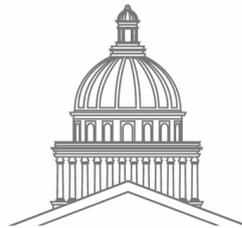


**Université Paris II Panthéon-Assas**  
École doctorale de droit privé (ED6)

**Thèse de doctorat/novembre 2020**

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 5 novembre 2020

**La réception des sûretés sur biens incorporels dans  
l'ordre international**



**UNIVERSITÉ PARIS II**  
PANTHÉON-ASSAS

**Alexandre MENNUCCI MAILLARD**

**Directeur de recherche :** **Michel GRIMALDI**  
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

**Membres du jury :** **Georges AFFAKI**  
Professeur associé à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
**Sabine CORNELOUP**  
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
**Philippe DUPICHOT**  
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne  
**Charles GIJSBERS**  
Professeur à l'Université de Rouen Normandie

---



## **Avertissement**

---

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



*Cette thèse de doctorat est dédiée au professeur Pierre CROCO,  
Il m'a transmis sa passion pour le droit des sûretés,  
Que sa mémoire soit honorée.*



## Remerciements

---

*À l'achèvement de ce travail, mes plus chaleureux remerciements vont*

*Au professeur Michel GRIMALDI, pour tout,  
particulièrement pour ses conseils toujours pertinents,  
ainsi que sa force de mobilisation ;*

*À mes parents, ainsi qu'à mon frère,  
pour leur amour et leur soutien inconditionnel ;*

*À tous mes grands-parents,  
pour leur transmission ;*

*À Petar KOVACEVIC,  
pour son enseignement ;*

*À Thibault LENTINI,  
pour les festins en paroles ;*

*À Clément FAVRE-ROCHEX,  
pour ses conseils amicaux ;*

*À tous mes amis,  
pour leur patience et leur compréhension.*







## Principales abréviations

---

- AJDI : L'actualité juridique, droit immobilier
- BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation
- BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires
- Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles
- Bull. Joly soc. : Bulletin Joly Sociétés
- C. ass. : Code des assurances
- C. cin. : Code du cinéma et de l'image animée
- C. civ. : Code civil
- C. com. : Code de commerce
- C. march. pub. : Code des marchés publics
- Cass. Ass. plèn. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
- Cass. civ. : chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup> : première chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup> : deuxième chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup> : troisième chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. com. : chambre commerciale de la Cour de cassation
- CCC : Contrats Concurrence et consommation
- CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme
- CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
- CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
- CMF : Code monétaire et financier
- Coll. : collection
- Com. Fr. DIP : Comité français de droit international privé
- Comm. : commentaire
- Concl. : conclusions
- Cons. const. : Conseil constitutionnel
- CPI : Code de la propriété intellectuelle

- C. rur. : Code rural
- D. : Recueil Dalloz
- Décis. : décision
- DP : Revue périodique et critique mensuel Dalloz
- Dr. et pat. : Droit & patrimoine
- Éd. : édition
- GADIP : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais
- *Ibid* : *Ibidem*
- JCP : JurisClasseur Périodique (Semaine Juridique)
- JCP E. : JurisClasseur Périodique (Semaine Juridique), édition entreprises et affaires
- JCP G. : JurisClasseur Périodique (Semaine Juridique), édition générale
- Clunet : Journal du droit international « Clunet »
- LPA : Les Petites Affiches
- Maj. : mise à jour
- Mél. : mélanges
- N. : note
- N° : numéro
- Obs. : observation
- *Op. cit.* : *opere citato*
- Préc. : précité
- Préf. : préface
- Rapp. : rapport
- RCA : Revue responsabilité civile et assurances
- RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
- RCDIP : Revue critique de droit international privé
- RD aff. int. : Revue de droit des affaires internationales
- RD bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et de la bourse
- RDBF : Revue de droit bancaire et financier

- RDC : Revue de droit des contrats
- RIDC : Revue internationale de droit comparé
- RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale
- RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
- Repr. : reproduction
- Req. : requête
- Rev. sociétés : Revue des sociétés
- RLDA : Revue Le Lamy Droit des affaires
- RLDC : Revue Le Lamy Droit civil
- RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
- RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
- S. : Recueil Sirey
- Spéc. : spécifiquement
- Vol. : volume



## Sommaire

---

<b>Partie I : L’inadéquation de la méthode de la reconnaissance</b>	27
<b>Titre I : L’inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des obstacles techniques, politiques et jurisprudentiels</b>	29
Chapitre I : L’incompatibilité de la méthode de la reconnaissance avec le <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles	31
Chapitre II : La défaveur jurisprudentielle à l’égard de la méthode de la reconnaissance	51
<b>Titre II : L’inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des difficultés de détermination d’un ordre juridique de référence unique</b>	71
Chapitre I : Difficultés de localisation et rejet des solutions de rattachement inadéquates	73
Chapitre II : La territorialité comme solution aux conflits de lois en matière de sûretés sur biens incorporels	115
<b>Partie II : La pertinence de la méthode de l’adaptation</b>	181
<b>Titre I : Théorisation de la méthode de l’adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels</b>	183
Chapitre I : La légitimité de la méthode de l’adaptation pour la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels	185
Chapitre II : Le droit commun de la méthode de l’adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels	215
<b>Titre II : Mise en pratique de la méthode de l’adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels</b>	257
Chapitre I : Opposabilité de la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l’ordre juridique français	259
Chapitre II : Réalisation de la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l’ordre juridique français	303



## Introduction

---

1. Les sûretés réelles sont, pour l'économie d'un pays, d'une importance capitale. Leur efficacité conditionne largement le financement des forces vives. Une modification de leur régime juridique peut conduire à stimuler le crédit – la faculté des prêteurs à « *faire confiance* » – ou au contraire à l'inhiber. On le comprend aisément, plus le créancier sera pourvu de garanties de remboursement, plus il sera conduit à renouveler ses crédits. Les sûretés réelles permettant ainsi que le créancier soit remboursé, en priorité par rapport à ses concurrents, au besoin par la saisie ou l'attribution du bien grevé du constituant, leur efficacité est évidemment fondamentale. C'est la première raison pour laquelle il convient de porter une attention particulière à leur réglementation, la stimulation économique par la protection des intérêts du créancier. La seconde raison évoquée ici tient à la nature des sûretés réelles. Leur vocation est de favoriser un créancier en particulier dans sa compétition avec les autres, en lui offrant un droit de préférence, un droit de suite, voire un droit à l'exclusivité. La constitution d'une sûreté n'a qu'une faible incidence sur le patrimoine du débiteur. Ce dernier devra, dans tous les cas, s'acquitter de ses dettes, que ce soit auprès d'un créancier ou d'un autre, de manière volontaire ou forcée, dans une procédure individuelle ou collective. Les tiers en relation avec le débiteur, principalement ses autres créanciers, sont les seuls à être véritablement atteints par la constitution de sûretés ; celle-ci conduisant mécaniquement à la réduction de leur droit de gage général. C'est pourquoi le droit français encadre strictement la constitution des sûretés réelles. Le principe du *numerus clausus* impose que les seules causes de préférence légitimes sont celles prévues par le législateur. Ce principe devrait logiquement impliquer que toutes les sûretés réelles qui ont été constituées sur le fondement d'un droit étranger ne soient pas admises à produire un quelconque effet dans l'ordre juridique français. Pourtant, l'attractivité économique et juridique de notre pays impose que soient reconnues, dans certaines conditions, les sûretés constituées à l'étranger, fussent-elles inconnues. L'enjeu de ce travail consiste à dégager une méthode de réception des sûretés sur biens incorporels constituées à l'étranger, qui soit respectueuse des principes du droit français et qui préserve les intérêts de chacun, tant du créancier nanti que des créanciers concurrents.

2. Disons-le d'emblée, ne seront ici traitées que les sûretés conventionnelles constituées sur des biens incorporels. Ne seront donc pas traitées les problématiques liées aux privilèges légaux et aux sûretés judiciaires ; ne le seront pas non plus, ou en tout cas que de manière indirecte, celles relatives aux sûretés sur biens corporels. Il nous a semblé qu'un travail sur les sûretés sur biens incorporels dans l'ordre international était nécessaire tant la localisation de ces actifs est incertaine, comme l'est la détermination de la loi applicable. La principale difficulté tient au caractère ubiquitaire des biens incorporels. Cette nature singulière impose d'adapter les concepts traditionnels de la territorialité en droit international à une situation dans laquelle la localisation du bien ne peut être que fictive et faire l'objet d'un choix presque politique. Pourtant, la réception de sûretés sur biens incorporels est un enjeu important pour le droit français. Beaucoup l'ont montré, les biens incorporels sont les nouvelles richesses, les actifs les plus importants de notre temps. C'est une banalité de dire que nous sommes passés d'une économie nationale immobilière à une économie mondiale dématérialisée. L'importance économique et financière des biens incorporels explique que les sûretés réelles les grevant soient les plus utilisées dans les opérations internationales. Il s'avère donc indispensable d'adapter notre système de réception des sûretés réelles étrangères à ces biens et de leur donner une autonomie logique par rapport aux biens corporels. C'est ce que nous tenterons de faire dans ce travail.

3. Le concept de *réception* devra ici être compris dans un sens analogue à celui-ci d'*efficacité* ; la réception a pour objectif de donner effet dans l'ordre juridique français à une sûreté réelle sur bien incorporel constituée à l'étranger. Refuser cette efficacité est une position très confortable. Il suffit pour cela d'invoquer le *numerus clausus* des sûretés réelles, de considérer que l'institution étrangère est par nature inconnue du législateur français et donc que les prétentions du créancier doivent être écartées. Il suffit encore de prendre une portion du régime juridique de la sûreté et d'ainsi considérer qu'elle est contraire aux règles impératives du droit français. C'est ce qu'ont fait les juges français à propos du pacte comissoire lorsque celui était encore prohibé en droit français. Sur ce sujet, nous considérons que chaque point de vue doit être assumé comme étant une position politico-philosophique. Il n'est pas complètement illégitime d'avancer une position protectionniste et de considérer qu'en aucune circonstance les sûretés étrangères ne devraient produire effet dans l'ordre juridique national au nom, notamment, de la protection des intérêts des créanciers locaux. Tout comme peut s'entendre la position libérale selon laquelle les sûretés étrangères devraient être reçues sans aucune restriction, sans aucun mécanisme de protection de l'ordre

juridique, au nom du principe de liberté économique. Ni l'une ni l'autre solution ne seront préconisées ici. *Notre position consiste en une voie, non pas médiane, mais alternative : recevoir largement les sûretés sur biens incorporels constituées à l'étranger en instaurant des garde-fous destinés à protéger l'équilibre des intérêts établis par le droit français.*

4. Il convient donc de dégager une méthode de réception qui aboutisse à la réalisation de ces deux objectifs – donner effet à la sûreté étrangère dans l'ordre juridique français et maintenir les mécanismes de protection instaurés dans l'ordre interne. Il a pu à cet égard être proposé de laisser aux parties le soin de déterminer la loi applicable au contrat de sûreté – ainsi de reconnaître la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles – et de conditionner la réception de la sûreté étrangère au respect des lois de police locales. Nous prendrons position contre cette solution pour deux raisons. En premier lieu, parce qu'il nous semble que la loi d'autonomie ne peut être une solution de conflit de lois satisfaisante en la matière. La sûreté réelle étant, dans sa nature même, dirigée contre les tiers, il est difficile de la concevoir principalement comme un contrat. Par conséquent, *il ne semble pas pertinent d'appliquer les raisonnements internationalistes du droit des contrats à une institution dont la dimension contractuelle est largement supplantée par la dimension réelle.* En second lieu, parce que cette position, pour être dotée de la moindre efficacité, se doit de promouvoir une conception stricte des lois de police, à défaut de quoi, la sûreté sera systématiquement rejetée, compte tenu, notamment, du *numerus clausus* – dont certains des défenseurs de cette solution s'emploient à nier l'existence. Ainsi, deux solutions sont envisageables. Soit, concevoir les lois de police de manière large – comme il convient de le faire à notre sens – et ainsi limiter considérablement la portée de la réception de la sûreté étrangère ; soit, concevoir les lois de police de manière restrictive – ceci implique notamment de ne pas imposer aux créanciers nantis d'une sûreté étrangère de respecter les règles locales d'opposabilité ou de réalisation –, et ainsi risquer de porter une atteinte grave aux intérêts des créanciers locaux. Aucune de ces positions ne semble tenable.

5. C'est pourquoi il convient de se tourner vers d'autres méthodes de réception. À cet égard, on pense immédiatement à la méthode de la reconnaissance ainsi résumée par Paul Lagarde : « Le trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance des situations est que l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir la situation. La méthode est ou serait une nouvelle application de la distinction entre la création

des situations juridiques, selon la loi désignée par la règle de conflit de l'État d'origine, et l'efficacité de cette situation dans les autres États, qui serait soustraite à l'application des règles de conflit de ces États<sup>1</sup>. » En quoi consisterait l'application de la méthode de la reconnaissance aux sûretés sur biens incorporels ? En la soustraction de la situation aux solutions de conflit de lois du for. Le juge français n'aurait pas à dégager une loi applicable à la sûreté étrangère, mais simplement à vérifier les conditions d'application de la reconnaissance au regard de la loi de l'ordre juridique de référence. Ainsi, il devrait s'employer à vérifier que la situation a été valablement constituée selon les formes de ce droit, à défaut de quoi la méthode de la reconnaissance serait purement et simplement exclue. Dans un second temps, le juge aura également à vérifier que la situation ainsi créée à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public international français – cette vérification serait dans cette hypothèse le seul garde-fou à la réception intempestive de sûretés portant atteinte aux intérêts des créanciers nationaux – or nous verrons que l'ordre public international n'est pas le niveau pertinent de protection de l'ordre juridique français dans le cadre de la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels. Quoi qu'il en soit, si les conditions d'application de la méthode de la reconnaissance sont réunies, le juge français devrait autoriser la réception en bloc à la sûreté étrangère, c'est-à-dire lui donner effet en France dans les mêmes conditions que ce que prévoit le droit étranger de constitution.

6. On le voit, pour la réception des sûretés étrangères sur bien incorporels, la méthode de la reconnaissance est séduisante. *Il suffirait ainsi, pour donner effet à la sûreté étrangère, de considérer qu'il s'agit d'une situation valablement constituée à l'étranger qu'il conviendrait de reconnaître comme telle dans l'ordre juridique français, sous réserve des dispositions de l'ordre public international.* Toutefois, disons-le immédiatement, cette méthode ne semble pas satisfaire à la réalisation des objectifs précités. D'abord, parce que le domaine d'application de la méthode de la reconnaissance est incertain. Nombreux sont ceux qui considèrent qu'elle n'est applicable qu'aux situations cristallisées dans un acte public étranger ; dans ce cas, seules les sûretés inscrites pourraient être reconnues ; d'autres vont même jusqu'à exiger qu'il s'agisse d'un acte de création et non pas seulement d'enregistrement ; dans ce cas, même les sûretés inscrites sur un registre national étranger seraient exclues. Ensuite, parce que des objections fondamentales s'opposent à son

---

<sup>1</sup> P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations », *La reconnaissance des situations en droit international privé*, sous la dir. de Paul LAGARDE, Pédone, 2013, p. 19 et s.

application en la matière, l'une tenant à la préservation des intérêts de l'ordre juridique français, l'autre à des considérations conceptuelles de droit international privé.

7. *La première objection fondamentale* à l'application de la méthode de la reconnaissance à la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels tient donc à *son incapacité à préserver les intérêts de l'ordre juridique français*. « L'exception d'ordre public opère en principe dans l'ordre des valeurs, dans un contexte où les différents droits étatiques sont présumés fongibles, ce qui est désormais bien admis pour le droit privé et qui pourrait l'être davantage, confiance mutuelle aidant, dans le cadre de l'Union européenne pour le droit public<sup>2</sup>. » On le voit, l'exception d'ordre public a vocation, non pas simplement à protéger une volonté législative ou un principe politique, économique et sociétal impératif, mais également à éviter que ne soit reconnue dans l'ordre juridique du for « une iniquité grave ou crasse<sup>3</sup>. » Au contraire, les lois de police ne se situent pas sur le plan des valeurs, mais sur le plan de l'efficacité ; on ne défend pas un mode de vie, une présence au monde, par les lois de police, mais un objectif législatif que l'on considère comme impérieux<sup>4</sup>. En somme, les lois de police sont beaucoup moins ambitieuses que l'exception d'ordre public ; tandis que la seconde se préoccupe des grandes valeurs, l'autre s'intéresse à l'écume des jours ; il arrive fréquemment de changer d'objectifs législatifs, on parle de « réforme », mais il est plus difficile de changer de principes de civilisations. « Le raisonnement [des lois de police] paraît alors très différent de celui qui prévaut habituellement dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, qui s'accommode de différences de détail, de l'existence d'un halo<sup>5</sup>. » Du fait de leur objectif – défendre l'expression d'une politique législative à un moment donné –, les lois de police sont beaucoup plus intransigeantes que l'exception d'ordre public qui admet des différences de régime tant que les valeurs fondamentales ne sont pas remises en cause. Ainsi l'ordre public international a un domaine plus réduit que les lois de police ; un simple « objectif sociétal<sup>6</sup> » s'étant vu conférer une valeur impérative ne consiste pas nécessairement en une règle impérative ayant vocation à défendre des valeurs fondamentales. Cette élasticité des lois de police rend son application incomparablement plus stricte que l'exception d'ordre public. On le répète, la loi de police ne tolère pas une

---

<sup>2</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, Essai de systématisation*, Préf. V. HEUZE, LGDJ, Bibliothèque de dr. priv., 2018, n°209, p. 131.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP*, 2011, p. 207.

<sup>5</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, Essai de systématisation*, thèse préc., n°209, p. 131.

<sup>6</sup> *Ibid.*

différence de régime de la loi étrangère qui viendrait remettre en cause l'objectif qu'elle s'est assigné de protéger.

8. Cette différence matérielle entre l'exception d'ordre public internationale et la loi de police conduit nécessairement à la disqualification de la méthode de la reconnaissance. Si le concept d'ordre public atténué s'est épanoui à travers la méthode de la reconnaissance dans l'ordre juridique français des situations valablement constituées à l'étranger, alors il semble difficile de concevoir cette exception comme un moyen de protection des intérêts précités. En effet, en défendant des valeurs fondamentales plus que des objectifs législatifs immédiats, l'ordre public international n'a pas vocation à neutraliser les effets, pourtant néfastes, d'une sûreté étrangère dont la reconnaissance risque de porter atteinte aux droits des créanciers locaux. Il est difficile de concevoir que le non-respect d'une règle d'opposabilité ou de réalisation française par la sûreté étrangère constitue une atteinte fondamentale aux principes de civilisations défendus par la France. En toute logique, le juge confronté à de telles différences de régimes ne devrait pas être habilité à mobiliser l'exception d'ordre public pour refuser de donner effet à la sûreté étrangère. Pour satisfaire à la préservation des intérêts des créanciers locaux, il convient donc de mobiliser les lois de police, c'est-à-dire celles qui « participent à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays<sup>7</sup> » et qui sont l'expression d'un impérieux objectif législatif, en l'occurrence la protection des tiers contre l'efficacité intempestive de sûretés étrangères dans l'ordre juridique français. Pour ce faire, il convient de dégager une méthode de réception des sûretés étrangères qui adopte la même logique unilatéraliste que les lois de police. En effet, celles-ci sont « irréductibles au procédé de la règle de conflit<sup>8</sup> ». « Selon la méthode bilatéraliste, l'ordre public est un mécanisme d'éviction, susceptible d'intervenir lorsqu'une règle de conflit a désigné une loi étrangère et en réaction contre le contenu de celle-ci, c'est-à-dire au dernier stade du raisonnement<sup>9</sup>. » Au contraire, pour l'application des lois de police – expression pure de la méthode unilatéraliste –, le contenu de la loi étrangère n'est même pas pris en compte, ce qui compte seulement c'est l'application immédiate des dispositions impératives. On peut donc dire que les lois de police neutralisent la règle de conflit. Peu importe à quelle loi est soumise la situation internationale en cause devant le juge, l'application des lois de police se fait de manière instantanée et mécanique. C'est la formule célèbre de FRANCESKAKIS : le mécanisme

---

<sup>7</sup> Ph. FRANCESKAKIS, *V° « Conflit de lois », Répertoire Dalloz droit international*, 1968, n°137.

<sup>8</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2018, n°185, p. 168.

<sup>9</sup> *Ibid.*

des lois de police permet de faire « l'économie d'un raisonnement<sup>10</sup> », sous-entendu bilatéral. En résumé, « au lieu de partir de la relation juridique pour déterminer la loi applicable, le juge déclare applicable la disposition considérée en fonction de ce qu'il estime être son but et sa volonté d'application ; la démarche est typiquement unilatéraliste<sup>11</sup>. » C'est la logique même de la méthode de l'adaptation que nous défendrons dans cette thèse : *admettre la constitution étrangère d'une sûreté réelle, faire l'économie de la règle de conflit du for pour ce qui concerne les règles impératives du droit des sûretés – opposabilité et réalisation principalement – et permettre à son bénéficiaire de la rendre efficace en France par son adaptation à une sûreté locale constituée sur un bien de même nature.*

9. *La seconde objection est d'ordre conceptuel* : il semble que la méthode de la reconnaissance ne puisse s'appliquer à une situation dans laquelle il est *difficile de déterminer un ordre unique de rattachement*. En effet, appliquer la méthode de la reconnaissance suppose de *reconnaître en bloc* une situation rattachée à une loi unique, en l'occurrence celle de l'État de constitution de la sûreté. Or rien n'est si peu évident en matière de sûretés réelles sur biens incorporels. *L'ubiquité des biens incorporels et l'état de conflit mobile permanent* qu'elle crée rendent très difficile la détermination d'un ordre juridique de rattachement unique, c'est-à-dire d'un corps de règles régissant la sûreté à chaque étape de son existence – constitution, opposabilité, réalisation, etc. Cette ubiquité, essentiellement due à l'incorporité du bien, entraîne une « succession des ordres juridiques de référence »<sup>12</sup>, ce qui rend peu aisée l'application de la méthode de la reconnaissance dont la raison d'être est fondée sur la transposition telle quelle dans l'ordre juridique français d'une situation soumise à un ordre juridique étranger. En matière de sûretés réelles sur biens incorporels, il est donc nécessaire de procéder à un panachage des lois applicables en fonction des différents moments de vie de la sûreté. Souvent, la sûreté, de constitution étrangère, grève, au moment de sa réalisation, un bien localisé, au moins fictivement, sur le territoire français. Ainsi, ces incertitudes autour d'un ordre juridique de référence unique excluent par principe la reconnaissance comme méthode de réception des sûretés étrangères sur biens incorporels.

---

<sup>10</sup> Ph. FRANCESCAKIS, « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1967, p. 691-698.

<sup>11</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°186, p. 170.

<sup>12</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Préf. H. SYNDET, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2006, n°336 et s., p. 466 et s.

