



Article scientifique

Article

1999

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La réserve de propriété dans l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT :
un point de vue suisse

Foëx, Bénédicte

How to cite

FOËX, Bénédicte. La réserve de propriété dans l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT : un point de vue suisse. In: Uniform law review, 1999, vol. 4, n° 2, p. 409–424. doi: 10.1093/ulr/4.2.409

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8587>

Publication DOI: [10.1093/ulr/4.2.409](https://doi.org/10.1093/ulr/4.2.409)

© The author(s). This work is licensed under a Backfiles purchase (National Licenses Project)

<https://www.unige.ch/biblio/aou/fr/guide/info/references/licences/>

La réserve de propriété dans l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT : un point de vue suisse

Bénédict Foëx *

I. – INTRODUCTION

Depuis un certain nombre d'années, la réserve de propriété n'a plus la cote en Suisse: on lui reproche de ne pas être adaptée aux besoins de l'économie moderne¹, notamment en raison de la nécessité de l'inscrire dans un registre², lui-même affecté d'un régime juridique inconséquent³. Bref, la réserve de propriété, soumise par le législateur à un traitement à la fois lacunaire⁴ et "diabolique"⁵, ne jouerait qu'un rôle modeste⁶ parmi les sûretés réelles, confiné pour l'essentiel à la garantie de ventes à crédit⁷.

* Professeur à l'Université de Genève (Suisse); avocat. Version légèrement modifiée d'un article paru sous le titre "A propos du transfert sous réserve de propriété dans l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles" in F. Werro / B. Foëx (éds.), *La transmission du patrimoine. Questions choisies. Contributions en l'honneur de Paul-Henri Steinauer à l'occasion de ses cinquante ans*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, 117 ss. Cette contribution est publiée ici avec l'accord des Editions Universitaires Fribourg Suisse et à la demande de la *Revue de droit uniforme*.

¹ Voir par exemple T. BÜHLER, *Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr. Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt*, Zurich, 1997, 175: "Der Eigentumsvorbehalt ist – nicht nur im schweizerischen Recht ein schwaches Sicherungsmittel. Diese Eigenschaft des Eigentumsvorbehaltes ist zwar vom Gesetzgeber gewollt und mag auch für Konsumgüter genügen, für teure Investitionsgüter ist sie hingegen unbefriedigend und hat zur Folge, dass weitere Sicherungsmittel, wie Akkreditiv oder Bankgarantie eingesetzt werden müssen". Voir aussi: E. BUCHER, "Diskussionsbeitrag zum Referat von Herrn Dr. E. Bürgi", in *Probleme der Kreditsicherung*, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Berne, 1982, 150-152, selon lequel l'adoption de l'article 715 du Code civil suisse (du 10 décembre 1907) a causé "eine enorme theoretische Verwirrung [...] die auch zu praktisch ganz unbefriedigenden Fehlfolgerungen verleitet".

² Cf. par exemple: W. WEGAND, "Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand", in W. Wiegand (éd.), *Mobiliarsicherheiten*, Berner Bankrechtstag 1998, Berne, 1998, 75-85.

³ Voir notamment: BUCHER, *supra* note 1, 151; BÜHLER, *supra* note 1, 211 s.; S. OTTRUBAY, *Die Eintragung des Eigentumsvorbehalts unter Berücksichtigung des internationalen Rechts und der internationalen Harmonisierungsbestrebungen*, thèse, Fribourg 1980, 77 ss; etc.

⁴ BÜHLER, *supra* note 1, 179; I. SCHWANDER, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch II*, Bâle, 1998, n. 1 *ad* article 715 CCS; etc.

⁵ S. SANDOZ, "L'inscription du pacte de réserve de propriété: une solution 'géniale' ... diabolique", *Revue de droit suisse* 1987, I, 535-543.

⁶ Cf. WEGAND, *supra* note 2, 85, pour qui la réserve de propriété "trotz ausdrücklicher Regelung im Gesetz in der Rechtswirklichkeit ein vergleichsweise bedeutungsloses Dasein fristet".

⁷ Voir par exemple: D. MÜHL / W. PETERET, *Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern*. Teil V: Schweiz, Berlin 1983, n. 559; D. GIRSBERGER, "Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss?" (ci-après: GIRSBERGER, Faustpfandprinzip), *Revue suisse de jurisprudence* 1997, 97-106. Voir aussi WEGAND, *supra* note 2, 93, qui rappelle cependant (97 s.) que la réserve de propriété connaît d'autres domaines d'application.

Ce panorama peut surprendre si on le compare avec l'évolution qui se fait jour ailleurs. Ainsi, la réserve de propriété a été introduite dans le nouveau Code civil des Pays-Bas⁸, a été maintenue lors de la récente modification du Code civil polonais⁹ et a fait l'objet d'une consécration législative en Belgique¹⁰; quant au Code civil du Québec, entré en vigueur le 1er janvier 1994, il permet la conclusion d'une réserve de propriété en relation avec une vente à tempérament¹¹.

Par ailleurs, sur le plan international, on peut signaler qu'une Proposition de directive sur les retards de paiement prévoit de réglementer au niveau de l'Union européenne certains aspects du droit de la réserve de propriété dans les transactions commerciales¹²; l'un des considérants qui précèdent cette directive n'hésite pas à élever la réserve de propriété au rang de "moyen d'accélérer le paiement"¹³. La réserve de propriété a également les honneurs de l'article 7 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité¹⁴, de l'article 7 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international¹⁵ et de l'article 2, paragraphe 3 du projet de Convention de la CNUDCI sur la cession de créances à des fins de financement¹⁶.

⁸ Cf. article 3:92 du Code civil néerlandais de 1992. Auparavant, la réserve de propriété n'avait qu'une existence jurisprudentielle en Hollande ; cf. par exemple E.-M. KIENINGER, "Securities over Movable Property within the Common Market", *European Review of Private Law* 1996, 41-46. Voir encore: J.H. DALHUISEN, "Conditional Sales and Modern Financial Products", in *Towards a European Civil Code*, 2^e éd., Londres, 1998, 525-531 s. (ci-après: DALHUISEN, *Conditional Sales*).

⁹ J. WESTPHAL, "Eigentumsvorbehalt im internationalen Vergleich – unter Berücksichtigung des Rechts ausgewählter osteuropäischer Reformstaaten", in *Iusto iure. Festgabe für Otto Sandrock zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1995, 55-63.

¹⁰ Voir à cet égard l'article 101 de la Loi du 8 août 1997 sur les faillites. Cf. E.-M. KIENINGER / M.E. STORME, "Das neue belgische Recht des Eigentumsvorbehalts", *Recht der internationalen Wirtschaft* 1999, 94 ss ; T. BOSLY / C. VAN BUGGENHOUT, "De quelques nouveautés introduites par la loi du 8 août sur les faillites", *Revue de droit commercial belge* 1998, 208-220 s.

¹¹ Cf. article 1745 du Code civil du Québec.

¹² Voir l'article 2 ch. 3 et l'article 4 (ainsi que l'annexe) de la Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, publiée in *JO* n° C 374 du 3.12.1998, 4 ss.

¹³ Considérant 13 de la Proposition de directive, *JO* n° C 374 du 3.12.1998, 6.

