à la loi d'autonomie une certitude bien souvent supérieure à la loi réelle pour les parties intéressées. Le déplacement du meuble grevé confère en effet une insécurité certaine: les droits du créancier variant d'un pays à l'autre selon le lieu de déplacement du bien. A l'inverse, la plupart des pays reconnaissant aux parties la liberté de choix applicable en matière contractuelle, la sûreté serait de façon constante soumise à une loi unique, ce qui présenterait le double avantage de faire coïncider la loi applicable à la garantie et la loi du contrat et de supprimer le conflit mobile.

Dans ses écrits les plus récents, Mayer défend une certaine compétence de principe à la loi de la source tant au niveau de la création que du contenu des droits réels. Néanmoins, pour corriger les effets de celle-ci lorsqu'elle nuit à certains intérêts essentiels de l'ordre juridique concerné, il confère à la *lex rei sitae* un rôle de "loi de police". En réalité, les résultats concrets de sa position ne sont pas très différents de ceux du droit positif puisque, ainsi qu'il l'écrit lui-même: "La loi réelle s'oppose donc, en tant que loi de police, à l'acquisition du droit, si elle ignore la cause qui est à l'origine de celle-ci; elle le subordonne éventuellement à l'accomplissement de formalités; elle décide de sa date et de son caractère définitif<sup>218</sup>". On le comprend, l'intervention de la *lex situs* au titre de loi de police n'est pas très différente de sa compétence de principe consacrée traditionnellement: elle s'oppose, lorsque la protection des tiers et du système de crédit l'imposent, au droit réel régulièrement créé à l'étranger. La seule différence avec le droit positif est que, dans la proposition de Mayer, la compétence de principe accordée à la loi de la source amoindrit les nécessités de passer par un mécanisme d'adaptation de l'institution étrangère et confère ainsi plus de sécurité aux cocontractants. Néanmoins, en ce que la notion même de "loi de police" est relativement floue et qu'un tel caractère est bien souvent décidé sur

---

<sup>218</sup> Mayer P., *supra* note 93 à la p.421

une base casuistique, une certaine incertitude juridique peut planer sur les parties à un contrat de sûreté.

Khairallah <sup>219</sup>préconise quant à lui la soumission de la sûreté conventionnelle à la loi d'autonomie tout en admettant l'intervention de la loi réelle pour protéger les tiers dans la mesure où ceux-ci peuvent invoquer la jurisprudence Lizardi<sup>220</sup>. Au soutien de la soumission du contrat de sûreté à la loi d'autonomie, il fait valoir que celle-ci permettrait d'éviter le cumul (entre la *lex contractus* et la *lex rei sitae*) et le conflit mobile. Il souhaite dès lors que la constitution et les effets de la garantie (y compris ses conditions d'opposabilité) soient soumis à cette loi, qui pourrait être différente de celle régissant le contrat principal (source de la sûreté)<sup>221</sup>.

Le correctif de l'ignorance excusable de la loi étrangère serait donc mis en oeuvre à travers un rattachement subsidiaire à la loi réelle, ce qui permettrait, selon l'auteur, de faire correspondre le droit international privé des sûretés aux évolutions du droit interne<sup>222</sup>.

Pour pouvoir faire fonctionner l'exception issue de la jurisprudence Lizardi sans remettre en cause le principe de soumission à la loi d'autonomie (et donc ne pas mettre en danger la sécurité des cocontractants de façon injustifiée), Khairallah propose de faire peser sur les tiers une véritable obligation de renseignement pour les actes "importants" tandis que pour les actes de moindre importance, les exigences de bonne foi, d'absence d'imprudence et d'absence de légèreté constitueraient les conditions de mise en oeuvre de l'exception<sup>223</sup>.

Cette thèse est particulièrement intéressante en ce qu'elle satisfait à la sécurité des cocontractants sans pour autant sacrifier les intérêts des tiers. Les conditions de mise en oeuvre de l'exception étant encadrées strictement, la solution ici proposée constituerait une alternative intéressante aux solutions traditionnelles du droit français.

---

<sup>219</sup> Khairallah, *supra* note 76.

<sup>220</sup> Req. 16 janvier 1861, S. 61.1.305 (note Masé), D.P. 61.1.193.

<sup>221</sup> Khairallah, *supra* note 76 à la p.283.

<sup>222</sup> *ibid*, à la p.291

<sup>223</sup> *ibid*, à la p.292

Reprenant les idées développées par Kairallah, Melle Juvet se rallie également à la théorie de l'autonomie de la volonté en opérant un partage de compétence entre la *lex contractus* et la *lex situs*<sup>224</sup>. Elle propose ainsi un système selon lequel, en principe, le choix de loi opéré par les parties s'imposerait aux tiers mais tempère cette idée en posant qu'en cas de préjudice manifeste (lié à une hypothèse de forum shopping), lesdits tiers pourraient se prévaloir de la *lex rei sitae*, ceci par un simple recours aux notions traditionnelles d'abus de droit et d'ordre public international. Par ailleurs, la *lex situs* resterait compétente pour les actes d'exécution ayant lieu sur son territoire et pour les hypothèses d'acquisition par un tiers de bonne foi<sup>225</sup>. Elle propose également qu'en cas de volonté hypothétique des parties une présomption soit posée en faveur de la loi du pays de destination des biens grevés.

## **2. Le cas particulier des clauses de réserve de propriété.**

En droit anglais, le rôle conféré à la loi d'autonomie a pris tout son sens en matière de clause de réserve de propriété.

Il convient ici de revenir sur l'arrêt de principe rendu dans l'affaire *Romalpa*<sup>226</sup> ( que nous avons déjà abordé en droit anglais interne<sup>227</sup> ), relatif aux clauses de réserve de propriété insérées dans un contrat de vente internationale. En l'espèce, un contrat de vente de feuilles d'aluminium avait été conclu entre une société néerlandaise et une société britannique. Les conditions générales de vente, applicables à toute transaction entre les parties, prévoyaient dans leur treizième clause une réserve de propriété pouvant jouer au profit du vendeur tant que l'acheteur ne lui aurait pas réglé toutes les sommes dues et s'étendant aux biens fabriqués par l'acheteur à partir des matériaux vendus (clause de réserve de propriété étendue). Le Juge Roskill, analysant la clause néerlandaise régie par la loi du contrat de vente (loi néerlandaise applicable aux conditions générales sus-mentionnées) en dégage les caractéristiques essentielles: non transfert de propriété jusqu'à complet désintéressement du vendeur et report de la garantie sur les biens après transformation. Il en déduit donc que ce mécanisme contractuel joue le rôle d'une sûreté et la transpose en droit anglais afin de lui donner

---

<sup>224</sup> *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé, supra* note 20 aux p.111 et s..

<sup>225</sup> *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé, supra* note 20 à la p.115

<sup>226</sup> *Aluminium Industries Vaasen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd.* (1976) 1 WLR 676

<sup>227</sup> Voir Chapitre Préliminaire, Titre I, Sous-titre II.

plein effet. Ainsi, par le biais de la reconnaissance d'une sûreté étrangère, la position de la common law s'est clarifiée dans le sens d'une admission large des réserves de propriété.

Nombre d'auteurs ont consacré d'importants développements à la clause de réserve de propriété et à la loi qui lui est applicable en droit international privé français et parmi eux, Mayer<sup>228</sup> qui s'oriente clairement vers une soumission importante de ce type de clause à la *lex contractus*.

Sa démarche part d'un constat simple: cette garantie particulière se situe au carrefour du statut contractuel en ce qu'elle fait corps avec un contrat de vente international et du statut réel en ce que ledit contrat porte sur des biens meubles (et du droit de la faillite en ce que son efficacité se mesure, comme toute sûreté, à l'aune de la *lex concursus*).

L'origine de la proposition de Mayer réside dans la loi française de 1980 qui consacre l'opposabilité de la réserve simple de propriété à la masse des créanciers. En faveur de la soumission de la clause à la *lex contractus*, il relève que l'effet essentiel du contrat de vente est de transférer la propriété mais que l'indication du *moment* où ladite propriété sera transférée relève de la loi régissant le *principe* même du transfert. Ainsi, si les parties se mettent d'accord pour transférer la propriété à un instant donné, leur volonté doit être respectée, au moins dans les rapports inter partes. De surcroît, il note que la loi s'autonomie présente l'avantage indéniable de ne pas changer en cas de déplacement du meuble, ce qui permet de mettre le vendeur à l'abri de toute surprise.

## **B. LES CRITIQUES OPPOSEES A LA LOI D'AUTONOMIE**

### ***1. La violation du principe de numerus clausus.***

Les inconvénients majeurs de la loi d'autonomie face à la *lex rei sitae* tiennent tout d'abord à l'existence en droit français ( et dans de nombreux pays de tradition civiliste) d'un principe de *numerus clausus*. Conçu strictement, ce principe s'oppose radicalement à l'autonomie de la volonté en matière de droits réels dans la mesure où seuls les mécanismes connus par la *lex fori* ne sont reconnus par le tribunal français

saisi du litige. Néanmoins, il apparaît clairement à la suite des travaux menés essentiellement par Khairallah<sup>229</sup>, que l'acceptation contemporaine du *numerus clausus* se fait dans un sens beaucoup plus souple. Pour illustrer son propos, il cite notamment l'exemple du Trust, institution totalement inconnue du droit français et qui pourtant a réussi à passer le cap de l'équivalence des institutions et a conséquemment vu certains de ses effets reconnus en France<sup>230</sup>. Ainsi sa reconnaissance en jurisprudence est elle aujourd'hui fréquemment fondée sur sa non contrariété à l'ordre public et sur le fait que les tiers ont pu être informés de son existence.

Ainsi, si le principe de *numerus clausus* ne parvient pas véritablement à expliquer la prépondérance de la *lex rei sitae* sur la loi d'autonomie, on se rend compte qu'en revanche, celui de la protection des tiers y parvient.

## ***2. La nécessaire protection des tiers.***

Drobnig relève d'importantes objections au rattachement des sûretés à la loi de leur source, critiques qui présentent l'intérêt de ne pas être purement dogmatiques mais bien plutôt empreintes d'un certain pragmatisme<sup>231</sup>. Il fait en effet état du fait qu'en réalité, l'autonomie consentie aux parties serait illusoire en ce que, en pratique, le créancier bénéficie d'une position de force dans les négociations qui lui permettra de voir sa loi appliquée à l'opération. De surcroît, il rappelle que ni le créancier ni le débiteur ne sont en mesure de prendre en considération les intérêts des tiers, spécialement ceux des créanciers du débiteur qui sont familiers avec le rattachement à la *lex situs* ; la fonction protectrice traditionnellement attachée à cette loi se verrait ainsi niée par l'application de la *lex contractus*<sup>232</sup>. Enfin, sur un plan plus large, Drobnig mentionne l'importante probabilité que les Etats de situation du bien grevé ne consentiront pas à voir une loi étrangère s'appliquer : la nécessité d'unification des

---

<sup>228</sup> Mayer P., "Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980", JCP 1981.I.3019.

<sup>229</sup> Khairallah, *supra* note 76 aux p.207 et s.

<sup>230</sup> Ainsi, dès le siècle dernier, le tribunal civil de la Seine a admis la revendication des biens exercée en France par un Trustee au motif que le trust "n'avait rien de contraire à l'ordre public", voir: T.civ. 8 août 1888, cité par Khairallah, *supra* note 76 à la p.210.

<sup>231</sup> *The Recognition of non possessory interests created abroad in PIL*, *supra* note 141 .

<sup>232</sup> Voir Chapitre Premier, Sous-Titre II: Fondements de la solution-La prééminence du juridique sur le judiciaire.

droits matériels, ou a tout le moins des règles de conflit au niveau international serait donc le préalable à l'adoption du rattachement des sûretés conventionnelles à la loi de leur source.

On le voit, la soumission des sûretés mobilières conventionnelles à la loi d'autonomie ne va pas sans poser nombre de difficultés, les institutions, même fondées sur un dispositif contractuel régi par la loi d'autonomie, se heurtant aux conceptions rigides du droit des biens devant les tribunaux étatiques saisis du litige.

## CHAPITRE TROISIEME. LES SOLUTIONS DU DROIT UNIFORME

Ainsi que nous l'avons vu dans nos précédents développements, d'importantes différences existent entre les différents droits internes en matière de sûretés mobilières: tandis que certains participent d'un régime plus ou moins unifié (PPSA et Québec), d'autres conservent des sûretés spéciales, avec une place plus ou moins importante laissée à l'autonomie des parties.

Ces distinctions entraînent des clivages fondamentaux en matière de reconnaissance des sûretés, ce qui contribue à rendre la "circulation internationale" de celles-ci assez improbable. Partant, les coûts liés à tout investissement étranger se trouvent augmentés du fait de l'incertitude liée à la reconnaissance des droits des créanciers sur des biens localisés à l'étranger ou pouvant être englobés dans une procédure de faillite étrangère.

C'est pour remédier à cette situation de fait que certaines conventions internationales ont été élaborées dans les années récentes<sup>233</sup>. On s'aperçoit, à la lecture des différents travaux de recherche effectués en la matière par d'éminents auteurs que, tandis qu'il y a vingt ans, l'harmonisation internationale du droit des sûretés relevait de la quasi utopie<sup>234</sup>, celle-ci semble désormais de plus en plus réelle<sup>235</sup>. En effet, les efforts faits par la communauté internationale en faveur de la suppression des obstacles pratiques au commerce international (notamment avec la négociation des Accords de l'OMC) et la chute du régime communiste convergent vers une nécessité de surmonter les obstacles liés aux droits privés des différents Etats.

On peut distinguer deux méthodes d'unification du droit: l'unification conflictuelle et l'unification matérielle. Ainsi que ces termes l'indique, tandis que la première se propose de poser des règles de conflit identiques pour tous les pays, la seconde harmonise le droit interne, matériel, des Etats contractants. La forme de l'instrument portant ces différents types de règles est le plus souvent celle d'une Convention internationale, bien que certains organismes telle la CNUDCI, y préfèrent parfois les lois types (qui ne font alors que proposer un modèle de législation).

---

<sup>233</sup>Cohen N.B., "Harmonizing the Law Governing Secured Credit: The Next Frontier", (1998) 33 *Tex.Int'l.L.J.* 173 [ci-après *Harmonizing the Law Governing Secured Credit*]

<sup>234</sup>Drobnig U., *The Recognition of Non-Possessory Security Interests Created Abroad in Private International Law*, *supra* note 141. Voir également Goode R., "The protection of interests in moveables in transnational commercial law", (1998) RDU.453, [ci-après *The protection of interests in moveables in transnational commercial law*]

Dans ce dernier chapitre, nous nous proposons d'étudier quelques exemples récents d'unification conflictuelle (Titre I) et matérielle (Titre II) en matière de sûretés mobilières internationales. L'objet de cette analyse est de démontrer que ces deux méthodes sont en réalité indissociables. Partant, il n'est pas possible de supprimer le problème du conflit de lois même si de louables efforts sont faits en direction de l'harmonisation des droits internes des sûretés mobilières et, réciproquement, on ne peut édicter des règles de conflit uniformes qui seront efficaces si, en amont, n'est pas entrepris un travail d'unification matérielle.