10. L'alternative proposée dans ces pages consiste à ressusciter la méthode de l'adaptation afin de permettre la réception de la sûreté étrangère sur bien incorporel en l'assimilant à une sûreté française lui étant proche au regard du bien grevé, *la sûreté locale de rattachement*. Cette alternative est plus nuancée que la méthode de la reconnaissance en ce qu'elle refuse, par principe, la reconnaissance en bloc de la sûreté étrangère. Lorsque la sûreté est constituée à l'étranger, on peut aisément considérer que sa création s'est faite à partir des modalités du droit de l'État de constitution, et non à partir de celle du droit français ; ses fondements de constitution sont ceux du droit de l'ordre de constitution. Peu importe la loi applicable ultérieurement, il convient de procéder à une forme d'adaptation de la sûreté de constitution étrangère au droit français par l'intermédiaire d'une sûreté locale de rattachement déterminée en fonction de l'identité du bien grevé. Devront donc être assimilées les règles internationalement impératives de la sûreté locale de rattachement à la sûreté étrangère, via le mécanisme des lois de police, afin que celle-ci soit adaptée aux exigences de l'ordre juridique français. C'est la condition du respect du principe fondamental qu'est celui du *numerus clausus* des sûretés réelles. En d'autres termes, la sûreté étrangère doit, en arrivant dans l'ordre juridique français, se dépouiller de ses anciennes appartenances et revêtir les habits du droit français, ce qui ne l'empêche pas de conserver les propriétés non impératives qui étaient les siennes au moment de la constitution. Toute règle n'est pas nécessairement impérative. C'est pourquoi l'on peut parler d'*adaptation relative*, c'est-à-dire d'une *assimilation aux seules règles dont la raison d'être est la sauvegarde de l'intérêt des tiers ou de l'ordre juridique dans son ensemble*. La logique est donc la suivante : *instaurer des garde-fous certes, mais seulement ceux qui sont nécessaires aux objectifs poursuivis*. Il est évident que les règles qui ont trait à l'opposabilité et à la réalisation devront être impérativement assimilées par le créancier nanti de la sûreté étrangère. Cette assimilation est la condition essentielle pour que la sûreté étrangère soit, au stade du dénouement, quasiment considérée comme une sûreté française à part entière. Avant que le créancier ne sollicite les voies françaises de réalisation – procédures civiles d'exécution classique ou modes alternatifs de réalisation par attribution de la propriété du bien grevé –, sa sûreté aura été préalablement soumise au respect des conditions d'opposabilité prévues pour la sûreté de rattachement.

11. La méthode de l'adaptation est l'expression d'une position de politique juridique : *admettre largement les sûretés étrangères à condition que celles-ci ne viennent pas troubler les équilibres subtils du droit des sûretés français construits conjointement par le législateur, la jurisprudence et la doctrine*. En effet, il serait pernicieux d'admettre que par la

seule constitution d'une sûreté étrangère les règles les plus fondamentales du droit français puissent être contournées. Frauduleuse, une telle pratique risquerait surtout de nuire aux intérêts de l'ordre juridico-économique dans son ensemble. La méthode de l'adaptation permet, sans avoir à modifier le droit positif, de recevoir les sûretés étrangères sans porter atteinte aux principes fondamentaux du droit français des sûretés. L'un des enjeux de ce travail consiste à déterminer un droit commun de la méthode, un système d'adaptation des sûretés sur biens incorporels cohérent, doté de fondements théoriques, d'un champ d'application, de règles de principe et d'exceptions.

12. Au fond, s'il fallait résumer le cheminement qui doit conduire à la réception organisée des sûretés sur biens incorporels constituées à l'étranger, il faudrait d'abord exclure la méthode qui ne semble pas aboutir à la satisfaction d'un tel objectif, celle de la reconnaissance. Les obstacles techniques, jurisprudentiels et politiques précédemment exposés, ainsi que les difficultés de déterminer un ordre de référence unique disqualifient celle-ci comme méthode pertinente. En d'autres termes, il existe manifestement une inadéquation de la méthode de la reconnaissance pour la réception des sûretés sur biens incorporels constituées à l'étranger (**Partie I**). Cette disqualification impose ensuite d'exposer une méthode alternative, celle de l'adaptation, de montrer les raisons de sa pertinence, d'esquisser un droit commun, un système d'assimilation et d'illustrer sa mise en œuvre par des exemples concrets ; en d'autres termes, d'organiser la réception des sûretés sur biens incorporels constituées à l'étranger autour de celle-ci (**Partie II**).

- *Partie I : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance*
- *Partie II : La pertinence de la méthode de l'adaptation*



## Partie I : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance

---

13. **Introduction et plan.** Au regard des conditions exigées pour que soit reconnue dans un ordre juridique de réception une situation constituée à l'étranger, encore faut-il que les institutions de décision du pays d'accueil soient ouvertes à la méthode de la reconnaissance, sans évoquer les objections esquissées en introduction. Or il n'est pas impossible d'adopter *une conception limitée du domaine de la reconnaissance*. La méthode de la reconnaissance ne s'emploie généralement que pour des situations dites « cristallisées », c'est-à-dire qui ont une existence effective dans l'État de constitution. La cristallisation peut être le fait d'un acte public qui, activement, crée la situation (un mariage, un divorce, etc.) ou qui, passivement, ne fait que l'enregistrer (un acte notarié de vente, un testament authentique, etc.)<sup>13</sup>. Pour les cas où la cristallisation n'intervient pas dans un acte public, on s'est parfois demandé si la méthode de la reconnaissance était adaptée. Par exemple, un auteur allemand, Heinz-Peter MANSEL, « n'envisage la possibilité d'une reconnaissance que si la situation a fait l'objet d'un acte public ou d'une inscription dans un registre public<sup>14</sup>. Seul ce caractère public pourrait fonder selon lui la confiance légitime des intéressés dans l'existence de la situation, sans laquelle la méthode de la reconnaissance n'a pas de raison d'être. La situation simplement privée ne pourrait être reconnue qu'après contrôle de sa validité au regard de la loi qui lui est applicable en vertu du droit international privé de l'État de reconnaissance<sup>15</sup>. » D'autres auteurs, notamment Paul LAGARDE, considèrent que la méthode de la reconnaissance peut être mobilisée pour des situations qui ne sont pas cristallisées par l'intervention d'une autorité publique, « dès lors qu'elle est effective (effectivité prouvée notamment par sa durée), c'est-à-dire qu'elle a déjà produit des effets dans son ordre juridique d'origine<sup>16</sup>. » On voit néanmoins qu'un débat existe et qu'une simple défaveur politique ou jurisprudentielle pourrait bloquer l'application de la reconnaissance. Mobiliser cet argument pour rejeter la reconnaissance des sûretés réelles étrangères est plus qu'aisé. De plus, il existe, en droit français des sûretés, des obstacles majeurs à la reconnaissance des garanties étrangères tirés notamment du principe du *numerus clausus* et de la défaveur historique de la jurisprudence à

---

<sup>13</sup> P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations », art. préc., p. 19.

<sup>14</sup> H.-P. MANSEL, « *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums* », *RabelsZ*, 2006, p. 651.

<sup>15</sup> P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, vol. n°371, 2014.

<sup>16</sup> P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations », art. préc., p. 22.

l'égard des sûretés étrangères. D'où le postulat de l'inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des obstacles techniques, politiques et jurisprudentiels (**Titre I**). Par ailleurs, mobiliser la méthode de la reconnaissance suppose de déterminer avec précision un ordre juridique de référence de la sûreté et que celui-ci soit unique. En effet, le juge français, qui a vocation à reconnaître la situation cristallisée à l'étranger, renonce à appliquer sa règle de conflit et analyse l'affaire au prisme du droit étranger, en considérant toutefois le respect de l'ordre public international du for. Or, en matière de sûretés réelles sur biens incorporels, il est extrêmement difficile de déterminer avec précision la localisation du bien grevé et donc un seul ordre de référence. Ceci conduit notamment à des disparités de lois applicables en fonction des moments de vie de la sûreté. Si la constitution peut volontiers être soumise au droit de l'État d'origine, qu'en est-il pour l'opposabilité et la réalisation ? S'ajoute à cela que les biens incorporels ne peuvent être considérés comme ayant tous la même nature ; certes, tous sont des biens mobiliers, pourtant, certains n'existent qu'en raison d'un rapport d'obligation, tandis que d'autres font preuve d'une plus grande autonomie d'existence. Cette absence d'unité naturelle conduit également à des disparités de lois applicables. Ainsi, les sûretés étrangères sur biens incorporels semblent rétives à toute forme de systématisation de la méthode de la reconnaissance pour organiser leur réception dans l'ordre juridique français. D'où le second postulat, celui de l'inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des difficultés de détermination d'un ordre juridique de référence unique (**Titre II**).

- *Titre I : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des obstacles techniques, politiques et jurisprudentiels*
- *Titre II : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des difficultés de détermination d'un ordre juridique de référence unique*

## **Titre I : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des obstacles techniques, politiques et jurisprudentiels**

---

14. **Introduction et plan.** Des phénomènes bien connus tels que la financiarisation de l'économie ou le développement des droits de propriété intellectuelle comme valeurs économiques ont conduit à la consécration des biens incorporels comme véritables actifs pouvant faire l'objet des mêmes actes que les meubles corporels. Un tel constat impose donc de s'interroger sur la manière dont il conviendrait d'accueillir ces sûretés étrangères et de donner effet aux droits des créanciers en bénéficiant, sans pour autant mettre en péril la sécurité des créanciers opérant sur le territoire du for et sans heurter de manière frontale les principes et concepts du droit français. Dans cette optique, il convient de prendre en compte les divers intérêts en présence : ceux du créancier étranger souhaitant faire valoir, en France, les droits sur les biens incorporels du débiteur dont il bénéficie en vertu d'une sûreté constituée à l'étranger ; ceux des créanciers opérant initialement sur le sol français qui sont en droit d'exiger, au nom de la sécurité juridique, une certaine égalité avec les créanciers étrangers ; et enfin, ceux du droit français qui, comme tout droit d'origine continentale, repose sur des concepts dont l'abandon risquerait de mettre en péril tant l'identité que l'efficacité. En effet, à la différence des droits anglo-saxons, les droits continentaux, et spécifiquement le droit français, sont basés sur des concepts forgés par les différentes sources du droit : législateur, doctrine et jurisprudence. Renier un de ces principes risquerait de mettre en péril l'équilibre et de faire perdre à notre identité juridique sa saveur au nom d'une homogénéisation des droits. Les obstacles d'origine technique, politique ou jurisprudentielle risquent toutefois de contrarier l'utilisation de la méthode de la reconnaissance comme solution envisageable de réception des sûretés étrangères sur biens incorporels et de préservation des intérêts précités.

15. Ces obstacles s'articulent autour d'un principe cardinal du droit français des sûretés réelles, celui du *numerus clausus*. Dans une démarche de promotion du

principe de l'égalité des créanciers, l'article 2285 du Code civil affirme que les biens du débiteur se répartissent entre eux par contribution – à proportion des droits de chacun – à moins qu'il n'existe « des causes légitimes de préférence ». Cette formulation sert de fondement traditionnel au principe du *numerus clausus* des sûretés réelles selon lequel « le législateur se réserve un monopole de la création des sûretés réelles et de la détermination de leurs effets à l'égard des tiers, les parties n'ayant d'autre choix que d'utiliser l'un des modèles préalablement élaborés par la loi<sup>17</sup>. » À suivre de manière stricte cette affirmation, les droits d'un créancier, à raison d'une sûreté étrangère, ne pourraient jamais être reconnus. D'où le premier obstacle, celui de l'incompatibilité de la reconnaissance avec le *numerus clausus* des sûretés réelles (**Chapitre I**). Le second obstacle tient à la défaveur de la jurisprudence à l'égard de la méthode de la reconnaissance en droit des sûretés (**Chapitre II**).

- *Chapitre I : L'incompatibilité de la méthode de la reconnaissance avec le numerus clausus des sûretés réelles*
- *Chapitre II : La défaveur jurisprudentielle à l'égard de la méthode de la reconnaissance*

---

<sup>17</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, Préf. M. GRIMALDI, *Economica*, coll. *Recherches juridiques*, 2015, n°260, p. 251 (italiques ajoutés).

## Chapitre I : L'incompatibilité de la méthode de la reconnaissance avec le *numerus clausus* des sûretés réelles

16. **La signification du principe de *numerus clausus* des sûretés réelles.** Le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles implique que les sûretés réelles ne sont pas de « création contractuelle libre »<sup>18</sup>. Tout comme l'exclusion du rattachement à la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles, le principe du *numerus clausus* se justifie par le fait que la sûreté, avant d'être un contrat entre parties consentantes, est surtout un droit de préférence (sûretés réelles traditionnelles) ou d'exclusivité (propriétés-sûretés) du créancier à l'égard d'un ou plusieurs biens du débiteur. Par conséquent, les tiers ne doivent subir les effets de la sûreté « que dans la mesure où des dispositions légales strictement définies leur ont permis de le prévoir<sup>19</sup>. » Cette règle est posée à l'article 2285 du Code civil qui évoque les « *causes légitimes de préférence* » pour désigner les sûretés, en tant qu'exceptions au droit de gage général. Pour lever toute ambiguïté, la Cour de cassation est venue, dès 1880, clarifier le texte dont la rédaction pouvait porter à confusion : « aucune cause de préférence ne peut, par dérogation au principe d'égalité, exister qu'en vertu d'une disposition de la loi<sup>20</sup>. » Le principe du *numerus clausus* semble donc compromettre la reconnaissance, par les juges français, des sûretés réelles étrangères. Celles-ci n'étant pas prévues par le législateur français, rien ne peut justifier qu'un créancier bénéficiant de droits sur les biens incorporels d'un débiteur, en vertu d'une sûreté réelle constituée à l'étranger, puisse se prévaloir de ceux-ci dans l'ordre juridique français. Si la réaffirmation du principe du *numerus clausus* est indispensable, et empêche de mobiliser la méthode de la reconnaissance (**Section 1**), son respect ne doit pas pour autant être un obstacle insurmontable à la réception des sûretés réelles étrangères. Ceci grâce notamment à la méthode de l'adaptation par assimilation (**Section 2**).

---

<sup>18</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°271, p. 261.

<sup>19</sup> J. FLOUR, *Cours de droit civil, Licence 3e année*, Les cours du droit, 1962-1963, p. 37 et s.

<sup>20</sup> Cass. civ., 31 mai 1880, DP 1880, 1, p. 271.

### ***Section 1 : La réaffirmation du principe de numerus clausus des sûretés réelles***

17. Contrairement aux droits réels principaux, les sûretés réelles ne sont pas de création libre. Cette restriction, fondée sur l'article 2285 du Code civil (I.), est justifiée par la nature particulière des sûretés réelles, qui sont des droits ayant pour finalité de favoriser un créancier particulier par rapport aux autres (2.)

#### *1. Le fondement textuel du numerus clausus des sûretés réelles*

18. Suivant une thèse libérale, une partie de la doctrine tend à nier le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles. Pour ce faire, elle s'appuie notamment sur l'absence de *numerus clausus* des droits réels principaux, en considérant que les deux questions se doivent d'être rattachées<sup>21</sup>. Or il semble qu'elles doivent être traitées séparément. Revenons-en, pour cela, à la tradition historique du droit français, droit conceptuel dont la positivité des normes est fondée, non sur la force du précédent, mais sur la force de la loi. Au regard de cette tradition, il convient de rappeler l'importance du fondement textuel d'une règle. Ainsi, l'article 2285 du Code civil, fondement explicite du *numerus clausus* des sûretés réelles (B.) suffirait presque à justifier un traitement distinct de la question du *numerus clausus* des droits réels principaux, qui lui ne connaît pas la même expression textuelle (A.).

#### A. L'absence de fondement textuel du *numerus clausus* des droits réels

19. **La non-pertinence de l'article 543 du Code civil à fonder le *numerus clausus* des droits réels.** Dès 1804, l'article 543 du Code civil affirmait que : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. » Ce texte affirme-t-il pour autant que les droits réels principaux se limitent au droit de propriété, aux droits d'usufruit, d'usage et d'habitation et aux servitudes ? Comme le rapporte Charles GIJSBERS<sup>22</sup>, certains l'ont

---

<sup>21</sup> Par ex. Le professeur KHAIRALLAH se fonde sur l'absence de *numerus clausus* des droits réels principaux telle qu'affirmée dans l'arrêt *Caquelard* du 13 février 1834 pour en déduire une acclimatation possible des sûretés étrangères inconnues dans l'ordre juridique français. V. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Préf. H. BATIFFOL, Economica, coll. Droit civil, 1984, n°231 et s., p. 205 et s.

<sup>22</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°253, p. 240.

prétendu lors des travaux préparatoires du Code civil<sup>23</sup>. Pourtant, cette assertion n'était pas partagée par tous, et notamment par Cambacérès pour qui, fidèle aux idées libérales de 1789, « le Code civil autorise l'usage le plus illimité, même l'abus du droit de propriété ; il permet à chacun la disposition infinie de son bien ; ce principe n'est borné que par les exceptions que réclament les mœurs et l'intérêt public : comment dans cet état de la législation, pourrait-on, sans arbitraire défendre à un propriétaire d'aliéner son domaine pour le prix d'une redevance foncière, si d'ailleurs les mœurs et l'intérêt de l'État ne sont pas offensés par cet arrangement ?<sup>24</sup> » En outre, non seulement le texte n'affirme pas explicitement la restriction légale de création des droits réels principaux, mais en plus, de nombreux auteurs contemporains affirment que cet article constitue une disposition de transition destinée à assurer la « structure logique du texte »<sup>25</sup>. Dès lors, il est aisé de constater que le *numerus clausus* des droits réels ne dispose d'aucune assise textuelle. Il en va tout autrement pour le *numerus clausus* des sûretés réelles.

B. L'article 2285 du Code civil : fondement textuel explicite du *numerus clausus* des sûretés réelles

20. **La pertinence de l'article 2285 du Code civil pour fonder le *numerus clausus* des sûretés réelles.** L'article 2285 du Code civil – selon lequel « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence » – est le fondement textuel du principe de *numerus clausus* des sûretés réelles. En affirmant le caractère impératif du principe d'égalité des créanciers, contenu dans cette disposition emblématique du droit privé français, la Cour de cassation est venue consolider la règle du *numerus clausus* : « Aucune cause de préférence ne peut, par dérogation au principe d'égalité, exister qu'en vertu d'une disposition de la loi<sup>26</sup>. » De manière ponctuelle, la Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer ce principe. Par exemple dans un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 13 mars 1996<sup>27</sup>. Dans

---

<sup>23</sup> Par ex. l'ancien Président de la Convention nationale, Jean-Baptiste TREILHARD. V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, VIDÉCOQ, Paris, 1836, t. 11, p. 41.

<sup>24</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. 11, p. 62.

<sup>25</sup> N. MOLFESSIS, « La structure logique du texte », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, Economica, Coll. Études juridiques, dir. B. SAINTOURENS, 2006, p. 39 et s., spé. p. 46 ; Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°253, p. 240.

<sup>26</sup> Cass. civ., 31 mai 1880, DP. 1880, 1, p. 271.

<sup>27</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mars 1996, n° 93-11.755, JCP 1996, I, 3942, n° 6, obs. Ph. DELEBECQUE.

cette affaire, un immeuble en copropriété avait été saisi. Une association de copropriétaires contestait cette saisie en alléguant qu’elle avait financé la rénovation du bien et qu’avant son adjudication, elle avait demandé l’insertion au cahier des charges, d’une clause selon laquelle « l’adjudicataire sera tenu de payer, en sus de son prix et des frais, le montant des appels de fonds qui seront faits par l’AFUL [Association foncière urbaine libre] en contrepartie des travaux exécutés tant dans les parties communes des immeubles dépendant de cette AFUL, que dans les parties privatives. » Censurant la décision du juge de première instance, la Cour de cassation considère que cette clause est contraire au principe d’égalité des créanciers, car elle avantage « spécialement un créancier au détriment des autres », réaffirmant ainsi le caractère impératif de l’article 2285 et donc du principe du *numerus clausus* des sûretés réelles.

21. **De nouveaux fondements textuels au *numerus clausus* des sûretés réelles issus de l’ordonnance du 23 mars 2006.** Depuis la réforme du droit des sûretés de 2006, le Sous-titre du Code civil relatif aux sûretés mobilières s’ouvre par l’article 2329 ainsi rédigé : « Les sûretés sur les meubles *sont* : 1° Les privilèges mobiliers ; 2° Le gage de meubles corporels ; 3° Le nantissement de meubles incorporels ; 4° La propriété retenue ou cédée à titre de garantie. » Cette rédaction marque bien le caractère limitatif des sûretés autorisées à être constituées et à produire effet dans l’ordre juridique français. Pour s’en convaincre, il suffit de comparer cette disposition avec deux autres articles introduits dans le Code de manière concomitante. L’article 2373 ouvrant le Sous-titre relatif aux sûretés immobilières dispose tout d’abord que : « Les sûretés sur les immeubles *sont* les privilèges, l’antichrèse et les hypothèques. La propriété de l’immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie. » Par l’utilisation exclusive du verbe « être », les articles 2329 et 2373 semblent exprimer la volonté du législateur d’exclure l’efficacité de tout autre type de sûretés réelles que celles qu’ils prévoient. Il en va autrement pour les sûretés personnelles. L’article 2287-1 du Code civil dispose que : « Les sûretés personnelles *régies par le présent titre* sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d’intention. » On le voit, le texte n’a pas ici de caractère limitatif ; il précise seulement que, parmi toutes les sûretés personnelles, les seules régies par le Titre I<sup>er</sup> du Livre IV du Code civil sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d’intention. Naturellement, la constitution de droits personnels est libre. Contrairement aux sûretés personnelles, les sûretés réelles ne sont pas de création libre en raison de leur soumission au principe du *numerus clausus*.

22. Solidement ancrés, ces fondements textuels ne suffisent toutefois pas à rendre le principe incontestable sur le plan conceptuel. Encore faut-il avancer les raisons pratiques qui justifient son assise positive.

## 2. Les éléments de justification du *numerus clausus* des sûretés réelles

23. **De la différence entre les droits réels principaux et accessoires.** La sûreté réelle a pour objectif affiché d'avantager un créancier par rapport aux autres. Cet avantage passe par l'octroi, au profit du créancier bénéficiaire, d'un droit de préférence ou d'un droit exclusif sur un ou plusieurs biens du débiteur. Au regard de cet objectif, il est aisé de constater que la constitution d'une sûreté sur un bien du débiteur est indolore pour celui-ci. En effet, il garantit le créancier de son paiement, non pas par un nouvel engagement de sa part, mais plutôt en causant un désavantage à la masse de ses autres créanciers, qui voit soustraite du droit de gage général, une partie du patrimoine du débiteur. À l'inverse, lorsqu'il s'agit des droits réels principaux : « *Celui qui invente de nouveaux démembrements sur sa chose ne fait de tort à personne, sinon à lui-même en limitant son droit de jouissance sur le bien*<sup>28</sup>. » Voici donc le point majeur qui justifie la différence de traitement entre les droits réels principaux et les droits réels accessoires quant à l'affirmation ou la négation de leur liberté de création : le public atteint par la constitution d'un tel droit. Ainsi les raisons de réaffirmer le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles (B.) sont d'autant plus fortes que celles qui tentent de justifier le *numerus clausus* des droits réels sont infondées (A.).

A. Le caractère infondé des éléments de justification du *numerus clausus* des droits réels principaux

24. **Exclusion de l'argument tiré de la protection des tiers.** Au-delà de l'absence d'un fondement textuel, le *numerus clausus* des droits réels principaux ne se justifie pas quant aux utilités que certains tentent de lui assigner. Nous nous contenterons ici de réfuter l'argument relatif à la protection des tiers. Celui-ci ressort d'une vieille idée développée par PLANIOL selon laquelle un droit réel est « un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets

---

<sup>28</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°251, p. 239 (italiques ajoutés).

passifs<sup>29</sup>. » Ainsi, tandis que les droits personnels seraient des droits relatifs, dont les effets seraient limités aux seules parties, les droits réels seraient des « droits absolus, dont il faut considérer qu'ils sont formés d'un faisceau de devoirs passifs imposés à la totalité des justiciables<sup>30</sup>. » Ainsi, les droits réels étant opposables à tous et constituant « une obligation passive universelle », il serait inconcevable de créer librement un droit réel qui s'imposerait à tous sans que celui-ci ne soit prévu par le législateur. En réalité, si brillante qu'elle puisse paraître, cette construction conceptuelle « surestime le péril connu par les tiers<sup>31</sup>. » En effet, seuls les potentiels acquéreurs de la propriété d'un bien faisant l'objet d'un droit réel inédit pourraient être pénalisés par l'absence de *numerus clausus*. Il suffit donc d'organiser un système de publicité destiné à informer ces tiers spécifiques de la constitution d'un droit réel qui n'avait pas été prévu par l'article 843 du Code civil.