¹⁴ On trouvera le texte de cette Convention (en anglais) in *International Legal Materials* 1996, 1225 ss, et (en allemand) in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1996, 331 ss. Voir à cet égard A. BONOMI, "La nécessité d'harmonisation du droit des garanties réelles mobilières dans le marché unique européen", in F. Werro (éd.), *L'eupéanisation du droit privé. Vers un Code civil européen ?*, Fribourg 1998, 497-513 ; C. D'ORDI, "La convenzione dell'unione europea sulle procedure di insolvenza", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1997, 333-352.

¹⁵ Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international, du 28 mai 1988, dont le texte est notamment publié in *Revue de droit uniforme* 1988-I, 162 ss.

¹⁶ Articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement, Document de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international n° A/CN.9/WG.II/W96, du 12 janvier 1998, disponible sur le site *Internet* de la CNUDCI (http://www.un.or.at/uncitral/french/sessions/wg_icp/wp-96.htm). Voir cependant les propositions de modification dans les documents 98 et 102, des 7 juillet 1998 et 8 janvier 1999 (http://www.un.or.at/uncitral/french/sessions/wg_icp).

En outre, on peut rappeler que la *Model Law on Secured Transactions* élaborée à l'initiative de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD)¹⁷ et destinée à servir d'inspiration aux législateurs des pays de l'Est européen¹⁸, institue une "*unpaid vendor's charge*" en matière mobilière, valable six mois sans inscription dans un registre¹⁹. Enfin²⁰, l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles contient également plusieurs dispositions relatives à la réserve de propriété²¹.

Ce dernier texte étant particulièrement prometteur, il a paru intéressant de s'y arrêter quelque peu et de rechercher quels enseignements peuvent en être tirés du point de vue du droit suisse de la réserve de propriété²².

II. – L'AVANT-PROJET DE CONVENTION D'UNIDROIT

A. Généralités

Les travaux menés depuis quelques années par les experts réunis sous les auspices d'UNIDROIT²³ ont débouché sur l'établissement d'un avant-projet, publié dans la

¹⁷ Cf. European Bank for Reconstruction and Development (éd.), *Model Law on Secured Transactions*, Londres 1994 (ci-après: EBRD, Model Law). Le texte de cette loi-modèle est également publié (en anglais) in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, 766 ss.

¹⁸ Cf. EBRD, Model Law, v ; J.L. SIMPSON / J.-H. M. RÖVER, "Model law on Secured Transactions completed", *Law in Transition*, Winter/Spring 1994, 1-1 ; C. DAGEFÖRDE, "Das besitzlose Mobiliarpfandrecht nach dem Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBRD Model Law on Secured Transactions)", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, 686-688 s. Voir par exemple, à titre d'illustration: A. HARMATHY, "The EBRD Model Law and the Hungarian Law", in J.J. Norton / M. Andenas (éds.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, Londres 1998, 197 ss ; J. SIMPSON / D. FAIRGRIEVE, "Registration of charges in Hungary", *Law in Transition*, Autumn 1998, 10 ss.

¹⁹ Article 9 de la loi-modèle (que l'on peut rapprocher de l'article 102, par. 2 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé, du 18 décembre 1987) ; voir par exemple: DAGEFÖRDE, 692. A noter cependant que la propriété passe à l'acquéreur nonobstant l'"*unpaid vendor's charge*", cette dernière constituant un gage *ad hoc* destiné en réalité à remplacer la réserve de propriété (cf. article 9.1.1 de la loi-modèle: EBRD, Model Law: "The unpaid vendor's charge replaces reservation of title by a charge in favour of the unpaid vendor").

²⁰ Pour d'autres projets ou propositions d'harmonisation internationale, voir par exemple: E.-M. KIENINGER, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt. Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten*, Baden-Baden, 1996, 217 ss.

²¹ Voir notamment les articles premier (rubriques "contrat réservant un droit de propriété", "acheteur conditionnel" et "vendeur conditionnel") ; 2, par. 2, b) ; 8, b) ; 11 ; et 26, par. 1, de l'avant-projet.

²² Sur la réserve de propriété en droit suisse, voir les articles 715 et 716 du Code civil suisse ainsi que les développements du Professeur P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, 2^e éd., Berne, 1994, n. 2027 ss (ci-après: STEINAUER, *Les droits réels II*) ; Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, Tome III, 2^e éd., Berne, 1996, n. 3046 ss, qui ont grandement contribué à clarifier la matière.

²³ Pour un historique de ce processus d'élaboration, voir par exemple: R. GOODE, "Par-delà les frontières de la terre et de l'espace : l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles", *Revue de droit uniforme* 1998, 53 s. ; M.J. STANFORD, "La future Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles : premier projet d'articles", *Revue de droit uniforme* 1996, 275-275 s. ; J.-H. M. RÖVER, "Preparation of a UNIDROIT Convention on security interests in mobile equipment", *Law in Transition*, Summer 1994, 15 s.

*Revue de droit uniforme*²⁴. Ce texte a depuis lors été révisé par un Comité pilote et de révision²⁵; il est actuellement soumis à un Comité d'experts gouvernementaux, qui a formulé des propositions de modification²⁶.

La future Convention vise à permettre la constitution, en présence d'un élément de rattachement pertinent²⁷, d'une garantie internationale sur des objets mobiliers présentant la caractéristique d'être volumineux et de grande valeur²⁸, à savoir les cellules et les moteurs d'aéronefs, les hélicoptères, les navires, les plates-formes de forage pétrolier, les *containers*, le matériel roulant ferroviaire et le matériel d'équipement spatial (satellites, etc.)²⁹.

²⁴ Avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Preliminary Draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment), publié (en français et en anglais) in *Revue de droit uniforme*, 1998, 76 ss.

²⁵ Cf. Actualités d'UNIDROIT, *Revue de droit uniforme* 1998, 777-779. Cette version révisée (sur laquelle la présente étude est fondée, et ci-après dénommée l' "avant-projet") est reproduite dans le document UNIDROIT 1998, Etude LXXII – Doc. 42 et peut être consultée sur le site *Internet* d'UNIDROIT (<http://www.UNIDROIT.org/french/news/pdconv-98-06.htm>).

²⁶ Voir: Première Session Conjointe (Rome, 1-12 février 1999) du Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT chargé d'élaborer un projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et un projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques et du Sous-comité du Comité juridique de l'OACI sur l'étude des garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (matériels d'équipement aéronautiques): UNIDROIT CEG/Gar.Int./WP/15 (Rapport du Groupe de travail sur le système d'inscription), dont l'Annexe I ("Dispositions relatives à l'inscription de l'avant-projet de Convention telles que revues par le Groupe de travail sur le système d'inscription") et l'Annexe III ("Dispositions relatives à l'inscription de l'avant-projet de Protocole telles que revues par le Groupe de travail sur le système d'inscription"), ainsi que l'Annexe I ("Texte de l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles tel que révisé par le Comité de rédaction") et l'Annexe II ("Texte de l'avant-projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles tel que révisé par le Comité de rédaction") du document de travail CEG/Gar.Int./WP/16 (Rapport du Comité de rédaction) sont reproduits en annexes à la présente publication.

²⁷ La future Convention n'exige pas à strictement parler qu'un élément d'extranéité soit réalisé: en vertu de son article 4, elle est applicable si le débiteur est "situé" (cf. article 5 de l'avant projet) dans un Etat contractant ou si le bien qui fait l'objet de la garantie est immatriculé dans un Etat contractant (ou présente un autre lien étroit avec un Etat contractant; sur la formulation des articles 4 et 5 proposée par le Comité de rédaction de la Première Session Conjointe: cf. le Rapport cité *supra* note 26); les auteurs de l'avant-projet ont estimé que l'élément d'extranéité était en quelque sorte inhérent au caractère mobile des biens visés par la Convention (cf. R. GOODE, *supra* note 23, 65, qui rappelle qu'en vertu de l'article V, chaque Etat contractant aura la faculté de déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention "à une opération purement interne"; J. WOOL, "The Next Generation of International Aviation Finance Law: An Overview of the Proposed UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment as Applied to Aircraft Equipment", *Air and Space Law* 1998, 243-254 s.).