### ***TITRE I. L'UNIFICATION DES REGLES DE CONFLIT***

Modalité la plus simple de l'unification du droit au niveau international, l'unification conflictuelle implique que tous les Etats contractant adoptent les mêmes règles de conflit, évitant ainsi un refus de reconnaissance fondé sur le rattachement de la sûreté à la loi d'un autre Etat. Par simplicité, on entend ici la fait que, pour les Etats concernés, la ratification de telles conventions est plus aisée en ce qu'elle n'implique pas une refonte de leurs droits matériels. Seules leurs règles de conflits se trouvent éventuellement modifiées, ce qui est moins susceptible d'entraîner d'importantes réticences de la part des législateurs nationaux.

Un premier exemple d'unification des règles de conflit de lois et de juridictions nous est fourni par le projet de Convention de l'Union Européenne sur les procédures d'insolvabilité. Celle-ci fait suite à de nombreuses tentatives européennes d'unification de la matière et semble être la plus prometteuse, dans la mesure où seule la Grande-Bretagne fait aujourd'hui obstacle à son entrée en vigueur pour des raisons politiques<sup>235</sup> (sous-titre I).

Un second exemple d'unification conflictuelle est fourni par l'article 12 de la Convention de Rome relative aux obligations contractuelles qui prévoit la loi applicable à différents aspects d'une cession de créance internationale. La Cour de Justice des Communautés Européennes n'ayant pas encore reçu compétence pour

---

<sup>235</sup> *Harmonizing the Law Governing Secured Credit*, *supra* note 233 p.180

<sup>236</sup> voir par exemple: "Breaking down the barriers", Centaur Communications Ltd., the Lawyer, December 8, 1998, en ligne: LEXIS (alleur, allnws). La raison essentielle alléguée au soutien du refus de la Grande-Bretagne de ratifier la convention européenne est que celle-ci ne prévoit pas la reconnaissance des "Receivers", qui sont considérés comme un élément clef du régime anglais de faillite.

procéder à l'interprétation de la Convention de Rome, on s'en tiendra à une analyse théorique et prospective (sous-titre II).

## **SOUS-TITRE I. LA CONVENTION EUROPEENNE RELATIVE AUX PROCEDURES D'INSOLVABILITE**

En matière de faillite internationale, on a vu à quel point l'impérialisme juridique de la *lex concursus* laissait peu de place à la reconnaissance des sûretés étrangères. Pour reprendre les termes d'un éminent commentateur d'un arrêt rendu par la Cour de Cassation en 1991, on peut se demander si "ce provincialisme est [...] à long terme compatible avec le principe de l'effet extraterritorial des faillites qui suppose un minimum de principes communs entre les droits nationaux, surtout quand ceux-ci sont fréquemment confrontés en raison de l'importance des échanges constatés"<sup>237</sup>. Effectivement, il est apparu dans le contexte du marché unique européen que la matière de la faillite devait être unifiée à son tour, ceci afin de répondre à la réalité de la pratique des affaires qui veut de plus en plus qu'une entreprise ayant son siège social dans un Etat-membre donné soit dotée d'établissements dans d'autres Etats de l'Union (notamment grâce à la liberté d'établissement prévue par l'article 52 du traité de Rome). Etant donné la complexité de la matière, on comprend que cette initiative se soit limitée au cadre régional qu'est celui de l'Union Européenne<sup>238</sup>. En prévoyant une série de règles pragmatiques qui seront, une fois la Convention entrée en vigueur, soumises au contrôle de la CJCE, les rédacteurs ont, semble-t-il, effectué un travail qui se révélera fort utile dans la construction de l'Union Européenne en ce qu'il garantira la confiance des parties et la sécurité des transactions.

---

<sup>237</sup>Jacquemont A., note sous Cass.Civ.1è ,8 janvier 1991, JDI 1991.993 à la p.1000

<sup>238</sup>Une première tentative de convention européenne avait été amorcée par la CEE et approuvée par la Commission en 1981 mais ce projet n'a pu entrer en vigueur, faute du consensus des Etats-contractants. La convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité n'a pas encore fait l'objet d'une publication officielle mais on peut en consulter le texte définitif : *European Union Convention on Insolvency Proceedings*, Nov.23, 1996, 35 ILM 1223. Par ailleurs, on peut se référer à son rapport explicatif : Virgos M. ET Schmidt E., *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, EU Council Doc., 6500/96, DRS 8 (CFC) (May 3, 1996). Voir aussi : Fletcher I.F., "The European Union Convention on Insolvency Proceedings: An Overview and Comment with United States Interests in Mind", (1997) 23 *Brook.J.Int'l.L.*25 [ci-après *The EU Convention on Insolvency Proceedings: an Overview with US Interests in Mind*].

La seconde étape majeure de l'unification du droit de la faillite en Europe fut la Convention dite "d'Istanbul" de 1991, relative à certains aspects internationaux de la faillite. Cette convention ne traitait que des conflits de juridictions et fut finalement supplantée par celle de 1995 qui est une convention double (conflits de lois et conflits de juridictions). Pour une étude complète de la Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe, voir: Vallens J.L., "La convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite", (1993) RCDIP.136

Nous n'étudierons ici que les aspects de la Convention que nous considérons comme "pertinents" à notre sujet. On se concentrera donc sur le sort réservé aux sûretés mobilières dans le contexte de l'unification européenne des règles de conflit en matière de faillite. Pour la clarté de l'exposé, nous distinguerons trois traits essentiels de la Convention: tout d'abord, le principe de base sur laquelle elle repose, soit le partage de compétence entre faillite principale et faillite secondaires (§1), puis, on étudiera ses dispositions relatives à la loi applicable en matière de droits réels (§2) pour enfin s'intéresser aux règles particulières qu'elle pose pour la clause de réserve de propriété (§3).

### **§1. La faillite principale et les faillites secondaires.**

La Convention européenne, inspirée par l'idée d'unité de la faillite, subordonne les faillites locales (secondaires) à la faillite principale. Pour pouvoir ouvrir une faillite locale, il suffit qu'une faillite principale -ouverte dans un autre Etat contractant sur le critère de l'insolvabilité du débiteur- la précède; ainsi, peu importe qu'il y ait ou non insolvabilité dudit débiteur dans l'Etat ouvrant une faillite locale, il suffit que le débiteur ait un établissement ou des biens situés dans cet Etat. Une fois ouverte, cette faillite secondaire est régie par la loi locale mais la convention prévoit quelques règles matérielles:

- Toute créance peut être produite à la faillite secondaire mais doit être communiquée en copie au syndic de la faillite principale ce qui vaut production aux deux faillites<sup>239</sup>.
- Le liquidateur de la faillite principale et de la faillite secondaire ont un devoir exprès de communiquer entre eux afin d'assurer un règlement cohérent de la faillite transfrontalière<sup>240</sup>.
- Par dérogation au principe d'universalité, il est prévu que la patrimoine de la faillite secondaire doit en priorité servir à désintéresser les créanciers locaux. Ainsi, il n'y aura transfert des actifs de cette faillite secondaire à la faillite

---

<sup>239</sup> Articles 32 et 39 de la Convention

<sup>240</sup> article 31 de la Convention

principale que dans l'hypothèse où un excédent s'en dégagerait après désintéressement de tous les créanciers locaux<sup>241</sup>.

## **§2.Loi applicable aux droits réels.**

Du fait des distinctions fondamentales existant entre les différents systèmes juridiques des Etats de l'Union Européenne quant au concept même de sûreté, la Convention a du adopter une approche refusant tout dogmatisme en la matière. Elle a donc opté pour une solution libérale qui concède néanmoins une place certaine à la loi de situation des biens au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. On peut synthétiser sa position comme suit:

### **1. Le principe de respect des droits acquis.**

L'article 5.1 de la Convention prévoit que si un créancier bénéficie d'un droit réel dans le pays de situation du bien grevé, la *lex concursus* devra le reconnaître, cette disposition étant réputée couvrir tous les types de biens existant au jour de l'ouverture de la faillite. Cependant, il est à souligner que cette règle n'est applicable que si la *lex situs* en question est celle d'un Etat contractant.

En cas de droit réel grevant une dette, son lieu de situation est celui où le débiteur sera en général attaqué en cas de non-paiement. En effet, il est prévu que les recours pouvant être mis en œuvre à l'encontre du débiteur doivent être effectués à l'endroit où celui-ci a le centre principal de ses intérêts<sup>242</sup>.

Concernant la définition des droits réels, le commentaire des articles 5.2 et 5.3 fourni par le Rapport explicatif nous précise que la qualification de droit réel doit être recherchée dans la loi nationale qui régit le droit en cause au moment pertinent. Le professeur Fletcher doute de la clarté d'une telle position et indique que, selon lui, cette loi devrait être la *lex rei sitae* au moment de la constitution du droit réel<sup>243</sup>.

L'efficacité du droit réel quant à elle est régie par la *lex situs* au moment de l'ouverture de la procédure de faillite.

L'un des problèmes de qualification de droit réel est apparu à l'examen des charges, flottantes et fixes, du droit anglais. On a vu dans le Chapitre préliminaire que cette

---

<sup>241</sup> article 35 de la Convention

<sup>242</sup>Fletcher I.F., "The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice of Law Provisions", (1998) 33 *Tex.Int.L.J.*119 [ci-après: *The EU Convention on Insolvency Proceedings*]

<sup>243</sup>*Ibid.*, à la p.124

technique juridique avait une assiette très large (elle peut couvrir tous les biens, corporels et incorporels, présents et à venir du débiteur) et que, conséquemment, le droit international privé français était mu par un scepticisme certain quant à sa reconnaissance (Chapitre second). Or, cette position est commune à la plupart des pays de droit civil, largement majoritaires au sein des pays européens. Néanmoins, la Convention semble reconnaître la qualification de droit réel au sens de l'article 5 aux différentes charges, ainsi qu'en témoigne l'article 10.h du Rapport explicatif<sup>244</sup>.

## 2. Règles spéciales concernant les droits réels.

Concernant les droits sujets à enregistrement dans un registre public, tels ceux grevant un immeuble, un navire, un bateau ou un aéronef, l'article 11 organise l'éventuel conflit pouvant surgir entre le *lex concursus* et la loi de l'Etat où le registre est tenu. Il est ainsi prévu que, si ledit registre est tenu par les autorités d'un Etat contractant autre que celui ayant ouvert la procédure d'insolvabilité, les effets d'une telle procédure sur les droits en question doivent être déterminés par référence à la loi du registre<sup>245</sup>.

## 3. La protection des tiers acquéreurs.

Dans tous les pays, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a pour conséquence immédiate de priver le débiteur de la possibilité d'effectuer des actes de disposition relativement aux biens composant son patrimoine. La publicité du jugement d'ouverture est ainsi destinée à protéger les tiers en les informant de la faillite du débiteur; or en matière de faillite internationale, les risques attachés au comportement du débiteur sont d'autant plus grands qu'il est difficile en pratique d'informer tous les tiers de façon simultanée. Pour remédier aux injustices les plus graves pouvant résulter de l'application de la *lex concursus* étrangère aux tiers situés dans un autre Etat contractant, l'article 14 prévoit que la validité d'un acte conclu après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité par lequel le débiteur disposerait d'un bien sujet à enregistrement (immeuble, bateau, navire, aéronef) ou qui serait constitutif d'une

---

<sup>244</sup>*Ibid.* à la p.126

<sup>245</sup>Le professeur Fletcher souligne, dans son analyse, le fait que le texte de l'article 11 ne contienne pas le terme "seulement", ce qui signifierait qu'il y aurait application cumulative de la *lex concursus* et de la loi du registre. Il précise néanmoins que cette dernière devrait alors être seule compétente pour régir les effets d'une telle interaction. Il ressort néanmoins de cette imprécision, une certaine incertitude quant à la portée de l'article 11. *The EU Convention on Insolvency Proceedings, supra* note 241 à la p.136

sûreté devant être enregistrée (grevant un brevet ou des valeurs mobilières par exemple) , est soumis à la loi de l'Etat où le registre est situé. On voit ainsi que cette règle constitue en matière de biens sujets à enregistrement, une exception à la loi de la faillite, tant pour les actes translatifs de propriété que pour ceux constitutifs de droits réels.

### **§3. Loi applicable à la clause de réserve de propriété**

Nous nous sommes déjà concentrés sur les spécificités de ce mécanisme de sûreté particulier qu'est la clause de réserve de propriété. De fait, ce particularisme est apparu suffisamment important aux rédacteurs de la Convention européenne pour qu'ils adoptent une règle particulière en la matière. L'approche des Etats-membres étant relativement différente sur ce point, il est prévu deux règles: l'une applicable en cas d'insolvabilité de l'acheteur, l'autre en cas d'insolvabilité du vendeur postérieurement à la livraison du bien grevé. Le principe directeur de ces dispositions est que lorsque le lieu de situation du bien grevé est le territoire d'un Etat contractant différent de celui sur le territoire duquel la procédure a été ouverte, la *lex concursus* se voit privée de son impérialisme concernant les actions fondées sur les droits dérivés de la réserve de propriété: la *lex rei sitae* a compétence pour régir les conséquences de la faillite sur les droits en question.

#### **1. La faillite de l'acheteur.**

Ainsi, l'article 7.1, applicable à la faillite de l'acheteur, prévoit que, lorsque celui-ci n'a pas encore payé le bien grevé qui se situe dans un Etat autre que le forum concursus, l'ouverture de la procédure ne devrait pas altérer les droits du créancier ayant régulièrement inséré une clause de réserve de propriété dans le contrat de vente; l'application de la *lex rei sitae* n'est pas expressément prévue mais la doctrine tend à comprendre la référence aux droits du créancier comme nécessairement soumis à la *lex situs* au moment pertinent (celle-ci pouvant même comprendre ses règles de conflit, en dépit de l'exclusion du renvoi par la Convention<sup>246</sup>). C'est en définitive une application de la théorie des droits acquis qui est ainsi proposée par l'article 7.1.

#### **2. La faillite du vendeur.**

Dans l'hypothèse où le vendeur se verrait déclaré insolvable suite à la livraison du bien à l'acheteur, l'article 7.2 prévoit que la vente demeure valide: l'acheteur peut acquérir la propriété du bien en effectuant les paiements requis. Cette disposition permet ainsi à l'acheteur d'éviter de perdre le bénéfice du contrat de vente antérieurement conclu (et les conséquences de la revente éventuelle) du fait de l'insolvabilité de son cocontractant qui, en vertu de la réserve de propriété, serait demeuré propriétaire. De la même façon que dans l'article 7.1, la condition préalable à l'efficacité de cette règle est que le bien grevé soit situé dans un autre Etat contractant que celui où est ouverte la procédure de faillite.

L'originalité de cette disposition tient à ce qu'elle édicte, plutôt qu'une règle de conflit, une règle matérielle, pouvant trouver application dès lors que la lex concursus prévoirait que l'insolvabilité du vendeur constituerait une cause de résiliation de la vente prévoyant une clause de réserve de propriété<sup>247</sup>.

## **SOUS-TITRE II. L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION DE ROME<sup>248</sup>**

La Convention de Rome constitue le droit commun des Etats contractants au sein de la Communauté Européenne depuis le 1er avril 1991; elle est dotée d'un caractère universel, ce qui signifie qu'elle s'applique même si le droit désigné par ses règles de conflit n'est pas celui d'un Etat contractant<sup>249</sup>. Son champ d'application *ratione materiae* recouvre les obligations contractuelles présentant un problème de conflit de lois<sup>250</sup>.