25. **Confirmation jurisprudentielle.** L'absence de *numerus clausus* des droits réels principaux est désormais bien installée dans le droit positif. Dès 1834, la Cour de cassation affirmait dans l'arrêt *Caquelard* que « les articles 544, 546 et 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs. Ni ces articles ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible<sup>32</sup>. » Plus récemment, l'affaire *Maison de la poésie* a donné l'occasion à la Cour de cassation de réaffirmer sa position. Dans un arrêt rendu le 31 octobre 2012 par la troisième chambre civile, la Haute juridiction affirme « qu'il résulte de ces textes [articles 544 et 1134 du Code civil] que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien<sup>33</sup>. » Les professeurs D'AVOUT et MALLET-BRICOUT considèrent que cette position se résume par une double idée : « d'abord que la loi n'est pas la source exclusive du régime des droits réels ; ensuite que la loi peut n'être pas impérative et seulement suppléer les volontés non exprimées. Autrement dit, il y a, en droit des biens,

---

<sup>29</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 6<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1911, n°2160, p. 676 et s.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°254, p. 242.

<sup>32</sup> Cass. req., 13 février 1834, *DP* 1934, 1, p. 218 ; *S.* 1934, 1, p. 205.

<sup>33</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53, n. L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT ; *JCP* 2012, II, 1400, n. F.-X. TESTU ; *LPA* 16 janvier 2013, p. 11, n. F.-X. AGOSTINI ; *RDC* 2013, p. 584, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ* 2013, p. 142, obs. W. DROSS.

place pour les usages et les conventions particulières<sup>34</sup>. » Cette position du droit positif se justifie donc par le fait que les tiers ne sont atteints que de manière exceptionnelle et limitée par la constitution d'un droit réel inédit. À l'inverse, « *les sûretés réelles se résumant entièrement – ou presque – à un pouvoir d'empiéter sur le patrimoine d'autrui (celui des créanciers et des ayants cause du débiteur), elles ne se prêtent guère à l'idée d'une liberté triomphante qui ne serait qu'exceptionnellement contrainte*<sup>35</sup>. »

## B. La force des justifications du *numerus clausus* des sûretés réelles

26. **La protection législative des tiers créanciers.** La justification fondamentale du *numerus clausus* est celle ayant trait au public visé par la constitution d'une sûreté réelle, à savoir les autres créanciers du débiteur. La doctrine libérale omet cette donnée du problème lorsqu'elle tend à affirmer la liberté de création des sûretés réelles. Pour cette dernière, il s'agit simplement d'une liberté du créancier d'exploiter ses actifs comme il l'entend. Le législateur, garant de la volonté générale, serait, dans ce système, illégitime à limiter cette liberté. Par exemple, le professeur ACOLLAS affirme que « c'est le législateur qui décidera pour l'individu, comme il l'entendra, et le besoin de l'initiative de l'individu sera supprimé, et le libre jeu des différentes activités individuelles sera faussé, peut-être même verra-t-on la volonté de l'individu contrainte et forcée de s'incliner devant les préférences de la loi<sup>36</sup>. » Cet argument de « l'autonomie de la volonté<sup>37</sup> » est largement repris par les tenants de la négation et du dépassement du *numerus clausus* des sûretés réelles qui voient là un frein à l'efficacité économique, comme si cette dernière devait être l'*alpha* et l'*oméga* de toute politique législative, omettant ainsi la protection de l'intérêt général et des autres créanciers. N'en déplaise aux tenants de cette théorie de liberté totale de création des sûretés réelles, l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 donne compétence au législateur pour déterminer « les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. » Ajoutons à cela que le principe du *numerus clausus* consiste, non pas en une restriction dans la liberté de constitution des sûretés réelles, mais en une restriction de la liberté de création de celles-ci : les parties restent

<sup>34</sup> L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT, cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53, n°6.

<sup>35</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°259, p. 251 (italiques ajoutées).

<sup>36</sup> E. ACOLLAS, *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. 3, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 1874, p. 642.

<sup>37</sup> Selon l'expression de Charles GIJSBERS dans *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°263, p. 253.

totaletement libres de constituer une sûreté réelle, tant que cette dernière est prévue par la loi ; en somme, le débiteur reste libre d’avantager un de ses créanciers par rapport aux autres, il suffit qu’il le fasse dans le cadre législatif.

27. **L’extension de la justification aux propriétés-sûretés.** La question qui se pose est celle de savoir si ces justifications gardent leur pertinence en matière de propriétés-sûretés. Dans la droite ligne des travaux de Charles GIJSBERS, il convient d’apporter une réponse positive à cette interrogation<sup>38</sup>. Face à cette position, nous retrouvons, en plus d’une doctrine libérale qui prône, là encore, le principe de liberté contractuelle, une doctrine que l’on pourrait qualifier de « propriétaire » qui, quant à elle, convoque l’article 544 du Code civil et voit dans les propriétés-sûretés plus une utilisation particulière du droit de propriété qu’une véritable sûreté<sup>39</sup>.

28. *Pour contrer l’argument de la doctrine libérale*, il suffit de dire que la liberté contractuelle est, en vertu de du principe de l’effet relatif (C. civ., art. 1199), « un principe invocable qu’au profit de celui qui assume directement les conséquences de ses actes<sup>40</sup>. » Or dans le cadre des propriétés-sûretés, certes le débiteur perd la propriété de son bien s’il fait défaut à son engagement, mais ceci est moins la conséquence de la constitution d’un droit réel, que d’un droit personnel. Inversement, les autres créanciers restent toujours atteints par la constitution de la propriété-sûreté puisque le bien qui en est l’objet est sorti de leur droit de gage général.

29. *Pour contrer l’argument de la doctrine propriétaire*, il convient de démontrer que les propriétés-sûretés relèvent, dans leur nature, plus des sûretés réelles que de la propriété ordinaire. Pour ce faire, revenons au régime juridique du droit de propriété. D’emblée, il semble possible d’affirmer que la propriété des propriétés-sûretés n’est pas ordinaire et donc que celles-ci jouissent d’une certaine autonomie à l’égard du régime de celle-là. Cette idée a été exprimée par Michel GRIMALDI qui dénie aux propriétés-sûretés une partie des traits caractéristiques de la propriété, à savoir le pouvoir, la richesse, la perpétuité<sup>41</sup>. Tout d’abord, *le pouvoir*. Dans le cadre d’une

---

<sup>38</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°361 et s., p. 363 et s.

<sup>39</sup> P. CROCO, *Propriété et garantie*, Préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibl. dr. priv., 1995, n°253, p. 202 et s.

<sup>40</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°362, p. 364.

<sup>41</sup> V. à ce sujet M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *Liber Amicorum, Études offertes à Jacques DUPICHOT*, Bruylant, 2005, p. 169 et s., spéc. n°3, p. 172 et s.

propriété-sûreté sur bien incorporel comme la cession fiduciaire de créance, il est communément admis par la pratique qu'il appartient au débiteur cédant de recouvrer la créance cédée, alors même qu'il n'est plus propriétaire. On voit donc que le créancier cessionnaire, véritable propriétaire, est dépouillé de la majorité des utilités de la propriété ordinaire. Ensuite, *la richesse*. Comme l'explique Michel GRIMALDI, « ce dont le créancier est riche, c'est de sa créance<sup>42</sup> », c'est-à-dire de la créance de prix, d'où le fait que lorsque la créance cédée produit des intérêts, ceux-ci s'imputent sur le montant de la dette garantie<sup>43</sup>. Quant à *la perpétuité*, la propriété-sûreté est un droit temporaire par essence, car du fait de son caractère accessoire « elle ne dure que le temps de la créance dont elle garantit le paiement<sup>44</sup>. » Finalement, *l'exclusivité* est le seul trait caractéristique de la propriété ordinaire que partagent les propriétés-sûretés. Le créancier est en mesure d'exclure toute forme de concours et d'obtenir une priorité absolue sur la valeur de la chose lors du paiement de la créance garantie. C'est d'ailleurs ce qui a conduit certains auteurs à affirmer que le principe du *numerus clausus* ne pouvait, en l'absence de concours, s'appliquer aux propriétés-sûretés : « le principe du *numerus clausus*, pour s'appliquer, suppose nécessairement que l'on soit dans une telle hypothèse de concours, car telle est la limite de son domaine d'application : s'il n'y a pas de concours, il ne peut être question de préférence or l'interdiction ne concerne que la créance de causes de préférence<sup>45</sup>. » Ayant montré que la nature des propriétés-sûretés relève, moins de la propriété ordinaire, que des sûretés réelles traditionnelles, il convient d'exclure cet argument et de considérer que l'expression « *causes légitimes de préférence* » (C. civ., art. 2285) doit s'entendre largement et s'étendre aux droits exclusifs. Le résultat économique du droit de préférence et du droit exclusif étant le même, c'est-à-dire avantager un créancier sur un élément d'actif du débiteur, l'affirmation du *numerus clausus* des propriétés-sûretés relèverait d'une forme de cohérence législative<sup>46</sup>. C'est d'ailleurs la solution adoptée par le droit positif. En effet, le célèbre arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 décembre 2006 dans lequel elle affirme que « en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses

---

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Cass. com., 8 janvier 1991, *Bull.* IV, n°8 ; *RTD civ.* 1991, p. 368, obs. M BRANDAC ; *RJ com.*, 1993, 190, n. D. FENOUILLET ; *RTD com.*, 1991, p. 271, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

<sup>44</sup> M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *art. préc.*, n°3, p. 172 et s.

<sup>45</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n°253, p. 202 et s.

<sup>46</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°363, p. 365 et s.

droits sur des créances, constitue un nantissement de créance<sup>47</sup>. » La Cour de cassation est venue ainsi requalifier une cession de créances de droit commun à titre de garantie au motif que la loi ne prévoyait pas une telle sûreté. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés, rédigé sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT et d'une commission de spécialistes dirigée par Michel GRIMALDI prévoit un nouvel article 2373 du Code civil : « La propriété d'une créance peut être cédée à titre de garantie d'une obligation par l'effet d'un contrat conclu en application des articles 1321 et suivants<sup>48</sup>. » Cette consécration, à vocation législative, de la cession de créance de droit commun à titre de garantie est bien la preuve que le principe du *numerus clausus* s'étend aux propriétés-sûretés.

30. La forte assise positive du *numerus clausus* des sûretés réelles impose de dégager une solution de réception des sûretés étrangères sur bien incorporel qui tende au strict respect de cette règle. La seule qui soit compatible avec le respect du *numerus clausus* est celle de l'adaptation de la sûreté étrangère par son assimilation à une sûreté du for ; la reconnaissance, promouvant une réception « sans filtre », sans assimilation préalable au droit français, risque, en effet, de s'avérer compromise au stade du contrôle de l'ordre public international.

---

<sup>47</sup> Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-16.39, *D.* 2007, p. 344, n. LARROUMET ; *JCP* 2007, II, 10067, rapp. M. COHEN-BRANCHE, n. D. LEGEAIS ; *ibid.*, I, 158, n° 26, obs. Ph. DELEBECQUE ; *ibid.*, 161, n° 16 et s., obs. A.-S. BARTHEZ ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 1903, n. S. PIEDELIEVRE ; *Defrénois* 2007, p. 448, obs. E. SAVAUX ; *ibid.* 2008, p. 409, obs. Ph. THERY ; *Dr. et patr.* novembre 2007, p. 73, obs. J.-P. MATTOU et A. PRÜM ; *Banque et droit* mars-avril 2007, p. 61, obs. F. JACOB ; *AJDI* 2007, p. 757, obs. F. COHET-CORDEY ; *RDC* 2007, p. 273, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2007, p. 217, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2007, p. 961, L. AYNÈS ; *JCP E.* 2007, 2187, F. AUCKENTHALER, *RLDC* 2007/43, n° 2737, V. BEUZELIN.

<sup>48</sup> Association Henri CAPITANT, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, Commission constituée sur la demande de Ministère de la Justice, présidée par M. GRIMALDI et composée de L. AYNES, P. CROCQ, Ph. DUPICHOT, Ch. GIJSBERS, M. JULIENNE, Ph. SIMLER, H. SYNVEY et Ph. THERY. L'avant-projet est disponible en ligne : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf> ; M. GRIMALDI, D. MAZEAUD et Ph. DUPICHOT, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717.

## ***Section 2 : Le respect du numerus clausus par l'assimilation de la sûreté étrangère à une sûreté du for***

31. La réception des sûretés sur biens incorporels constituées à l'étranger impose donc de respecter la règle du *numerus clausus*. Comment respecter ce principe alors même que le processus de réception implique la reconnaissance de droits préférentiels ou exclusifs au profit d'un créancier, en vertu d'une sûreté réelle qui n'est pas prévue par le législateur français étant donné que celle-ci aura été constituée à l'étranger ? Ce postulat disqualifie d'office la méthode de la reconnaissance en bloc de la situation constituée à l'étranger. En réalité, il implique une adaptation de la sûreté étrangère au droit français par son assimilation à une sûreté française correspondante, c'est-à-dire une sûreté portant sur un bien incorporel de même nature (2.). Au préalable, ce *contournement respectueux* du principe du *numerus clausus* implique de démontrer qu'il n'est en rien un principe absolu, preuve en est qu'il existe certains espaces de liberté au profit des parties (1.).

### *1. L'absence de caractère absolu du numerus clausus des sûretés réelles : l'admission d'espaces de liberté contractuelle*

32. **La négation du caractère absolu du *numerus clausus* : une condition préalable à l'adaptation.** En dépit de son caractère impératif, le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles ne doit pas être assimilé à un instrument visant à brimer toute liberté contractuelle de création de droits préférentiels : « Rien ne serait plus faux que de penser que la liberté des parties est entièrement engloutie dans un ordre public omnivore<sup>49</sup>. » En effet, le droit positif prévoit certains espaces de liberté dans lesquels les parties peuvent prévoir la création de certains droits pouvant s'assimiler à des sûretés, à condition toutefois que celles-ci ne viennent pas en opposition avec l'objectif de protection des tiers. Le *numerus clausus* étant une règle visant à leur protection, il n'est pas inconcevable d'admettre des « poches » de liberté contractuelle<sup>50</sup> lorsque celle-ci n'est pas menacée. S'appuyant sur les travaux de Philippe DUPICHOT<sup>51</sup>, Charles

---

<sup>49</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°267, p.258.

<sup>50</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°267, p. 258.

<sup>51</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2003 et plus récemment, du même auteur, « Regards sur le pouvoir de la volonté en droit des biens et des

GIJSBERS a déterminé la typologie de ces espaces en dégagant trois types de « montages ouverts à la liberté contractuelle<sup>52</sup>. » Les parties jouissent d'une certaine liberté lorsque les restrictions sont volontairement assumées par le débiteur – ce que l'on nomme communément « les sûretés négatives » – (A.), par les tiers eux-mêmes (B.) ou bien encore lorsque les parties souhaitent aménager les effets des sûretés réelles sans aggraver la situation des tiers (C.).

#### A. Les sûretés négatives

33. **La compatibilité des sûretés négatives avec le principe du *numerus clausus*.** La pratique – bancaire notamment – a dégagé, à partir du droit des obligations, des techniques juridiques par lesquelles le débiteur s'engage, à l'égard du créancier, à une obligation de faire ou de ne pas faire, destinée à reproduire, sur le plan personnel, les deux fonctions des sûretés réelles, à savoir le droit de préférence et le droit de suite. Cette caractéristique a conduit un auteur à évoqué « une imitation de la fonction des sûretés réelles<sup>53</sup>. » Par exemple, le débiteur s'engage à ne pas effectuer des actes de disposition sur un ou plusieurs de ses immeubles sans l'accord du créancier ; à ne pas reverser des dividendes aux actionnaires tant que les réserves de liquidités n'ont pas atteint un certain seuil ; ou encore, à ne pas attribuer de sûretés à un autre créancier avant d'avoir proposé un avantage équivalent au créancier garanti (clause *pari passu*). Par ses divers engagements, « le débiteur assume seul la garantie qu'il donne au créancier<sup>54</sup>. » Ainsi, ces sûretés négatives ne constituent pas de véritables sûretés réelles et restent cantonner au domaine des droits personnels, ce qui exclut le principe du *numerus clausus*. De même, la sanction attachée à la violation d'une de ces obligations relèvera donc de la responsabilité contractuelle et plus largement des mécanismes prévus aux articles 1217 et suivants du Code civil. La seule limite qu'il est possible d'apporter à ce genre de mécanisme est celle tenant l'immixtion du créancier dans les affaires du débiteur, qui pourrait être qualifiée de contraire au principe fondamental de liberté du commerce et de l'industrie. Le débiteur doit pouvoir rester libre d'effectuer les actes

---

sûretés », in *Le patrimoine au XXI<sup>ème</sup> siècle. Regards croisés Franco-Japonais*, Société de législation comparée, t. 12, 2012, p. 367 et s., spéc. n°29 et s., p. 394 et s.

<sup>52</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°267, p. 258.

<sup>53</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°876, p. 657. Plus largement sur les sûretés négatives n°872 et s., p. 654 et s.

<sup>54</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°268, p. 259.

courants relatifs à la gestion de son patrimoine, qu'ils soient de disposition ou d'administration.

## B. Liberté des restrictions assumées volontairement par les tiers

34. **L'exemple des conventions de subordination de créance.** Il s'agit du cas dans lequel les autres créanciers renoncent à une partie de leurs droits sur le patrimoine du débiteur au profit du créancier initial. Prenons en exemple les accords de subordination de créance. Issus des droits de *common law*, de tels accords consistent pour le titulaire d'une créance à « ne pas demander le remboursement avant un ou plusieurs autres créanciers<sup>55</sup>. » Le créancier subordonné – qualifié par un auteur<sup>56</sup> de « infra-chirographaire », voire de « sous-chirographaire » – sera placé à un rang inférieur, soit par rapport à un créancier particulier (subordination de créance particulière), soit par rapport à tous les autres créanciers du débiteur actuels ou futurs (subordination de créance générale). Dans ce dernier cas, le créancier subordonné sera, en cas de procédure collective, primé par les créanciers privilégiés, les créanciers bénéficiaires de sûretés, mais également par l'ensemble des créanciers chirographaires. Selon la doctrine financière, l'existence de créanciers subordonnés est une garantie pour les autres créanciers, car ils contribuent à augmenter la solvabilité de l'entreprise par l'accroissement des capitaux propres qu'ils entraînent.

35. La question fondamentale qui se pose est celle de la validité d'un tel accord ? Les principes d'égalité des créanciers et du *numerus clausus* des sûretés réelles autorisent-ils un créancier à se déclasser lui-même au bénéfice des autres créanciers et ainsi de créer, à leur égard, une forme de garantie ? Et ce, y compris lorsque la loi ne prévoit rien et que l'on peut parler de « subordinations de créances innommées » ? Selon une doctrine tout à fait majoritaire<sup>57</sup>, ainsi qu'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 novembre 1896<sup>58</sup>, il n'est fait, dans le cas d'une subordination de créance, entorse à aucun des principes susmentionnés. En effet, le créancier subordonné consent, de manière *a priori* libre et éclairée, à renoncer au rang que lui accordait la loi en vertu de

<sup>55</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°904, p. 675.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> V. notamment Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°908, p. 678 et s. ; M. VASSEUR, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Préf. J. HAMEL, Rousseau et Compagnie, 1949, n°78 et s.

<sup>58</sup> Cass. civ., 18 novembre 1896, *DP* 1897, 1, p. 51.

l'article 2285 du Code civil, et se place en dessous de celui-ci par sa pleine volonté : « l'avantage qui en résulte pour les créanciers bénéficiaires n'est pas à la charge des autres créanciers, mais provient exclusivement de la renonciation unilatérale des créanciers subordonnés à un traitement égalitaire<sup>59</sup>. »

### C. Liberté d'aménager les effets des sûretés réelles sans aggraver la situation des tiers

36. **L'exemple des conventions modificatives de rang.** Prenons en exemple la contractualisation du rang et notamment le cas des conventions modificatives de rang<sup>60</sup>. Par une telle convention, les créanciers bénéficiaires d'une garantie sur un même bien « conviennent de modifier entre eux le rang de leur sûreté : elle recouvre une interversion des rangs d'inscription du cédant et du cessionnaire<sup>61</sup>. » La Cour de cassation a admis une telle convention en matière de nantissement de fonds de commerce, sûreté sur bien incorporel par excellence. Ainsi un arrêt rendu par la chambre commerciale le 13 novembre 2002 affirme, au visa de l'article 1134 du Code civil (aujourd'hui, C. civ., art. 1103), que « la banque et la société C2T pouvaient convenir entre elles du rang de leurs nantissements » censurant la cour d'appel qui, refusant de prendre en considération la convention conclue entre les deux créanciers ayant inscrit leur nantissement le même jour, avait prononcé une répartition au marc le franc entre eux<sup>62</sup>. Cette solution semble cohérente au regard de la raison d'être du *numerus clausus* des sûretés réelles, car les autres créanciers du débiteur, « auxquels il est indifférent d'être primé par Paul ou Pierre<sup>63</sup> », ne subissent pas de préjudice à raison de cette convention modificative de rang.

37. Selon un auteur, « toutes ces conventions sont licites, en dépit du *numerus clausus* des sûretés réelles, car elles n'aggravent pas la situation des tiers ou ne le font qu'avec leur consentement, *i.e.* sur des bases compatibles avec le principe d'autonomie de la volonté et donc de liberté contractuelle<sup>64</sup>. » Ces considérations tendent à accréditer l'idée que le *numerus clausus*, s'il est impératif – c'est-à-dire qu'il ne peut être écarté

---

<sup>59</sup> H. LE ROY, « Les clauses de « préférence » et de « subordination » en droit français des emprunts », RD aff. Int., 1986, p. 725 et s., n°10 et 14.

<sup>60</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°705 et s., p. 531 et s.

<sup>61</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°711., p. 533 et s.

<sup>62</sup> Cass. com., 13 novembre 2002, n°99-15.819.

<sup>63</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°270, p. 260

<sup>64</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°270, p. 261.

par la volonté des parties –, n'est pas absolu, et donc qu'il peut être contourné lorsque l'objectif qu'il s'est assigné, à savoir la protection des tiers, n'est pas menacé. L'assimilation de la sûreté étrangère à une sûreté française correspondante impliquant un strict respect du régime juridique de cette dernière, il ne pourra être reproché à ce processus intellectuel une violation de la règle du *numerus clausus*.

## 2. Le contournement du *numerus clausus* par l'adaptation de la sûreté étrangère à l'ordre juridique du for

38. Avant de démontrer les raisons qui tendent à admettre la possibilité d'un contournement du *numerus clausus* par une assimilation de la sûreté étrangère à une sûreté du for (B.), il convient, au préalable, d'exclure les solutions qui tendent à ouvrir une reconnaissance inconditionnelle des sûretés étrangères fondées sur la négation ou le dépassement du *numerus clausus* (A.).

### A. L'exclusion des propositions de négation et de dépassement de la règle du *numerus clausus* des sûretés réelles

39. Afin de permettre la réception généralisée des sûretés étrangères sur biens incorporels en France, de nombreux auteurs semblent nier l'existence même de la règle de *numerus clausus* (1); d'autres ont prôné le dépassement de cette règle par une mesure de publicité (2). Pour autant, ces deux conceptions semblent erronées du fait de leur absence d'assise en droit positif français.