²⁸ Cf. STANFORD, *supra* note 23, 279; GOODE, *idem*, 65.

²⁹ Cf. l'article 3 de l'avant-projet, dont la lettre i réservait les "autres catégories de biens dont chacun est susceptible d'individualisation". A noter qu'assez curieusement, le Comité de rédaction de la Première Session Conjointe (cf. le Rapport visé *supra*, note 26, a proposé de supprimer l'énumération des biens susceptibles de faire l'objet d'une garantie internationale (l'article 2, par. 2 prévoyant alors que cette dernière porte "sur un bien qui relève d'une catégorie de biens, désignée dans un Protocole, dont chacun est susceptible d'individualisation").

La future Convention contient les règles applicables à l'ensemble de ces "macro-meubles" (selon le néologisme de R. SAVATIER³⁰). Elle laisse le soin à des Protocoles³¹ de régler les questions spécifiques à chaque catégorie de biens³². La Convention est donc conçue comme une convention-cadre³³, qui pourra entrer en vigueur de façon échelonnée, par catégorie de biens, dès l'adoption du Protocole en cause³⁴.

B. La garantie internationale

1. Modalités de constitution

La constitution d'une garantie internationale sur ces macro-meubles nécessitera simplement la conclusion, par écrit³⁵, d'un contrat répondant aux conditions posées à l'article 8 de l'avant-projet³⁶. La garantie naîtra donc *solo consensu* : la future Convention institue bien un registre international³⁷ (qui sera en principe tenu selon le système réel³⁸ et que les intéressés pourront consulter³⁹), mais l'inscription dans ce registre n'est pas une condition d'existence de la garantie⁴⁰. L'inscription a pour effet de rendre la garantie internationale opposable aux tiers (ou, à tout le moins, à certaines catégories de tiers⁴¹); la Convention prévoit en effet qu'une garantie inscrite prime les garanties non inscrites ou inscrites postérieurement (quelle que soit leur

30 R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Troisième série. Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, 1959, 122.

31 Cf. articles premier (rubrique "Protocole"), V et W de l'avant-projet.

32 Cf. par exemple les articles 8, c); 17; 18 et 41 de l'avant-projet. GOODE, *supra* note 23, 59.

33 Cf. GOODE, *supra* note 23, 63.

34 Cf. article U de l'avant-projet. GOODE, *supra* note 23, 61.

35 En vertu de l'article premier (rubrique "écrit") de l'avant-projet, le terme "écrit" s'étend à tout message authentifié, même envoyé par télétransmission, pourvu qu'il laisse une trace matérielle ou qu'il soit susceptible d'être reproduit sur un support matériel. Le Comité de rédaction de la Première Session Conjointe (cf. le *Rapport* visé *supra*, note 26), a proposé d'adopter une définition plus large de l'"écrit".

36 Le contrat doit permettre l'identification du bien, dont le constituant (respectivement, le vendeur sous réserve de propriété ou le bailleur; cf. article 2, par. 2 de l'avant-projet) doit pouvoir disposer. Par ailleurs, s'il s'agit d'un contrat constitutif de sûreté, la convention doit rendre possible l'identification des créances garanties.

37 Cf. les articles 16 ss de l'avant-projet. A noter que l'article 16, par. 3 de l'avant-projet précise que des registres distincts pourront être tenus, en fonction des catégories de biens; cf. GOODE, *supra* note 23, 69. Le Groupe de travail sur le système d'inscription de la Première Session Conjointe (cf. le *Rapport* visé *supra*, note 26), a proposé de procéder à une refonte de ces dispositions.

38 Cf. GOODE, *supra* note 23, 63; WOOL, *supra* note 27, 262.

39 Articles 20, par. 6 et 23 de l'avant-projet.

40 Cf. STANFORD, *supra* note 23, 279; voir aussi: GOODE, *idem*, 67.

41 Bien que son Chapitre VII (articles 28 et 29) soit intitulé "Effets d'une garantie internationale à l'égard des tiers", la Convention ne règle en réalité qu'incomplètement la question; en particulier, l'on peut se demander quel sera l'ordre de priorité entre une garantie internationale et un droit non susceptible d'inscription grevant le bien (par exemple, un usufruit) et comment se régleront les rapports entre le titulaire d'une garantie internationale et un créancier du débiteur, lorsque ce dernier ne fait pas l'objet d'une procédure collective visée par l'article 29 de l'avant-projet (sur ce dernier point, voir l'ajout proposé par le Comité de rédaction de la Première Session Conjointe (cf. le *Rapport* visé *supra*, note 26).

date de constitution) ⁴², et qu'elle est opposable à l'acheteur du bien ⁴³ ainsi qu'au "syndic de faillite" du débiteur ⁴⁴.

2. Les catégories de garantie internationale

La future Convention prévoit que la garantie internationale peut résulter indifféremment de trois types de contrats: un contrat constitutif de sûreté ⁴⁵, un contrat de vente avec réserve de propriété ⁴⁶ et un contrat de (crédit-)bail ⁴⁷. En d'autres termes, selon le système de la future Convention, bien qu'ils n'aient pas le même objet (et que seul le premier d'entre eux tende à la création d'une sûreté), ces trois contrats procurent à leur bénéficiaire la titularité d'une garantie internationale: alors que son intitulé laisse entendre qu'elle institue plusieurs sûretés distinctes ⁴⁸, la Convention réunit sous l'appellation unique "garantie internationale" ("international interest") les droits du vendeur sous réserve de propriété, du (crédit-)bailleur et du créancier gagiste ⁴⁹.

L'assimilation de ces trois situations juridiques est cependant plus formelle que matérielle: en effet, la Convention contient un certain nombre de règles applicables uniquement à l'une ou l'autre d'entre elles. En particulier, le régime des sanctions en

⁴² Article 28 pars. 1 et 2 de l'avant-projet. Cf. GOODE, *supra* note 23, 71.

⁴³ Article 28, par. 3 de l'avant-projet, qui précise qu'une garantie non inscrite n'est pas opposable à l'acheteur, même s'il en connaissait l'existence. Cf. GOODE, *supra* note 23, 73.

⁴⁴ Article 29, par. 1 de l'avant-projet; l'article 29, par. 2 de l'avant-projet précise qu'il faut entendre l'expression "syndic de faillite" dans un sens large, puisqu'elle comprend "le liquidateur, l'administrateur ou toute autre personne désignée pour gérer les biens du débiteur dans l'intérêt des créanciers". Enfin, l'article 29, par. 3 ajoute qu'il appartient au droit applicable (désigné par les règles de conflit: cf. article premier [rubrique "loi applicable"] de l'avant-projet) de déterminer si une garantie non inscrite est également opposable au syndic de faillite; cf. à cet égard GOODE, *supra* note 23, 73.

⁴⁵ Article 2, par. 2, a) et article premier (rubrique "contrat constitutif de sûreté") de l'avant-projet.

⁴⁶ Article 2, par. 2, b) et article premier (rubrique "contrat réservant un droit de propriété") de l'avant-projet.