En ce qui concerne la cession de créance internationale, celle-ci est largement utilisée dans la pratique bancaire qui la considère comme: "une technique commerciale de

---

<sup>246</sup>*Ibid*, à la p.130

<sup>247</sup>*Ibid*, à la p.134

<sup>248</sup>Convention de Rome du 19 juin 1980 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* [ci-après : la Convention].

<sup>249</sup>Article 2 de la Convention

<sup>250</sup>Certains contrats échappent au domaine d'application de la Convention: ceux qui font l'objet d'une convention internationale particulière, ceux se rapportant au droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille, les obligations nées de lettres de change, billets à ordre, chèques et autres instruments négociables, les conventions d'arbitrage, les clauses attributives de juridiction, les contrats d'assurance, les trusts, l'Etat et la capacité des personnes physiques, le pouvoir de représentation envers les tiers des intermédiaires et des organes des personnes morales, les questions de preuve et de procédure, et toutes

financement banale"; elle permet le financement des exportations par la mobilisation de créances nées à l'étranger<sup>251</sup>. Elle peut en effet, ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre préliminaire, servir (entre autres) à la constitution de sûretés : le cédant (emprunteur) s'oblige à délivrer la créance (détenue sur l'un de ses débiteurs en vertu, par exemple d'un contrat de vente) et le cessionnaire (le plus souvent un établissement de crédit) devra rétrocéder ladite créance ou les sommes perçues grâce à elle, en cas de paiement de la dette principale (le prêt de somme d'argent) par le cédant<sup>252</sup>.

Pour la clarté de l'exposé, on suivra ici la distinction posée par l'article 12 de la Convention de Rome. On s'attachera tout d'abord à la règle de conflit applicable aux relations entre le cédant et le cessionnaire (§1) pour ensuite analyser le rattachement adopté pour les autres aspects de la cession, ce qui nous permettra de relever que l'article 12 ne règle pas tous les litiges pouvant survenir à l'occasion de ce type de sûreté (§2).

### **§1. Les relations cédant-cessionnaire.**

L'article 12.1 de la Convention de Rome prévoit que: "les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente Convention, s'applique au contrat qui les lie", soit, en l'absence de choix de loi, à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique<sup>253</sup>.

Ainsi, la Convention rompt avec la tendance majoritaire du droit français qui consistait à soumettre la cession de créance à la loi de la créance cédée<sup>254</sup> pour se concentrer sur la prestation caractéristique du contrat de cession, assimilant ainsi cette

---

les questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales (article 1er de la Convention).

<sup>251</sup>D. Pardoel, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, LGDJ, Paris, 1997, à la p.8.

<sup>252</sup>Le droit français, caractérisé par son manque de souplesse en matière de sûretés réelles utilisant le transfert de propriété, ne se prononce clairement en faveur de la possibilité d'utiliser la cession de créance comme une sûreté que dans la Loi Dailly. Celle-ci prévoit que, sauf clause contraire, la cession de créance effectuée à titre de garantie opère le transfert de la propriété des créances du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Sur ce point, voir *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *supra* note 250, à la p.84

<sup>253</sup>L'article 4 de la Convention de Rome pose en effet un principe de rattachement du contrat avec la loi ayant les liens les plus étroits, doublé d'une présomption : "Le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une association ou personne morale, son administration centrale".

<sup>254</sup>*Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *supra* note 250, aux p.61 et s.

sûreté aux autres contrats internationaux régis par la Convention. Il semble en revanche que le rattachement au contrat de cession prévu par l'article 12.1 soit conforme à la position de la common law britannique<sup>255</sup>

Dans les hypothèses où la cession est utilisée à des fins de sûreté, la prestation caractéristique semble être pour Pardoel l'obligation de rétrocession des créances qui pèse sur le cessionnaire, le plus souvent un établissement de crédit<sup>256</sup>. Ce rattachement présente l'avantage indéniable de se conformer à l'opinion de la doctrine dominante qui veut qu'en matière bancaire, les contrats entre la Banque et ses clients soient soumis à la loi de la Banque à défaut de choix des parties<sup>257</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse d'une société anglaise empruntant des fonds à une Banque française et lui en garantissant le remboursement par le biais d'une cession de créance, les rapports contractuels entre ces deux opérateurs seront soumis à la loi française, Loi Dailly, qui prévoit notamment l'acquisition de la propriété des créances visées par le bordereau Dailly (art.1-1 al.1), le fait que la cession prend effet entre les parties à la date portée au bordereau (art.4al.1), l'interdiction de modification de l'étendue des droits attachés aux créances visées par le cédant (art.4 al.2).

On pourrait néanmoins se demander si en réalité, la prestation caractéristique d'un contrat de cession ne serait pas plutôt constituée par le fait de céder la créance. Le crédit donné par le cessionnaire et son obligation corrélative de rétrocession une fois le remboursement effectué ne serait alors qu'une forme de "paiement", qui ne peut alors être considérée comme la prestation caractéristique du contrat de cession. L'intérêt d'une telle analyse de l'article 12.1 serait de rattacher à la même loi les relations entre cédant et cessionnaire et celles liant ce dernier au débiteur cédé. Elle permettrait également, ainsi que nous le verrons dans le titre II, de faire coïncider les rattachements de l'article 12 avec ceux adoptés dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créance internationale.

## **§2. Autres aspects de la cession.**

Trois aspects de la cession de créance, telle qu'envisagée par la Convention, retiendront ici notre attention: ceux prévus par l'article 12 lui même, la forme de la

---

<sup>255</sup>Clarkson C.M.V & Hill J., *Jaffey on the conflicts of laws*, Butterworths, Londres, 1997 à la p.452. [ci-après *Jaffey on the conflicts of laws*].

<sup>256</sup>*Les conflits de lois en matière de cession de créance*, supra note 250, à la p.84

cession, telle que prévue par l'article 9 de la Convention , et enfin, l'opposabilité aux tiers autres que ceux prévus par les règles de la Convention.

1. Caractère cessible, rapports cessionnaire-débiteur, conditions d'opposabilité et caractère libératoire.

Relativement à ces aspects de la cession , il est prévu par l'article 12.2 que: "La loi qui régit la créance détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre le cessionnaire et le débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur".

Par "loi qui régit la créance" il faut entendre la loi de sa source, c'est à dire la loi du contrat ayant donné naissance à cette créance<sup>258</sup>. Si l'on prend l'exemple d'un contrat de vente, le titulaire de la créance de prix est le vendeur, c'est lui le débiteur de la prestation caractéristique (car on sait que le paiement du prix dû par l'acheteur, ici débiteur cédé, n'est jamais constitutif de ladite prestation). Si ce vendeur souhaite emprunter une somme d'argent et qu'il donne en garantie sa créance du prix de vente, la loi qui régira le caractère cessible de cette créance, les relations entre le prêteur de deniers- cessionnaire- et le cédé (acheteur), l'opposabilité de la cession et le caractère libératoire du paiement sera donc la loi du domicile de ce vendeur.

On constate que, suivant l'interprétation donnée à l'article 12.1, il peut ou non y avoir dépeçage de la cession de créance internationale. Si l'on suit l'analyse proposée par Pardoel dans le cas où la cession est utilisée à des fins de sûreté, les différents aspects d'une cession de créance peuvent être soumis à deux lois différentes, celle du contrat de cession et celle de la créance. Dans l'hypothèse où les parties ne choisiraient pas la loi applicable au contrat source de la créance, celle-ci serait soumise aux dispositions de la Convention prévoyant son rattachement à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, soit celle du cédant. Si, de la même façon, les parties ne choisissent pas la loi applicable au contrat de cession, celui-ci sera, selon Pardoel, soumis à la loi du lieu du domicile du cessionnaire.

---

<sup>257</sup>Giuliano M. & Lagarde P., *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE 31 octobre 1980 n°C 282 p.21.[ci-après *Rapport sur la Convention de Rome*]

<sup>258</sup>Les conflits de lois en matière de cession de créance, *supra* note 250, à la p.70

Si en revanche, on comprend l'article 12.1 comme édictant un rattachement à la loi du cédant, alors la relation tripartite cédant-cessionnaire-cédé sera soumise à une loi unique. Ainsi, l'article 12.2 ne viendrait que préciser le champ d'application de la loi désignée par l'article 12.1. Selon nous, cette compréhension de l'article 12 est la seule à en assurer une application cohérente lorsque la cession de créance est utilisée à des fins de sûreté. Par ailleurs, ainsi que nous le verrons dans le titre II, cette interprétation aurait le mérite d'aligner les solutions de la Convention de Rome sur celles du chapitre V du projet de Convention de la CNUDCI.

Il convient de mentionner ici un facteur de complication supplémentaire: le jeu de la **clause d'exception** prévue par l'article 4§5 de la Convention qui évince la présomption de soumission à la loi du domicile de la partie effectuant la prestation caractéristique dans l'hypothèse où le contrat présente des liens plus étroits avec un autre ordre juridique. Bien que cette disposition doive être utilisée avec parcimonie par les juges sous peine de réduire à néant les efforts d'unification réalisés par la Convention de Rome, on peut se demander si, dans certaines hypothèses, cette clause ne pourrait être utilisée dans le cas d'une cession de créance internationale à titre de garantie. En effet, si la soumission des relations cédant-cessionnaire à la loi du contrat de cession semble justifiée en ce que la cession n'aura ici que des effets inter partes, en revanche, la soumission des relations cessionnaire-cédé et de l'opposabilité de la cession au cédé à la loi de la source (loi du vendeur par exemple) apparaît plus discutable. En effet, on a vu à quel point les différents droits nationaux assureraient la protection des tiers par le biais de l'application de la loi répondant à l'attente légitime des tiers. La fonction protectrice de la loi du domicile du cédé n'aurait elle pas alors vocation à être appliquée par préférence à la loi du domicile du cédant, le cédé n'étant pas partie au contrat de cession? A cela, on répondra que la fonction de l'article 4§5 n'est pas celle de l'article 7 (lois de police) et que le centre de gravitation d'une cession de créance est l'obligation se trouvant à la source de cette opération... Le débat reste ouvert, la CJCE ne s'étant pas encore prononcée sur ce point.

En revanche, si les parties expriment leur volonté quant à la loi applicable, il peut leur être conseillé de soumettre la cession à la même loi que celle régissant la source de la créance, ceci dans un souci de simplification.

Il faut néanmoins réserver une hypothèse: celle où interviendraient les **lois de police**, notamment celles de l'Etat du domicile du débiteur cédé (article 7 de la Convention de Rome). Ainsi, si le tribunal saisi est celui du domicile du cédé, il pourra opposer à l'application de la loi de la source les dispositions de sa loi nationale relatives à la publicité de la cession et autres mesures d'opposabilité (lois de police du for, article 7§2 de la Convention)<sup>259</sup>. S'il s'agit d'un autre tribunal, il pourra prendre en considération ces dispositions protectrices pour atténuer les effets néfastes de l'application de la loi de la source (Lois de police étrangères, article 7§1 de la Convention).

On voit donc que la Convention de Rome rompt radicalement avec les solutions traditionnelles du conflit de lois qui veulent que l'opposabilité d'une sûreté portant sur un bien meuble soit régie par la *lex rei sitae* et qu'ainsi, la sûreté grevant une créance soit soumise à la loi du lieu de situation de cette créance.

## 2. Forme de la cession.

La forme de la cession, en ce qu'elle concerne directement les rapports entre cédant et cessionnaire, est soumise aux règles générales de la Convention soit, ici, l'article 9. Celui-ci prévoit un rattachement alternatif entre la loi du fond et la *lex locus*: "Le contrat sera valable, quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente Convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu"<sup>260</sup>.

Par "loi du fond" faut-il ici comprendre "loi de la créance cédée" ou "loi de la cession de créance"? La question mérite d'être posée, compte tenu de la possible divergence de ces deux législations. La CJCE n'ayant pas encore eu à statuer sur ce point, on ne peut que se référer aux propositions faites par Pardoel<sup>261</sup> et Giuldiano & Lagarde: "appliquer la loi de fond applicable à la partie du contrat à laquelle la condition de forme se rattache le plus étroitement"<sup>262</sup>. Ainsi, si sont en cause des conditions de forme visant à protéger le consentement du cédant et du cessionnaire, mieux vaudra

---

<sup>259</sup> Voir par exemple l'arrêt de la Cour de Cassation qui, rendu avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, a pu être interprété comme ayant appliqué la loi Dailly à titre de loi de police: Cass.Com. 28 octobre 1986, D. 1986.592, note M. Vasseur.

<sup>260</sup> Article 9 de la Convention de Rome

<sup>261</sup> *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *supra* note 250, à la p.218

choisir la loi applicable à la cession. En revanche, si des mesures de protection du cédé sont en cause, alors le tribunal devra apprécier le degré de proximité entre le cédé et les lois de la cession ou de la créance cédée.

### 3. L'opposabilité aux autres tiers.

L'article 12 ne prévoyant pas l'opposabilité de la créance cédée aux tiers autres que le débiteur cédé, il convient, ainsi que le propose Pardoel, de se référer aux règles de conflit de droit commun des Etats contractants sur ce point<sup>263</sup>. Ainsi, dans le cas d'un conflit opposant le cessionnaire à des tiers en cas de faillite, il apparaît clairement que l'opposabilité de la cession sera soumise à la *lex concursus*, comme pour toute sûreté<sup>264</sup>.

En revanche, dans l'hypothèse d'un conflit opposant le cessionnaire aux tiers (autre cessionnaire, autre titulaire de la créance, un banquier réceptionnaire de fonds, un créancier saisissant...<sup>265</sup>) hors du cadre d'une faillite, il semble qu'une hésitation subsiste entre la loi du domicile du débiteur cédé<sup>266</sup> et la loi de la créance. En effet, dans toutes ces hypothèses, le tiers va opposer au cessionnaire un droit qui pourra être régi par une loi différente de celle applicable à l'opposabilité de la cession de créance. Dans une telle hypothèse, faut-il faire application de cette dernière ou plutôt de la loi applicable au droit du tiers? En réalité, ainsi que le relève Pardoel, les hypothèses de conflit entre le cessionnaire et les tiers sont tellement diverses qu'aucune solution de principe, applicable à tous les cas de conflit, n'est possible<sup>267</sup>. Ainsi, au lieu de formuler des règles de conflit dont nous ne sommes pas en mesure d'évaluer la pertinence, il serait plus sage d'attendre de voir les évolutions de la jurisprudence des Etats-contractants, harmonisée dans une certaine mesure par les décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes ayant à statuer sur l'article 12.

Pour résumer les dispositions de la Convention de Rome quant à la cession de créance présentant un élément d'extranéité, on peut dire que, en l'absence d'*electio juris*:

---

<sup>262</sup> *Rapport sur la Convention de Rome*, supra note 256, à la p.30.

<sup>263</sup> *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, supra note 250, à la p.11.

<sup>264</sup> *Ibid*, à la p.276

<sup>265</sup> *Ibid*, à la p.294

<sup>266</sup> Voir en droit français: Paris, 26 mars 1986, D.1986.374, 2<sup>e</sup> esp., note Vasseur, RCDIP 1987.351, note Jobard-Bachelier.

<sup>267</sup> *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, supra note 250 aux p.295 et s.