#### 1) Quant à la négation du *numerus clausus*

40. **Les deux visages de la négation du *numerus clausus* des sûretés réelles.** Les théories qui tendent à nier l'existence d'un principe de *numerus clausus* des sûretés réelles prennent deux visages. L'un est assumé. Généralement prôné par les partisans de l'analyse économique du droit, il considère que le *numerus clausus* des sûretés réelles procède d'un dirigisme excessif, nécessairement néfaste au développement du crédit et donc au progrès économique. L'autre procède d'une confusion entre le *numerus clausus*

des droits réels principaux et des sûretés réelles<sup>65</sup>. Au regard des précédents développements sur la question, il n’est pas nécessaire de s’attarder sur cette confusion entretenue par les auteurs libéraux et il convient de se concentrer sur les arguments ayant trait à l’efficacité économique.

41. **La négation assumée du *numerus clausus* des sûretés réelles.** Dans la droite ligne des professeurs ACOLLAS<sup>66</sup> et MOULY<sup>67</sup> qui considéraient que le *numerus clausus* des sûretés réelles conduisait à brider de manière excessive la liberté individuelle d’exploiter ses actifs à sa convenance, certains ont dénoncé ce principe « comme portant atteinte à l’efficacité économique du droit des sûretés réelles et à son objectif final qu’est le développement du crédit<sup>68</sup>. » Des auteurs, partisans affirmés de la négation du *numerus clausus*, considèrent que « la liberté des parties est une condition préalable à l’efficacité du droit des sûretés<sup>69</sup>. » Il est possible d’infirmar une telle assertion de deux manières. D’abord de manière pratique en démontrant la division des économistes du droit sur la question de savoir si le *numerus clausus* empêche le développement du crédit. Par exemple, le professeur SCHWARTZ affirme que si l’absence de *numerus clausus* des sûretés réelles peut, en effet, permettre un accroissement du crédit du débiteur auprès du créancier muni de la sûreté, elle conduit à un amenuisement du crédit de ce même débiteur auprès de tous les autres créanciers potentiels<sup>70</sup>. Ensuite de manière théorique en affirmant que la promotion de l’efficacité économique n’est pas le seul objectif poursuivi par le législateur : « La hiérarchie des créanciers établie par la loi répond également à des considérations sociales, humanitaires, etc., et l’on verrait mal que cet arbitrage délicat entre des valeurs qui ne sont pas toutes marchandes soit abandonné aux opérateurs économiques au nom de l’efficacité économique de la

---

<sup>65</sup> V. par ex. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc. n°230 et s., p. 204 et s.

<sup>66</sup> E. ACOLLAS, *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon, op. cit.*, p. 642.

<sup>67</sup> Ch. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Études Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529 et s., spéc. n°31, p. 548.

<sup>68</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°263, p. 253.

<sup>69</sup> Par ex. M. MIGNOT, « Le rapport *Doing Business* et l’analyse économique du droit français des sûretés réelles », *Pratique des affaires*, Lamy, 2010, p. 33 et s. spéc. p. 48.

<sup>70</sup> A. SCHWARTZ, “*Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories*”, 10 *J. Legal Stud.* 1, 1981 ; “*A theory of Loan Priorities*”, 18 *J. Legal Stud.* 209, 1989 cité par J.-F. RIFFARD, *Le Security Interest ou l’approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du Droit français*, Préf. J. STOUFFLET, Avant-propos G. ROUHETTE, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermond-Ferrand, 1997, n°12 et s, p. 6 et s.

matière et de ce vague standard qu'est la meilleure allocation des richesses !<sup>71</sup> » Par ailleurs, la principale critique du caractère « sécuritaire » du droit français vient du rapport *Doing Business* publié en 2004 sous l'égide de la Banque Mondiale<sup>72</sup> dont il est possible de critiquer la partialité idéologique<sup>73</sup> : « Le Chapitre *Getting credit*, partant de l'idée que la prospérité économique d'un pays se mesure à la facilité avec laquelle les crédits y sont accordés, centre ses remarques sur la seule sécurité qui doit être donnée au prêteur, sans se soucier des enjeux économiques attachés au sort réservé aux débiteurs malchanceux et aux autres créanciers<sup>74</sup>. »

2) Quant au dépassement du *numerus clausus* par une mesure de publicité

42. **Une voie détournée de protection des tiers.** Selon le professeur d'Avout, « la reconnaissance des droits réels inconnus constitués en vertu de la loi applicable au contrat international ne constitue pas une faveur indue au commerce international, mais un légitime respect de la liberté et des prévisions des parties, qui devrait s'imposer dès lors qu'aucune atteinte n'est portée à la sécurité du commerce juridique interne<sup>75</sup>. » Cette idée revient à dire que la règle du *numerus clausus* n'est plus justifiée à partir du moment où les créanciers présents sur le territoire français ont pu avoir connaissance de la sûreté étrangère, notamment au moyen d'une mesure de publicité. Cette position est critiquable sous deux aspects. Le premier problème consiste à déterminer le registre existant sur lequel la sûreté inconnue pourrait être publiée. Ceci pourrait s'avérer impossible dans les cas, très fréquents, où une sûreté française est occulte. C'est pourquoi il sera ultérieurement proposé la création d'un registre pouvant permettre la publication des sûretés réelles étrangères. La seconde critique du dépassement du *numerus clausus* des sûretés réelles est fondée sur la raison d'être essentielle de ce principe : la protection des tiers. « La publicité d'une sûreté réelle ne supprime pas son caractère nuisible à l'égard des tiers, spécialement à l'égard de ceux qui ne sont plus en

<sup>71</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°264, p. 255.

<sup>72</sup> Banque Mondiale, *Doing Business 2004, Understanding regulation*. Disponible en ligne : <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf>

<sup>73</sup> Pour une critique détaillée et pertinente : *Les droits de tradition civiliste en question, À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Association Henri CAPITANT, Société de législation comparée, 2006, vol. 1, disponible en ligne sur le lien suivant : <http://www.henricapitant.org/publications/replique-aux-rapports-doing-business>.

<sup>74</sup>R. VATINET, « Les droits de tradition civiliste en question, À propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale », *RTD civ.* 2006, p. 845.

<sup>75</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°508, p. 669 (italiques ajoutés).

mesure de changer d'attitude lorsque l'information leur parvient<sup>76</sup>. » Par là, on voit bien le rôle décisif du législateur, auquel il revient de déterminer la légitimité d'une sûreté réelle. Si la loi française n'a pas, jusqu'à présent, jugé opportun – pour des raisons d'équité, d'égalité réelle des créanciers et d'équilibre du commerce national – d'instituer une sûreté globale portant sur l'entier patrimoine du débiteur, à l'image de la *floating charge* anglaise, ce n'est pas pour que les parties le fassent elles-mêmes. On en revient alors à l'article 34 de la Constitution française, qui donne compétence à la loi pour déterminer « les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. »

43. De plus, cette éviction du *numerus clausus* des sûretés réelles par l'information du public est en contradiction directe avec l'assise positive incontestable de ce principe. C'est pourquoi il convient de déterminer une solution qui, tout en respectant ce principe intangible, permette la réception des sûretés réelles étrangères constituées sur des biens incorporels.

#### B. Le respect du *numerus clausus* des sûretés réelles par la méthode de l'adaptation

44. **Architecture de la théorie de l'adaptation.** Le *numerus clausus* est le symbole de la philosophie générale de la législation en la matière, qui tend à assumer une forme d'équilibre entre la protection des intérêts du créancier bénéficiaire, c'est-à-dire l'efficacité de la sûreté, et celle des intérêts des autres créanciers du débiteur. Pour autant, ce principe n'est pas rigide – son absence de caractère absolu le démontre – et ne doit pas pousser le droit français à se recroqueviller et à exclure, par principe, la réception des sûretés constituées à l'étranger. Afin de dégager des solutions réalistes et applicables, sans changements législatif ou jurisprudentiel radicaux, il convient, tout en s'attachant, à réaffirmer la règle traditionnelle du *numerus clausus* des sûretés réelles, de proposer des raisonnements innovants, existants à l'étranger, mais inappliqués en France, à l'image de l'adaptation au droit français de la sûreté étrangère sur bien incorporel par son assimilation à une sûreté locale de rattachement.

---

<sup>76</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°264, p. 255.

45. Le *numerus clausus* des sûretés réelles devrait conduire le juge français, confronté à une demande d'un créancier demandant la réalisation d'une sûreté réelle étrangère, à refuser de manière catégorique sa reconnaissance. Soit la sûreté est inconnue du droit français, c'est-à-dire qu'elle ne se rapproche d'aucune garantie prévue par la loi, et alors le *numerus clausus* doit, *a priori*, nécessairement s'opposer à une reconnaissance inconditionnelle ; soit la garantie étrangère se rapproche de manière fonctionnelle d'une sûreté du for et alors il conviendrait, *a priori*, d'également refuser sa reconnaissance, car elle ne correspond pas, dans son régime, spécifiquement aux prévisions du législateur français. Pourtant, de telles positions ne peuvent conduire qu'à une impasse. Les besoins du commerce international, qu'il faut certes conjuguer avec un besoin de protection des acteurs opérant sur le sol français, imposent de donner effet aux sûretés étrangères. La question qui se pose est celle de savoir comment procéder à cette réception, à cette mise en efficacité. Quel raisonnement juridique pourrait conduire, tout en respectant le *numerus clausus* des sûretés réelles, à donner effet une sûreté étrangère nécessairement imprévue par le législateur français ? La solution vient du droit allemand, pourtant impérativement attaché au *numerus clausus* : « La pratique des tribunaux allemands se caractérise par son effort pour reconnaître la validité et l'effet à l'égard des tiers des sûretés étrangères, et ce dans l'intérêt du commerce international<sup>77</sup>. » Les juridictions allemandes procèdent à ce que la doctrine appelle une « transposition<sup>78</sup> », c'est-à-dire à *l'adaptation de la sûreté étrangère dont la réception est demandée, par son assimilation à une sûreté du for fonctionnellement proche*. Un auteur allemand en résume ainsi l'esprit général : « Tant qu'il s'agit d'une sûreté mobilière d'un type connu du droit allemand, la sûreté étrangère sera reconnue telle quelle – mais avec les effets du type de droit allemand correspondant. Si le type de sûreté conventionnelle constituée à l'étranger qui grève une chose transportée en Allemagne est ignoré du droit allemand, la jurisprudence l'assimile au type de droit allemand fonctionnellement équivalent pour déterminer les règles nécessaires à l'exercice de la sûreté importée<sup>79</sup>. » Il est aisé de constater que ce raisonnement permet à la fois de préserver le *numerus clausus* et de recevoir les sûretés étrangères : *l'adaptation de la sûreté étrangère à une sûreté du for fonctionnellement équivalente ne*

---

<sup>77</sup> K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *RCDIP*, 1995, p. 465 et s., spéc. p. 479.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », art. préc., p. 480.

*remet pas en cause le caractère impératif du numerus clausus, eu égard à l'application du régime juridique de la seconde à la première.*

46. **Conclusion Chapitre I.** Convaincante, cette théorie ne pourra voir le jour qu'à condition qu'émerge une volonté jurisprudentielle ou législative en ce sens. Or il semble que l'ordre juridique français marque une certaine défaveur jurisprudentielle à la reconnaissance des sûretés étrangères. Il conviendra de démontrer que les raisons sécuritaires de cette défaveur doivent, dans le cadre d'un système protecteur des intérêts des créanciers locaux, s'effacer devant les besoins du commerce international.

## **Chapitre II : La défaveur jurisprudentielle à l'égard de la méthode de la reconnaissance**

47. **Un obstacle majeur à la reconnaissance.** La méthode de la reconnaissance risque sans doute de se trouver neutraliser par la réticence de principe des juges nationaux à donner effet aux sûretés étrangères dans l'état de leur constitution. Un tel constat impose de s'interroger tant sur les causes de cette défaveur (*Section 1*) que sur les remèdes à lui apporter. Les raisons de cette défaveur sont à trouver de manière générale dans l'essence de la méthode de la reconnaissance, reconnaître en bloc une situation constituée à l'étranger. Promouvoir une méthode plus nuancée, comme celle de l'adaptation, permettrait de dépasser cette hostilité de principe. (*Section 2*).

### ***Section 1 : Les causes de la défaveur jurisprudentielle***

48. La défaveur des juges français à l'égard de la reconnaissance des sûretés étrangères est manifeste. Les juridictions françaises n'ont pas produit les raisonnements juridiques – à partir des ressources conceptuelles du droit français – permettant d'aboutir à la reconnaissance des sûretés étrangères. Cette forme de réticence semble pouvoir s'expliquer de deux manières : la première est d'ordre technique et relève de la fonction même de la sûreté, à savoir accorder un avantage à un créancier particulier et lui permettre de se soustraire aux règles des procédures collectives (1.) ; la seconde est d'ordre politique et tient à la réticence des juges à accueillir dans l'ordre juridique français des institutions qui lui sont inconnues (2.).

#### *1. Une défaveur jurisprudentielle d'origine technique*

49. **Explicitation du caractère technique de la défaveur.** La technique juridique est ainsi définie : « Ensemble des moyens spécifiques (procédés, opérations : présomption, fiction, assimilation, qualification, etc.) qui président à l'agencement et à la réalisation du Droit » ; « maîtrise de ces moyens dans l'application (*lato sensu*) du Droit<sup>80</sup>. ». Au regard de cette définition, dégageons deux arguments techniques pouvant expliquer la défaveur jurisprudentielle française à l'égard de la reconnaissance des sûretés étrangères : d'abord, le caractère sécuritaire des règles des procédures collectives (A.) ; ensuite, la prééminence de la *lex rei sitae* comme règle de rattachement des sûretés réelles, au moins celles sur biens corporels (B.).

#### A. Le caractère sécuritaire des règles des procédures collectives et des règles de classement

50. **Un obstacle lié à une différence de lois applicables entre la sûreté et la procédure collective.** Dans ses travaux doctoraux, le professeur D'AVOUT résume de manière tout à fait pertinente ce qu'il appelle « *l'obstacle technique tiré des règles de classement des droits concurrents* » : « le créancier opposera à la procédure collective la préférence qui lui a été consentie par le contrat conclu avec le débiteur sur un (ou plusieurs) de ses biens et se verra opposer le fait que la préférence ainsi revendiquée est

---

<sup>80</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 13<sup>ème</sup> éd., 2020, V<sup>o</sup> « Juridique (technique) ».

incompatible avec les règles de la procédure collective d'exécution. Pour préciser encore les choses, on ajoutera que l'obstacle est avant tout de nature technique : *la préférence consentie en vertu de la loi A peine à s'insérer dans l'écheveau des règles procédurales et substantielles de classement de la loi B, ou est expressément prohibée par cette même loi B*<sup>81</sup>. » Ainsi, la sûreté étrangère accordant un droit de préférence ou un droit exclusif au créancier ne saurait être admise dans la procédure collective et primer ainsi les créanciers ayant déclaré leur créance à celle-ci. En effet, la différence de loi applicable, couplée au principe de *numerus clausus*, conduirait les juges à refuser de donner quelque effet que ce soit à une sûreté étrangère dans le cadre d'une procédure collective. Pour contrer cet obstacle, le professeur D'AVOUT invoque, à juste titre, le domaine limité d'un tel blocage. D'une part, l'obstacle suppose l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du propriétaire ou du détenteur du bien. Or il convient d'exclure une telle hypothèse dans deux cas : « lorsque le titulaire de sûreté requiert son exécution en dehors de toute procédure ouverte à l'encontre du débiteur constituant ; et lorsque débiteur de l'obligation et constituant de la sûreté sont deux personnes distinctes, comme dans le cas du cautionnement réel<sup>82</sup>. » D'autre part, la présence d'un tel obstacle technique est conditionnée à une différence entre la loi applicable à la sûreté et la loi applicable à la procédure collective. Ceci ne sera pas toujours le cas. Souvent la sûreté constituée à l'étranger pourra, pour certains aspects, notamment ceux liés à son opposabilité ou à sa réalisation, être soumise à la loi française, par hypothèse loi de la procédure collective.

51. Cependant, l'argument tiré du domaine limité d'un tel obstacle ne permet pas de laisser les choses sans solution. En effet, bien que limité, un tel obstacle technique peut, à certains moments, conduire au défaut d'efficacité de la sûreté étrangère, ou en tout cas instiller dans l'esprit des juridictions françaises un sentiment de réticence voire d'hostilité à l'égard des droits de préférence ou d'exclusivité octroyés à l'étranger. De plus, un tel obstacle pourrait intervenir en dehors de toute procédure collective lorsque des créanciers concurrents – c'est-à-dire ceux s'étant fait octroyer des droits préférentiels concurrents sur le même bien – demanderont la réalisation concomitante de leurs droits. À cet égard, la méthode de l'adaptation par assimilation permet de conjurer deux problèmes de manière concomitante : non seulement elle

---

<sup>81</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°515, p. 679.

<sup>82</sup> *Ibid.*

permet l'insertion de la sûreté étrangère dans le champ des règles de préférence de la procédure collective, mais en plus elle règle le problème du classement en offrant à la sûreté assimilée le même positionnement qu'aurait eu la sûreté française – sûreté locale de rattachement déterminée par l'identité du bien grevé – en pareille situation. Toutefois, la défaveur jurisprudentielle ne peut s'expliquer par ce seul obstacle tiré des procédures collectives.

## B. La prééminence de la *lex rei sitae* comme règle de rattachement

52. **L'obstacle technique tiré du rattachement à la *lex rei sitae*.** De manière traditionnelle, la *lex rei sitae* est la loi de référence du droit français en matière de sûretés réelles : la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France<sup>83</sup>. Bilatéralisée, cette règle implique que la compétence revient à la loi de l'État sur lequel se trouve le bien objet de la sûreté. Un tel rattachement couplé avec une application, par ailleurs légitime, du *numerus clausus* des sûretés réelles, constitue un obstacle technique à la reconnaissance des garanties constituées selon des modèles prévus par des droits étrangers : « un créancier étranger ne peut jamais être certain de conserver sa situation privilégiée dès lors que le bien peut être transporté en France<sup>84</sup>. » Dans son commentaire consacré à l'arrêt *Kantoor de Mas* de 1933, le professeur Henry BATIFFOL expliquait ce risque de non-reconnaissance avec une grande acuité : « Le créancier étranger voit s'évanouir devant les tribunaux français la garantie que lui avait offerte son débiteur français, sous prétexte que la loi française ne l'admet pas, alors que les parties, traitant à l'étranger, avaient précisément spécifié qu'elles entendaient soumettre leur accord à la loi (...) du lieu du contrat (...); les intentions les plus légitimes sont ainsi déjouées au profit d'un national de plus ou moins bonne foi<sup>85</sup>. » Confronté à une question relative à l'efficacité d'une sûreté d'origine étrangère dont le bien qu'elle greève est situé en France, le juge devra, en vertu de la règle de rattachement désignée par la Cour de cassation en 1933<sup>86</sup> et en 1969 dans l'arrêt

---

<sup>83</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC, RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Chunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>84</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, Préf. S. POILLOT-PERUZZETTO, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2005, n°249, p. 138.

<sup>85</sup> Cass. req., 24 mai 1933, *Sté Administrative Kantoor de Mas c/ Synd. Soc. des automobiles Ravel, S.* 1935, I, p. 253, n. BATIFFOL ; *RCDIP*, 1934, p. 142.

<sup>86</sup> *Ibid.*

*Société DIAC*<sup>87</sup> et du principe du *numerus clausus* – peu importe que les sûretés étrangères se rapprochent ou non des modèles nationaux –, refuser d'accorder quelque droit que ce soit au créancier. Une telle solution de rattachement « entraîne une reconnaissance rare de la validité de formes étrangères de sûretés<sup>88</sup>. » Dans l'arrêt de 1969 précité, une société allemande accorde un prêt à une autre société allemande afin d'acquérir un véhicule automobile ; cette dernière accorde à son créancier un gage assorti d'une clause de réserve de propriété, institution à l'époque non admise par le droit français. Lorsqu'un autre créancier – français cette fois – procède à une saisie provisoire du bien gagé, présent sur le territoire français, la Cour de cassation rejette la prétention de la société allemande créancière qui avance son droit de propriété en considérant que la clause de réserve de propriété constitue un pacte comissoire – « la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice) (...)»<sup>89</sup> – alors prohibé par le droit français. Une telle pratique conduit nécessairement les juridictions à adopter une attitude défensive à l'égard des sûretés réelles. Campés sur le rattachement à *lex rei sitae* et sur le principe du *numerus clausus*, les juges ont eu tendance à refuser de manière systématique la reconnaissance des sûretés étrangères, à la différence d'autres systèmes juridiques.

53. Dans le prolongement de cette défaveur jurisprudentielle d'origine technique liée au caractère sécuritaire des règles de faillite et à la compétence de principe de la loi française, il existe une forme de frilosité politique, voire de réticence idéologique des juges français à admettre l'efficacité des sûretés constituées sous des formes étrangères.

## 2. Une défaveur jurisprudentielle d'origine politique

54. **Explicitation du caractère politique de la défaveur.** Le terme « politique » « s'emploie en diverses expressions dans le sens de ligne d'action, de

---

<sup>87</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, *RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>88</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°252, p. 139.

<sup>89</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, V° « Pacte (comissoire b/) ».

direction imprimée à une action par le choix des objectifs et des moyens de celle-ci<sup>90</sup>. » Dans ce sens on peut dire que les juges français manifestent *une réticence quasiment idéologique* à la reconnaissance des sûretés étrangères guidée tantôt par une méconnaissance de celle-ci, tantôt par une volonté de protéger le commerce juridique français, et notamment les créanciers opérant sur le territoire national. L'objectif consiste à démontrer d'une part que la méconnaissance des juges ne peut fonder leur réticence, car il sera proposé d'assimiler la sûreté étrangère inconnue à une sûreté française ; d'autre part que la volonté de protection des créanciers opérant en France peut être satisfaite par l'application du régime de la sûreté du for à la sûreté assimilée. Ainsi les deux raisons fondant cette frilosité jurisprudentielle, à savoir l'incompatibilité des droits matériels nationaux (A.) et l'impérativité des principes locaux notamment, celui du *numerus clausus* des sûretés réelles (B.), doivent être exclues pour justifier cette position.

#### A. L'incompatibilité des droits des sûretés nationaux

55. **Opportunités de reconnaissance par le rapprochement des droits nationaux des sûretés.** L'incompatibilité des droits nationaux des sûretés tend à se résorber, notamment au sein de l'Union européenne. Les droits matériels locaux adoptent des règles plus ou moins équivalentes. À cet égard, deux exemples sont tout à fait significatifs. D'abord, l'admission en droit français du pacte comissoire. Comme il en a déjà été fait mention, en 1969 la Cour de cassation a refusé la reconnaissance des droits d'un créancier allemand bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété au motif qu'un tel mécanisme constituait une forme de pacte comissoire alors prohibé en droit français. Or, depuis 2006, l'article 2348 du Code civil dispose que : « Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. » De même, en matière de nantissement de meubles incorporels, l'article 2365 du Code civil dispose que : « En cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou *dans les conditions prévues par la convention*, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. » Par conséquent, si le principe de la *lex rei sitae* n'est pas remis en cause, il n'y aurait plus de raisons pour la Cour de

---

<sup>90</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V<sup>o</sup> « Politique ».

cassation de refuser de reconnaître les droits de la société allemande bénéficiaire d’une clause de réserve de propriété, d’abord parce que celle-ci a été instituée par le droit commun des sûretés et ensuite parce que la prohibition du pacte commissaire a été levée en 2006 : *le rapprochement des droits matériels nationaux conduit inéluctablement à l’ouverture d’opportunités de réception des sûretés étrangères*. Ensuite, l’admission de la dépossession en matière de gage est tout à fait significative. Alors que le droit français ne l’a consacré dans son droit commun des sûretés qu’à l’occasion de la réforme issue de l’ordonnance du 23 mars 2006<sup>91</sup>, le droit anglais permet depuis bien plus longtemps aux parties de convenir d’un gage dans le constituant reste en possession de la chose affectée en garantie<sup>92</sup>. »

#### B. Le *numerus clausus* des sûretés réelles

56. **Source de la réticence idéologique.** Il ne s’agit pas ici de revenir sur la légitimité du *numerus clausus* ou sur le moyen de le dépasser, mais seulement d’indiquer en quoi il constitue pour les juges une forme de blocage intellectuel à l’efficacité des sûretés étrangère, nourrissant ainsi leur hostilité. Louis D’AVOUT considère que ce principe ne peut servir d’explication à la rareté des cas de reconnaissance<sup>93</sup>. À l’inverse, nous considérons que si ce principe ne constitue pas, en soi, un obstacle à la reconnaissance, il participe grandement de la réticence idéologique et de la frilosité intellectuelle des juges français à concevoir des solutions conceptuellement satisfaisantes, permettant d’aboutir à l’efficacité des sûretés constituées à l’étranger. Pour étayer sa thèse, le professeur Louis D’AVOUT avance deux arguments qu’il conviendra tour à tour de critiquer.