⁴⁷ Article 2, par. 2, c) et article premier (rubrique "contrat de bail") de l'avant-projet. La Convention recourt à l'expression neutre "contrat de bail" ("leasing agreement") et a donc vocation à s'appliquer non seulement aux "security leases", mais également aux "true leases" (sur cette distinction, voir par exemple: D. GIRSBERGER, *Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing. Internationales Vertrags-, Sachen- und Insolvenzrecht* [ci-après: GIRSBERGER, *Finanzierungsleasing*], Zurich, 1997, 138 s. et 153); voir d'ailleurs l'article premier de l'avant-projet, qui précise (dans la définition du "contrat de bail") qu'est un contrat de bail au sens de la Convention le contrat procurant au preneur, moyennant rémunération, le contrôle ou la possession d'un bien, "avec ou sans option d'achat". Ce choix a fait l'objet de critiques; voir notamment: C.W. MOONEY / M.T.J. WHALEN, *First set of draft articles of a future UNIDROIT Convention on international interests in mobile equipment. Comments*, UNIDROIT Study LXXII – Doc. 26 Add. 1, Rome 1996, 2; *Projet d'articles révisé d'une future Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Observations*, UNIDROIT Etude LXXII – Doc. 36, Rome 1997, 10 (critiques de MM. Mooney, Whalen et Stoufflet, mais approbation de l'Association suisse des banquiers).

⁴⁸ "Avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales [...]"; "Preliminary Draft UNIDROIT Convention on International Interests [...]".

⁴⁹ Cf. par exemple l'article premier (rubrique "garantie internationale") et l'article 2, pars. 2 et 3 de l'avant-projet.

cas d'inexécution (substantielle⁵⁰) des obligations du débiteur varie selon que la garantie résulte d'un contrat de sûreté⁵¹ ou qu'elle résulte d'un (crédit-)bail ou d'une vente sous réserve de propriété⁵²: dans le premier cas, les droits du créancier s'apparentent à ceux d'un créancier gagiste⁵³ (la propriété du macromeuble pouvant à certaines conditions être transférée au créancier⁵⁴); s'il y a vente ou bail, le créancier peut résilier le contrat et rentrer en possession⁵⁵ (ou reprendre le contrôle⁵⁶) du bien, dont il est resté propriétaire⁵⁷.

En définitive, on peut considérer que la Convention, au-delà d'une unité de façade résultant de la dénomination commune, consacre en réalité deux (voire trois) garanties distinctes⁵⁸. D'un côté, il y a la garantie qui est issue d'un contrat constitutif de sûreté et qui s'apparente à un gage; la version anglaise de la Convention appelle d'ailleurs "chargee"⁵⁹ le bénéficiaire de cette garantie et "chargor"⁶⁰ celui qui la constitue. De l'autre côté, il y a la garantie (ou les garanties) du vendeur sous réserve de propriété et du bailleur, qui n'est rien d'autre que la propriété. L'on trouve une confirmation de cette dualité dans une nuance (fort subtile) de la rédaction de l'article 2, paragraphe 2 de l'avant-projet: alors que la garantie du "chargee", la "sûreté"⁶¹, est conférée par le

50 Cf. article 12, par. 2 de l'avant-projet.

51 Voir les articles 9 et 10 de l'avant-projet.

52 Article 11 de l'avant-projet.

53 Ainsi, s'il a en principe le choix entre différentes possibilités (vendre le bien grevé, le donner à bail, en prendre possession ou percevoir les fruits civils qu'il produit, etc.); article 9, par. 1 de l'avant-projet), le créancier doit restituer à l'ayant droit la différence éventuelle entre sa créance et les sommes qu'il a perçues en exerçant ces droits (article 9, par. 5 de l'avant-projet).

54 Article 10 de l'avant-projet ; cf. GOODE, *supra* note 23, 69.

55 Article 11 de l'avant-projet.

56 L'on peut hésiter à admettre que la possession peut s'exercer sur le matériel d'équipement spatial; une prise de possession n'est dès lors guère concevable et c'est pourquoi l'article 11 (voir aussi les articles 9, par. 1, a) et 15, par. 1, b)) mentionne également la prise de contrôle du bien comme sanction de l'inexécution des obligations du débiteur; cf. *Projet d'articles révisé d'une future Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Remarques liminaires*, UNIDROIT Etude LXXII – Doc. 35, Rome 1997, 7: "une alternative fonctionnelle à la reprise de possession pour le matériel d'équipement spatial [est] constituée par la prise de contrôle des commandes des équipements de télémétrie, de surveillance et de contrôle basés sur la terre".

57 Cf., pour la vente sous réserve de propriété, l'article premier (rubrique "contrat réservant un droit de propriété") et (implicitement) l'article 26, par. 1 de l'avant-projet ; pour le (crédit-)bail, implicitement, l'article premier (rubrique "contrat de bail") de l'avant-projet. Voir également GOODE, *supra* note 23, 67 : le contrat constitutif de sûreté "confère des droits sur le bien du débiteur, et requiert par conséquent des dispositions plus détaillées que celles nécessaires pour la reprise par un vendeur ou un bailleur d'un matériel dont il n'a cessé d'être propriétaire".

58 Voir d'ailleurs GOODE, *supra* note 23, 63, qui n'hésite pas à parler de trois catégories de garanties; voir aussi: WOOL, *supra* note 27, 253.

59 Article premier (rubrique "chargee") de l'avant-projet; en français: "créancier garanti".

60 Article premier (rubrique "chargor") de l'avant projet; en français: "constituant".

61 Article premier (rubriques "sûreté" et "security interest").

constituant, celles du vendeur et du bailleur *appartiennent* à leur titulaire ⁶².

3. Brève appréciation

On peut concevoir quelques doutes sur le bien-fondé de l'option ainsi prise par les auteurs de l'avant-projet: fallait-il vraiment réunir sous l'enseigne "garantie internationale" des institutions aussi différentes que le gage et la propriété, que la future Convention soumet par ailleurs à un régime juridique partiellement distinct ?

Il s'agit cependant là d'une solution de compromis. En effet, dans un premier temps, il a été envisagé de créer une garantie unique, inspirée du *security interest* de l'article 9 du *Uniform Commercial Code* américain ⁶³, assimilant pratiquement la réserve de propriété ⁶⁴ (et les droits du crédit-bailleur partie à un contrat de *leasing* conclu aux fins de sûreté) à un droit de garantie ⁶⁵. Cette approche, dite "fonctionnelle" ⁶⁶, a cependant été par la suite abandonnée eu égard aux obstacles auxquels elle aurait pu se heurter dans les autres systèmes juridiques (notamment dans les pays dits de droit civil) ⁶⁷ et afin de tenir compte des craintes exprimées par certains professionnels du crédit-bail ⁶⁸.

Il en résulte un système hybride : si la dénomination ("garantie internationale") est unique, elle recouvre des réalités juridiques différentes. A cela s'ajoute que la future Convention prévoit qu'il appartient en principe à la loi applicable (en vertu des règles de conflit ⁶⁹) de déterminer si une garantie internationale relève de l'une ou l'autre des catégories qui se cachent derrière cette appellation commune ⁷⁰. On doit en conclure qu'une vente sous réserve de propriété n'aura pas nécessairement pour effet de réserver la propriété à l'aliénateur: selon le droit applicable, une telle vente pourra être qualifiée

⁶² L'on a voulu exprimer ainsi que les droits du vendeur et du bailleur "ne dérivent pas du contrat de vente conditionnelle ou du contrat de bail, mais existent antérieurement à ces contrats, et indépendamment de ceux-ci" (cf. GOODE, *supra* note 23, 63 [n. 6]).