- Les rapports entre le cédant et le cessionnaire sont soumis à la loi de la cession de créance, soit la loi du domicile du cédant.
- Le caractère cessible de la créance, les relations entre le cessionnaire et le cédé, l'opposabilité de la cession et le caractère libératoire de la prestation du débiteur sont soumis à la loi de la source de la créance cédée, soit, selon nous, la loi du domicile du cédant.
- La forme de la cession (hors mesures de publicité conditionnant l'opposabilité) sera soumise soit à la loi du domicile du cédant, soit à la loi du domicile du cessionnaire (loi du fond de la cession de créance ou loi du fond de la source), soit à la *lex locus regit actum*.
- Concernant l'opposabilité de la cession aux tiers autres que le cédé, la seule solution certaine est qu'en cas de faillite, la *lex concursus* sera compétente.

Certes, nous sommes habitués à opérer un dépeçage "conflictuel" en matière de sûretés mobilières, mais ici, cette complexité semble peu conforme avec les traditionnels objectifs de "simplification" et d'adaptation aux besoins de la pratique souhaités par les initiateurs de conventions internationales. En toute hypothèse, on ne peut que conseiller aux parties de choisir la loi applicable à leur opération, seul comportement susceptible de leur garantir la plus grande prévisibilité possible.

De la Convention de l'Union Européenne sur l'insolvabilité nous pouvons conclure que celle-ci semble adaptée au contexte de la faillite dans le cadre régional européen. En effet, en ce qu'elle prévoit des règles de reconnaissance mutuelle des procédures et des sûretés mobilières qui tempèrent les rigueurs de la *lex concursus*, cette Convention présente l'indéniable avantage d'assurer aux parties une grande prévisibilité. Ce point de vue est conforté par l'accueil favorable que lui ont fait les différents Etats-membres. A l'heure actuelle, seule la Grande Bretagne s'oppose à son entrée en vigueur pour des raisons essentiellement politiques qui devraient être dissipées dans un avenir proche, autorisant ainsi les entreprises de l'Union Européenne à voir leur passif liquidé le cas échéant de façon cohérente.

L'article 12 de la Convention de Rome, s'il est en vigueur comme toutes les autres dispositions de cet instrument international, appelle en revanche un bilan plus nuancé. Effectivement, son analyse nous a révélé une complexité certaine et un risque

important d'interprétations divergentes quant au sens à apporter à son premier alinéa. Or, une telle incertitude est contraire à l'objectif premier de toute convention internationale qui est d'unifier les règles applicables au sein des Etats afin de promouvoir la sécurité juridique des opérateurs. A ce niveau, on ne peut que souhaiter la ratification rapide du protocole annexé à la Convention de Rome qui permettra à la Cour de Justice des Communautés Européennes de clarifier la portée de l'article 12.

## ***TITRE II. L'UNIFICATION DES DROITS MATÉRIELS***

L'unification des droits matériels consiste à poser des règles de droit substantiel identiques pour tous les Etats décidant de ratifier l'instrument international contenant celles-ci. C'est donc la forme la plus achevée d'harmonisation législative en ce sens que, dans sa version absolue, elle évince totalement le problème du conflit de lois.

Néanmoins, la réalité de l'unification matérielle est plus nuancée car, tant que l'intégralité du droit substantiel des Etats ne sera pas harmonisé, il restera toujours de la place pour les règles de conflit. En effet, une convention internationale portant droit uniforme ne peut pas prendre en charge toutes les hypothèses de litige pouvant surgir de façon plus ou moins connexe avec l'opération juridique qu'elle se propose de régler et force est alors de constater la nécessité de faire appel dans de telles circonstances à la méthode conflictuelle classique.

Pour illustrer notre propos, nous analyserons dans ce titre deux projets de conventions internationales portant droit uniforme. Le premier d'entre eux est en cours d'élaboration par la Commission de Nations Unies sur le Droit du Commerce International (la CNUDCI) et constitue le pendant de l'article 12 de la Convention de Rome en ce qu'il traite des cessions de créance conclues dans un contexte international (sous-titre I).

Le second projet est celui proposé par Unidroit en matière de garanties portant sur des biens d'équipement mobiles, domaine très particulier sur le plan du droit international privé en ce qu'il implique des biens de grande valeur soumis à immatriculation et régis par la loi de leur pavillon de façon quasi universelle (sous-titre II).

## **SOUS-TITRE I. LE PROJET DE CONVENTION DE LA CNUDCI SUR LA CESSION DE CREANCE INTERNATIONALE**

Depuis 1993, le projet ayant retenu l'essentiel des efforts de la CNUDCI est celui d'une convention régissant le financement international par voie de cession de créance. Les impératifs ayant motivé cette organisation internationale sont repris dans les projets de préambules: les incertitudes liées à la loi applicable aux cessions de créance constituant un obstacle fondamental aux opérations de financement, il est nécessaire d'adopter un corps de règles uniformes afin de développer le commerce international et de réduire les coûts du crédit<sup>268</sup>.

Ainsi, dès sa 28ème session en 1995, la CNUDCI a créé un groupe de travail ayant pour tâche d'élaborer une loi type sur le financement par cession de créance. C'est finalement la forme d'une convention internationale plutôt qu'une loi type qui a été retenue par le groupe de travail, ceci afin d'introduire un plus grand degré d'unification et de sécurité, nécessaire à l'obtention de crédit sur la base de cession de créance<sup>269</sup>.

Il est cependant à noter qu'au terme de l'article 6 du projet, les parties bénéficient d'une large autonomie. Cette disposition prévoit en effet que tant le cédant que le cessionnaire et le cédé peuvent, par contrat, déroger aux dispositions de la Convention quant à l'organisation de leurs droits et obligations respectifs. Ainsi, le cédant et le cessionnaire peuvent déroger aux articles 13 à 16 et 27, alors que le cédant et le débiteur sont libres de déroger aux articles 17 à 23 à condition de ne pas porter atteinte aux droits du cessionnaire ou des tiers<sup>270</sup>. La certitude souhaitée par les rédacteurs peut donc être nuancée, même si ici elle n'est à priori remise en cause que dans les rapports inter partes (bien que l'on sache à quel point la ligne de partage entre rapports inter partes et rapports erga omnes est souvent ténue).

Afin de répondre à l'objectif premier du projet de la CNUDCI, qui est de réduire les coûts du crédit, il fut décidé que le champ d'application de la Convention serait limité

---

<sup>268</sup>CNUDCI, Assemblée générale, Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, Trente et unième session, Projet de Convention sur la cession de créance à des fins de financement: texte accompagné de remarques et de suggestions, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.II/WP.104, Vienne 16 juillet 1999 à la p.6 [ci-après *WP.104*]

<sup>269</sup>CNUDCI, Assemblée générale, Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, Trente et unième session, Commentaire relatif au Projet de Convention sur la cession de créance à des fins de financement (première partie), Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.II/WP.105, Vienne 30 juillet 1999 à la p.6 [ci-après *WP105*] à la p.7.

<sup>270</sup>*Ibid.*, à la p.18

aux cessions de créance ayant pour but l'obtention de financement; cette limitation permettra également une adoption plus aisée par les Etats ne souhaitant pas revoir l'intégralité de leurs régimes de cession de créance<sup>271</sup>.

Pour comprendre la substance des règles édictées par le projet de Convention de la CNUDCI, on adoptera une approche relativement classique mettant en exergue son champ d'application (§1), les règles matérielles relatives aux effets de la cession ainsi qu'aux droits, obligations et exceptions des parties à la cession de créance (§2) pour enfin analyser les règles de conflit retenues par le projet (§3).

### **§1. Champ d'application de la Convention.**

Le projet de Convention définit traditionnellement son champ d'application matériel et spatial (A). On reviendra également rapidement sur le critère d'internationalité adopté par le projet (B).

#### **A. Champ d'application *ratione materiae* et *ratione loci*.**

Dans son article premier, le projet de Convention prévoit son champ d'application matériel et territorial: il s'applique ainsi aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances si, au moment de la conclusion du contrat de cession, le cédant est situé dans un Etat contractant.

Le sens des expressions "cessions de créances internationales" et "cessions internationales de créance" est développé dans le commentaire de la Convention. Il ressort de celui-ci que sont visées les cessions internationales ou internes dès lors que la créance est internationale tandis que ne seront couvertes les créances internes que si la cession est internationale. La cession doit donc être internationale pour que soient régies par la Convention des créances internes<sup>272</sup>. Le fait que le projet embrasse certaines créances internes permettra aux parties commerciales à des opérations internes, selon le Groupe de Travail, d'avoir un accès plus large aux marchés financiers internationaux et donc à des conditions de crédit plus intéressantes<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup>Rapport de la CNUDCI, 31<sup>ème</sup> session, 1-12 juin 1998, à la p.24.

<sup>272</sup>CNUDCI, Assemblée générale, Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, Trente et unième session, Commentaire relatif au Projet de Convention sur la cession de créance à des fins de financement (deuxième partie), Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.II/WP.106, Vienne 16 septembre 1999 à la p.5 [ci-après *WP106*]

<sup>273</sup>*WP.106, supra note 271, à la p.6*

Pour les cessions subséquentes, est posé un principe de *continuatio juris* qui prévoit que même une cession interne de créance interne peut être régie par la Convention, à condition qu'il s'agisse d'une cession subséquente à une cession internationale. En revanche, par dérogation à ce principe de *continuatio juris*, les cessions de créance subséquentes ayant un caractère international ou portant sur des créances internationales sont régies par la Convention, même si la cession antérieure ne l'était pas. Dès lors, dans une série de cessions, il pourra exister des créances régies par le texte de la CNUDCI tandis que d'autres ne le seront pas.

Le champ d'application territorial fait l'objet de moindres développements dans la mesure où seule est prise en compte la situation du cédant dans un Etat contractant. Il faut néanmoins souligner que les dispositions relatives aux droits et obligations du débiteur ont un champ d'application *ratione loci* différent en ce qu'elles requièrent également que le débiteur cédé soit situé dans un Etat contractant. La raison justifiant la non prise en considération du lieu de situation du cessionnaire est que, dans le cadre d'une cession de créance internationale ou d'une cession internationale de créance, les litiges (droits du cessionnaire opposés au cédant pour manquement à une garantie, exécution des créances par le cessionnaire contre le cédé, libération du débiteur, exceptions opposées par le débiteur au cessionnaire, concours entre les droits du cessionnaire et du syndic de la faillite du cédant...), seront plus fréquemment liés soit au cédant, soit au cédé, spécialement si l'on prend en considération le fait que, sur le plan de la compétence internationale, les jugements rendus seront généralement amenés à être exécutés sur le patrimoine du cédant ou du cédé.

Le champ d'application *ratione loci* est ainsi limité mais il est à noter que, si en vertu des règles de droit international privé du tribunal saisi, la loi désignée est celle d'un Etat contractant, les dispositions conventionnelles pourraient également trouver application.

## **B. Critère de l'internationalité des créances.**

Selon la Convention, seront visées (entre autres) toutes les cessions de créance dès lors que lesdites créances sont internationales . L'internationalité de celles-ci est

déterminée par l'article 3 qui stipule qu'une créance est internationale si, au moment où elle naît (conclusion du contrat initial donnant naissance à la créance), le cédant et le cédé étaient situés dans deux Etats différents. De même, la créance sera considérée comme internationale si, au moment de la conclusion du contrat de cession, le cédant et le cessionnaire étaient situés dans deux Etats différents. L'opération de cession, seule à réellement avoir un caractère international, déteint donc sur la créance pour lui conférer le caractère d'extranéité nécessaire à l'application de la Convention.

On voit donc que la Convention se rattache ici à un critère d'internationalité conflictuelle classique: les parties au contrat pertinent étant localisées dans des Etats distincts, il en résulte un conflit des ordres juridiques se voulant à priori applicables.

## **§2. Effets de la cession et droits, obligations et exceptions des parties.**

### **A. Effets de la cession de créance**

Le chapitre III du Projet est consacré aux effets de la cession de créance mais ne traite pas de sa validité formelle. Dans l'état actuel des négociations, il semble qu'il faille se référer quant à la forme, à la loi applicable selon les règles de conflit du tribunal saisi.

En ce qui concerne l'efficacité proprement dite, l'article 8 prévoit des règles relatives à la cession d'un ensemble de créances, présentes ou futures et à la cession d'une fraction de créances ou de tout droit indivis sur lesdites créances. Selon cette disposition, le transfert sera réputé valable au jour de la conclusion du contrat de cession<sup>274</sup> si les créances en question sont désignées individuellement en tant que créances faisant l'objet de la cession ou de toute autre manière à condition qu'elles soient identifiables au moment où elles naissent, comme étant celles faisant l'objet de la cession. La cession de créances futures est admise et réputée efficace au jour de la conclusion du contrat de cession sans qu'un nouvel acte de transfert ne soit requis. Par ailleurs, l'article 10 du projet stipule que l'efficacité d'une cession de créance est acquise, nonobstant toute clause de non-cession limitant le droit du cédant de céder ses créances. Le principe sous-jacent à cet article est qu'il est préférable pour chacun de faciliter la cession et de réduire le coût de l'opération.

---

<sup>274</sup>article 9 du projet: *WP.104, supra* note 267.

A cette admission de principe des transferts existe deux types de limites. Ainsi, même si la cession a effet à l'égard du cédé dès qu'elle a lieu, celui-ci peut, tant qu'il n'en a pas reçu notification, s'acquitter de sa dette en vertu du contrat initial. Par ailleurs, il résulte des articles 24 à 26 que l'efficacité de la cession vis à vis des tiers est régie par la loi applicable<sup>275</sup>. L'admission de principe des cessions de créances présentes, futures, des fractions ou des droits indivis sur celles ci ne préjugent donc pas de l'invalidité des cessions postérieures du même droit par le même cédant ou de la primauté du cessionnaire sur le syndic en cas de faillite ouverte postérieurement à l'acte de cession<sup>276</sup>.

Concernant l'admission des cessions de créances futures et des cessions de blocs de créances, il apparaît que celle ci soit conforme à la tendance moderne des pratiques de financement. On a vu en effet dans le Chapitre préliminaire que tant le droit français (à travers la loi Dailly) que les droits anglais et canadien admettent ce type d'opération. Il semble donc que l'adoption de ce type de disposition par ces Etats ne constituerait pas une remise en cause majeure de leurs droit matériel.

Relativement aux sûretés, personnelles ou réelles, garantissant le paiement de la créance cédée, l'article 11 prévoit leur transfert au cessionnaire en tant qu'accessoire de la créance. Dans l'hypothèse où la loi applicable à la sûreté (en vertu des règles de conflit du for) requiert un acte de transfert distinct pour de telles sûretés, le cédant est dans l'obligation de procéder audit transfert. Cependant, en vertu de l'autonomie reconnue aux parties, le cédant et le cessionnaire peuvent décider que ces sûretés ne seront pas transférées. En aucun cas la Convention ne régit quelque autre aspect de la sûreté, elle reste donc sujette aux règles de droit international privé du tribunal saisi du litige.

## **B. Droits, obligations et exceptions des parties**

---

<sup>275</sup>Nous reviendrons sur ces dispositions dans le paragraphe 3.

<sup>276</sup>WP.105, *supra* note 268 à la p.22

Les articles 13 à 16 du Projet régissent les relations cédant-cessionnaire tandis que les articles 17 à 23 traitent de la situation du débiteur cédé. Enfin, les articles 24 à 26 organisent les relations des parties à la cession de créance avec les tiers.