57. En premier lieu, le professeur prend appui sur le droit allemand qui, bien que connaissant un principe de *numerus clausus* rigoureux, admet largement l’efficacité des sûretés étrangères : « Comment expliquer sinon que la reconnaissance des sûretés étrangères soit plus facile dans certains pays connaissant le *numerus clausus* (comme

---

<sup>91</sup> Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

<sup>92</sup> P. L. DAVIES and S. WORTHINGTON, *Principles of modern company law*, 9<sup>th</sup> ed., Sweet and Maxwell, 2014, n°32-5, p.1210-1211 : “*in the interests of commercial vitality, English law has thankfully long recognised non-possessory security interests, such as mortgages, charges and equitable liens.*”

<sup>93</sup> L. D’AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°513 et s., p. 675 et s.

l'Allemagne) que dans d'autres qui ne le connaissent pas (typiquement la France) ?<sup>94</sup> » Tout d'abord, il est affirmé que le *numerus clausus* des sûretés réelles n'existe pas et que la sécurité des créanciers devrait être assurée par un système efficace de publicité. Nous ne reviendrons pas sur cet argument que nous avons déjà eu l'occasion de contredire dans ces travaux<sup>95</sup>. Ensuite, à la différence des juges français, les juges allemands ont développé un raisonnement conceptuel destiné spécifiquement à la réception des sûretés étrangères dans lequel le *numerus clausus* prend toute sa place<sup>96</sup> et sur lequel nous reviendrons : il s'agit d'une « adaptation fonctionnelle » de la sûreté étrangère à une sûreté du for, opposée à une « adaptation techniquement neutre », prônée par le professeur D'AVOUT, dans laquelle la reconnaissance se fait sans aucune assimilation du régime de la sûreté du for à la garantie étrangère<sup>97</sup>. En second lieu, le professeur D'AVOUT s'appuie sur le droit de propriété : « Comment expliquer encore que les sûretés réelles privées d'efficacité sont le plus souvent formellement assises sur le droit traditionnel de propriété, juridiquement non démembré et simplement fonctionnellement utilisé à titre de garantie : réserve de propriété, cessions fiduciaires à titre de garantie, etc. ? Le droit de propriété à l'état brut est toujours juridiquement transposable d'une législation à l'autre, si bien que l'explication du refus de reconnaissance de ces propriétés-sûretés ne peut être logiquement fondée sur des raisons sécuritaires similaires à celles qui justifient le *numerus clausus* des droits réels : le droit de propriété est essentiellement le même partout !<sup>98</sup> » Or là encore, cette position est critiquable : en matière de propriétés-sûretés, le droit de propriété, dépouillé de certains de ses traits caractéristiques (richesse, pouvoir et perpétuité)<sup>99</sup>, ne peut plus être considéré comme un droit de propriété ordinaire. C'est ainsi que l'on peut imaginer – dans la continuité des travaux de Michel GRIMALDI<sup>100</sup> et de Charles GIJSBERS<sup>101</sup> – que les propriétés-sûretés relèvent plus du droit des sûretés que du droit des biens et que par conséquent le principe du *numerus clausus* doit s'y appliquer avec la même force que pour les sûretés dites traditionnelles. Par conséquent, les problématiques de

---

<sup>94</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°513, p. 676.

<sup>95</sup> *Supra*, n°42, p. 47 et s.

<sup>96</sup> K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », art. préc., p. 479 et s.

<sup>97</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°519, p. 684.

<sup>98</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°513, p. 676.

<sup>99</sup> M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », art. préc., n°3, p. 172 et s.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> Pour une étude approfondie de cette question : Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°76 et s., p. 74 et s.

reconnaissance et de défaveur jurisprudentielle se posent avec la même acuité pour les propriétés-sûretés. Or avant une date récente, le droit français des sûretés n'avait pas institutionnalisé la propriété-sûreté (par exemple, il a fallu attendre la réforme de 2006 pour que la clause de réserve de propriété entre dans le droit commun). Un tel constat conduit à rejeter l'argument selon lequel le *numerus clausus* n'est pas, du fait de l'universalité du droit de propriété, une source de défaveur jurisprudentielle à la reconnaissance des sûretés étrangères.

58. Dans un système économique mondialisé et dans lequel les économies nationales tendent à l'interdépendance, la France ne peut plus se payer le luxe de refuser de manière catégorique l'efficacité des sûretés étrangères constituées sur des biens incorporels pour des raisons techniques, par ailleurs surmontables. Il en va de son attractivité économique. La défaveur politique quant à elle à l'égard de la réception ne peut conduire qu'à une perte de confiance des acteurs du commerce international quant à la sécurité de leurs opérations sur le territoire français. C'est pourquoi il apparaît indispensable de trouver un modèle de contournement de cette défaveur politique, sans pour autant abandonner les règles impératives qui fondent la sécurité juridique. De la même manière que pour le contournement du *numerus clausus* des sûretés réelles, *la méthode de l'adaptation de la sûreté étrangère à l'ordre juridique français par son assimilation à une sûreté locale de rattachement semble constituer un remède efficace à cette défaveur jurisprudentielle.*

## ***Section 2 : L'adaptation par assimilation comme remède à la défaveur jurisprudentielle***

59. Les auteurs qui ont eu à se pencher sur la question de la reconnaissance des sûretés étrangères ont tenté d'apporter des solutions destinées à dépasser cette défaveur jurisprudentielle. Le parti pris de ce travail consiste à proposer une solution alternative qui soit – pour des raisons de crédibilité – en conformité avec le droit positif, qui ne bouscule pas de manière brutale les principes du droit français des sûretés et qui ne se base pas sur des vœux pieux d'unification matérielle des droits nationaux. Il semble évident que la défaveur jurisprudentielle à la réception des sûretés étrangères soit le fait d'une hostilité justifiée de la jurisprudence à l'égard d'une reconnaissance en bloc, dénuée de garde-fous, de la sûreté étrangère. Des solutions alternatives ont pu être proposées pour dépasser cette défaveur. Toutefois, l'inadéquation de ces solutions, proposant notamment le rattachement de la sûreté à la loi d'autonomie des parties ou prônant une unification matérielle des sûretés au niveau international (1.) conduit à se prononcer en faveur de la méthode de l'adaptation de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté de rattachement du for (2.).

### *1. L'inadéquation de la loi d'autonomie et des remèdes de droit matériel*

60. **Rejet des approches révolutionnaires.** Il aurait été possible, pour dépasser cette défaveur jurisprudentielle et promouvoir l'efficacité des sûretés étrangères, de dégager des solutions totalement dénuées de toute assise positive, prétendant modifier toutes les règles établies en matière de droit international privé des sûretés. Cependant, ce n'est pas la voie qui a été choisie dans cette thèse de doctorat. En effet, nous considérons que le droit français tel qu'il est conçu aujourd'hui permet de donner effet dans l'ordre juridique français aux droits préférentiels ou exclusifs d'origine étrangère. Il suffit pour cela de développer des raisonnements juridiques innovants qui, respectant les concepts fondamentaux de la matière (par exemple le *numerus clausus* des sûretés réelles), ouvrent de nouvelles perspectives de raisonnement. Parmi les approches qui nous semblent révolutionnaires, inappropriées et irréalisables, on peut en citer deux : la promotion de la loi de l'autonomie comme loi de référence de la sûreté demandant à produire effet (A.) et la promotion des règles de droit matériel (B.).

## A. La loi de l'autonomie

61. **Exposition de la doctrine favorable au rattachement à la loi d'autonomie.** Certains auteurs<sup>102</sup> ont contesté le rattachement à la *lex rei sitae* en militant pour la compétence de la loi de l'autonomie. Ils proposent que la sûreté soit régie dans sa totalité par la loi désignée par les parties. Ce rattachement unique permettrait de supprimer les hypothèses de conflit mobile au cas où le bien objet de la sûreté serait déplacé d'un État à un autre. De plus, il a été avancé que le sens général pris par le droit international privé est celui d'une prépondérance de la loi d'autonomie, à l'image du règlement Rome I. La première à avoir initié ce mouvement, né « d'un sentiment d'insatisfaction à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, (...), a pratiquement refusé effet en France à des sûretés mobilières consenties régulièrement à l'étranger sur des meubles alors situés à l'étranger, mais déplacés ultérieurement en France, au motif que la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France<sup>103</sup> », est le professeur GAUDEMET-TALLON. À l'occasion de son commentaire de l'arrêt *Société DIAC*, elle se demande si « le rattachement au statut réel ne pouvait (...) pas être abandonné au profit de la loi d'autonomie, loi applicable au contrat de gage dans son ensemble<sup>104</sup>. » En 1984, à l'occasion de sa thèse de doctorat, le professeur KHAIRALLAH porte une violente critique au rattachement à la *lex rei sitae* et envisage un rattachement contractuel désigné par les parties pour régir l'ensemble de la sûreté<sup>105</sup>. Ainsi, devant le juge français, la loi applicable sera la loi d'autonomie, *a priori* celle ayant présidé à la constitution de la sûreté, supprimant ainsi les obstacles à l'efficacité. Dans une optique de protection des tiers, le professeur KHAIRALLAH propose une application de la jurisprudence *Lizardi*, à savoir l'ignorance excusable de la loi étrangère : « Même si la loi d'autonomie doit régir l'opération, il reste possible pour le créancier français de prouver qu'il ignorait, ou n'avait pas les moyens de connaître l'existence d'une autre sûreté, de droit étranger, auquel cas il devrait rester prioritaire<sup>106</sup>. » Le professeur D'AVOUT propose, quant à lui,

---

<sup>102</sup> Notamment : H. GAUDEMET-TALLON, cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, JCP 1970, II, 16182 ; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°231 et s., p. 205 et s. ; P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, 12<sup>ème</sup> éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2019, n°687, p. 477 et s.

<sup>103</sup> P. LAGARDE, « Note bibliographique sur la thèse de G. KHAIRALLAH », *RCDIP*, 1986, p. 813.

<sup>104</sup> H. GAUDEMET-TALLON, cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, art. préc.

<sup>105</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°231 et s., p. 205 et s.

<sup>106</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°208, p. 115.

de soumettre la sûreté étrangère à la loi de l'autonomie, tout en la restreignant dans une double limite : « premièrement, du respect des normes internationalement impératives de la loi de situation principale des actifs (la loi anglaise) ; deuxièmement, et fort classiquement, du respect des normes territoriales, internationales impératives de l'État étranger de situation physique des choses matérielles éventuellement sous-jacentes aux droits patrimoniaux visés (la France par exemple)<sup>107</sup>. » Le déplacement du bien entraîne, du fait de la soumission de la sûreté à la loi de l'autonomie, non pas un conflit mobile, mais « la succession des ordres juridiques de référence »<sup>108</sup>. Ainsi les normes internationalement impératives de l'ancienne loi de situation, la loi anglaise, sont disqualifiées au profit de l'application immédiate des normes internationalement impératives de la loi de situation actuelle, par hypothèse la loi française.

**62. Approche critique : une inadéquation conceptuelle au droit des sûretés.** Nous verrons plus loin les raisons de notre farouche opposition à cette solution<sup>109</sup>. Résumons brièvement ici pourquoi il convient de l'exclure. Tout d'abord pour des raisons conceptuelles liées à l'inadaptation de la loi d'autonomie au droit des sûretés réelles. *L'essence même de la sûreté réelle est de placer son bénéficiaire dans une position de préférence ou d'exclusivité, par rapport aux autres créanciers : la sûreté ne se conçoit que dans l'ordre social.* Par conséquent, il n'est pas inconcevable de refuser aux parties la possibilité de désigner la loi applicable aux effets *erga omnes* de la sûreté. Il suffit de lire Jacques FLOUR pour s'en convaincre : « En raison du principe de l'effet relatif du contrat, celui-ci [la sûreté réelle] ne nuit pas, au moins directement, aux tiers (...). C'est, au contraire, une évidence que toute sûreté, par cela même qu'elle améliore la situation des créanciers, empire celle des autres<sup>110</sup>. » Par ailleurs, la compétence de la loi d'autonomie, si elle écarte les obstacles liés à la réception, ne règle pas les problèmes d'efficacité de la sûreté, si ce n'est par le système d'ignorance légitime, peu satisfaisant au regard de la protection des tiers. Enfin, ce mouvement s'est cantonné à la doctrine et n'a pas été suivi d'effets en droit positif.

---

<sup>107</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°467, p. 623 et s.

<sup>108</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°336 et s., p. 466 et s.

<sup>109</sup> *Infra*, n°98 et s., p. 90 et s.

<sup>110</sup> J. FLOUR, *Cours de droit civil, Licence 3e année, op. cit.*, p.37 et s.

## B. Les règles matérielles

63. **Inadéquation à la méthode de la reconnaissance.** Afin de remédier à cette défaveur jurisprudentielle, des auteurs ont proposé de développer des règles matérielles destinées à créer un climat favorable à la reconnaissance des sûretés étrangères. Ainsi a émergé la question du délai de carence, délai durant lequel la sûreté étrangère continue à produire ses effets dans l'attente de sa mise en conformité avec les règles impératives du for. Cette règle matérielle prévue par les droits suisse<sup>111</sup> et américain<sup>112</sup> pourrait permettre notamment au bénéficiaire de la sûreté de se mettre en conformité avec les exigences publicitaires de l'État d'accueil. Intéressante cette idée ne permet pas de remédier à la défaveur jurisprudentielle. Ces règles matérielles ont nécessairement un domaine limité : elles « ne permettent de remédier qu'aux seules exigences publicitaires prohibitives de l'État de situation, non à l'éventuel blocage tiré d'une divergence tenant au contenu des droits réels garantis<sup>113</sup>. » Ce constat n'est pas entièrement vrai parce que ce délai pourrait être utilisé pour d'autres exigences que celles liées exclusivement à l'opposabilité des sûretés étrangères. Par exemple, le délai de carence pourrait se voir appliquer pour permettre à la sûreté étrangère de se conformer à des règles prohibitives de constitution. En revanche, il est exact que le délai de carence ne permet pas de résoudre les divergences de loi applicable. À ce titre, il n'est envisageable que comme une modalité permissive de l'adaptation de la sûreté étrangère : la sûreté étrangère se voyant assimilée à une sûreté locale de rattachement, il pourrait être utile de laisser au bénéficiaire un certain délai destiné à conformer la garantie aux règles impératives prévues par le régime de la sûreté de référence. *Plus qu'un moyen de remédier aux obstacles à l'application de la méthode de la reconnaissance, les règles matérielles en général et le délai de carence en particulier constituent des modalités de l'efficacité de la sûreté étrangère dans l'ordre juridique du for.*

---

<sup>111</sup> Loi fédérale de droit international privé du 18 décembre 1987, art. 102 §2 : « Lorsque parvient en Suisse un bien sur lequel a été valablement constituée à l'étranger une réserve de propriété qui ne répond pas aux exigences du droit suisse, cette réserve de propriété conserve néanmoins sa validité pendant trois mois ».

<sup>112</sup> UCC, §9-103.

<sup>113</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°522, p. 688.

## 2. Le traitement de la défaveur par l'adaptation

64. **Deux types d'adaptation.** On peut considérer qu'il existe deux types d'adaptation de la sûreté étrangère à l'ordre juridique du for : une « adaptation techniquement neutre<sup>114</sup> » et une « adaptation fonctionnelle ». La première, liée à la négation ou au dépassement du *numerus clausus* des sûretés réelles, consiste à proposer une adaptation de la sûreté étrangère sans aucune condition et il est, à cet égard, possible de la qualifier de « libérale », en ceci qu'elle rejette toute spécificité d'un ordre étatique et tend à nier toute normativité contraignante de l'État sur la volonté des individus de faire reconnaître leur droit. Il conviendra dans un premier temps de procéder à l'exclusion de cette adaptation neutre (A). La seconde, sûrement liée à une vision plus étatiste, mais également plus conforme au droit positif, permet de procéder à une adaptation de la sûreté étrangère impétrante<sup>115</sup> par son assimilation à une sûreté du for lui correspondant sur le plan fonctionnel, c'est-à-dire la transposition du régime juridique de la seconde à la première. Il y a tout lieu de penser que cette position doit être promue comme remède à la défaveur jurisprudentielle (B).

### A. L'exclusion de « l'adaptation neutre »

65. **Interrogations sur la définition de « l'adaptation neutre ».** En quoi consiste l'adaptation de la sûreté étrangère à l'ordre étranger de manière « neutre » ? Qu'est-ce que recouvre cet adjectif qualificatif ? Modifie-t-il profondément le sens donné à l'adaptation telle qu'on l'entend depuis le début de ce travail ou au contraire recouvre-t-il une simple modalité de mise en œuvre ? De quel courant juridique et philosophique vient l'ajout de ce qualificatif ? Le terme est utilisé par Louis D'AVOUT dans sa thèse : « Lorsque la loi de la procédure ne connaît pas le type de sûreté étrangère qui est invoquée par un des créanciers (...), il faudra procéder à une adaptation techniquement neutre des deux lois en présence, la loi de la procédure compétente pour le classement des droits concurrents et la loi applicable au régime de la sûreté » ; « Cette transposition, marginale, mais nécessaire, ne saurait être une source d'inefficacité généralisée de la sûreté étrangère dans la faillite, dès lors qu'il y est procédé de manière

---

<sup>114</sup> Selon l'expression proposée par L. D'AVOUT dans *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°519, p. 684.

<sup>115</sup> Cette expression semble assez bien adaptée à la situation. D'après *Le Robert*, le terme « impétrant » signifie : « personne qui a obtenu quelque chose (titre, diplôme, etc.) d'une autorité ».

neutre, comme le montre la jurisprudence traditionnelle allemande. Une telle transposition technique devrait même s'opérer dans un esprit de faveur à la continuité des sûretés, laquelle n'est pas irréaliste, dès lors que cesse la défaveur politique parfois encore spécialement opposée à ces droits<sup>116</sup>. » Il est alors permis de s'interroger sur le sens à donner à cette adaptation neutre. Alors qu'il évoque « la jurisprudence traditionnelle neutre », le professeur D'AVOUT cite le professeur Karl KREUZER et son article célèbre « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères » publié en 1995 dans la *Revue critique de droit international privé*. Dans cet article, le professeur affirme que « le droit allemand reconnaît toutes les sûretés constituées à l'étranger, même celles dépourvues de toute forme ». Partant de ce constat, il poursuit : « la question du « si » de la reconnaissance ne se pose pas. La problématique de la reconnaissance<sup>117</sup> se réduit en droit allemand essentiellement au « comment », *i.e.*, à la question de la transposition (assimilation). Ce procédé de « transposition » résulte du respect du principe du *numerus clausus* et de la fixation impérative du contenu des droits réels en droit matériel des biens allemand (théorie de la transposition)<sup>118</sup>. » D'après cette référence, on voit bien que la question de la transposition est, en réalité, celle de l'assimilation. Ainsi par cette assimilation, *le régime juridique de la sûreté locale de rattachement sera transposé, pour les besoins de l'efficacité, à la sûreté étrangère impétrante.*

66. La théorie de l'adaptation neutre procède-t-elle d'une telle exigence d'assimilation ? Il est permis d'en douter. D'abord au regard du terme de « neutralité » dont l'utilisation semble peu propice à une assimilation entendue comme « acte de l'esprit qui considère (une chose) comme semblable (à une autre)<sup>119</sup>. » Ensuite au regard de la position du professeur D'AVOUT à l'égard du *numerus clausus* des sûretés réelles : il a été proposé de dépasser ce principe par l'adoption d'une mesure de publicité<sup>120</sup>. Or lorsqu'il évoque l'assimilation de la sûreté étrangère, le professeur KREUZER pose comme condition le respect du principe du *numerus clausus* des sûretés réelles. Pour concilier à la fois l'efficacité et le respect du *numerus clausus*, il convient que « si le type de sûreté conventionnelle constituée à l'étranger qui grève une chose transportée en

---

<sup>116</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°519, p. 684 et s.

<sup>117</sup> Notons que le terme de « reconnaissance » ne se rapporte pas ici à la méthode de la reconnaissance mais plutôt à la notion d'efficacité de la sûreté dans l'ordre de réception.

<sup>118</sup> K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », art. préc., p. 479.

<sup>119</sup> *Le Robert*, V° « Assimilation ».

<sup>120</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°508, p. 669

Allemagne est ignoré du droit allemand [que] la jurisprudence l'assimile au type de droit allemand fonctionnellement équivalent pour déterminer les règles nécessaires à l'exercice de la sûreté importée<sup>121</sup>. » Le terme « neutre » suppose qu'il n'y ait pas de transposition du régime juridique de la sûreté du for fonctionnellement proche. Il est donc permis de penser que l'adaptation neutre consiste en réalité en une réception inconditionnelle des sûretés étrangères et à une application aveugle des règles impératives de l'État de réception.

67. **Rejet théorique.** Une telle réception – inconditionnelle et irrespectueuse du principe du *numerus clausus* des sûretés réelles – doit d'abord être rejetée sur le plan théorique au nom de la sécurité des créanciers opérant sur le territoire du for. Rappelons la raison d'être du *numerus clausus* des sûretés réelles : protéger les créanciers du débiteur contre la création de causes de préférence intempestives faisant craindre une insécurité juridique liée à une mise en péril excessive de leur droit de gage général. *Or l'accueil inconditionnel des sûretés étrangères, en plus d'être contraire au principe du numerus clausus, aboutirait au même résultat qu'en l'absence d'un tel principe, à savoir la création de causes de préférence qui n'auraient pas été prévues par le législateur.* De plus, il convient de rappeler que la crainte de violer le *numerus clausus* des sûretés réelles est une des raisons de la défaveur jurisprudentielle. Par conséquent, promouvoir une adaptation neutre ne semble pas être un moyen pertinent pour conjurer cette hostilité.

68. **Rejet pratique.** Sur le plan pratique, il apparaît tout à fait inopportun d'admettre une réception sans assimilation du régime juridique de la sûreté du for à la sûreté étrangère impétrante. En effet, comment alors procéder à un classement des sûretés hors ou au sein de la procédure collective ? Ceci pose évidemment des questions tenant à l'opposabilité et de la réalisation de la sûreté étrangère qui seront traitées dans la seconde partie.

---

<sup>121</sup> K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », art. préc., p. 480.

## B. La promotion de « l'adaptation fonctionnelle »

69. **Définition.** Cette théorie consiste à adapter une sûreté étrangère en l'assimilant à une sûreté du for qui lui est conceptuellement et fonctionnellement proche. L'assimilation est ainsi définie comme le : « Procédé technique consistant à rattacher une situation ou un concept juridique à une catégorie voisine, en faisant (plus ou moins artificiellement) abstraction de leurs différences afin de soumettre, en tout ou partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement<sup>122</sup>. » Par ce procédé, la sûreté étrangère se voit appliquer le régime juridique de la sûreté du for de rattachement. Tant les obstacles techniques que les réticences politiques seront annihilés par une assimilation à une sûreté déjà connue du droit français. En somme, cette théorie pourrait s'illustrer par le célèbre adage rapporté par Ambroise de Milan à propos du voyage à Rome de Saint-Augustin : *si fueris Romae, Romano vivito more* ; à Rome, fais comme les Romains.