⁶³ Voir par exemple à ce propos: F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières. Contribution à une rationalisation du droit français*, thèse, Clermont-Ferrand, 1997, 130 ss ; A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières. UCC Article 9 et Saskatchewan PPSA*, Paris, 1990, 33 ss; etc.

⁶⁴ Cf. à cet égard le § 1-201 (37) UCC: " 'Security interest' means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation. The retention or reservation of title by a seller of goods notwithstanding shipment or delivery to the buyer (Section 2-401) is limited in effect to a reservation of a 'security interest' [...]".

⁶⁵ Cf. GOODE, *supra* note 23, 61; RÖVER, *idem*, 16; M. EVANS, "UNIDROIT en 1995", *Revue de droit uniforme* 1996, 73-79. Voir aussi: STANFORD, *supra* note 23, 277; R.C.C. CUMING, "La réglementation internationale de certains aspects des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un Etat dans un autre", *Revue de droit uniforme* 1990-1, 62-206.

⁶⁶ Voir par exemple: GOODE, *supra* note 23, 61; RÖVER, *idem*, 16; WOOL, *supra* note 27, 253.

⁶⁷ Cf. GOODE, *supra* note 23, 61 s.; EVANS, *supra* note 65, 79; RÖVER, *supra* note 23, 16; WOOL, *supra* note 27, 253.

⁶⁸ Cf. GOODE, *supra* note 23, 63; EVANS, *supra* note 65, 79 s.; RIFFARD, *supra* note 63, 177.

⁶⁹ Cf. la définition de la "loi applicable" à l'article premier de l'avant-projet.

⁷⁰ Article 2, par. 3 de l'avant-projet.

de contrat constitutif de sûreté et procurer en conséquence la "garantie internationale" correspondante au vendeur... L'avenir dira si cette solution est viable.

C. Autres dispositions

Pour le surplus, la future Convention contient un certain nombre d'autres règles, relatives notamment à la cession des garanties internationales⁷¹, à la faculté qu'auront les Etats contractants d'instituer dans leur législation des garanties naissant *ex lege*⁷², au registre international destiné à recevoir les inscriptions⁷³ et aux modalités des opérations dans le registre⁷⁴. Enfin, l'on peut noter que l'article 41 de l'avant-projet permet de prévoir par Protocole l'application de la Convention aux ventes sans réserve de propriété des biens de la catégorie considérée⁷⁵.

III. – LA RESERVE DE PROPRIETE DANS L'AVANT-PROJET DE CONVENTION

A. Généralités

La future Convention étant centrée sur la notion de "garantie internationale", elle ne définit pas la réserve de propriété. Pour l'essentiel, ses règles sont applicables aux trois catégories de garantie ; la Convention contient donc peu de dispositions visant spécifiquement la réserve de propriété.

Cela étant, l'avant-projet renferme néanmoins une définition du "contrat réservant un droit de propriété": il s'agit d'"un contrat de vente portant sur un bien"⁷⁶ "sous la stipulation que la propriété ne sera pas transférée aussi longtemps que l'une quelconque des conditions prévues par le contrat n'aura pas été satisfaite"⁷⁷. En outre, l'avant-projet prévoit que ce contrat, s'il satisfait aux conditions posées à l'article 8⁷⁸, procure au vendeur la titularité d'une garantie internationale au sens de la Convention⁷⁹. Par ailleurs, il a déjà été signalé que l'article 11 de l'avant-projet permet au vendeur de "mettre fin au contrat" et de reprendre la possession (ou le

⁷¹ Article 30 ss. de l'avant-projet; cf. GOODE, *supra* note 23, 73.

⁷² Article 39 s. de l'avant-projet; cf. GOODE, *supra* note 23, 73 s.

⁷³ Articles 16 et 17 de l'avant-projet; cf. GOODE, *supra* note 23, 69 s. A noter que le Groupe de travail sur le système d'inscription de la Première Session Conjointe (cf. le *Rapport visé supra* note 26) propose de procéder à une refonte des articles 16 à 27.

⁷⁴ Articles 18 à 27 de l'avant-projet; cf. GOODE, *supra* note 23, 71. A noter qu'il sera possible d'inscrire une "garantie internationale future" (voir notamment les articles premier [rubrique "garantie internationale future"] et 21, par. 1 de l'avant-projet), qui procure à son titulaire une réserve de rang (article 20, par. 3 de l'avant-projet; cf. GOODE, *supra* note 23, 71).

⁷⁵ L'avant-projet de Protocole relatif aux biens aéronautiques fait usage de cette faculté; cf. l'Annexe II au Rapport du Comité de rédaction de la Première Session Conjointe (visé *supra* note 26), article IV.

⁷⁶ En vertu de l'article premier de l'avant-projet, le terme "bien" désigne un bien appartenant à l'une des catégories énumérées à l'article 3; voir par ailleurs *supra*, note 29.

⁷⁷ Article premier (rubrique "contrat réservant un droit de propriété") de l'avant-projet.

⁷⁸ Cf. *supra*, I.B.1. Le contrat doit être passé par écrit et porter sur un bien dont le vendeur peut disposer; en outre, il doit "rendre possible" l'identification du bien.

⁷⁹ Article 2, par. 2, b) de l'avant-projet.

contrôle) du bien en cas d'inexécution (substantielle) des obligations de l'acheteur⁸⁰. Enfin, la future Convention précise que l'acheteur peut exiger du vendeur qu'il consente à la radiation de la garantie internationale "lorsque les conditions du transfert de la propriété [...] sont satisfaites"⁸¹.

Si elles sont peu nombreuses, ces dispositions donnent matière à réflexion. En fonction notamment de sa formation, de ses habitudes et de ses préférences (mais sans pour autant dire selon sa mentalité⁸²), le lecteur y trouvera des sources de satisfaction et des motifs de circonspection. Retenus de façon tout à fait subjective et sans prétention d'exhaustivité, deux motifs de satisfaction, une hésitation et un regret sont présentés ici.

B. Deux motifs de satisfaction

1. L'avant-projet reconnaît la réserve de propriété

L'avant-projet accueille la réserve de propriété en son sein. Ce simple fait est déjà réjouissant. En effet, les appels en faveur d'une approche "unitaire et fonctionnelle" des sûretés mobilières, qui assimilerait pratiquement la réserve de propriété à un gage, sont nombreux⁸³. On aurait pu craindre que le mouvement de fond qui se dessine en faveur du système de l'article 9 UCC n'emporte également l'adhésion des auteurs de l'avant-projet.

Cela aurait été d'autant plus regrettable que les assises de cette approche unitaire et fonctionnelle paraissent somme toute peu sûres⁸⁴. Ainsi, on dit par exemple que la réserve de propriété procure à son titulaire des droits plus étendus que ce dont il a besoin⁸⁵ et qu'à l'instar des autres formes de propriété-sûreté, elle constituerait un "gaspillage de crédit"⁸⁶. Mais ne s'agit-il pas là de pétitions de principe ? La réserve de propriété est-elle toujours "fonctionnellement" un droit de gage⁸⁷ ?

⁸⁰ Cf. *supra*, I.B.2.

⁸¹ Article 26, par. 1 de l'avant-projet.