#### 1. Relations cédant - cessionnaire.

Les rapports juridiques entre les parties au contrat de cession, soit entre le cédant et le cessionnaire, sont réglementés à travers des dispositions relativement classiques en droit international privé des obligations contractuelles, toutes étant supplétives étant donné que dans leur relation inter partes, les parties peuvent y déroger librement en vertu de l'article 6. Elles sont liées, par les termes et conditions de leur contrat (y compris les règles générales qui y sont mentionnées), par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes établies entre elles. De plus, elles sont censées s'être tacitement référées à tout usage du commerce international largement connu et régulièrement observé dans ce type d'opération<sup>277</sup>.

Par ailleurs, il est nécessaire que le cédant garantisse à son cocontractant qu'il dispose bien de la titularité des droits qu'il s'apprête à lui céder et que le cédé ne pourra invoquer contre lui aucune exception ni aucun droit à compensation<sup>278</sup>. Ils peuvent, l'un ou l'autre, notifier la cession au débiteur, les modalités de paiement subséquentes devant être précisées par le seul cessionnaire<sup>279</sup>. Une fois la notification effectuée, le droit de créance appartient à ce dernier, il est donc l'unique personne habilitée à recevoir le paiement effectué par le cédé<sup>280</sup>.

#### 2. Situation du cédé.

La section consacrée au débiteur commence par poser un principe de protection qui veut que la cession de créance soit sans incidence sur les droits et obligations du cédé, à moins que celui-ci n'y consente. Le cédant et le cessionnaire ne peuvent déroger, ainsi que nous l'avons vu précédemment, à ces dispositions.

---

<sup>277</sup> article 13 du Projet.

<sup>278</sup> Article 14 du Projet. En revanche, la Convention ne prévoit pas l'obligation pour le cédant de garantir la solvabilité du cédé; il pourra, s'il le souhaite, garantir cette solvabilité. Il est à noter que, concernant les représentations faites par le cédant au cessionnaire, celles-ci font généralement l'objet d'importantes négociations entre les parties et que, conséquemment, elles auront de fortes répercussions sur le coût du crédit offert par le cessionnaire. Sur ce point voir, *WP106, supra* note 271, à la p.6

<sup>279</sup> Article 15 du Projet. La possibilité pour le cessionnaire d'effectuer seul la notification revêt une importance particulière dans les hypothèses où le cédant ne souhaiterait pas, ou ne pourrait pas (dans un cas de faillite) coopérer avec lui. Sur ce point, voir *WP.106, supra* note 271, à la p.8

En revanche, le cédé peut négocier avec eux les modifications pouvant être apportées au contrat initial en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur doit effectuer le paiement (article 17.2).

Par ailleurs, d'autres dispositions de la Convention affectent la situation du débiteur. On a déjà vu que la cession de créance est possible en dépit d'une clause de non-cession contenue dans la contrat initial (article 10) . De plus, les articles 19, 20,22 et 23 imposent au débiteur certaines obligations. Après la notification, il devra effectuer le paiement conformément aux instructions contenues dans l'acte de notification (article19), il ne pourra opposer au cessionnaire une exception de compensation issue d'un contrat distinct du contrat initial ( article 20.2) non plus qu'une rupture par le cédant d'une éventuelle clause de non-cession (article 20.3). Enfin, le cédé ne pourra recouvrer à l'encontre du cessionnaire aucun paiement sur le fondement de l'inexécution de ses obligations par le cédant, il devra agir directement contre ce dernier (article 23).

La notification de la cession, élément essentiel de l'opposabilité de l'opération au débiteur, est prévue par l'article 18 qui stipule que celle-ci prend effet lorsqu'elle est reçue par le cédé, à condition qu'elle soit rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'il en comprendra le contenu, et qu'elle peut porter sur des créances présentes, futures ou sur un bloc de créances.

Avant cette notification, le cédé peut logiquement se libérer de ses obligations en conformité avec le contrat initial ou choisir de payer directement le cessionnaire, mais après réception, il ne peut payer que le cessionnaire ou la personne désignée dans les instructions de paiement, ceci sous réserve des précisions fournies en cas de pluralité de cessions d'une même créance, de pluralité de notifications relatives à une même cession, de notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes et de notification émanant du seul cessionnaire (article 19.3 et s.).

### 3. Autres parties.

Si le cédant a procédé à la cession d'une même créance au profit de différents cessionnaires, l'article 24 renvoie à la loi de l'Etat dans lequel est situé le

---

<sup>280</sup>Article 16 du Projet.

cédant<sup>281</sup> pour déterminer les droits des cessionnaires respectifs. L'hypothèse d'une pluralité de cessions est fréquente en pratique lorsque la cession est utilisée comme sûreté pour garantir un crédit: les différentes composantes de la créance seront cédées à des prêteurs de deniers distincts. Il se peut également qu'une pluralité de cessions portant sur la même créance soit effectuée par le cédant de manière frauduleuse ou par simple inadvertance. Toutes ces hypothèses semblent être couvertes par l'article 24<sup>282</sup>.

Une fois que ces cessions seront déclarées valides en vertu des dispositions de la Convention, se posera le problème de savoir comment sera effectuée la répartition des paiements effectués par le cédé entre les différents cessionnaires. C'est ce à quoi s'attache l'article 24 qui, d'une part, se réfère à la loi applicable et d'autre part, prévoit que le cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout cessionnaire existant ou futur.

Dans les hypothèses de conflit entre les droits du cessionnaire avec les autres créanciers du cédant, il est prévu que la loi de l'Etat dans lequel est situé celui-ci sera compétente (article 25.1).

De même, lorsque le conflit surgit entre le cessionnaire (ayant conclu le contrat de cession avant l'ouverture de la procédure) et les créanciers dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, la loi du cédant est applicable (article 25.2). L'application de cette loi par le tribunal de la faillite ne peut être refusée qu'au motif que celle-ci serait manifestement contraire à son ordre public international<sup>283</sup>.

En revanche, lorsque la procédure de faillite est ouverte dans un Etat autre que l'Etat dans lequel est situé le cédant, la Convention n'a pas d'incidence sur les droits du syndic de la faillite (le Projet emploie les termes "Administrateur de l'insolvabilité"), non plus que sur ceux des créanciers du cédant (article 25.4).

---

<sup>281</sup>Cette référence inclut-elle les règles de droit international privé dudit Etat ou, afin d'éviter un revoi, seulement à ses règles de droit substantiel? Il semble que cette dernière alternative ait les préférences du Secrétariat de la CNUDCI; sur ce point, voir *WP.104, supra* note 267, à la p.29

<sup>282</sup>*WP.106, supra* note 271, à la p.25

<sup>283</sup>L'article 25.3 ne précise pas qu'il s'agit de l'exception d'ordre public international mais le Commentaire du Secrétariat a pris le soin de préciser cette évidence. Voir: *WP.106, supra* note 271, à la p.30.

L'article 26, qui clôt le chapitre consacré aux droits des tiers, s'attache à définir le régime applicable aux droits concurrents sur le produit de la cession en édictant des règles matérielles et des règles de conflit; nous n'entrerons pas ici dans le détail de ces dispositions pour le moins techniques...

### **§3. Conflits de lois.**

Le chapitre V de la Convention pose des règles de conflit uniformes relatives à la cession de créance. Si l'objet principal de cet instrument international est d'unifier le droit matériel des Etats contractants, il est apparu au Groupe de travail qu'il était peu souhaitable d'occulter complètement la méthode conflictuelle classique. La Convention ne peut en effet traiter de toutes les questions pouvant surgir à l'occasion d'une cession de créance internationale.

En réalité, ainsi que le soulignent les notes du Secrétariat, ces dispositions permettraient, d'une part aux Etats "ne disposant pas de règles de droit international privé appropriées pour les cessions, ou ne disposant d'aucune règle, d'avoir recours à celles prévues au chapitre V<sup>284</sup>" et, d'autre part, aux Etats ayant des règles peu claires en la matière, de les clarifier. Il est donc prévu par le Secrétariat de rendre en quelque sorte "optionnelle" la ratification du Chapitre V: les Etats pourraient faire une déclaration excluant celui-ci. S'ils décident de l'adopter, ces règles seront utilisées lorsque les dispositions matérielles de la Convention ne peuvent fournir de réponse. Les règles de conflit interviennent donc au secours des règles matérielles.

Trois règles de conflits sont édictées: l'une concernant la loi applicable au contrat de cession, la seconde relative aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur, la dernière se concentrant sur les conflits de priorité. Par ailleurs, ont été intégrées au chapitre V les deux limites traditionnelles à la règle de conflit classique: le jeu de l'exception d'ordre public et celui des lois de police.

#### **1. Loi applicable au contrat de cession.**

L'article 27 prévoit que le contrat de cession est régi par la loi d'autonomie et qu'à défaut de choix par les parties, il sera fait application de la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat. Il est présumé avoir les liens les plus étroits avec l'Etat dans

lequel le cédant a son établissement. En cas de pluralité d'établissements, sera pris en considération celui ayant le lien le plus étroit avec le contrat et à défaut d'établissement, on tiendra compte de sa résidence habituelle.

Il semble que le Groupe de Travail ait souhaité que le choix de la loi applicable au contrat de cession soit exprès, en dépit des tendances du droit international privé moderne qui reconnaît de plus en plus le choix tacite, ceci afin de garantir une certaine sécurité juridique, essentielle dans une opération de financement<sup>285</sup>. En l'absence de choix, référence est faite à "la loi ayant les liens les plus étroits", formulation classique du principe de proximité depuis la Convention de Rome, qui est doublée, comme l'article 4 de ladite Convention, par une présomption. Ici, elle est en faveur de la loi de l'Etat dans lequel est situé le cédant. Ainsi, les rattachements adoptés par l'article 12.1 de la Convention de Rome et l'article 27 de la Convention de la CNUDCI convergent.

2. Caractère cessible de la créance, rapports entre cessionnaire et du débiteur cédé, conditions d'opposabilité de la cession et caractère libératoire de la prestation du débiteur.

Les droits et obligations du cessionnaire et du débiteur sont quant à eux régis par l'article 28 qui dispose que la loi régissant la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

Ici encore, le rattachement adopté est le même que dans l'article 12.2 de la Convention de Rome. Au soutien de ce rattachement, il est soutenu que dans le cas de créances contractuelles, la loi régissant la créance cédée sera celle du contrat initial qui sera le plus souvent une loi choisie par le cédant et le cessionnaire ou qui, en l'absence de choix, aura les liens les plus étroits avec le contrat initial. On ne peut ici que rappeler que la loi applicable au contrat initial sera déterminée dans la plupart des pays d'Europe par la Convention de Rome qui, dans son article 4, prévoit une présomption en faveur de la loi du domicile de la prestation caractéristique.

3. Conflits de priorité.

---

<sup>284</sup> WP.104, *supra* note 267, à la p.33.

<sup>285</sup> WP.106, *supra* note 271, à la p.35.

Enfin, les problèmes des conflits de priorité sont traités dans l'article 29. Concernant les conflits entre plusieurs cessionnaires d'une même créance, leur priorité sera régie par la loi dans laquelle le cédant est situé. De même cette loi régira les conflits entre le cessionnaire et les créanciers du cédant ainsi qu'entre un cessionnaire et l'Administrateur de l'insolvabilité.

Ainsi que le soulignent les commentaires<sup>286</sup>, cette disposition n'aura d'utilité que dans la mesure où le chapitre V dans son intégralité sera destiné à couvrir les cessions de créance qui ne tombent pas dans le champ d'application du chapitre Ier, soit les cessions qui ne sont pas destinées à des opérations de financement telles celles effectuées à des fins de consommation, les cessions d'effets de commerce et celles opérées lors de rachat d'entreprise<sup>287</sup> ainsi que les opérations de cession dans lesquelles le cédant et/ou le cédé ne sont pas situés dans un Etat contractant<sup>288</sup>.

#### 4. Lois de police et exception d'ordre public.

Pour clore le chapitre du projet consacré aux conflits de lois, le Groupe de Travail a ajouté deux limites essentielles à la mise en œuvre de la méthode conflictuelle classique: l'application des lois de police du for et étrangères ainsi que l'exception d'ordre public international. Dès lors, si la loi désignée par les règles de conflit posées par les articles 27 à 29 viole l'ordre public international du tribunal saisi, celui ci pourra l'écartier. De la même façon, si l'ordre juridique du for ou un ordre juridique étroitement lié à l'opération litigieuse comprend des règles impératives imposant leur application à l'espèce sans le détour de la règle de conflit, il ne sera pas fait application des articles 27 à 29 de la Convention.

## **SOUS-TITRE II . LE PROJET DE CONVENTION UNIDROIT RELATIF AUX GARANTIES INTERNATIONALES PORTANT SUR DES BIENS D'ÉQUIPEMENT MOBILES.**

---

<sup>286</sup> WP. 106, *supra* note 271, à la p.37.

<sup>287</sup> Voir l'article 4 du projet sur les exclusions, WP. 104, *supra* note 267, à la p.11 et WP. 105, *supra* note 268 à la p.14.

<sup>288</sup> Voir l'article 1er du projet sur le champ d'application *ratione loci* de la Convention, WP. 104, *supra* note 267, à la p.8 et WP. 105, *supra* note 268, à la p.5.

A l'origine de cette Convention se situe la proposition faite par le Gouvernement Canadien d'étendre le principe d'opposabilité des droits réels tel que consacré par la Convention Unidroit en matière de crédit-bail international de 1988 et les efforts combinés d'Unidroit, de l'Association de Transport Aérien International (ATAI) et de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI).

Une étude de droit comparé fut ensuite menée et un Groupe de Travail constitué en mars 1992: l'élaboration de règles uniformes sur les sûretés portant sur des biens d'équipement mobile apparut en effet possible et opportun à Unidroit.

L'originalité majeure de ce projet tient notamment à sa forme: il consiste en une convention cadre complétée par une série de protocoles relatifs à des matériels d'équipement spécifiques. La raison en est que, rapidement, les intervenants (juristes et membres de l'industrie) se sont rendus compte qu'il ne serait pas possible d'appliquer de façon identique l'ensemble des règles à tous les types d'équipement mobile. Plus spécifiquement, l'industrie aéronautique étant la plus intéressée au projet, il fallait à tout prix éviter que l'élaboration de la Convention ne soit ralentie par les membres d'autres industries<sup>289</sup>. C'est ainsi que le groupe de travail aéronautique et l'ATAI ont suggéré à la Conférence l'adoption d'une convention cadre, applicable à tous les matériels d'équipement mobiles, et de protocoles, propres à chaque secteur. Un avant-projet de Convention fut livré en décembre 1997 et fut rapidement suivi par un avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens aéronautiques. A l'heure actuelle, aucun texte n'a encore fait l'objet d'une adoption définitive mais les principes fondamentaux de la Convention cadre sont maintenant clairement posés et nous les étudierons ici.

Concernant le contenu des dispositions, il était clair que la règle de conflit traditionnelle rattachant les sûretés mobilières à la *lex rei sitae* ne pouvait convenir à des biens d'équipement par essence mobiles et de valeur fort élevée. Les objectifs de la Convention étaient en effet les suivants:

i) protéger les sûretés grevant des biens d'équipement mobiles de grande valeur et pouvant être individualisés,

---

<sup>289</sup>Goode R., "Par delà les frontières de la terre et de l'espace: l'avant projet de Convention Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles", (1998) 3 R.D.U.52 [ci-après *Par delà les frontières de la terre et de l'espace*]

- ii) offrir aux titulaires de ces garanties des recours simples et rapides en cas d'inexécution,
- iii) prévoir un régime international d'inscription permettant l'information des tiers,
- iv) organiser des règles de priorité et de reconnaissances de ces garanties, y compris en cas de faillite du débiteur.