70. **Remède à l'obstacle technique.** L'obstacle technique est double : il concerne à la fois le caractère sécuritaire des règles des procédures collectives et de classement et le rattachement de principe des sûretés réelles à la *lex rei sitae*. Il semble que la théorie de la méthode de l'adaptation soit tout à fait pertinente. À ce stade, on peut se contenter de dire que par cette théorie, les règles impératives des procédures collectives et de classement ne pourront constituer un obstacle à l'efficacité de la sûreté étrangère dès lors que celle-ci sera adaptée au droit français, de manière totale ou partielle, par son assimilation à la sûreté française fonctionnellement équivalente. À la suite d'une mise en conformité de la sûreté étrangère au régime de la sûreté du for, la première pourra être considérée comme assimilée à la seconde, se voir appliquer les règles qui lui sont applicables et être traitée comme telle à l'occasion de la procédure collective et du classement des autres sûretés réelles. Ainsi, le créancier bénéficiaire d'une sûreté de nature étrangère pourra voir ses droits préservés, peu importe les règles impératives prévues par le for de réalisation. Reste à savoir si les juridictions françaises auront la volonté politique de mettre en place un tel raisonnement.

---

<sup>122</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Assimilation ».

71. **Remède à la réticence politique.** Cette réticence, voire cette animosité, à l'égard des sûretés étrangères qui peut s'expliquer de deux manières : l'incompatibilité matérielle des droits nationaux et le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles. En somme, alors que les différences de régime des sûretés réelles entre les systèmes juridiques instituent un climat de défiance lié au non-respect de règles impératives du droit français (prohibition du pacte comissoire, prohibition gage sans dépossession, etc.) par les sûretés étrangères, le principe du *numerus clausus*, strictement appliqué, empêche de voir réalisée sur le territoire national toute sûreté constituée sur un modèle étranger. L'occasion nous a déjà été donnée de démontrer en quoi la méthode de l'adaptation pourrait constituer un remède efficace à l'obstacle du *numerus clausus* des sûretés réelles : l'absence de caractère absolu du *numerus clausus* permettant l'assimilation de la sûreté étrangère à la sûreté du for constitue une voie de contournement du principe sans pour autant en être une violation. Ce constat devrait conduire les juges, confrontés à une hypothèse de mise en efficacité de la sûreté, à faire preuve de moins de réticence étant donné l'absence de violation d'un principe cardinal du droit des sûretés. Quant à l'incompatibilité des droits matériels nationaux. Tout d'abord, il paraît utile de constater que cette incompatibilité est de moins en moins vérifiée. En effet, les réformes du droit des sûretés des années 2000 ont abouti à un rapprochement entre le droit français et les autres droits, notamment européens (par exemple, sur la question du pacte comissoire et du gage sans dépossession, admission de la fiducie, etc.). Dans le même sens, l'avant-projet de réforme des sûretés rédigé par l'Association Henri CAPITANT sous l'égide du professeur GRIMALDI a, par exemple, proposé l'admission de la cession de créances de droit commun<sup>123</sup>, là où le droit antérieur ne prévoyait que la restrictive cession par bordereau Daily. L'adoption d'une telle garantie conduirait, là encore, à un rapprochement matériel des droits nationaux, la cession de créances de droit commun à titre de garantie étant connue du monde entier. Ensuite, l'incompatibilité des droits matériels ne peut constituer un obstacle dans le cadre d'une adaptation de la sûreté étrangère par assimilation à la sûreté du for : *le régime juridique de la sûreté du for devant être intégré par la sûreté étrangère, peu importe que le droit original de la sûreté demandant à être réalisée soit incompatible avec le droit français, étant donné que les règles du for seront applicables.*

---

<sup>123</sup> Association Henri CAPITANT, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, op. cit., art. 2373 et s.

72. **Conclusions du Chapitre II et du Titre I.** Tant pour l'obstacle lié au *numerus clausus* des sûretés réelles que pour celui lié à la défaveur jurisprudentielle, la méthode de l'adaptation s'avère un remède pertinent. Elle constitue une solution équilibrée permettant à la fois de recevoir la sûreté étrangère tout en préservant la sécurité et l'égalité des créanciers et le respect des règles impératives du droit français, notamment le principe cardinal du *numerus clausus* des sûretés réelles. La théorie rejetant le *numerus clausus* et considérant que la réception devrait se faire sans nulle adaptation et de manière inconditionnelle ne semble ni pratiquement possible ni théoriquement souhaitable. Elle n'est pas pratiquement possible, car elle ne serait pas admise par les juges du fond et qu'elle bouleverserait les règles des procédures collectives et de classement. En effet, comment classer une sûreté qui n'a été rendue opposable à personne sur le territoire français ? Elle n'est pas théoriquement souhaitable au nom de la sécurité des créanciers, premières victimes de la constitution d'une sûreté réelle par leur débiteur au profit d'un tiers ; au nom également de l'identité du droit français fondé, comme tous les droits continentaux, sur des concepts et sur des principes, tel que le *numerus clausus* des sûretés réelles, dont il serait culturellement pernicieux d'abandonner la prévalence au profit d'un modèle libéral. Suite à un tel constat, faut-il encore démontrer la légitimité historique, positive et philosophique de la méthode de l'adaptation et en déterminer le régime d'application tant dans ses conditions que dans ses effets. Ce sera l'objet de la seconde partie. Pour le moment, analysons en quoi les difficultés à déterminer un ordre juridique de référence unique disqualifient la méthode de la reconnaissance comme pertinente pour donner effet à la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l'ordre juridique français.



## **Titre II : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des difficultés de détermination d'un ordre juridique de référence unique**

---

74. **Introduction.** Après avoir tenté d'identifier les obstacles à la reconnaissance des sûretés réelles constituées sur des biens incorporels à l'étranger, la seconde étape, pour démontrer l'inadéquation de la méthode de la reconnaissance, consiste à déterminer les difficultés qui existent pour déterminer un ordre juridique de référence unique de la sûreté étrangère. Les difficultés de localisation des biens incorporels empêchent de concevoir la sûreté comme rattachée à un ordre juridique unique. Or la méthode de la reconnaissance implique que soit reconnue en bloc la situation constituée dans cet ordre de référence unique. Le *numerus clausus* impose que chaque sûreté réalisée dans l'ordre juridique français soit prévue par le législateur. La méthode de l'adaptation vise à acclimater la sûreté étrangère à une sûreté locale de rattachement déterminée en fonction du bien qu'elle grève. L'arrêt *Société DIAC* rendu le 8 juillet 1969 affirme que la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France<sup>124</sup>. Deux règles peuvent se déduire de cette solution. La première, qu'en matière de droit international privé des sûretés, la loi applicable à la sûreté est, par principe, la même que celle qui régit le bien qu'elle grève. La seconde, que la loi applicable au droit réel principal, et donc au droit réel accessoire, est déterminée par la situation du bien, par sa localisation dans un ordre juridique. L'autonomie des biens incorporels par rapport à un ordre étatique rend leur localisation plus malaisée que pour les biens corporels. Pour dépasser cette difficulté, une partie de la doctrine a prôné des solutions de rattachement fondées sur l'autonomie de la volonté. Or rien ne semble plus éloigné de l'essence du droit des sûretés que de laisser la possibilité aux parties de déterminer la loi applicable à leurs rapports juridiques. Déterminer une loi applicable à la sûreté sur bien incorporel est concevable via la transposition de la territorialité par le concept de localisation fictive ; ce qui l'est moins, c'est de déterminer une loi applicable qui régit l'ensemble des hypothèses de vie de la

---

<sup>124</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, *RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

sûreté, sa constitution, son opposabilité et sa réalisation, d'où l'inadéquation de la méthode de la reconnaissance.

75. En résumé, les difficultés de localisation rendant impossible la détermination d'un ordre juridique de référence unique, certains auteurs ont proposé des solutions de rattachement alternatives qu'il conviendra d'exclure (**Chapitre I**). Ceci n'empêche pas pour autant de déterminer des solutions de conflits de lois propres aux sûretés sur biens incorporels via le concept de territorialité (**Chapitre II**).

- *Chapitre I : Difficultés de localisation et rejet des solutions de rattachement inadéquates*
- *Chapitre II : La territorialité comme solution aux conflits de lois en matière de sûretés sur biens incorporels*

## Chapitre I : Difficultés de localisation et rejet des solutions de rattachement inadéquates

76. **Introduction et plan.** Tandis que les biens corporels sont matérialisés par un substrat physique, les biens incorporels n'ont pas de tangibilité propre. La doctrine admet généralement que, du fait de cette intangibilité substantielle, ces derniers ont le don d'ubiquité, c'est-à-dire la possibilité d'être présents en plusieurs lieux au même moment. Ceci n'est évidemment pas le cas des biens corporels : leur matérialité les empêche d'être à la fois au four et au moulin. Certes, ils peuvent changer de situation, se mouvoir dans l'espace – c'est d'ailleurs le critère principal de distinction entre les meubles et les immeubles – mais pas être présents dans plusieurs systèmes juridiques à la fois. Cette mobilité peut créer des difficultés en droit international privé. Du fait de la compétence de loi du lieu de situation du bien, il est possible que le déplacement d'un bien corporel dans l'espace provoque un conflit mobile, situation dans laquelle une modification du facteur de rattachement – la situation du bien en l'espèce – entraîne une modification non rétroactive de la loi applicable : la loi nouvelle s'applique aux actes ou aux faits intervenant postérieurement au déplacement du bien, tandis que l'ancienne loi continue de s'appliquer aux interventions antérieures. On le voit, les conflits de lois en matière de biens corporels ne sont pas dénués de toute complexité. Cependant, il est assez aisé de localiser des biens dont la matérialité rend leur situation unique et objective. Pour ce qui est des biens incorporels, leur rattachement à un territoire donné est plus abscons. Pourtant, il conviendra de démontrer que le principe territorial doit continuer de primer, y compris lorsque l'on envisage le rattachement de biens incorporels, d'autant plus lorsque la constitution d'une sûreté entre en ligne de compte. Il en va de la protection des tiers et de l'ordre juridique local. En termes philosophiques, le professeur BATIFFOL asseyait, à raison, le rattachement territorial sur la dimension sociale des opérations réelles<sup>125</sup>. En effet, comment tolérer le rattachement d'une sûreté autrement que par la localisation du bien grevé sur le territoire d'un État, alors même que le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles n'existe que dans le but de protéger les tiers contre la constitution intempestive de sûretés inconnues ? Dans cette optique, il conviendra de rejeter en bloc l'autonomie de la volonté en matière de sûretés

---

<sup>125</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, réédition 2002, n°114, p. 251.

réelles. Il est inconcevable d'imaginer des parties soumettre une opération soustrayant aux tiers une fraction, parfois colossale, du droit de gage général, à une autre loi que celle de la situation du bien, fictivement déterminée. En ce qui concerne la détermination de la loi applicable, celle de la sûreté est par principe celle du bien qu'elle grève. L'enjeu consiste donc à déterminer une localisation fictive du bien objet de la sûreté. Avant cela, il convient de comprendre les raisons d'un tel procédé, à savoir que la spécificité des biens incorporels est qu'ils disposent d'une certaine autonomie par rapport aux ordres étatiques (*Section 1*). Nous l'avons dit, la constitution d'une sûreté réelle impose, par ailleurs, d'exclure par principe l'autonomie de la volonté, rattachement, certes séduisant, mais essentiellement incompatible avec la matière (*Section 2*).

### ***Section 1 : Autonomie des biens incorporels***

77. Par principe, les biens incorporels présentent un caractère autonome par rapport à un ordre étatique donné. En effet, n'étant pas enfermés dans un substrat physique, ils ne peuvent être rattachés précisément au territoire d'un État. On peut dire, à cet égard, que les biens incorporels sont à la fois partout et nulle part. Cette absence de localisation naturelle entraîne certaines difficultés de rattachement à une loi applicable objective et tangible. Le droit international privé a donc dû développer des techniques de localisation fictive par lesquelles le bien incorporel est situé de manière artificielle dans un ordre juridique donné, permettant ainsi l'application de la loi de ce dernier. Ce constat affecte nécessairement les sûretés constituées sur ces biens incorporels. Il est tout à fait évident que l'ubiquité et la multiplicité de situation des biens incorporels rendent plus difficile la détermination d'une loi applicable à la sûreté constituée sur ceux-ci. Il en va différemment pour les sûretés constituées sur des biens corporels. En effet, ces derniers ne peuvent être présents que sur un territoire national donné à un moment donné, ce qui rend évident leur rattachement à la loi de cet État, la loi du lieu de situation du bien. En somme, l'unité de situation des biens incorporels entraîne une application évidente de la *lex rei sitae* (1.). À l'inverse, l'absence de localisation naturelle imposée par la multiplicité de situation des biens incorporels impose de trouver des solutions de localisation artificielle (2.).

#### *1. Unité de situation des biens corporels et application de la lex rei sitae*

78. À la différence des biens incorporels, les biens corporels n'ont pas le don d'ubiquité. Ils ne peuvent pas être présents dans plusieurs lieux à la fois. Ceci permet donc de parler d'*unité de situation des biens corporels*. Un tel constat facilite le rattachement de ces biens à une loi particulière. Ainsi, lors de l'arrêt *Société DIAC* rendu le 8 juillet 1969, la première chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer que la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France<sup>126</sup>. Les professeurs ANCEL et LEQUETTE considèrent que « la Cour fait référence à une règle qui paraît parmi les mieux établies

---

<sup>126</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, *RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

du droit international privé<sup>127</sup>. » Cette règle fait l'objet d'une application bilatérale ; elle vaut, à l'égard du droit français, pour tous les autres ordres juridiques : par exemple, si le bien est situé en Allemagne, le juge français se devra d'appliquer la loi allemande, *lex rei sitae*. Règle historique, pourvue d'une justification liée à la sécurité juridique (A.), le rattachement à la *lex rei sitae* cause, néanmoins, un problème fâcheux : la création d'un conflit mobile, c'est-à-dire la soumission d'une même situation juridique à deux lois différentes en raison d'une modification des facteurs de rattachement applicables à cette situation (B.).

#### A. Histoire et justification du rattachement à la *lex rei sitae*

##### 79. Le rattachement historique à la loi française, loi de situation actuelle.

« La possibilité de déplacement des meubles, jointe au fait que ces biens étaient à l'origine de peu de prix, explique qu'ils aient pu longtemps être soumis non à la *lex situs*, mais à la loi personnelle du propriétaire : *mobilia sequuntur personam*<sup>128</sup>. » En 1804, le Code civil ne prévoit pas de rattachement pour les biens meubles corporels. Historiquement, il semble que les biens mobiliers étaient soumis à la loi personnelle de leur propriétaire. Ceci viendrait vraisemblablement de l'époque féodale où le pouvoir du seigneur s'exerçait sur tous les individus présents sur son territoire et donc sur leurs propriétés mobilières<sup>129</sup>. Il semble néanmoins, au regard des recherches historiques ultérieures, que cette règle n'était en réalité appliquée qu'aux universalités mobilières<sup>130</sup>. Malgré les doctrines modernes de MANCINI ou STORY, la jurisprudence française est toujours restée frileuse à l'égard de cette théorie, et ce dès 1872 dans le timide arrêt *Craven*<sup>131</sup>. La Cour de cassation, le 24 mai 1933, dans l'arrêt *Kantoor de Mas*, posa expressément le principe de la soumission du statut réel à la loi de situation : « la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés

<sup>127</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n°48, cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*.

<sup>128</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., n°231, p. 211.

<sup>129</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n°48, cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> Cass. req., 19 mars 1872, *Craven*, DP 1874, 1, p. 465 ; S. 1872, 1, p. 238 : « En ce qui concerne l'article 3 : - attendu que si cet article, en disant expressément que les immeubles possédés par les étrangers sont régis par la loi française garde le silence sur les meubles, rien n'autorise à en conclure que ces derniers, dans la pensée du législateur, doivent être toujours et nécessairement soumis à la loi étrangère ; ce qu'il ne saurait en être ainsi, tout au moins, dans les questions de possession, de privilège et de voies d'exécution ».

en France<sup>132</sup>. » L'arrêt *Société DIAC* de 1969 réaffirme cette règle de rattachement dans les mêmes termes : « il s'agit là de l'application d'une règle bilatérale soumettant les meubles à la *lex rei sitae*<sup>133</sup>. » En effet, si en 1933 la Cour de cassation a posé le principe d'un rattachement à la loi de situation du bien, elle est venue en 1969 affirmer le caractère bilatéral de cette règle. En rupture avec le rattachement historique à la *lex personam*, les juges du Quai de l'Horloge posent également que le régime des biens est totalement indépendant de celui des personnes. Ainsi, le régime des biens grevés d'une sûreté réelle présents sur le territoire français est indépendant de la personne, physique ou morale, à laquelle ils appartiennent. *Ces derniers sont, par conséquent, soumis à la loi française, loi de situation actuelle de ces biens.*

80. **Justifications du rattachement à la loi française.** La principale raison de ce rattachement unitaire et objectif relève de la sécurité juridique. Le premier à avoir développé cette justification est Étienne BARTIN, professeur à la Faculté de droit de Paris. Dans ses *Études de droit international privé* (1899), il justifia le rattachement à la loi de situation par un double objectif : d'une part la sécurité des transactions internes et d'autre part la sécurité des transactions internationales. Pour Louis D'AVOUT : « Le rattachement à la loi de situation s'imposerait spécifiquement pour garantir la sécurité des transactions internationales, parce qu'il serait le seul rattachement ostensible, décelable à l'œil nu par tout intéressé (...)»<sup>134</sup>. » En somme, l'idée principale est celle de « la sécurité du commerce et celle du crédit, qui seraient fortement compromis si les tiers ne pouvaient compter sur les effets de la possession selon la loi locale et plus généralement s'ils n'avaient à craindre l'application d'une loi étrangère dont ils pouvaient prévoir l'interférence<sup>135</sup>. » En effet, « permettre d'opposer un droit réel inconnu de la loi du lieu de situation actuelle ou permettre de l'opposer alors qu'il ne s'est pas manifesté dans les conditions localement requises reviendrait à subordonner la sécurité de toute opération sur un meuble à une enquête sur ses origines, le plus souvent impossible à mener<sup>136</sup>. » Si plusieurs personnes revendiquent la propriété du même bien,

---

<sup>132</sup> Cass. req., 24 mai 1933, *Sté Administrative Kantoor de Mas c/ Synd. Soc. des automobiles Ravel*, S. 1935, 1, p. 253, n. BATIFFOL ; *RCDIP*, 1934, p. 142.

<sup>133</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., n°232, p. 212.

<sup>134</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°124 et s., p. 172 et s.

<sup>135</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., n°232, p. 211 et s.

<sup>136</sup> M. CABRILLAC, « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP*, 1979, p. 487 et s., spéc. n°5, p. 490.

il est impossible d'appliquer la loi personnelle de chacun et un rattachement objectif, à la loi de situation du bien, s'avère nécessaire.

81. Néanmoins, l'inconvénient d'un tel rattachement est qu'il conduit à la création d'un conflit mobile et donc à l'affrontement des divers intérêts en présence, ici le créancier nanti de la sûreté étrangère et un éventuel créancier saisissant ou acquéreur de droits réels.

## B. La création d'un conflit mobile

82. **Conflit entre deux ordres successifs de référence.** Le conflit mobile est « l'espèce particulière de conflit de lois qui surgit lorsque, par suite d'une modification du facteur de rattachement, une même situation juridique peut être successivement soumise à deux lois différentes entre lesquelles il faut choisir<sup>137</sup>. » Dans le cas présent, il s'agit de l'hypothèse où le bien grevé d'une sûreté réelle passe du pays de constitution à la France, créant ainsi à l'égard du juge français, en vertu de la règle bilatérale de rattachement à la *lex rei sitae*, un conflit de lois entre la loi ancienne et la loi nouvelle de situation. Cette modification du rattachement pose une interrogation : doit-on continuer à appliquer la loi ancienne ou faut-il donner compétence à la loi nouvelle ? Afin de résoudre ce conflit, la doctrine majoritaire – derrière laquelle il convient de se ranger – inspirée par les travaux du professeur BATIFFOL considère que « le changement de loi applicable décidé par la règle locale de rattachement provoquerait un conflit transitoire – un *conflit de lois dans le temps interne à l'ordre juridique du juge saisi*, ce qui serait la différence spécifique des conflits mobiles par rapport aux conflits internationaux de lois dans l'espace ordinaire. Deux lois sont successivement rendues applicables par la règle de droit (international privé) du juge saisi pour régir un rapport de droit donné<sup>138</sup>. » ; « la loi nouvelle s'applique de manière non rétroactive aux effets du droit acquis postérieurement au changement de situation, la loi ancienne restant compétente pour régir le principe d'acquisition du droit (ainsi que les effets qu'il a définitivement épuisés avant le changement)<sup>139</sup>. »

---

<sup>137</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Conflit de lois (mobile) ».

<sup>138</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse. préc., n°329, p. 457 et s.

<sup>139</sup> *Ibid.*

83. **Exemple de la *floating charge*.** Prenons la *floating charge* à titre d'exemple. Il s'agit d'une sûreté conventionnelle de droit anglais grevant une catégorie de biens déterminée, souvent l'ensemble du patrimoine du débiteur, qui ne peut être qu'une personne morale. Jusqu'à la cristallisation de la *floating charge*, le créancier bénéficiaire n'a pas réellement de droits sur les biens compris dans la catégorie soumise à la garantie : la société débitrice reste libre de disposer de ses actifs. Ainsi, il est, par principe, possible de les aliéner, de les grever de nouvelles sûretés, etc. Ce n'est que lors de la cristallisation – pouvant intervenir du fait de divers événements (prévisions des parties, ouverture d'une procédure collective contre le débiteur, etc.) – que les droits du créancier bénéficiaire se fixent sur les biens présents dans la catégorie déterminée dans l'acte de création de la *floating charge*. Un auteur anglais définit cette sûreté atypique comme « un droit qui flotte comme un nuage sur tous les biens qui de temps à autre entrent à l'intérieur d'une catégorie déterminée, mais sans empêcher le débiteur hypothécaire de disposer de ces biens dans le cours normal de ses affaires jusqu'à ce que se produise un événement entraînant la cristallisation ou la fixation de la *charge*<sup>140</sup>. »

84. Trois étapes sont toutefois essentielles à l'efficacité de cette sûreté : l'inscription obligatoire à titre de validité de la sûreté ; la cristallisation de la *floating charge* ; et enfin, la nomination d'un administrateur chargé de réaliser la sûreté. *Premièrement*, une *floating charge* non inscrite dans les vingt et un jours de sa création est nulle : il s'agit donc d'une condition de validité de la sûreté, ce qui est déterminant lorsqu'il s'agit d'expliquer les raisons qui justifient la compétence de la loi anglaise en matière d'inscription selon les règles de conflit de lois du droit international privé français. *Deuxièmement*, les droits du créancier ne sont véritablement créés qu'à la cristallisation de la *floating charge* : il s'agit de l'évènement lors duquel la société débitrice cesse d'être libre de disposer de ses actifs dans le cours ordinaire de ses affaires. Il existe cinq cas de cristallisation de la *floating charge* : (1) la délivrance d'un ordre judiciaire de liquidation de la société débitrice ; (2) la nomination d'un *administrative receiver* ; (3) la cessation d'activité par la société débitrice, ce qui est logique, car la raison d'être de la *floating charge* est de permettre à la société de poursuivre son activité ; (4) la prise de possession des biens par le créancier ; et enfin (5) les cas de cristallisation automatique (soit lorsqu'un événement, dont le contrat a

---

<sup>140</sup> L.C.B. GOWER, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4<sup>th</sup> edition, Stevens and Sons, 1979, p. 107 (traduction libre).

prévu qu'il entraînerait la cristallisation, survient, soit lorsque le créancier notifie la cristallisation à la société). La cristallisation a pour effet de fixer, de manière définitive, les droits du créancier bénéficiaire de la *floating charge* sur les biens présents dans le patrimoine de la société débitrice, et ainsi de métamorphoser la sûreté en *fixed charge*. Par ces droits ainsi acquis grâce à la *floating charge* cristallisée, le créancier bénéficiera d'un rang prioritaire par rapport aux créanciers chirographaires. *Troisièmement*, la nomination d'un administrateur chargé de la réalisation de la sûreté. L'administrateur sera chargé de représenter le créancier devant les juridictions françaises en cas de contestation de l'appropriation du bien objet de la *floating charge* situé en France par un autre créancier, soit que celui-ci soit saisissant, soit qu'il se dise disposer d'un droit réel concurrent sur ce même bien. Lors de cette instance, l'administrateur cherchera, d'une part à faire reconnaître les droits du créancier sur le bien situé en France, et d'autre part à rendre ces derniers efficaces, c'est-à-dire à permettre l'appropriation de ce bien au profit du créancier. En matière de *floating charge*, la méthode de résolution du conflit mobile proposée par le professeur BATIFFOL apparaît la plus pertinente. La loi anglaise régit les conditions de constitution de la *floating charge* et notamment l'inscription obligatoire sur le registre anglais, mais également les effets déjà acquis, notamment la nomination de l'administrateur. Puis, une fois le bien situé en France, on procède à l'application immédiate de la *lex rei sitae* afin de régir les effets de la sûreté en France, à savoir l'opposabilité des droits du bénéficiaire de la *floating charge* aux créanciers de la société débitrice et sa réalisation sur les biens français.