⁸² Voir à cet égard le credo de P. LEGRAND, "Against a European Civil Code", *The Modern Law Review* 1997, 44-45: "There have developed, and there exist, both a civil law and a common law *mentalité* – two different ways of thinking about the law, about what is to have knowledge of law and about the role of law in society" (avec cette boutade en p. 5: "Each English child, for example, is a common-law-lawyer-in-being long before she even contemplates going to law school").

⁸³ Voir par exemple, récemment encore: RIFFARD, *supra* note 63, 218 ss; WIEGAND, *supra* note 2, 130.

⁸⁴ Voir notamment à cet égard les *Comments* des § 9-101 et 9-202 UCC. Voir aussi: H.J. BAILEY / R.B. HAGEDORN, *Secured Transactions in a Nutshell*, 3^e éd., St. Paul 1988, 8 ss ; J.J. WHITE / R.S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code: Secured Transactions*, 4^e éd., St. Paul 1995, 715; etc.

⁸⁵ Voir par exemple, en 1974 déjà: U. DROBNIG, "Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr", *Rebels Zeitschrift* 1974, 468-473.

⁸⁶ Cf. RIFFARD, *supra* note 63, 166.

⁸⁷ Voir à cet égard les intéressants développements de J.H. DALHUISEN, "The Conditional Sale is Alive and Well!", in J.J. Norton / M. Andenas (éds.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, Londres, 1998, 83-133ss, qui conclut en relevant (140): "By talking about secured transactions all the time, more so by forcing the new structures into a unitary system of secured interests, we are, I believe, making a significant mistake and entering a world of unreality". Voir aussi: DALHUISEN, *Conditional Sales*, *supra* note 8, 548 s.

On dit également que, parce qu'elle recourt à la propriété, soit "l'arme absolue"⁸⁸ en matière de sûretés réelles, la réserve de propriété est une concurrente "déloyale" par rapport aux gages⁸⁹. Mais cet argument ne vaut-il pas également pour les gages, par rapport aux créances non garanties ? Quant au créancier (chirographaire) qui exige d'être payé comptant, ne se procure-t-il pas aussi un avantage, par rapport à celui qui fait crédit ? La *par conditio creditorum* ou d'autres impératifs socio-économiques exigent-ils que l'on gomme ces différences et que l'on "nivelle par le bas" la situation des créanciers ?

En réalité, les questions relatives à la fonction de la réserve de propriété à l'intérieur des sûretés réelles et à la légitimité⁹⁰ du recours à la propriété-sûreté mériteraient d'être approfondies (à nouveau) avant d'adopter des dispositions ramenant la réserve de propriété à un simple gage. A cela s'ajoute qu'il ne faut pas négliger les différences structurelles entre la réserve de propriété et le gage, ainsi que l'a souligné récemment encore le Professeur W. WIEGAND⁹¹.

Dans ces conditions, il faut se réjouir que l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT maintienne, malgré une unité de façade, la différence entre réserve de propriété et gage: si l'article 9 UCC doit certes servir d'inspiration ou de modèle pour la modernisation du droit des sûretés réelles mobilières, on peut douter qu'il doive être suivi en tant qu'il coule sans discernement la réserve de propriété dans le moule standardisé du *security interest*.

Enfin, du point de vue du droit interne suisse, il est encourageant que la réserve de propriété trouve une consécration dans la future Convention: on peut y voir la démonstration que la réserve de propriété a un potentiel plus important que la simple fonction de "gage fondant"⁹² sur des biens de consommation, à laquelle on a parfois tendance à la reléguer en Suisse aujourd'hui.

2. La propriété réservée compète à l'aliénateur

La future Convention ne régleme pas les questions relatives au transfert de la propriété des macromeubles. Il apparaît cependant clairement, à la lecture de diverses

⁸⁸ M. GIOVANOLI, "Tendances modernes du droit des sûretés bancaires et contrôle prudentiel des banques", in N. Iynedjian (éd.), *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne, 1997, 23-54.

⁸⁹ Voir par exemple RIFFARD, *supra* note 63, 114 s.

⁹⁰ Cf. U. DROBNIG, "Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union", *Rabels Zeitschrift* 1996, 40-52: "Das Eigentum als das stärkste aller dinglichen Rechte wird sogar als die 'Königin der Sicherheiten' bezeichnet. Die Frage ist freilich, ob das Eigentum diese Königsrolle überhaupt spielen darf und wie weit sie im einzelnen trägt. Die Antwort auf die erste Frage nach der Legitimität von Eigentums-Sicherheiten geht jedoch über den beschränkten Rahmen dieses Beitrags hinaus".

⁹¹ Cf. WIEGAND, *supra* note 2, 82 ss.

⁹² A savoir un gage "dont la valeur décroît progressivement au fur et à mesure de l'amortissement par acomptes de la dette garantie" (M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, thèse, Lausanne/Paris, 1980, 394 ; M. GIOVANOLI, "La jurisprudence suisse en matière de leasing", *Le leasing industriel, commercial et immobilier*, Lausanne, 1985, 27-37) (le Prof. Giovanoli utilise cette expression à propos de la propriété du donneur de leasing, et non pas de celle du vendeur sous réserve de propriété).

dispositions, que les auteurs de l'avant-projet sont partis du principe que la réserve de propriété soumet le transfert à une condition suspensive et non pas à une condition résolutoire.

En effet, le contrat réservant la propriété est décrit comme conclu "sous la stipulation que la propriété ne sera pas transférée aussi longtemps que l'une quelconque des conditions prévues par le contrat n'aura pas été satisfaite" ⁹³. Par ailleurs, ce n'est que lorsque "les conditions du transfert de la propriété [...] sont satisfaites" que l'acquéreur peut exiger de l'aliénateur qu'il consente à la radiation de sa garantie ⁹⁴. Enfin, l'on peut encore voir dans les articles 2, paragraphe 2, alinéa b) et 11 de l'avant-projet ⁹⁵ une confirmation que, *pendente conditione*, c'est l'aliénateur sous réserve de propriété (et non l'acquéreur) qui est propriétaire du macromeuble.

Il est heureux que ce soit cette conception de la réserve de propriété qui ait été retenue. En effet, ainsi que l'a relevé le Professeur P.-H. STEINAUER, il s'agit de "la solution la plus naturelle" ⁹⁶. En outre, on peut considérer que le transfert soumis à condition suspensive est la construction qui correspond le plus souvent à l'intention des parties ⁹⁷: celui qui se réserve la propriété entend généralement *rester* propriétaire jusqu'à complète exécution des obligations de l'acquéreur (plutôt que de perdre dans un premier temps son droit pour le réacquérir en cas d'inexécution). C'est même précisément là l'une des caractéristiques de la réserve de propriété, qui la différencie du gage ⁹⁸.

En définitive, cette conception de la réserve de propriété paraît s'imposer d'évidence ⁹⁹. L'on ne peut que s'étonner qu'en Suisse, la question ait donné lieu à une intense controverse ¹⁰⁰ qui dure encore ¹⁰¹. L'option retenue dans l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT ne va évidemment pas mettre un terme à ce débat, que le texte des articles 715 et 716 du Code civil suisse (qui semble clair sur ce point ¹⁰²) n'a pas suffi à empêcher; elle contribue cependant à souligner (encore un peu plus) le

⁹³ Article premier (rubrique "contrat réservant un droit de propriété") de l'avant-projet.

⁹⁴ Cf. l'article 26, par. 1 de l'avant-projet.

⁹⁵ Cf. *supra*, I.B.2.