Pour y parvenir, les différents intervenants se sont rapidement orientés vers la création d'une véritable sûreté internationale, libérée des droits nationaux et opposable à la faillite du débiteur dont nous étudierons ici les aspects les plus saillants.

### §1. Champ d'application.

Si l'inspiration majeure est venue de l'article 9 de l'UCC, la divergence constatée entre les différents ordres juridiques intéressés au projet fit que, finalement, trois catégories de garanties furent retenues: les contrats constitutifs de sûreté, les contrats de vente conditionnels et les contrats de bail<sup>290</sup>. Par ailleurs, seuls seront régis par la Convention la constitution, les effets, la cession et les droits de subrogation de la garantie internationale, les questions relatives au système international d'inscription et celles portant sur la compétence juridictionnelle<sup>291</sup>. De même, il fut décidé de ne pas inclure les biens et produits futurs<sup>292</sup>: la Convention se limite donc aux matériels existant au moment de la constitution de la garantie internationale et aux indemnités d'assurance.

Par ailleurs, afin de ne pas heurter les conceptions fondamentales des Etats, il fut décidé que la qualification de "sûreté" appartiendrait à la loi applicable au cas d'espèce<sup>293</sup>. Ainsi, malgré la réticence générale des rédacteurs de la Convention à l'égard des règles de conflit, il fut reconnu que certaines questions peuvent difficilement échapper à la méthode conflictuelle. Effectivement, dès lors que sont en cause des questions sous-jacentes à l'objet même de l'instrument ou qu'aucun accord des Etats ne peut être trouvé sur un point donné, force est de reconnaître un certain

---

<sup>290</sup> article 2.2 du projet de Convention de Juin 1999.

<sup>291</sup> Article 2.4 du projet de Convention de Juin 1999.

<sup>292</sup> Une telle inclusion aurait en effet empiété sur le domaine de la cession de créance, objet des efforts récents de la CNUDCI; voir *The Protection of Interests in Moveables in Transnational Commercial Law*, supra note 234, à la p.453.

<sup>293</sup> Cette référence à la loi applicable ne va pas sans poser des difficultés certaines ainsi qu'en témoigne le *Rapport de la première session plénière conjointe Unidroit-OACI* en date du 1-12 février 1999, Unidroit 1998, Etude LXXII - Doc.42 [ci-après *Rapport de la première session plénière conjointe Unidroit-OACI*].

le *Rapport de la première session plénière conjointe Unidroit-OACI* en date du 1-12 février 1999.

rôle aux droits nationaux par le biais d'une règle de conflit si possible uniformisée dans le corps de la Convention<sup>294</sup>.

Enfin, les négociateurs décidèrent que l'élément d'extranéité nécessaire à l'application de la Convention pourrait résider de façon alternative soit dans la situation du débiteur dans un Etat contractant, soit dans la caractère mobile du bien concerné; ainsi, des litiges purement internes au niveau conflictuel pourront être soumis à cette nouvelle réglementation<sup>295</sup>.

## **§2. Constitution d'une sûreté internationale**

Etant donné la qualité des parties intéressées à ce type d'opération, il est apparu clair que leur conférer une certaine autonomie ne poserait pas de difficulté. En effet, les transactions prenant place dans ces domaines d'activité le sont souvent dans le contexte d'une pratique de marché, entre professionnels de l'industrie du transport. Par ailleurs, il est apparu aux rédacteurs que, si la plupart des droits commerciaux internes autorisaient les parties à modifier voire à exclure certaines dispositions dans leurs rapports contractuels, elles étaient en revanche liées par les dispositions protectrices des tiers<sup>296</sup>. Ceci eut pour conséquence de rendre la plupart des dispositions conventionnelles supplétives. De fait, les seules conditions devant être respectées au moment de la constitution de la garantie sont la nécessité d'un écrit, la titularité des droits de disposition nécessaires par le débiteur, l'identification du bien grevé et l'identification des obligations garanties par le contrat de sûreté en cause<sup>297</sup>.

## **§3. Système international d'enregistrement.**

Le cœur de la Convention Unidroit réside dans le système d'enregistrement centralisé qu'elle prévoit dans son Chapitre IV. Confié à une organisation intergouvernementale bénéficiant de l'immunité de juridiction, ce registre assurera une sécurité certaine aux

---

<sup>294</sup>*The Protection of Interests in Moveables in Transnational Commercial Law, supra note 234*, à la p.464. Il convient également de mentionner la référence à la loi applicable faite par l'article 6 de l'avant projet de juin 1999 qui stipule dans son second alinéa que: "Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut, conformément à la loi applicable". On voit ainsi que les questions annexes à la Convention seront résolues selon la méthode classique, seule à pouvoir fournir les réponses que toute tentative d'unification ne peut atteindre. Cette solution ne va pas cependant sans poser certaines difficultés (voir également l'article 2 supra) ainsi qu'en témoigne le *Rapport de la première session plénière conjointe Unidroit-OACI, supra note 292.*

<sup>295</sup> article 3 du projet de Convention de Juin 1999.

<sup>296</sup>*The Protection of Interests in Moveables in Transnational Commercial Law, supra note 234*, à la p.463

parties intéressées à tout investissement dans l'une des industries concernées par la Convention. Figureront dans le registre: a) les garanties internationales et les garanties internationales futures, b) les cessions et cessions futures de garanties internationales et c) les subordinations de rang concernant les garanties internationales.

L'article 21.b de l'avant-projet prévoit la possibilité d'inscription d'une garantie internationale future. On voit qu'une telle disposition s'inspire des possibilités offertes par les systèmes du type UCC qui permettent aux créanciers de protéger leur rang dès le stade des négociations. Ainsi, le créancier ayant procédé à une telle inscription verra sa sûreté réputée enregistrée rétroactivement, ce qui lui confèrera une priorité sur ceux ayant conclu une garantie postérieurement<sup>298</sup>.

#### §4. Recours ouverts en cas d'inexécution des obligations.

Pour toute garantie créée conformément à la Convention, qu'elle soit inscrite ou non, le Chapitre III prévoit une série de dispositions unifiant les voies de recours offertes au créancier garanti<sup>299</sup>. Celles-ci peuvent être mises en œuvre dès lors qu'apparaît une "inexécution", l'inexécution étant définie par les parties en vertu de l'autonomie de la volonté qui leur est accordée<sup>300</sup>.

La Convention prévoit que les recours prévus doivent être exercés "d'une manière commercialement raisonnable" et que le créancier voulant vendre le bien grevé ou le donner à bail doit prévenir toutes les personnes intéressées dans un délai suffisant. Par ailleurs, tout surplus perçu lors de la vente dudit bien devra être reporté au compte du créancier immédiatement inscrit après lui ou, à défaut, au constituant<sup>301</sup>.

L'article 9 de l'avant-projet prévoit quant à lui une solution originale et certainement efficace: le constituant a la possibilité de transférer la propriété du bien grevé au créancier garanti en règlement de tout ou partie des obligations garanties si toutes les parties intéressées donnent leur consentement ou si un tribunal l'ordonne.

---

<sup>297</sup> article 7 de l'avant projet de Convention de juin 1999.

<sup>298</sup> Il est cependant à noter que, dans un souci de ne pas faire dépendre les règles de la Convention des différents droits nationaux en fournissant des mécanismes simples, l'article 21 ne reprend pas la distinction relative aux "Purchase money security interests". Voir *The Protection of Interests in Moveables in Transnational Commercial Law*, supra note 234, à la p.464

<sup>299</sup> Ceux ci sont énoncés par l'article 8.1 de l'avant-projet de Convention de juin 1999 :a) la prise de possession de tout bien grevé au profit du créancier ou sa prise de contrôle, b) la vente ou la mise en location du bien, c) la perception de tout revenu ou bénéfice produit par la gestion ou l'exploitation du bien, toutes ces mesures pouvant être effectuées avec ou sans le concours des autorités judiciaires.

<sup>300</sup> Article 11 de l'avant-projet de Convention de juin 1999.

<sup>301</sup> article 8.2, 8.3, 8.4 et 8.5 de l'avant projet de Convention de Juin 1999

Dans l'hypothèse d'une vente avec réserve de propriété ou de bail, le remède prévu par la Convention consiste en la remise en possession du créancier et en la résiliation du contrat, les parties pouvant le cas échéant demander au tribunal de mettre en oeuvre de telles mesures.

De façon générale, la Convention reconnaît l'efficacité des recours effectués sans intervention des organes judiciaires mais il est prévu qu'un Etat contractant peut réserver ce point et exiger l'intervention des tribunaux étatiques dans la mise en oeuvre des recours<sup>302</sup>.

Enfin, si la procédure est de façon traditionnelle soumise à la *lex fori*, l'article 14 de l'avant-projet prévoit qu'en cas de commencement de preuve d'inexécution fournie par le créancier garanti, le tribunal saisi peut rendre une ordonnance autorisant des mesures urgentes<sup>303</sup>.

#### **§5. Effets d'une garantie internationale à l'égard des tiers**

Le système de priorité adopté par la Convention reprend les mécanismes inspirés par l'article 9 de l'UCC: une garantie inscrite prime sur toute garantie inscrite ultérieurement et sur toute garantie antérieure ou postérieure non-inscrite, même si ces dernières étaient connues<sup>304</sup>.

De même, l'acheteur d'un bien ne se verra opposer une garantie internationale prise sur ce bien que dans l'hypothèse où celle-ci a été préalablement inscrite.

Il est à souligner que les titulaires de garanties concurrentes ont la possibilité, si elles le souhaitent, de modifier le rang qui leur est attribué par principe. Cependant, le cessionnaire d'une garantie n'est pas lié par un accord de subordination conclu par le cédant, sauf si celui-ci a été inscrit au moment de la cession<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> article 12.2 de l'avant projet de convention de juin 1999.

<sup>303</sup> Cette disposition a été très discutée, voir par exemple: *Par delà les frontières de la terre et de l'espace*, supra note 288 à la p.60.

<sup>304</sup> Article 28.1 et 28.2 de l'avant projet de juin 1999

<sup>305</sup> article 27.4 de l'avant projet de Convention de juin 1999.

## **§6. Conséquences de la faillite du débiteur<sup>306</sup>**

On a vu dans nos précédents développements que, d'une façon générale, la tendance actuelle des droits nationaux en matière de faillite se fait dans le sens d'une consécration de la théorie de l'universalité. Les procédures d'insolvabilité internationales ouvertes dans un Etat donné reconnaissent en principe la possibilité pour les créanciers étrangers de produire leurs créances si celles-ci ont régulièrement été acquises avant l'ouverture desdites procédures; toute la difficulté réside en réalité dans la reconnaissance de la sûreté étrangère en cause par la *lex concursus*. C'est précisément pour éviter cet écueil que la Convention Unidroit a prévu, comme corrélatif à l'institution d'une garantie "véritablement internationale", une règle de reconnaissance s'imposant aux tribunaux de faillite.

Ainsi, l'article 28.1 de l'avant projet prévoit une règle matérielle: la garantie internationale est opposable au syndic de la faillite si elle a été enregistrée avant l'ouverture de la procédure.

Par ailleurs, si la *lex concursus* admet l'opposabilité de la sûreté même en l'absence d'enregistrement, cette opposabilité sera reconnue<sup>307</sup>. Les règles de la Convention et de la *lex concursus* trouvent donc ici une application alternative, destinée à aboutir au résultat le plus favorable.

## **§7. Cession d'une garantie internationale et droits de subrogation**

Le chapitre VIII de l'avant-projet prévoit que le créancier garanti peut céder ses droits à condition que la cession se fasse par écrit, qu'elle rende possible l'identification du bien et qu'elle rende possible la détermination de l'obligation garantie si elle est faite à titre de garantie. Par ailleurs, il est prévu que la cession couvre tous les droits dont bénéficiait le cédant en vertu de la garantie ainsi que son rang et ses droits accessoires. En revanche, est consacré le principe d'inopposabilité des exceptions que le cédé pouvait faire valoir à l'encontre du cédant: le débiteur ne peut donc plus faire valoir un

---

<sup>306</sup>Il est à noter ici que l'impact des dispositions sur l'opposabilité à la faillite du constituant des garanties internationales doit être relativisé dans la mesure où, dans l'industrie du transport aérien par exemple, la moitié des compagnies sont la propriété des gouvernements nationaux ce qui signifie que les procédures d'insolvabilité classiques ne leur sont pas applicables. Ce point a fait l'objet d'importants débats menés par le professeur Goode lors de la deuxième session conjointe Unidroit - OACI qui s'est tenue à Montréal du 24 août au 3 septembre 1999.

<sup>307</sup>article 28.3 de l'avant projet de Convention de juin 1999

moyen tiré par exemple de la compensation de sa créance avec celle du créancier initial à l'encontre du cessionnaire.

Pour être opposable au cédé, la cession doit lui être notifiée par écrit et pour être opposable au syndic de la faillite, elle doit répondre aux conditions que nous avons relevées dans le paragraphe précédent. La Convention s'est volontairement abstenue d'aller plus loin dans la réglementation de la cession des droits du créancier garanti dans la mesure où elle ne voulait pas interférer avec le projet de la CNUDCI que nous avons préalablement étudié.

Selon nous, le Projet de la CNUDCI devrait véritablement intéresser les Etats, en ce qu'il permettrait d'unifier les droits nationaux des systèmes ayant déjà adopté des règles de conflit en la matière et il fournirait aux autres systèmes un corps de règles conflictuelles cohérentes . Ainsi, il conduirait non seulement à faciliter le financement par cession de créance au niveau international, ce qui, dans le contexte de la globalisation des échanges semble pour le moins souhaitable mais, en plus, il pourrait, selon nous, contribuer à l'évolution des conceptions rigides de certains ordres juridiques quant aux sûretés mobilières en général. En effet, en ce qu'il consacre la possibilité de recourir à la cession en bloc et à la cession de créances futures, le Projet de la CNUDCI, contrairement à de nombreux instruments internationaux, a clairement opté pour des solutions libérales issues de la common law. Or, selon nous, c'est dans ce sens que doivent se diriger les différents systèmes juridiques s'ils veulent tenir compte de la réalité des affaires au lieu de s'y opposer en lui fournissant des mécanismes inadaptés. Une approche pragmatique devrait donc inciter les Etats de tradition civiliste, telle la France, à dépasser leurs conceptions traditionnelles.

Le Projet Unidroit quant à lui, est le fruit de l'industrie aéronautique et de ses organismes de régulation, soutenus par les gouvernements nationaux intéressés. Par ailleurs, il ne concerne que des biens très particuliers puisque de très grande valeur, individualisés et soumis à enregistrement. A ce titre, il devrait donc connaître un succès important car il permettrait un financement plus aisé des sociétés concernées qui subissent aujourd'hui les conséquences d'une concurrence mondiale auxquels les mécanismes juridiques existant ne sont pas toujours à même d'adresser des réponses adaptées..