## 2. Multiplicité de situation des biens incorporels

85. **L'autonomie des biens incorporels.** Les biens incorporels sont, à la différence des biens corporels, considérés comme « internationalement autonomes<sup>141</sup> » : par leur incorporéité, ce type de biens est détaché de tout support tangible, matériel et physique, qui pourrait se rattacher au territoire d'un État. Ainsi comme le rappelle le professeur D'AVOUT : « Cet ordre de richesses idéales n'est normalement pas appréhendé par le principe de territorialité qui prend appui sur le caractère tangible des choses objet de droit<sup>142</sup>. ». La première mission du droit international privé consiste à

---

<sup>141</sup> L. D'AVOUT, *V° « Biens », Répertoire Dalloz de droit international*, août 2009 (actualisation : avril 2010), spé. n°74.

<sup>142</sup> *Ibid.*

localiser dans l'espace une situation juridique donnée et à la rattacher à un ordre juridique national afin de définir la compétence législative et judiciaire applicable à cette situation : SAVIGNY parlait « d'assigner à chaque classe de rapport de droit un siège déterminé » en vue de définir « où ce rapport de droit a son siège »<sup>143</sup>. » Or ici l'absence de localisation naturelle du bien incorporel pose des problèmes de rattachement et donc de détermination de la loi applicable. En effet, le bien incorporel est difficile à appréhender notamment en raison de son ubiquité : à la différence du bien corporel qui est nécessairement, essentiellement et organiquement ancré dans un territoire donné à un moment donné, le bien incorporel – dont l'utilisation est possible au même moment dans une multiplicité d'endroits à travers le monde – n'a pas de localisation naturelle à un moment donné et donc ne peut, *a priori*, être rattaché de manière unitaire à un ordre juridique par un critère objectif, comme celui, par exemple, de la loi du lieu de situation du bien (A.). Cette particularité implique de déterminer des solutions permettant soit de rattacher le bien incorporel à une situation préexistante pouvant faire l'objet d'un rattachement objectif (succession, divorce, mariage, etc.) soit à déterminer une localisation fictive à celui-ci (B.).

#### A. Absence de localisation naturelle

86. **Précisions : influence sur les sûretés et importance de la localisation.** Avant toute chose, deux points se doivent d'être précisés. En premier lieu, l'absence de localisation naturelle des biens de nature incorporelle affecte nécessairement les sûretés dont ils sont les objets. En effet, la sûreté étant par nature un droit réel accessoire, il apparaît évident que la loi applicable à la sûreté sera déterminée en fonction de la loi applicable au bien objet de celle-ci. En second lieu, l'étape de la localisation du bien incorporel ne correspond pas exactement à celle du rattachement de celui-ci à un ordre juridique. En effet, la localisation constitue une première étape – nécessaire, mais non suffisante – afin de déterminer le rattachement du bien et donc de la sûreté à un ordre juridique particulier. Au regard de l'absence d'unité de situation des biens incorporels et des potentielles difficultés de rattachement, il est apparu essentiel d'expliquer, par l'exemple notamment, en quoi cette localisation n'a rien de naturel avant d'envisager

---

<sup>143</sup> F.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 8, 1848, trad. Ch. GUENOUX, Firmin, Didot frères, Paris, 1860, repr. éd. Panthéon-Assas, n°360, p.109.

des solutions alternatives de localisation qui permettront ultérieurement un rattachement à une loi nationale.

87. **L'ubiquité des biens incorporels.** Les biens incorporels sont difficiles d'appréhension. Leur immatérialité et leur absence de support tangible rendent la détermination d'un critère de rattachement objectif, tangible, concret et unitaire impossible. En effet, le bien incorporel ne peut faire l'objet d'une localisation unique dans un État donné. Pour le professeur WENGLER, « il arrivera souvent (...) que plusieurs États ou plusieurs territoires soient susceptibles d'entrer en ligne de compte comme espace de protection et par suite comme espace de situation du droit subjectif<sup>144</sup>. » Ceci s'explique par leur caractère « ubiquitaire<sup>145</sup> », que nous illustrerons par divers exemples. En matière de droits de propriété intellectuelle : « Une œuvre de l'esprit, une invention ou une marque peut être utilisée en même temps en de nombreux endroits du monde : telle œuvre est reproduite puis diffusée – avec ou sans autorisation – dans plusieurs pays ; telle invention est incorporée – avec ou sans autorisation – dans un produit vendu sur le territoire de différents États ; telle marque est apposée – avec ou sans autorisation – sur des marchandises fabriquées et commercialisées en différents lieux. Singulièrement, les biens intellectuels ne se situent donc à la fois nulle part, puisqu'ils n'ont pas d'existence tangible, et partout, puisqu'ils peuvent faire l'objet d'un nombre illimité d'exploitations concomitantes<sup>146</sup>. » De la même manière, une créance peut être, après avoir été contractée, cédée à divers endroits, peu importe la nationalité du créancier ou du débiteur, le lieu de conclusion du contrat d'origine, etc. : « Lorsque le recouvrement d'une créance de somme d'argent peut être poursuivi dans plusieurs États et que le jugement donnant gain de cause est exécutoire dans tous ces États, la créance est située dans tous ces États<sup>147</sup>. »

88. On peut donc constater une différence très nette entre les biens corporels et les biens incorporels. Sans évoquer les biens immobiliers – qui ont une localisation

---

<sup>144</sup> W. WENGLER, « La situation des droits », *RCDIP*, 1957, p.189 et s. et p. 409 s. Cet article est la traduction française d'un article paru en allemand sous le titre « *Die Belegenheit von Rechten* », dans *Festschrift tentag in Berlin* 1955, spéc. p. 200.

<sup>145</sup> Expression déjà utilisée dès 1957 par 1995 par W. WENGLER, « La situation des droits », art. préc. puis reprise notamment par J. FOYER, « L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle – brevets, marques et droits d'auteurs », *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain Plantey*, Pédone, Paris, 1995, p. 61.

<sup>146</sup> T. AZZI, « Rapport général » in *L'immatériel*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 875-902, spéc. p. 876.

<sup>147</sup> W. WENGLER, « La situation des droits », art. préc., p. 200.

unique et fixe (à la différence des biens mobiliers corporels) et donc qui ne dépendent et ne dépendront que d'une loi unique au cours de leur existence –, les biens mobiliers corporels ont, si ce n'est une localisation unique dans le temps, au moins une localisation unique dans l'espace à un moment donné. En effet, s'ils peuvent se mouvoir et changer de localisation à travers différentes périodes, ils ne peuvent, à la différence d'un bien incorporel avoir des localisations multiples à un moment donné : ils appartiennent nécessairement à un ordre juridique unique qui est celui de leur situation. Si un bien fait l'objet d'un gage avec dépossession, la loi applicable à la sûreté sera la loi du lieu de situation de la chose qui est par essence unique. Le bien sera nécessairement à un endroit donné à un moment donné.

89. Ceci n'est pas le cas pour les biens incorporels. Par conséquent, il convient d'emprunter des voies détournées afin de localiser le bien incorporel de manière artificielle et de le rattacher à une loi réelle. Ceci peut se faire soit de manière exogène, par le rattachement à une autre situation qui entretient des liens avec le bien incorporel, soit de manière exogène, par une localisation fictive, de substitution ou d'emprunt, du bien incorporel.

## B. Solutions

90. Le droit international privé a développé deux types de techniques destinées à pallier ce caractère ubiquitaire des biens incorporels, leur absence de localisation naturelle et donc cette impossibilité de déterminer un critère de rattachement unitaire, objectif et concret : il s'agit d'une part du rattachement de la situation – en l'espèce la sûreté sur bien incorporel – à une situation préexistante faisant elle l'objet d'un critère unique et objectif (1) et d'autre part la détermination d'une localisation fictive à cette même situation (2). La localisation exogène semblant être le principe, la localisation endogène doit être soumise à un principe de spécialité, c'est-à-dire à une justification spéciale tirée des circonstances ou de la nature du bien incorporel en cause<sup>148</sup>. Il semble que la localisation exogène soit incompatible avec la nature et les fonctions des sûretés réelles déjà exprimées à propos de la justification du *numerus clausus*. En effet, la sûreté réelle n'est pas un contrat comme les autres. Pour autant, la

---

<sup>148</sup> L. D'AVOUT, *V°* « Biens », art. préc., spé. n°76 et 93 ; T. AZZI, « Rapport général », art. préc., p. 878.

localisation n'est pas nécessairement le niveau pertinent de raisonnement ce qui autorise à pratiquer un rattachement juridique, accessoire ou autonome (3).

1) Principe de la localisation exogène : le rattachement à une situation préexistante objet d'un critère unique et objectif incompatible avec les sûretés réelles

91. **La localisation exogène.** Lorsqu'il s'agit de poser le principe d'un rattachement des biens incorporels – donc des sûretés constituées sur ceux-ci – à des situations juridiques objectivement localisables, un auteur, prenant l'exemple des biens intellectuels, parle de : « L'autonomie restreinte des droits de propriété intellectuelle en droit international privé<sup>149</sup>. » Cette formule peut être généralisée à l'ensemble des biens incorporels : lorsque le bien incorporel ne fait pas l'objet d'une localisation spéciale et fictive propre à sa nature, il convient de le rapprocher d'une situation préexistante auquel il est lié afin de lui appliquer sa propre localisation. On peut alors parler de localisation exogène au sens propre du terme, c'est-à-dire « qui provient de l'extérieur<sup>150</sup> » : la localisation n'est pas celle du bien lui-même, mais d'une situation à laquelle il peut se rattacher (un contrat, un régime matrimonial, une succession, etc.). Par exemple, les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle<sup>151</sup>, ne pouvant être rattachés ni à un contrat de vente – en raison de l'absence de transfert de propriété – ni à un contrat de service – cette qualification a été rejetée par l'arrêt *Falco* de la Cour de justice des Communautés européennes rendu le 23 avril 2009<sup>152</sup> –, doivent être considérés comme des contrats innommés et faire l'objet du rattachement leur correspondant prévu par l'article 4 §2 du Règlement Rome I « lequel désigne la loi du pays de résidence du débiteur de la prestation caractéristique<sup>153</sup>. » On le voit, l'absence de localisation naturelle du bien incorporel, pousse le droit international à l'intégrer à une situation juridique à laquelle il est lié afin de lui appliquer ses propres principes de rattachement. Toute la question est donc de savoir si ce raisonnement est applicable en matière de droit des sûretés réelles. Une sûreté sur bien incorporel peut-elle être traitée comme un contrat, localisée de la même manière que celui-ci, et donc se voir appliquer

---

<sup>149</sup> T. AZZI, « Rapport général », art. préc., p. 885.

<sup>150</sup> *Le Robert*, V<sup>o</sup> « Exogène ».

<sup>151</sup> T. AZZI, « Rapport général », art. préc., p. 887-888.

<sup>152</sup> CJCE, 23 avril 2009, aff. C-533/07, *Falco*, D. 2009, p. 2390, obs. S. BOLLEE ; D. 2010, p. 1592, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Europe* 2009, comm. 263, obs. L. IDOT ; *Procédures* 2009, comm. 276, obs. C. NOURISSAT ; *RDC* 2009, p. 1558, obs. E. TREPOZ ; *RLDA* juin 2009, n°39, 2372, p. 57, n. G. CAVALIER.

<sup>153</sup> T. AZZI, « Rapport général », art. préc., p. 888.

les mêmes principes de rattachement ? Il semble que la nature et les fonctions d'une sûreté réelle empêchent la tenue d'un tel raisonnement et donc prohibent l'hypothèse d'une localisation exogène.

92. **Incompatibilité avec le droit des sûretés.** De même que le *numerus clausus* des sûretés réelles, la prohibition d'une localisation exogène sur la base des principes de rattachement contractuels se justifie notamment par la projection de la sûreté vers les tiers et la négation de l'effet relatif d'un contrat. Le contrat de sûreté ne peut être considéré comme un contrat ordinaire : l'effet relatif du contrat est largement nié puisque l'avantage conféré à un créancier entraîne un désavantage corrélatif au détriment des autres créanciers du débiteur. Par conséquent, il semble difficile d'appliquer strictement les principes de droit des contrats aux sûretés réelles. D'ailleurs, les principes de rattachement des biens corporels ne s'y trompent pas. Il n'est pas question d'appliquer la loi contractuelle à ce type de sûreté : la loi de référence est celle du lieu de situation du bien. Ce sont les mêmes raisons qui poussent à rejeter en bloc et par principe la promotion de la loi de l'autonomie dans le droit des sûretés réelles. Le contrat de sûreté réelle est un contrat particulier dont les implications ne touchent pas que les parties, mais également un ensemble d'opérateurs économiques à qui une partie du droit de gage général du débiteur a été soustrait par la constitution de la garantie. Cet ensemble est élargi à l'ouverture d'une procédure collective et la faillite du débiteur sera le moment lors duquel la sûreté réelle déploiera ses effets les plus lourds à l'égard des créanciers chirographaires. Un tel constat permet de justifier, en soi, une localisation indépendante et autonome de la sûreté réelle sur bien incorporel : cette seule donnée autorise à pratiquer une localisation dite endogène par laquelle le bien incorporel sera localisé de manière fictive.

2) Spécialité de la localisation endogène : la détermination d'une localisation fictive

93. **Caractère institutionnel des sûretés réelles et justification d'une localisation fictive.** Dans un contexte de mondialisation des échanges, les sûretés réelles s'insèrent nécessairement dans un cadre international. Pour autant, à la différence d'un contrat classique qui ne concerne que des droits personnels, les sûretés réelles doivent être envisagées sous un angle institutionnel. Ceci concerne bien évidemment les pays de droit civil attachés au principe du *numerus clausus* des sûretés réelles, mais également

les pays de *common law*, il suffit pour s'en convaincre de prendre l'exemple de la *floating charge* qui après avoir été admise de manière prétorienne a fait l'objet d'une réglementation spécifique de la part du législateur britannique<sup>154</sup>. Ce caractère institutionnel de la sûreté est une fois de plus lié à son impact sur l'ensemble du système économique : on ne cessera de répéter que l'avantage spécifique sur un bien conféré à un créancier désavantage de manière corrélative les autres créanciers par une soustraction d'une partie des actifs du débiteur à leur droit de gage général. C'est dans cette optique de sécurité juridique que le législateur se réserve le monopole de création et d'efficacité des sûretés réelles. Ceci constitue une justification de la localisation fictive de la sûreté. En effet, en matière de détermination de la situation il existe un principe de spécialité : seule « la perspective d'une protection particulièrement efficace devrait en pareil cas justifier la fixation de la situation dans cet État<sup>155</sup>. » Dans la conception française des sûretés réelles, la localisation dans un État ou à tout le moins l'application de ses règles impératives constitue une exigence particulière de protection des autres créanciers. Les biens incorporels, en tout cas les droits subjectifs, n'existent que par « l'intercession d'une loi<sup>156</sup> » ; ainsi, la localisation a pour fonction, non seulement de donner naissance à ce droit, d'en déterminer sa nature, son caractère appropriable et cessible, la possibilité de constituer une garantie sur celui-ci, mais également d'assurer les règles d'opposabilité, en d'autres termes, son efficacité dans l'ordre juridique.

94. **Localisation fictive du bien incorporel.** La loi du lieu de situation n'est pas l'unique loi qui se conçoit en matière de rattachement des biens et donc des sûretés constitués sur ceux-ci. Il fut une époque où la loi du bien était la loi personnelle de son propriétaire. Par conséquent, l'absence de situation naturelle du bien incorporel ne préjuge pas d'une autre forme de localisation, cette fois fictive. Dès 1957, le professeur allemand Wilhelm WENGLER pose quatre différentes manières de localiser les droits subjectifs : « C'est tantôt le territoire dans lequel la réalisation du droit subjectif se déroule normalement, tantôt le territoire dont les autorités sont disposées à sanctionner une violation de ce droit ou à le protéger, tantôt encore le territoire de la protection la plus efficace, tantôt enfin, le territoire dont les autorités sont en mesure d'agir sur le

---

<sup>154</sup> R. R. PENNINGTON, "The Genesis of the Floating Charge", *MLR*, 1960, vol. n°23, issue 6, p. 630 et s. ; P. L. DAVIES and S. WORTHINGTON, *Principles of modern company law*, *op. cit.*, n°32, p. 1207 s.

<sup>155</sup> W. WENGLER, « La situation des droits », art. préc., p. 410-411.

<sup>156</sup> B. HAFTTEL, « Droit international privé et immatériel en France » in *L'immatériel*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 983-1000, spéc. p. 989.

titulaire du droit quant à son exercice ou à sa transmission<sup>157</sup>. » *La première localisation concerne le lieu dans lequel le droit se réalise de manière naturelle, soit parce qu'il s'agit du domicile du créancier, soit parce qu'il s'agit du lieu où ce dernier peut exiger du débiteur qu'il satisfasse à certaines de ses obligations. La seconde hypothèse est liée, non plus à l'espace de réalisation du droit, mais à l'espace de protection du droit : « Le droit peut être considéré comme situé dans un État déterminé toutes les fois que dans cet État le droit peut être déduit en justice et que le jugement consacrant la protection du dit droit y est exécutoire<sup>158</sup>. »* Dans le cadre de la situation multiple d'un même droit, *la troisième hypothèse envisage le cas d'une localisation unique dans l'État où la protection est la plus efficace.* Il n'est pas nécessaire de déterminer une localisation unique du bien ; la multiplicité de localisations peut très bien se concevoir partout où le bien est susceptible d'être réalisé ou où le droit subjectif est susceptible d'être rendu exécutoire. Ici, il n'est pas encore question de loi applicable au bien, mais la localisation est un préalable à la détermination de celle-ci. Par conséquent, il est possible de considérer qu'un bien est localisé dans un État donné, qu'il demande à être réalisé dans un autre for qui pourrait également se voir compétent, mais que l'on applique les règles de l'État initial par commodité, tout en préservant le respect des règles impératives du for de réalisation. À cet égard, la constitution d'une sûreté réelle sur le bien peut faciliter grandement la localisation de l'opération tant la sûreté – à tout le moins dans les pays de droit continental en raison du *numerus clausus* – peut être reliée à un ordre juridique particulier.

95. **Facilitation de la localisation par la sûreté.** En réalité, le niveau pertinent de localisation en l'espèce n'est pas le bien incorporel en lui-même et à lui seul, mais plutôt le droit réel accessoire constitué sur celui-ci. Or il a déjà été démontré qu'une sûreté, au moins dans les pays de droit civil, a un caractère institutionnel : l'institution d'une sûreté est prévue par un État particulier et si tous les législateurs des pays formant une communauté juridique prévoient à peu de choses près les mêmes sûretés pour les mêmes biens, les modalités de constitution, d'opposabilité et de réalisation ne sont presque jamais identiques. Ainsi, il est possible de considérer que la

---

<sup>157</sup> W. WENGLER, « La situation des droits », art. préc., p. 196.

<sup>158</sup> *Ibid.*

sûreté sur bien incorporel est localisée dans l'État où elle a été constituée<sup>159</sup>, au moins pour ce qui concerne les conditions de constitution ; il suffira donc d'exiger du créancier requérant sa réalisation de se conformer aux règles impératives d'opposabilité et de réalisation de l'État de réception. Ceci est d'autant plus utile que cela permet une meilleure réception des sûretés étrangères, car si la loi du for était appliquée, l'application des règles non nécessairement impératives, mais constituant des conditions de validité d'une sûreté locale, pourrait conduire à des refus d'adaptation assimilatoire. L'application de la loi étrangère – celle de constitution – n'empêche pas pour autant le respect des règles impératives du droit de réception par une adaptation de la forme étrangère de garantie. Il est évident qu'un tel système de localisation est beaucoup plus abordable avec des pays qui connaissent le *numerus clausus* des sûretés réelles ; il suffit de se référer à l'État de constitution. Pour autant, il n'est pas impossible de déterminer le pays de constitution d'une sûreté de *common law*, notamment grâce aux différentes pratiques de ces pays, certes non nécessairement institutionnalisées par des prévisions législatives, mais ancrées dans leurs cultures.

3) Solution alternative sans localisation : rattachement juridique et accessoire ; rattachement autonome

96. **Exemple des instruments négociables.** Dans certains cas, il peut arriver qu'une localisation d'un bien incorporel ne soit pas envisageable. Prenons l'exemple des instruments négociables. Autant, il semble assez aisé de localiser un instrument négociable lorsqu'il fait l'objet d'un support papier, car il suffit de pratiquer la théorie de l'incorporation et de localiser le bien au lieu de situation du support matériel qui le représente ; autant, une telle localisation peut paraître difficile lorsque le titre est complètement dématérialisé. Certains auteurs ont alors proposé d'abandonner toute logique de localisation et ont avancé « un rattachement de type juridique et accessoire à la loi du support pertinent (la loi applicable au contrat de compte, s'il s'agit d'un contrat bancaire) ou bien un rattachement autonome d'ordre géographique à la loi du lieu

---

<sup>159</sup> En matière contractuelle, une telle localisation au lieu de constitution du contrat était utilisée par la Cour de cassation avant Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co. c/ Quebec Steamship*, S. 1911, 1, p. 129, n. Ch. LYON-CAEN ; *RCDIP*, 1911, p. 395 ; *GADIP* n°11, B. ANCEL et Y. LEQUETTE. Dans *L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française*, LGDJ, 1976, p. 265 et s., Henri BATIFFOL constate ainsi qu'il « est frappant de constater que les arrêts de la Cour de cassation rendus sur la question au XIX<sup>ème</sup> siècle (...) considèrent tous comme acquis, sans le justifier autrement, qu'un contrat est soumis à la loi du lieu où il a été conclu. »

d'établissement du professionnel gérant le support immatériel litigieux<sup>160</sup>. » Aucune objection particulière ne semble pouvoir être opposée à ce genre de localisation puisque le résultat sera le même : le bien sera rattaché à un ordre juridique particulier. Simplement, il convient de s'interroger sur la question de savoir si un tel rattachement est applicable à la constitution d'un droit réel accessoire sur le bien en question. Cela ne semble pas poser de problème dans la mesure où la loi de constitution de la sûreté réelle sera bien souvent celle du pays dans lequel le bien incorporel, objet de la sûreté, est fictivement localisé : loi applicable au contrat de compte ou loi du lieu d'établissement du professionnel gérant le support immatériel.