⁹⁶ Cf. STEINAUER, *Les droits réels II*, *supra* note 22, n. 2029a; voir aussi: SCHWANDER, *supra* note 4, n. 5 *ad* article 715 CCS.

⁹⁷ Cf. WIEGAND, *supra* note 2, 87.

⁹⁸ Cf. WIEGAND, *supra* note 2, 82: "Trotzdem ist der Eigentumsvorbehalt dogmatisch gesehen kein (weitgehendes) Pfandrecht: Er unterscheidet sich vom Pfandrecht wesentlich dadurch, dass der Vorbehaltskäufer nicht durch eine fremde, sondern durch eine eigene Sache gesichert wird".

⁹⁹ Cf. d'ailleurs, par exemple, l'article 101 de la Loi belge du 8 août 1997 sur les faillites, l'article 3 :92 du Code civil néerlandais et les articles 2 ch. 3 et 4 ch. 1 de la Proposition modifiée de directive européenne concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, mentionnée *supra*, note 12.

¹⁰⁰ Voir par exemple STEINAUER, *Les droits réels II*, *supra* note 22, n. 2029a, et les références.

¹⁰¹ Voir, récemment encore: BÜHLER, *supra* note 1, 187 ss.

¹⁰² Cf., en ce qui concerne l'article 715 du Code civil suisse: STEINAUER, *Les droits réels II*, *supra* note 22, n. 2029a. Quant à l'article 716 du Code civil suisse, il qualifie de "proprietario" ("Eigentümer") l'aliénateur sous réserve de propriété dans la vente par acomptes (le texte français indique quant à lui que cet aliénateur peut "revendiquer" les objets vendus sous réserve de propriété).

caractère artificiel de la conception selon laquelle la réserve de propriété affecte le transfert d'une condition résolutoire.

C. *Une hésitation relative aux effets de l'inscription de la réserve de propriété dans le registre*

On ne peut que se féliciter que la future Convention institue un registre international destiné à recevoir les inscriptions des garanties internationales. Il ne fait guère de doute, à l'heure actuelle, que le recours à un registre informatisé et (en principe) centralisé constitue l'instrument de publicité adéquat pour certaines catégories de sûretés réelles mobilières¹⁰³. En l'espèce, eu égard notamment aux caractéristiques des macromeubles concernés (soit avant tout leur grande valeur et le fait qu'ils sont aisément identifiables¹⁰⁴) et vu le caractère international de la garantie, l'institution d'une forme de publicité tabulaire s'imposait: ainsi que le relève le Professeur R. GOODE, "le Registre international est [un] élément central pour le fonctionnement de la Convention"¹⁰⁵.

On l'a dit, dans le système de la future Convention, l'inscription au registre n'est pas une condition d'existence de la garantie internationale¹⁰⁶. En revanche, elle constitue une condition de l'opposabilité aux tiers de la garantie¹⁰⁷. L'inscription produit donc un effet constitutif limité: sans cette opération, la garantie existe déjà, mais elle ne produit ses effets à l'égard des tiers qu'une fois cette formalité accomplie.

Il s'agit là d'une solution parmi d'autres. Ainsi, si l'on prend en considération la valeur des objets visés par la Convention, on peut considérer qu'il n'aurait pas été disproportionné de soumettre la naissance même de la garantie à l'inscription dans le registre. Mais une telle exigence dépasse probablement ce que nécessite la protection des intérêts en cause (soit ceux des parties au contrat et ceux des tiers). A l'inverse, il ne se justifierait guère de priver l'accord des parties de tout effet, pour le motif que l'inscription n'est pas (encore) intervenue.

Dans ces conditions, on peut comprendre que les auteurs de l'avant-projet aient choisi une voie médiane, inspirée de l'article 9 UCC¹⁰⁸. Reste à savoir ce que l'on

¹⁰³ Cf. par exemple: RIFFARD, *supra* note 63, 273 ss et les références; GIRSBERGER, *Finanzierungsleasing*, *supra* note 47, 151 ss, 185 s. et 512 s.; GIRSBERGER, "Faustpfandprinzip", *supra* note 7, 106 ss; WIEGAND, *supra* note 2, 130. Sur l'expérience récente faite en la matière en Hongrie, voir par exemple: SIMPSON / FAIRGRIEVE, *supra* note 18, 10 ss. Voir par ailleurs les stimulantes propositions de J.F. DOLAN / J.B. VEGTER, "A voluntary filing system for secured financing transactions in the European Union", *European Review of Private Law* 1998, 195-217 ss. Voir aussi: C. MÜLY, "La publicité des sûretés réelles mobilières", *idem*, 51 ss; M.G. BRIDGE, "Comment on Professor Mouly's proposal", *idem*, 71 ss.

¹⁰⁴ La possibilité d'individualiser et d'identifier le bien constitue un préalable à son immatriculation dans un registre; cf. d'ailleurs à cet égard l'article 18 de l'avant-projet.

¹⁰⁵ Cf. GOODE, *supra* note 23, 69.

¹⁰⁶ Cf. article 8 de l'avant-projet et *supra*, I.B.1.

¹⁰⁷ Articles 28 et 29 de l'avant-projet; *supra*, I.B.1.

¹⁰⁸ Cf. par exemple sur l'attachment (création) et la perfection (condition de l'opposabilité aux tiers) du *security interest*: RIFFARD, *supra* note 63, 134 ss; MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *idem*, 55 ss; etc.

gagne à consacrer une "garantie" non opposable aux tiers (car non inscrite), même si ces derniers ont connaissance de celle-ci ¹⁰⁹. Et cette question prend un relief tout particulier, s'agissant de la réserve de propriété.

En effet, si la "garantie internationale" de l'aliénateur sous réserve de propriété n'est rien d'autre que la propriété, est-il heureux de consacrer par le biais des articles 28 et 29 de l'avant-projet une "propriété" non opposable aux tiers, même de mauvaise foi ? N'aurait-il pas au moins fallu préciser si seuls les tiers mentionnés dans ces dispositions peuvent ignorer cette propriété ou si cette dispense s'étend à tout les tiers (ainsi que l'intitulé du Chapitre VII de l'avant-projet le laisse penser ¹¹⁰) ?

A l'inverse, si la "garantie internationale" de l'aliénateur sous réserve de propriété n'est en définitive pas la propriété lorsque la réserve n'est pas (encore) inscrite, mais un droit *sui generis*, l'avant-projet ne devrait-il pas le dire clairement ? Et dans cette hypothèse, n'ouvre-t-on pas la porte à la survenance de situations contradictoires, où l'aliénateur sera propriétaire selon le droit national (ayant par hypothèse respecté les formes prévues par le droit applicable pour se réserver la propriété), mais titulaire au plan international d'un droit *sui generis* et non opposable aux tiers sur sa propre chose ?

On le constate, l'on peut hésiter à se rallier sans réserve au choix opéré sur ce point par les auteurs de l'avant-projet de Convention. S'il est réjouissant que la future Convention institue un registre destiné à recevoir les garanties internationales, il n'est pas certain qu'en l'état, le système adopté forme un tout cohérent.

D. Un regret : seul le vendeur peut se réserver la propriété

Selon la définition qu'en donne l'article premier de l'avant-projet, le "contrat réservant un droit de propriété" est un contrat "de vente" ¹¹¹; il met en présence un "vendeur conditionnel" et un "acheteur conditionnel" ¹¹². L'article 2, paragraphe 2, alinéa b) de l'avant-projet prévoit par ailleurs que le titulaire de la garantie internationale correspondante est le "vendeur conditionnel" ¹¹³. On doit en conclure que, dans le système de la future Convention, la réserve de propriété est nécessairement conclue à l'occasion d'une vente; en d'autres termes, seul le vendeur peut se réserver la propriété d'un meuble.