## **CONCLUSION**

Les droits internes des sûretés mobilières divergent largement d'un Etat à l'autre. Les droits français et anglais n'ont pas procédé à une refonte d'ensemble de leur droit des sûretés et conservent une approche spéciale des différents mécanismes garantissant l'exécution des obligations. Les provinces canadiennes, en revanche, en s'alignant sur l'article 9 de l'Uniform Commercial Code américain, ont adopté une conception fonctionnelle des sûretés mobilières en les rassemblant sous le qualificatif commun de "security interest" ou d'hypothèque. Ainsi, même le droit québécois, de tradition civiliste, a pris acte de la nécessité de fournir aux opérateurs des mécanismes simples et efficaces, ceci dans une optique d'accès au crédit facilitée.

On a également vu que, si les droits anglais et canadiens tendent à reconnaître facilement de nouveaux mécanismes juridiques permettant de garantir l'exécution d'une obligation donnée, le droit français restait encore attaché aux concepts civilistes traditionnels. Ceci se traduit notamment par un refus d'acceptation généralisé des sûretés dites "globales" ainsi que des sûretés sur biens futurs.

Enfin, on a pu constater que le rôle conféré à la publicité mobilière constitue une distinction fondamentale entre les systèmes étudiés: systématique au Canada, elle n'est que très parcellaire en France et en Grande-Bretagne.

Ces différences en droit interne se traduisent en droit international privé par un accueil plus ou moins favorable aux figures étrangères et aux institutions inconnues du for, en dépit de la généralité du rattachement à la *lex rei sitae*.

En effet, le principe de rattachement à la loi du lieu de situation du meuble grevé est unanimement adopté par tous les systèmes juridiques étudiés au cours de la présente étude. La *lex situs*, considérée comme la plus à même d'assurer une protection efficace des tiers, est ainsi applicable tant aux conditions d'existence, de validité, d'opposabilité, de publicité qu'aux effets de la sûreté. Dans le contexte du conflit immobile, la seule limite à son application réside dans le jeu de la *lex concursus*. Pour certains meubles, dans la localisation effective se révèle délicate, la *lex rei sitae* est remplacée par d'autres rattachements, considérés comme plus adaptés. De fait, la loi du pavillon en matière de moyens de transports et la loi du domicile du constituant,

adoptée au Canada pour les meubles incorporels et les meubles corporels ordinairement utilisés dans plus d'un Etat, tempèrent aujourd'hui les rigueurs du rattachement traditionnel.

Le facteur de complexité supplémentaire en droit international privé des sûretés mobilières réside dans l'hypothèse de conflit mobile. Lorsque le meuble grevé est déplacé dans un Etat distinct de celui ayant présidé à la constitution de la sûreté, comment le créancier garanti va-t-il pouvoir faire valoir son droit réel? Ici, les différences observées entre les droits internes français, anglais et canadiens rejaillissent de façon spectaculaire. Effectivement, si le droit français consacre en matière de conflit mobile des solutions dégagées des conflits de lois dans le temps à partir de l'article 3 du code civil, le droit anglais s'efforce de poser un principe de reconnaissance des sûretés régulièrement acquises dans leur pays d'origine.

Dans une optique directement issue de leurs mécanismes de publicité systématique des sûretés, les provinces canadiennes ont quant à elles adopté la figure juridique du "délai de survie", ouvrant ainsi une large porte à la reconnaissance des sûretés étrangères se conformant aux conceptions nord-américaines de protection des tiers.

A la lumière des droits anglais et canadiens, nous nous sommes rapprochés d'une certaine partie de la doctrine française moderne qui remet en cause le rattachement à la *lex rei sitae* dans sa conception traditionnelle, obsolète dans le contexte d'une économie de marché mondialisée. Sans pour autant souhaiter un alignement complet du droit français sur l'article 9 de l'UCC, trop contraire pour l'heure aux concepts civilistes, nous pensons que le rattachement à la loi d'autonomie proposé par Gaudemet-Tallon, Khairallah, Mayer et Juvet, corrigé par certains gardes-fous, serait constitutif d'un progrès sensible dans le sens d'une plus grande reconnaissance des sûretés étrangères.

La circulation internationale des sûretés mobilières est ainsi plus aisée dans les pays du Commonwealth qu'elle ne l'est en France. Au soutien des réticences du droit français sont allégués des motifs issus de la nécessaire protection des tiers et du principe de *numerus clausus*; or, on a vu que les tiers ne sont pas moins bien protégés en Grande-Bretagne et au Canada qu'en France et que le principe de *numerus clausus*

était largement battu en brèche. La question se pose donc de savoir s'il ne conviendrait pas, dans l'optique d'un accès au crédit facilité pour financer des opérations internationales, de procéder à l'harmonisation des droits en présence.

C'est ce à quoi se sont attelés plusieurs organismes, au niveau européen et au niveau international. Parmi les différents instruments élaborés ou en cours d'élaboration, certains procèdent à une unification conflictuelle tandis que d'autres procèdent à une unification matérielle.

Un premier constat s'est imposé: l'unification générale du droit international des sûretés mobilières n'est pas d'actualité, seuls des efforts d'unification spéciaux, cantonnés à des domaines ou à des cadres régionaux bien identifiés, apparaissent réalisables actuellement.

On a ainsi pu analyser dans le cadre européen, les dispositions du Projet de l'Union Européenne en matière d'insolvabilité et l'article 12 de la Convention de Rome relatif à la cession de créance. A ce niveau, force est de constater que l'unification conflictuelle, si elle suscite un intérêt certain en matière de faillite transfrontalière, dont nous avons précédemment souligné la spécificité, est nettement moins encourageante en matière de cession de créance. Effectivement, en ce que cette figure juridique peut être utilisée à d'autres fins que celles de sûreté, il semble que l'article 12 de la Convention de Rome n'y apporte pas de solution intéressante.

L'unification matérielle opérée dans ce domaine par le Projet de la CNUDCI est, selon nous, beaucoup plus prometteur. S'il venait à être adopté par un nombre suffisant d'Etats, notamment par ceux de tradition civiliste telle la France, il contribuerait certainement à faciliter l'accès au crédit international dans les opérations impliquant des opérateurs français et assouplirait ainsi indirectement les conceptions souvent trop rigides du droit interne et du droit international privé.

Le dernier projet de convention internationale ayant retenu notre attention est celui qu'élabore en ce moment Unidroit en matière de garanties internationales portant sur des biens d'équipement mobiles. Largement inspiré des conceptions nord-américaines, ce Projet devrait, selon nous, être adopté sans trop de difficulté par les Etats. En effet, même s'il procède à une unification du droit substantiel et à un enregistrement centralisé et systématique des garanties, ce projet vise des biens qui dores et déjà font l'objet d'un rattachement dérogatoire en droit international privé : la loi du pavillon.

Par ailleurs le caractère particulier des opérations de garantie portant sur de tels biens, qui ne mettent en cause que des professionnels de l'industrie du transport pour des montants fort élevés, devrait inciter les Etats à ne pas se montrer trop réticents à la ratification du projet Unidroit.

Elisa HENRY  
LL.M de droit comparé - 1999  
**Mémoire de Maîtrise: Les sûretés mobilières en droit international privé comparé**

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I. OUVRAGES , THESES, MONOGRAPHIES:**

Ancel J.P. et Lequette Y., *Les Grands Arrêts du Droit International Privé*, Paris, Dalloz, 1996.

Aynès L., *Sûretés-Publicité foncière*, Paris, Editions Cujas, 1998.

Baer M. et Saumier G., *Private International Law in Canada: cases, text and materials*, Toronto, E. Montgomery, 1996.

Batiffol H. et Lagarde P. , *Droit International Privé*, t.2, 7ème Ed., Paris : LGDJ, 1983.

*Droit International Privé*, t.1, 8ème Ed., Paris : LGDJ, 1993.

Cayne D., *Cases and Materials in Québec Private International Law*, Montréal, Mc Gill University, Faculty of Law, 1971

Cheshire's & North, *Private International Law*, London, Butterworths, 1992

North P.M. & Fawcett J.J., *Cheshire's & North's ,Private International Law*, 12ème ed., London, Butterworths, 1992

Ciotola P., *La réforme des sûretés sous le code civil , Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec: La réforme du code civil- Priorités, hypothèques, preuve et prescriptions des droits, droit international privé*, tome 3, Sainte Foy: Presses Universitaires de Laval, 1993.

Clarkson C.M.V. & Hill J. , *Jaffey on the Conflicts of Laws*, Butterworths, London, 1997.

Cumming R.C.C., *British Columbia P.P.S.A. Handbook*, Scarborough, Carswell, 1996.

*Alberta P.P.S.A. Handbook*, Toronto, Carswell, 1993.

Dicey A.V., *Dicey & Morris on the Conflict of Laws*, 12<sup>ème</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 1993.

Groffier E., *Private International law*, London, Butterworths, 1992.

Groffier E. , *Textes fondamentaux du Droit International Privé Québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

Holleaux D., Foyer J., Geouffre de la Pradelle G., *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.

Juvet I., *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*, Publications Universitaires Européennes, Berne, Peter Lang, 1991.

Houlden L.W. et Moravetz, *The 1997 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Toronto, Carsw 1996

Kahn, Freund, *General Problems of Private International Law*, Leyden, Sijthoff, 1976.

Khairallah G., *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Paris, Economica 1984.

Koppenol M., Laforce et al., *International Contracts - Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Privat International Law*, London, Sweet & Maxwell, 1996.

Lalive P., *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws*, Oxford, Clarendon Press.

Mayer P., *Droit International Privé*, Paris, Montchrestien 1995.

Mc Larren R.H., *The Annotated Ontario PPSA*, Scarborough, Carswell, 1996.

Mc Lean J.D., *Morris: The Conflict of Laws*, 4<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 1993.

Mémento pratique Francis Lefebvre- *Droit des affaires 1995-96*, Levallois, Francis Lefebvre, 1995.

North P., *Private International Law- Problems in Common Law Jurisdictions* , Martinus - Nijh Publishers, 1993.

Pardoel D., *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, Paris, LGDJ, 1997.

Rabel E., *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, vol.4, University of Michigan Law Sch 1958.

Roubier P., *Les conflits de lois dans le temps : théorie dite de la non-rétroactivité des lois*, Pa Rec.Dalloz-Sirey, 1929-1933.

Talpis , Jeffrey, *Private International Law*, 1996 .

Von Savigny F.K., *A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect Place and Time*, South Hackensack, Rothman, 1972.

Scott A.W., *Private International Law*, Plymouth, Mc Donald and Evans, 1979.

Sykes E.I. & Pryles M.C., *International & Interstate Conflict of Laws*, 2nd ed., London, Butterwort 1981.

Walsh C., *An Introduction to the New Brunswick P.P.S.A.*, Frederickton, NB , University of N Brunswick, Faculty of Law, 1995

## **II. COLLOQUES, SYMPOSIUMS:**

**Comité de Droit International Privé (Québec), Rapport sur le Droit International Privé, Montréal: L'Office, 1975.**

**Xth International Congress of Comparative Law, Budapest, 1978.**

**Conférence de la Haye, Commission spéciale de Janvier 1988, Affaires générales, Rapport tenant lieu de procès-verbal n°7, Budapest.**

**Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet portant réforme du code civil du droit international privé présenté à la Commission des Institutions, Montréal: Barreau du Québec, Service de la recherche et de législation, 1989.**

**Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet portant réforme du code civil du droit des sûretés présenté à la Commission des Institutions, Montréal: Barreau du Québec, Service de la recherche et de législation, 1989.**

**International Congress of Comparative Law, L'harmonisation des règles de droit privé entre pays de droit civil et pays de common law, Montréal, 1990.**

**Reform of the civil code, vol.5B: Private International Law, Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des Notaires du Québec, Montréal Mc Carthy Trétault, 1993.**

**Travaux de l'Association Henri Capitant, Les Garanties de Financement - Journées Portugaises, Paris LGDJ, 1996.**

**American Law Institute, "Summary Description of Security on Moveable Property under the Québec Civil Code" in Transnational Insolvency Project, Tentative Draft, ALI, Philadelphia, 1997**

### **III. ARTICLES:**

#### **1. COMMON LAW – DROITS ANGLAIS ET CANADIEN :**

Avery B., Retention of Title Revisited, (1991) 141 N.L.J.537

Babe J.E., Canadian PPSA Conflict of Law Rules , (1996) 12 Nat'l Insolv. Rev.3

Baxter I.F.G., Secured Transactions and Conflicts of Laws, (1978) CBLJ.57

Bridge M.G., How far is article 9 exportable? The English experience, (1996) 27 Can.Bus.L.J.196

Chesteran M.M.R., Choice of Law Aspect of Liens and Similar Claims in International Sales of Goods  
(1973) 22 ICLQ.213

Debastitta C., Transferring property in international sales: conflicts and substantive rules under English  
law, (1995) 26 J.Marit.L&C. 273

Fletcher I.F., Cross-Border Insolvency, dans Académie Internationale de Droit Comparé, Rapp  
Généraux du XIIIème Congrès International p.337, Montréal, 1990, Cowansville: Yvon Blais  
1990.

Cross-border insolvency: the law of England and Wales, dans Académie  
Internationale de droit comparé, Rapports Anglais du XIIIè Congrès, Montréal,  
Cowansville, Yvon Blais, 1990

Glenn H.P., Le droit comparé et la Cour Suprême du Canada, in Mélanges Louis-Philippe Pigeon,  
Collection Bleue, Ouvrages collectifs, Montréal : Wilson & Lafleur ltée, 1989.

Goldsmith E., Les sûretés mobilières mobilières en droit anglais, (1995) 2 RDAI.145.

Grenon A., La loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario,(1995) 29 Rev. Jur. Thémis.597

**Major Differences Between PPSA Legislation and Security over Moveables in Quebec un  
the New Civil Code, (1996) 26 Can. Bus. L.J.391**

**Grodecki J.K., The Recognition of Non-Possessory Interests in English Private International Law,  
Xth International Congress of Comparative Law : United Kingdom National Reports Submitted to  
Congress, Budapest 1978, UK Committee of Comparative Law.**

**Morris J.H.C., The Transfer of Chattels in the Conflicts of Laws, British Yearbook of International  
Law, 1945.232**

**Reid K.G.C. and Gretton G.L., Retention of Title in Romalpa Clauses, (1983) S.L.T News.77**

**Schilling T.J.R., Some European Decisions on Non-Possessory Security Rights in Private International  
Law, (1985) 34 ICLQ.87**

**Smith T.B., Retention of Title : Lord Watson's Legacy, (1983) S.L.J.105**

**Wood R.J., The Floating Charge in Canada, (1989) 2 Alb.L.R.191**

**Ziegel J.S., The New Provincial Chattel Security Regimes, (1991) 70 Can.Bus.L.R.681**

**Canadian Perspectives on "How Far Is Article 9 Exportable?"" , (1996) 27 Can.Bus.L.J.226  
Rapport National Canadien sur l'insolvabilité transfrontalière, dans XIIème Cong  
international de droit comparé, Montréal, 1990.**

## **2. QUEBEC :**

**Ciotola P. , La réforme des sûretés sous le code civil du Québec , dans La réforme du code civil,  
priorités hypothèques, preuve et prescriptions des droits, droit international privé , t.3, Ste-Foy, Press  
Universitaires de Laval, 1993, à la p.307. Textes réunis par le barreau du Québec et la Chambre des  
Notaires du Québec, Sainte-Foy: Presses de l'Université de Laval, 1993.**

**Glenn H.P., Droit international privé, dans La réforme du code civil- Priorités et hypothèques, preuve  
prescriptions, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires à la p.669, Texte**

réunis par le barreau du Québec et la Chambre des Notaires du Québec, Sainte-Foy: Presses de l'Université de Laval, 1993.

Grenon A: Major Differences Between PPSA Legislation and Security over Moveables in Qué under the New Civil Code, (1996) 26 Can. Bus. L.J., p.391

Les sûretés mobilières en Ontario et au Québec et le droit international privé, (1998) 2 Revue la Common Law en Français.117

Pratte D., Rapport Québécois, dans Travaux de l'Association Henri Capitant , Les Garanties de Financement - Journées Portugaises à la p.111, Paris: LGDJ, 1996.

Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles sûres?, dans La réforme du code civil, cinq a plus tard, Service de la formation permanente à la p.179, Cowansville: Yvon Blais, 1998.

Talpis J.A. et Castel J.G., Interprétation des règles de Droit International Privé, dans Barreau du Québec, La Réforme du Code Civil- Priorités et Hypothèques à la p.801, Volume 3, Sainte Foy,Québ Presses de l'Université de Laval, 1993.

Talpis J.A. et Troulis C.,Conflict of Laws Rules under the CCQ relating to security, dans Développements récents sur l'Hypothèque, Ed. Yvon Blais, 1997, p.187

### **3. DROIT CIVIL:**

Aynes L., Rapport Français dans Travaux de l'Association Henri Capitant , Les Garanties de Financement - Journées Portugaises à la p.111, Paris: LGDJ, 1996.

Cabrillac M., La reconnaissance en France des sûretés sans dépossession créés à l'étranger, (1979) Rev.crit.487

Gérard J.F., L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de faillite internationale, (1989) 43 R.T.D.Com.635

Jestaz P., La réserve de propriété ou la vente éclatée, Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec , Paris, 1990.

Kreuzer K., *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères en droit international privé*, (1995) 3 RCDIP.465

Leboulanger P., *La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français*, (1998) 2 RIDC.401.

Lagarde P., *Sur la loi applicable au transfert de propriété - Requiem critique pour une convention mort-née*, Mélanges Droz.151, Martinus Nihoff Publishers, 1996.

Lamèthe D., *De quelques difficultés liées à la prestation de services à l'international*, (1994) 42 Rec.Dalloz.341.

Lemontey, *Commentaire de la Convention France-Autriche du 27 février 1980*, (1980) RCDIP.852  
*Actualités du droit de la faillite*, (1988) 1 RCDIP.51

Loussouarn Y., *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*, T.C.F.D.I.P.1982, p.91.

Mayer P., *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP 1981.I.3019

Rigeaux F., *Le conflit mobile en DIP*, Recueil des Cours de l'Académie de la Haye 1966, t.1, n°46, p.367.

Scarano J.P., *Opposabilité et inopposabilité de la clause de réserve de propriété (observations de droit comparé et de droit international privé)*, (1990) R.T.D.Com.535

Schilling T.J.R., *Some European Decisions on Non-Possessory Security Rights in Private International Law*, (1985) 34 ICLQ.87

K. Zweigert, *Méthodologie du droit comparé*, Mélanges offerts à J. Maury, t.1, Paris :Dalloz-Sirey, 1960

#### **4. DROIT UNIFORME :**

Balz M., *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, (1996) 70 *Am.Bank.L.J.*485

Cohen N.B., *Harmonizing the Law Governing Secured Credit: The Next Frontier*, (1998) *Tex.Int'l L.J.*173

Cumming R.C.C., *Is the UCC Dead or alive and well. International Perspectives: article 9 north of 49 the Canadian PPS Acts and the Quebec Civil Code*, (1996) 29 *Loy.L.A.L.R.*971

Debastitta C., *Transferring Property in International Sales: Conflicts and Substantive Rules under English Law*, (1995) 26 *J.Maritime L.&C.*273

Diéna G., *Les conflits de lois en matière de droits réels à l'IDI*, (1911) *Rev.DIP.*36

Drobnig U., *The Recognition of Non-Possessory Interests Created Abroad in Private International Law*  
General Reports of the Xth Congress of Comparative Law at.289, Budapest 1978:  
Akademia Kiado, 1981.

*Secured Credit in International Insolvency Proceedings* (1998) 33 *Tex.Int'l L.J.*53

Fletcher I.F., *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice of Law Provisions*  
(1998) 33 *Tex.Int'l L.J.*119

*The European Convention on Insolvency Proceedings: an Overview and Comment with United States Interests in Mind*, (1997) 23 *Brook.J.Int'l.L.*25

*Cross-Border Insolvency*, dans *Académie Internationale de droit comparé, Rapports Généraux du XIII<sup>e</sup> Congrès*, Montréal, Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p.337

Giuliano M. & Lagarde P., *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE 31 octobre 1980, n°C 282 p.21

Goode R., Par delà les frontières de la terre et de l'espace: l'avant-projet de Convention Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, (1998) 3 U.L.R.52

The Protection of Interests in Moveables in Transnational Commercial Law, (1998) R.D.U.453

Kings E., Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite, (1997) R.D.U.657

Vallens J.L., "La convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite", (1993) RCDIP.136

#### **IV. JURISPRUDENCE:**

##### **1. JURISPRUDENCE FRANCAISE :**

Req. 16 janvier 1861, S. 61.1.305 (note Masé), D.P. 61.1.193

Craven c. Lethbridge, Req. 19 mars 1872, D.P. 74.1, S.72.1.238

Civ.5/11/1878, (1879) Sirey I.26

C. de Paris et de Douai (1904) JDI.94 et.131

T.Civ. Seine 9/11/1912, (1912) JDI.1240

Cass.civ. 11 mars 1913, JDI 1913.910

Paris 11/05/1927, (1928) JDI.654

Paris 22/07/1929, (1929) JDI.1095

Kantoor de Mas , Req. 24 mai 1933, S.1935.1.253 (note Batiffol), RCDIP. 1934.142 (note J.P.N.)

Cass.Civ.28 février 1860, S.1860.1.210, D.P.1860.1.57, GAJDIPp.26

Soc. Diac, Civ. 1<sup>ère</sup> 8 juillet 1969, RCDIP.1971.75 (note Fouchard), JDI.1970.916 (note Derruppé), J.C.P.1970.II.16182 (note H. Gaudemet-Tallon), G.A.J.D.I.P. n.49.

C.A Amiens 10/01/1974, (1974) Dalloz.363

Nederlansche Middenstands Financiering Bank, Civ.3 mai 1973, RCDIP.1974.100 (note Mezger), JDI.1975,74 (note Fouchard)

Paris 19/1/1976, RCDIP.1977.126 note Lagarde

Com. 8/7/1981, Dalloz.1981. IR.541, RCDIP.1983.267

Soc. Localease, Com. 11 mai 1982, RCDIP.1983.450 (note Khairallah), Dalloz.1983.271 (note Witz)

Com. 19/02/1985, (1985) JCP.Somm.161

Com. 5/11/1985, Quot.Jur. 5/08/86 p.5

Paris, 26 mars 1986, D.1986.374, 2è esp., (note Vasseur), RCDIP 1987.351, (note Jobard-Bachelier)

Cass.Com. 28 octobre 1986, D. 1986.592,( note Vasseur).

Cass.civ.1ère, 25 février 1986, RCDIP 1987.589 (note Synvet).

Soc. Heinrich Otto, (1991) 4 JDI.913 note Jacquemont, (1991) Dalloz.276 (note J.P.Rémery)

Cass.com. 14 mai 1996, RCDIP 1996.475 ( observations du Conseiller référendaire J.P. Rémery).

### **3. CASE-LAW:**

**Cammel c. Sewell (1860) SH &N 728**

**Lloyd c.Guibert (1865) LR 1 QB 115**

**Liverpool Marine Credit Co c. Hunter, (1867) LR 4 Eq 62.**

**Todd c. Armour (1882) 9R. (Ct of Sess.)901**

**Re English, Scottish and Australian Chartered Bank [1893] 3 Ch.385**

**Embiricos v.Anglo-Austrian Bank (1904) 2 KB.870, appeal (1905) KB.677**

**Re Berchtold (1923) 1 Ch. 192 at.199**

**Dominion Bridge Co v. British America Nickel Corp. ltd, Ont SC (1924) 2 DLR.138**

**Re Anziani (1930) 1 Ch.407,420**

**Re Cutliffe's Will Trusts (1940) Ch.565 at.571**

**Pouliot v. Cloutier (1944) S.C.R.284**

**Re United Railways of the Havana and Regla Warehouse ltd, C.of A. (1960) Ch.52, (1959) 1 All.Er.214, (1959) 2 W.L.R.252.**

**Brown v. Bellegins-Societeit NY, (1961) 29 DLR. 2nd.673**

**Century Credit Corporation v. Richard, Ont.CA, (1962) 34 DLR 2nd.291**

**Todd Shipyards Corp. v. Altena Compania Maritima SA (1972) 32 DLR 3rd.571, (1974) S.C.R.1248**

**Price Mobile Home Centres Inc. v. National Trailer Convoy of Canada, Man.Q.B. (1974) 44 DLR 3rd.443**

**Re First National Bank and Schoffield et al., Sask. C.ofA., (1975) 60 DLR 3RD.751**

**Re Interview ltd, (1975) I.R.392**

**Re CA Kennedy co ltd and Stibb Monk. Ltd, Dorothea Knittings Mills ltd, Ont.C.ofJ., Divisionnal Court, (1976) 74 DLR 3rd.87**

**Aluminium Industrie Vaasen B.V. v. Romalpa Aluminium ltd (1976) 1 W.L.R.676**

**Re Bord Worth, (1979) 3 All.Er.919**

**Border v. Scottish Timber Products (1979) 3 All.Er.961**

**Re Country Kitchen Donuts ltd, (1980) 34 CBR (NS) 252 (Ont.SC)**

**Winleworth v. Christie, Manson and Woods ltd (1980) Ch.496, (1980) 1 All Er 1121**

**Emerald Stainless Steel ltd c. South Side Distribution ltd (1983) S.C.T.162**

**Re M.C. United Masonry ltd, Peat Marwick ltd v. Goldfarb, (1983), 44 CBR (NS)174, 40 OR (2d)330, 142 DLR (3d) 470**

**Unger c. Royal Bank (1983) 51 CBR (NS).145, 30 Sask.R.183 (QB)**

**Re Peachdovt (1983) 3 All.Er.204**

**Re An Drabell ltd (1984) 3 All.Er.**

Clough Mills Ltd v. Martin (1984) 3 All.Er.982

Deutz Engines (1984) S.L.T.273

A.G. New Zealand v. Ortiz, (1984) AC 1

Hammer and Sohne v. HWT Realisations Ltd, Sheriff Court of Glasgow and Strathlecevin at Glasgow (1985) S.L.T.21

Re Adair, (1985), 4 P.P.S.A.C. 262 (C.A. Ont.).

Zahrad Fabrick Passau GmbH v. Terex Ltd, (1986) SLT.84

GMAC c. Bank of Nova Scotia [1986] 18 O.R.(2d) 700, 83(3d)757

Central Refrigeration and Restaurant Services Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce, (1986) 47 Sask.R.124

Re Intex Moulding Ltd, (1987) 38 DLR 4th.111

E. Pfeiffer Weinkellerei Weineinkauf G.m.b.H. & Co v. Arbuthnot Factors Ltd (1988) 1 W.L.R.150

Armour v. Thyssen Edelsatahl AG (1991) 2 A.C.339, (1990) 3 All.Er.481, (1990) 1 WLR1810

Jukes v. Holiday Chevrolets Ltd, (1990) 82 Sask R.303

Re Weldtech Ltd, (1991) BCC.16

Advance Diamonds Drilling v. National Bank Leasing (1992) 3 PPSAC 2nd 154, (1992) BCJ n.620

Cardel Leasing Ltd. V. Maxmenko, [1992] 2 PPSAC (2d) 302 (Ont.Gen.Div.)

**Holland v. Chrysler Credit Canada Ltd, Alb,Q.B.M.C., (1993) 134 Alb.R.130**

**Canada Deposit Insurance Corp c. Canadian Commercial Bank, (1994)121 DLR 4th.360**

**Adelaide Capital Corp c. Integrated Transportation Finance Inc., [1994] 23 C.B.R. (3d).289, 16 O.R.(3d)414**

**Re Vanhove (1994) 20 O.R.(3d) 653 (Gen.Div.)**

**Mc Millan Inc. c. Bishopgate Investment Trust plc and others, C.of A. Civ.division, (1996) 1 All.Er.585, (1996)1 WLR.387.**

### **3.JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE :**

**Industrielle Alliance, compagnie d'assurance sur la vie c. Québec (Sous-Ministre du Revenu), [1997] R.J.Q..2928**

## **V. DOCUMENTS OFFICIELS**

### **1. DROIT UNIFORME**

**Convention des Nations-Unies du 8 février 1986 sur les conditions d'immatriculation des navires.**

**Convention de Genève du 19 juin 1948 relative à la reconnaissance internationale des droits sur les aéronefs.**

**Report of the Secretary General: Study on Security Interests, (1977) VII Y.B. Comm'n Int'l Trade L.171, un Doc.A/CN.9/SER.A/1977 presented by U. Drobnig**

**Giuldiano M. & Lagarde P., Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE 31 octobre 1980 n°C 282 p.21**

Virgos M. et Schmit E., Report on the Convention of Insolvency Proceedings, EU Council Doc.6500/96 DR58, Para87 (CFC) 3 Mai 1996  
European Union Convention on Insolvency Proceedings, Nov.23, 1996, 35 ILM 1223.

CNUDCI, Assemblée générale, Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, Trente et unième session, Projet de Convention sur la cession de créance à des fins de financement: texte accompagné de remarques et de suggestions, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.II/WP.104, Vienne 16 juillet 1999

CNUDCI, Assemblée générale, Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux Trente et unième session, Commentaire relatif au Projet de Convention sur la cession de créance à des fins de financement (première partie), Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.II/WP.105, Vienne 30 juillet 1999

CNUDCI, Assemblée générale, Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux Trente et unième session, Commentaire relatif au Projet de Convention sur la cession de créance à des fins de financement (deuxième partie), Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.II/WP.106, Vienne 16 septembre 1999

Rapport de la première session plénière conjointe Unidroit-OACI en date du 1-12 février 1999 , Undroit 1998, Etude LXXII - Doc.42

## **2. DROIT CANADIEN :**

### **LÉGISLATIONS DE PPSA :**

S.A. 1988, c.P-4.05;

S.B.C. 1989, c.36, as amended 1990, c.11,c.25 and c.53; 1991 c.13; 1992,c.48; 1993,c.28

R.S.M. 1987, c.P.35; S.S. 1979, c.P-6.1;

R.S.Y.T. 1986, c.130, S.N.B. 1993, c.P-7.1, tel qu'amendé par S.N.B. 1994, c.22 ; S.N.W.T. 1994, c.8.

RSO.1990, c.P.10, amended 1991, c.44, s.7; 1993, c.13, s.2.

**CODE CIVIL DU QUÉBEC :**

Office de révision du Code Civil, Rapport sur le code civil du Québec, Commentaires, vol.2, t.1, Québec, Editeur Officiel du Québec, 1978.

Loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits, 1ère session, 33ème législature (Québec), 1986, (Avant-Projet de Loi).

Code Civil du Québec, L.Q.1991, c.64

**3 .DROIT FRANÇAIS :**

Loi du 29 décembre 1934 et Décret n°536-68 du 30 septembre 1953

*Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises telle qu'insérée dans le Code de Commerce.*