¹⁰⁹ Cf. à cet égard l'article 28, par. 2, a) de l'avant-projet (qui précise que la règle de la priorité fondée sur l'antériorité de l'inscription s'applique "même si, lors de la constitution ou de l'inscription de la garantie première inscrite, la seconde garantie était connue"); voir également l'article 28, par. 3, b) de l'avant-projet (qui prévoit que l'acheteur d'un meuble "acquiert des droits libres de toute garantie non inscrite, même s'il avait connaissance d'une telle garantie").

¹¹⁰ "Chapitre VII – Effets d'une garantie internationale à l'égard des tiers".

¹¹¹ On notera en passant que l'article premier définit le "contrat de vente" comme étant un "contrat prévoyant la vente d'un bien qui n'est pas un contrat", formulation qui paraît malheureuse.

¹¹² Cf. article 11 de l'avant-projet ; voir également la définition de ces expressions à l'article premier de l'avant-projet.

¹¹³ Voir en outre l'article 8, b) de l'avant-projet.

Cette solution a le mérite de la simplicité. Il est permis de se demander si elle est satisfaisante. En effet, l'on ne voit pas pourquoi la réserve de propriété serait l'apanage du vendeur: celui qui s'est obligé à transférer la propriété par un contrat autre que la vente (échange, entreprise, donation, apport à une société, etc.) ne peut-il pas également avoir un intérêt légitime à conserver la propriété du bien jusqu'à l'exécution des obligations de l'acquéreur ?

A vrai dire, le choix ainsi opéré convainc d'autant moins que la future Convention laisse une grande latitude aux parties pour définir les obligations de l'acheteur et l'événement qui conditionne le transfert de la propriété: selon l'article 11, le vendeur peut mettre fin au contrat et reprendre le macromeuble "en cas d'inexécution de ses obligations par l'acheteur"; en outre, selon l'article 12, paragraphe 1, les parties "peuvent définir dans leur contrat tout cas d'inexécution, ou toute circonstance autre que l'inexécution" permettant vendeur d'exercer ses droits découlant de l'article 11.

On peut en conclure qu'en définitive, l'acheteur et le vendeur peuvent librement convenir de la condition à laquelle le transfert de propriété est subordonné. L'article 26, paragraphe 1 de l'avant-projet prévoit d'ailleurs que l'acheteur ne peut exiger du vendeur qu'il consente à la radiation de la garantie internationale que "lorsque les conditions du transfert de la propriété en vertu d'un contrat réservant un droit de propriété sont satisfaites" ¹¹⁴; selon la future Convention, le paiement du prix de vente n'est donc pas nécessairement la (seule) condition qui affecte le transfert de la propriété du macromeuble vendu sous réserve de propriété.

Enfin, l'on peut rappeler que le *baillleur* pourra être titulaire d'une garantie internationale, même si le bail ne procure pas d'option d'achat au preneur ¹¹⁵. Dans ces conditions, peut-on refuser à l'*aliénateur* d'un macromeuble le recours à la garantie internationale instituée par la Convention, sous le prétexte qu'il n'est pas un vendeur ?

On le voit, la règle que pose l'avant-projet est peut-être simple, mais elle est artificielle. N'aurait-il pas mieux valu s'affranchir encore un peu plus de la conception qui assimile la réserve de propriété à un gage et prévoir que tout contrat d'aliénation (à titre onéreux ou non) réservant la propriété à l'aliénateur peut être le fondement d'une garantie internationale au sens de l'article 2, paragraphe 2, alinéa b) de l'avant-projet ? Outre qu'elle présente l'avantage de ne pas privilégier le baillleur par rapport à l'aliénateur non-vendeur, cette solution permet d'éviter les délicats problèmes de qualification que pose la limitation du recours à la réserve de propriété aux cas de vente ou d'aliénation à titre onéreux ¹¹⁶.

¹¹⁴ Voir aussi la définition du "contrat réservant la propriété", à savoir un contrat de vente conclu "sous la stipulation que la propriété ne sera pas transférée aussi longtemps que l'une quelconque des conditions prévues par le contrat n'aura pas été satisfaite" (article premier de l'avant-projet, rubrique "contrat réservant un droit de propriété").

¹¹⁵ Articles premier (rubrique "contrat de bail") et 2, par. 2, c) de l'avant-projet. Cf. *supra* note 47.

¹¹⁶ Cf. par exemple, en droit Suisse : STEINAUER, *Les droits réels* II, *supra* note 22, n. 2033 s. et les références ; R. HAAB / A. SIMONIUS / W. SCHERRER / D. ZOBL, *Das Eigentum, commentaire zurichois*, Tome IV/1, 2^e éd., Zurich 1929-1977, n. 32 ss *ad* article 715 CCS; SCHWANDER, *supra* note 4, n. 4 *ad* article 715 CCS ; BÜHLER, *supra* note 1, 182 ; OTTRUBAY, *supra* note 3, 8; SANDOZ, *supra* note 5, 574 s. ; etc.

IV. CONCLUSION

La réserve de propriété fait parfois figure en Suisse de parent pauvre des sûretés réelles mobilières. Il est vrai qu'elle est desservie par un registre peu pratique, notamment parce qu'il n'est pas centralisé¹¹⁷.

On peut cependant se demander si toutes les critiques qui sont adressées à la réserve de propriété sont fondées. Quoi qu'il en soit, au vu des expériences réalisées ailleurs, il n'est pas exclu que les articles 715 et 716 du Code civil suisse retrouvent un second souffle. Dans ce contexte, la future Convention d'UNIDROIT pourrait contribuer à ce renouveau: ne consacre-t-elle pas, elle aussi, une réserve de propriété soumettant le transfert à condition suspensive et nécessitant l'inscription dans un registre ?

Au-delà de ces considérations de droit interne, il faut se féliciter de l'avancée remarquable que constitue l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT. En effet, l'harmonisation des sûretés réelles à l'échelle internationale est un enjeu beaucoup plus important que la réhabilitation de telle ou telle sûreté de droit national.

A cet égard, on peut considérer que le texte proposé par UNIDROIT est une réussite. Empreint de pragmatisme, il concilie des conceptions parfois fort éloignées et régleme en peu de dispositions une matière complexe. Puisse la suite du processus d'élaboration de la Convention permettre de "transformer l'essai" !



¹¹⁷ Il en résulte qu'en cas de changement de domicile de l'acquéreur, l'aliénateur est en principe contraint de requérir une nouvelle inscription au registre du nouveau domicile, l'ancienne inscription ne conservant son effet que pendant trois mois (cf. article 3, par. 1 et 3 de l'Ordonnance du Tribunal fédéral concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété, du 19 décembre 1910). Ainsi que le note le Prof. P.-H. Steinauer (*Les droits réels II*, *supra* note 22, n. 2038d), "ce système n'est guère satisfaisant"; voir aussi: BÜHLER, *supra* note 1, 212: "Die Dezentralisation des Eigentumsvorbehaltregisters und ihre Imponderabilien im schweizerischen Recht sind mit der heutigen Mobilität der Gesellschaft nicht mehr in Einklang zu bringen"; WIEGAND, *supra* note 2, 85; OTTRUBAY, *supra* note 3, 56 s. et 93 s.; etc.