97. Ces difficultés de localisation ne doivent pas autoriser pour autant des solutions de rattachement inappropriées, surtout lorsque le bien fait l'objet d'un droit réel accessoire. En effet, la nature particulière de la sûreté réelle, sa fonction principale de projection vers les tiers, l'avantage qu'elle confère au créancier bénéficiaire et le désavantage corrélatif qu'elle crée pour les autres créanciers du débiteur – en somme l'entorse apportée au principe de l'effet relatif – interdit par principe le rattachement à la loi d'autonomie décidée unilatéralement par les parties, voire même imposée par le créancier bénéficiaire de la sûreté. Si cette théorie a pu être avancée sous des formes diverses par certains auteurs afin de favoriser la reconnaissance des sûretés étrangères en dépit du *numerus clausus*, il semble qu'elle doit être exclue par principe.

---

<sup>160</sup> L. D'AVOUT, *V*<sup>o</sup> « Biens », art. préc., n°81.

## ***Section 2 : Exclusion de principe du rattachement à la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles***

98. En 1935, Henri BATIFFOL condamnait en ces termes le rattachement des biens à l'autonomie de la volonté : « La suggestion d'étendre l'autonomie de la volonté au régime des meubles n'a aucune chance d'obtenir quelque écho<sup>161</sup>. » Pour déterminer l'avenir d'une telle assertion, il convient de distinguer l'écho doctrinal de l'écho jurisprudentiel de la loi d'autonomie en matière réelle. BATIFFOL a eu tort s'il considérait que la doctrine ne développerait jamais une théorie de l'autonomie de la volonté en matière mobilière. En effet, de nombreux auteurs français<sup>162</sup> ont pu voir dans cette théorie un moyen efficace de pallier les défauts de la loi de situation : création d'un conflit mobile, difficultés de reconnaissance des sûretés étrangères, etc. En revanche, BATIFFOL avait vu juste s'il considérait que la jurisprudence n'adopterait pas cette théorie ou que cette dernière ne devait pas légitimement recevoir une application positive<sup>163</sup>. En effet, la jurisprudence française n'a jamais admis l'autonomie de la volonté. Celle-ci nous semble tout à fait incompatible avec le droit des sûretés dont l'objectif premier est de favoriser un créancier particulier au préjudice corrélatif des autres créanciers du débiteur. Un tel constat impose de dénier aux parties cette autonomie, notamment celle-ci sera majoritairement imposée par le créancier, pouvant faire accepter au débiteur une certaine loi applicable, favorable à ses intérêts, mais défavorable aux intérêts des autres. Cependant, parmi les théories contestées, il convient de distinguer entre l'une, qui prend à peine en compte les intérêts des créanciers locaux par l'absence de mécanismes correctifs, et l'autre qui, prônant l'application des règles impératives du droit des sûretés, s'assurent de protéger le milieu juridique de réception. L'exclusion du rattachement total et inconditionnel à la loi d'autonomie du fait de son inadaptation conceptuelle au droit des sûretés (1.) ne doit pas conduire à la condamnation définitive de la théorie prenant en compte les règles impératives de la matière. Cependant, cette position perd une grande partie de son intérêt lorsqu'il s'agit de considérer l'efficacité des sûretés étrangères (2.).

---

<sup>161</sup> Cass. req., 24 mai 1933, *Sté Administrative Kantoor de Mas c/ Synd. Soc. des automobiles Ravel*, S. 1935, 1, p. 253, n. BATIFFOL ; *RCDIP*, 1934, p. 142.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> *Ibid.*

*1. L'exclusion définitive du rattachement total et inconditionnel à la loi d'autonomie : une inadaptation conceptuelle au droit des sûretés*

99. Afin de pallier certaines difficultés créées par le rattachement de la sûreté à la loi de situation du bien dont elle est l'objet, une partie de la doctrine française s'est aventurée à promouvoir la compétence de la loi d'autonomie : les parties au contrat de sûreté auraient le choix de déterminer la loi applicable à leurs rapports. Une telle solution présenterait deux avantages. Elle faciliterait la réception des sûretés étrangères, notamment celles qui ne sont pas connues du droit français et que le juge, respectueux de la volonté des parties, admettrait en dépit du principe du *numerus clausus*. Par ailleurs, une telle solution éviterait une situation de conflit mobile lié au déplacement du bien au cours du rapport. En raison de ces avantages, il a été proposé un rattachement total et inconditionnel à la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles (A.). En revanche, il conviendra de rejeter en bloc cette théorie (B.). Au-delà du caractère internationalement impératif du *numerus clausus*, le rattachement à la loi d'autonomie semble en contradiction conceptuelle avec l'essence même des sûretés réelles, à savoir la négation *de facto* de l'effet relatif au profit du créancier bénéficiaire. Par ailleurs, la théorie de la loi d'autonomie ne semble pas satisfaire aux critères de protection des créanciers nationaux et si tel était le cas, cela créerait une forme d'iniquité au détriment des créanciers étrangers ayant acquis leurs droits antérieurement.

A. Présentation du rattachement total et inconditionnel à la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles

100. La doctrine favorable au rattachement de la sûreté réelle à la loi d'autonomie énumère les avantages que procurerait un abandon de la *lex rei sitae* (1) : facilitation de la réception des sûretés étrangères et annihilation du conflit mobile. Avant de rejeter cette théorie, il convient également de présenter les contradictions qu'elle porte quant aux modalités de rattachement de la sûreté à la volonté des parties (2).

## 1) Avantages du rattachement de la sûreté réelle à la loi d'autonomie

101. **Faciliter l'efficacité des sûretés étrangères (1).** Pour le professeur LAGARDE, « la thèse de M. Georges KHAIRALLAH est née d'un sentiment d'insatisfaction à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, par trois arrêts connus de 1933, 1969 et 1973, a pratiquement refusé effet en France à des sûretés mobilières consenties régulièrement à l'étranger sur des meubles alors situés à l'étranger, mais déplacés ultérieurement en France » en raison de la compétence de la *lex rei sitae*. En effet, à l'occasion de l'arrêt *Société DIAC*, la Cour de cassation est venue considérer que la loi de situation était la seule applicable et en a donc conclu que « même valablement stipulée au regard de la loi étrangère applicable au contrat, la clause de réserve de propriété s'analysait en un pacte comissoire contraire à l'ordre public international français<sup>164</sup>. » L'intention des auteurs favorables au rattachement à la loi d'autonomie est louable, car elle vise, en partie, à favoriser la réception des sûretés étrangères. Il est certain que la solution de 1969 était, par certains aspects, trop rigide, en ce sens qu'elle ne prenait absolument pas en considération le droit du créancier étranger, ce qui peut paraître étonnant au regard de la fréquence des échanges économiques entre la France et l'Allemagne. Cependant, il semble que le rattachement à la loi d'autonomie pour pallier une lacune de réception est une fausse bonne idée parce qu'une telle solution pose plus de problèmes qu'elle n'en résout. En d'autres termes, l'erreur de la Cour de cassation n'a pas consisté à réaffirmer le rattachement de la sûreté à la loi de situation du bien, mais à ne pas développer un raisonnement juridique qui, fidèle à la *lex rei sitae*, aurait créé les conditions juridiques favorables à l'efficacité des sûretés étrangères. Tout en appliquant la loi de situation, la Cour de cassation aurait dû promouvoir la réception en permettant l'adaptation de la sûreté étrangère à l'ordre juridique français en lui imposant une forme d'assimilation à une sûreté française lui étant proche en raison de l'identité des biens grevant les deux garanties.

102. **Contourner le conflit mobile (2).** La difficulté posée par le rattachement à la loi de situation est qu'elle entraîne la création d'un conflit mobile. En effet, le déplacement du bien d'un pays à un autre conduit, en vertu de la règle bilatérale *lex rei sitae*, à une succession de compétence entre la loi de situation ancienne et la loi de

---

<sup>164</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, *RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. Lequette.

situation actuelle. « Un meuble grevé d'un droit réel est déplacé entre le moment de la constitution de ce droit et le moment de sa réalisation. Laquelle des deux lois de la situation, ancienne ou nouvelle, devra régir le sort de ce droit ? On le voit le problème ne se pose que si, par hypothèse, les droits réels mobiliers sont soumis à la loi du lieu de situation<sup>165</sup>. » Pour éviter une telle difficulté, il a été proposé de rendre compétente, en matière de droit des sûretés, la loi de l'autonomie afin que la reconnaissance de la sûreté soit assurée. En effet, la loi de l'État de constitution de la sûreté resterait compétente, y compris lorsque le bien objet de celle-ci dépasserait les frontières, et donc la réception ne poserait aucune difficulté. La solution proposée par le professeur BATIFFOL apparaît bien plus réaliste si l'on considère la volonté de la Cour de cassation à conserver la compétence de la *lex rei sitae* et l'incompatibilité du droit des sûretés avec la loi d'autonomie. Une fois le bien situé en France, il conviendra d'appliquer la loi française alors que la loi étrangère conservera sa compétence pour les rapports nés antérieurement à cette modification de situation. En d'autres termes, la loi étrangère sera compétente pour régir les questions de constitution, que l'on peut considérer comme n'étant pas des règles internationalement impératives pour le droit français, et la loi de situation, française, réglera les questions liées à l'opposabilité et à la réalisation de la sûreté, celles-ci étant considérées comme internationalement impératives.

## 2) Modalités de rattachement de la sûreté réelle à la loi d'autonomie

103. Au regard des travaux du professeur KHAIRALLAH, la promotion de la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles implique d'abord une libération des sûretés réelles de « la notion de statut réel » et ensuite une détermination de la loi d'autonomie.

104. **La libération de « la notion de statut réel<sup>166</sup> » en matière de sûretés réelles : critiques<sup>167</sup> (1).** Aux yeux du professeur KHAIRALLAH, « la cause de tout le mal viendrait du classement des sûretés mobilières conventionnelles dans la catégorie du statut réel<sup>168</sup>. » En résumé, le rattachement à la loi d'autonomie passe par une extraction

---

<sup>165</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°77, p. 62 et s..

<sup>166</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°176, p. 145.

<sup>167</sup> Les réflexions qui vont suivre sur la distinction entre droits réels et droits personnels sont tirées principalement d'un cours de droit des biens et des sûretés du Master 2 Droit privé général de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas dispensé par le professeur Michel GRIMALDI en 2017.

<sup>168</sup> P. LAGARDE, « Note bibliographique sur la thèse de G. KHAIRALLAH », *RCDIP*, 1986, p. 813 et s., spé. p. 814.

des sûretés réelles de la catégorie des droits réels accessoires. La sûreté réelle devrait, à cet égard, être considérée comme un contrat. S'il est indéniable que les sûretés réelles conventionnelles ont une nature contractuelle, notamment au regard de leur mode de constitution, il est tout autant incontestable que cette dimension ne soit pas prédominante par rapport à leur dimension réelle. S'il est indéniable que les sûretés conventionnelles sur biens incorporels sont des contrats constitués sur des droits personnels, il est tout autant indéniable que ces derniers intègrent, au moins pour les besoins de la relation de garantie, une forte dimension réelle. Le droit réel est défini comme celui qui porte directement sur une chose, *jus in re*, et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose (usufruit, propriété, servitude, usage, droit de préférence, droit de suite, etc.). Le droit personnel, quant à lui, correspond au droit pour le créancier d'exiger du débiteur, *jus ad personam*, l'exécution de son engagement. Au regard de ces définitions, il convient de démontrer la prédominance de la dimension réelle des sûretés réelles, y compris lorsqu'elles sont constituées sur des droits personnels, autrement dit sur des biens incorporels. La distinction fondamentale entre droits réels et droits personnels est, selon Accarias et Pothier, issue du droit romain qui marquait une nette différence entre le *jus in re*, à savoir le droit dans la chose, et le *jus ad rem*, à savoir le droit né par rapport à la chose et exercé contre une personne qui a contracté une obligation de donner. En somme, la distinction est fondée sur la différence d'objet des droits personnels et réels. Les droits personnels sont, dans leur caractère actif, le droit du créancier d'exiger du débiteur une prestation, et dans leur caractère passif, le lien de droit en vertu duquel le débiteur se trouve assujéti envers le créancier à exécuter sa prestation, si besoin sous la contrainte étatique. La sûreté réelle revêt certainement ce caractère, bien qu'elle ne soit en réalité qu'un accessoire de l'obligation principale entre le créancier et le débiteur, celle-ci étant de nature purement personnelle. Les droits réels, quant à eux, se distinguent entre les droits réels principaux, droit de propriété et droits réels démembreés, et les droits réels accessoires qui sont des accessoires d'une créance dont ils garantissent le paiement. Certes cette distinction est fragile et a fait l'objet de maintes remises en cause. L'une d'entre elles portait sur l'imbrication des droits personnels dans les droits réels. Il est vrai qu'à cet égard, il pourrait être tentant de déconsidérer cette distinction et d'en tirer la conséquence que le rattachement à la loi de situation d'une sûreté réelle ne se justifie plus intrinsèquement

---

au regard de sa nature réelle. Pourtant, il convient de maintenir une telle distinction dont les manifestations en droit positif rendent sa pertinence tout à fait actuelle. Prenons l'exemple de l'opposabilité considérée en tant que l'aptitude d'un droit à faire sentir ses effets à l'égard des tiers, non pas en les soumettant directement aux obligations contractuelles, mais en les forçant à reconnaître l'existence des droits dits opposables et à les respecter comme tels dans l'ordre juridique. La doctrine classique a considéré qu'il existait une différence essentielle entre les droits personnels et les droits réels quant à l'opposabilité : alors que les droits réels seraient d'opposabilité absolue en tant qu'opposables à tous, les droits personnels seraient d'opposabilité relative en tant qu'opposables qu'au débiteur. Néanmoins, cette doctrine repose sur une confusion entre deux concepts : en premier lieu, l'effet relatif des conventions prévu par l'article 1199 du Code civil en tant que protection de la liberté individuelle des tiers, ceux-ci ne pouvant être liés par une obligation à laquelle ils n'ont pas consenti ; en second lieu, l'opposabilité des droits, à savoir le respect des droits d'autrui en tant que concept général qui s'étend à l'ensemble des droits subjectifs personnels – en vertu de l'article 1200 du Code civil, l'absence de respect de la situation juridique créée par le contrat est susceptible d'entraîner une action en responsabilité pour complicité de violation d'une obligation contractuelle – ou réels.

105. La distinction reste néanmoins pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer les modalités de mise en œuvre de l'opposabilité. Par principe, l'opposabilité des droits réels est automatique. Inversement, afin de mettre en jeu la responsabilité délictuelle complice de la violation d'une obligation contractuelle, il convient de prouver sa mauvaise foi. En d'autres termes, l'opposabilité du droit personnel est toujours conditionnée à la preuve de la connaissance effective par le tiers de l'obligation violée<sup>169</sup>. Lorsqu'une mesure de publicité est exigée en matière de droits réels, elle ne l'est pas pour mettre en jeu la responsabilité d'un tiers, mais pour faire jouer le droit du bénéficiaire contre celui-ci. Au-delà de ces considérations liées à l'opposabilité, la distinction entre droits réels et droits personnels apparaît fondamentale en droit français. En effet, notre droit reposant sur des concepts juridiques, et non sur un système de précédent, il convient pour l'équilibre du système juridique de maintenir ces concepts.

---

<sup>169</sup> Cass. com., 22 février 2000, n°97-18.728, CCC 2000, n°81, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

106. Cette distinction est moins absolue qu'opératoire ; il convient donc de s'interroger sur les conséquences pratiques de l'application de telle ou telle catégorie. En matière de sûretés réelles, la prédominance de la dimension réelle s'impose par l'impact qu'une telle garantie peut avoir à l'égard des tiers au contrat, à savoir les exclure d'une possibilité de relation juridique prioritaire avec le débiteur. En un sens, la sûreté est un contrat dont la particularité est de ne pas connaître d'effet relatif : elle crée à l'égard des tiers, une forme d'obligation de ne pas contracter avec le débiteur un droit réel sur le même bien, sous peine d'être exclu par le créancier prioritaire bénéficiaire de la sûreté. Une telle caractéristique impose de classer la sûreté réelle, y compris celle constituée sur des droits personnels, dans le domaine des droits réels accessoires, peu importe les nombreux aspects personnels qui peuvent lui être prêtés.

107. **Les difficultés de détermination de la loi d'autonomie (2).** De manière générale, on peut considérer que « la localisation la meilleure d'un rapport juridique est celle qu'indique son objet matériel, s'il en a un<sup>170</sup> » et s'il n'en a pas, il apparaît pertinent de le déterminer de manière fictive. La volonté de promouvoir la loi d'autonomie des parties relève d'une intention louable de facilitation de la réception des sûretés étrangères. Cependant, à la suite des travaux du professeur KHAIRALLAH, la doctrine a pu relever que « si la recherche de la loi d'autonomie minimise en fait le rôle de la volonté des parties, il est permis de se demander si elle n'aboutit pas en réalité à la détermination d'une loi de localisation de la sûreté<sup>171</sup>. » En réalité, dans l'esprit du professeur KHAIRALLAH, la volonté des parties n'est qu'un élément pris en compte dans la détermination du contrat, mais ce qui compte réellement est la localisation objective du contrat de sûreté. En réalité, la volonté des parties ne doit pas l'emporter sur la localisation objective de la sûreté réelle, mais plutôt l'inverse : « La volonté exprimée des parties quant à la loi applicable est à considérer comme un indice, important certes, mais que le juge peut écarter s'il est en contradiction avec les autres indices de localisation<sup>172</sup>. » Par exemple, dans la localisation du gage de créance, « l'indice tenant à la créance gagée paraît important. Mais ce n'est là qu'une localisation possible qui peut être écartée si l'on se trouve en présence d'une autre localisation objective. Tel sera d'ailleurs, de plus en plus, le cas puisqu'en pratique la mise en gage des créances à

---

<sup>170</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 449.

<sup>171</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°211, p. 117.

<sup>172</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°289, p. 258.

personne dénommée se rencontre presque exclusivement dans les opérations de banque. Il apparaît donc raisonnable de faire prévaloir la localisation du gage sous la loi de l'établissement bancaire, qui aura à dire si, en cas de non-paiement par le débiteur gagiste, le créancier pourra faire vendre la créance aux enchères ou s'il pourra se la faire attribuer – toutes opérations qui se déroulent normalement au pays de cet établissement<sup>173</sup>. » *Drôle de volonté des parties que celle soumise à la localisation objective du bien !* Le professeur KHAIRALLAH propose la localisation de la sûreté au lieu d'exécution du contrat qui ne sera pas nécessairement le lieu de la réalisation. Ainsi, « le fonds de commerce offre, en fait et en droit, un statut qui l'individualise suffisamment pour rendre peu douteuse la localisation du nantissement dont il est l'objet<sup>174</sup> », à savoir le lieu d'exploitation du fonds, « endroit où la clientèle peut atteindre le commerçant<sup>175</sup>. » Il est difficile de s'empêcher de voir dans une telle proposition un retour à la *lex rei sitae*. Au regard de la nature des sûretés réelles, ceci n'est pas étonnant. Cependant, il est surprenant de voir certains auteurs prôner le rattachement théorique à la loi d'autonomie, se rendre compte en pratique que la loi de situation du bien objet de la sûreté est la plus pertinente et tenter de la faire revenir par la fenêtre alors qu'ils l'avaient fait sortir par la petite porte : « La véritable autonomie de la volonté comme élément de rattachement est un mythe<sup>176</sup> » ; « La problématique de la reconnaissance des sûretés étrangères demeure donc en réalité posée de la même manière qu'avec la solution du droit positif<sup>177</sup>. »

108. Afin de faciliter l'efficacité des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français, le raisonnement le plus pertinent consiste à maintenir la règle traditionnelle du rattachement à la *lex rei sitae*, y compris pour les biens incorporels ; et à déterminer à leur égard, à défaut de localisation objective, une localisation fictive destinée à fixer leur loi de rattachement. Ceci est d'autant plus vrai, qu'y compris sur le plan théorique, le rattachement à la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles est tout à fait contestable.

---

<sup>173</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°270, p. 244.

<sup>174</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°260 bis, p. 235.

<sup>175</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°260 bis, p. 236.

<sup>176</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°234, p. 128.

<sup>177</sup> *Ibid.*

## B. Rejet de cette théorie

109. Malgré le caractère séduisant de la théorie de l'autonomie, elle mérite d'être rejetée pour diverses raisons. La Cour de cassation ne s'y est pas trompée puisqu'elle n'a depuis l'arrêt *Société DIAC* de 1969, jamais remis en cause le rattachement des sûretés à la *lex rei sitae* : dans un arrêt *Localease* rendu le 11 mai 1982, la chambre commerciale a considéré « qu'indépendamment de la loi régissant le contrat conclu entre les sociétés N. et F., la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens mobiliers situés en France<sup>178</sup>. » Admettons qu'une sûreté demandant à être réalisée en France sur un bien localisé à l'étranger et soumis à une loi étrangère, il n'en reste pas moins que le statut de la sûreté se doit d'être rattaché à une loi nationale objectivement déterminée, même si ensuite les règles impératives de réception de la sûreté dans le for – en matière d'opposabilité et de réalisation notamment – seront appliquées, en dépit de la compétence d'une loi étrangère. La loi d'autonomie comme règle de rattachement de principe doit être rejetée pour, au moins, trois raisons qui tiennent à la fonction des sûretés réelles, procurer un avantage à un créancier particulier tout en provoquant un désavantage corrélatif à l'égard des autres : la première tient au fait que, de manière générale, la loi d'autonomie n'est envisageable que pour des situations qui respectent une certaine relativité, au premier rang desquelles le contrat (1) ; deuxièmement, une application inconditionnelle de la loi d'autonomie signifierait une absence de protection des créanciers locaux (2) ; troisièmement, un tel rattachement entraînerait l'application de règles contraires au milieu juridique de réception (3).

### 1) Conditionnement de la loi d'autonomie à l'effet relatif du rapport juridique

110. **Signification du caractère relatif.** L'effet relatif est pris ici dans son sens large : le contrat de sûreté réelle ne crée pas directement d'obligation à l'égard des tiers. Pour autant, les principales victimes d'un tel rapport de droit sont bien les créanciers du débiteur qui n'en bénéficient pas. Ce dernier n'est pas véritablement affecté par le contrat de sûretés, car il devra, d'une manière ou d'une autre, s'acquitter des dettes qu'il aura contractées. Au fond, peu lui importe, dans l'absolu, que tel créancier vienne en

---

<sup>178</sup> Cass. com., 11 mai 1982, *Soc. Locallease*, *RCDIP*, 1983, p. 450, n. G. KHAIRALLAH; *D.* 1983, p. 271, n. C. WITZ.

priorité de tel autre. Inversement, la situation des tiers au contrat de sûreté sera affaiblie par celui-ci puisque l'assiette de leurs droits contre le débiteur se réduira à mesure de la partie qui sera réservée au créancier bénéficiaire.<sup>179</sup> Ainsi, on peut dire que, pris dans son sens le plus large, le caractère relatif du contrat est nié lorsque celui-ci crée une sûreté réelle. En droit international, le domaine positif du rattachement à la loi d'autonomie porte principalement sur le droit des contrats (a) alors que son domaine négatif, bien plus vaste, s'étend à toutes les situations juridiques qui pèsent, non seulement sur les parties, mais également sur les tiers (b).

#### a) Domaine positif du rattachement à la loi d'autonomie

111. **Loi d'autonomie en matière contractuelle.** Le principe de la loi d'autonomie « a été adopté essentiellement en matière de contrat pour affranchir le commerce international d'entraves constituées par des lois internes non conçues dans sa perspective<sup>180</sup>. » En effet, de manière tout à fait justifiée, le rattachement à la loi d'autonomie est admis en matière contractuelle tant par le droit international privé français qu'eupéen. Le droit international privé français a admis l'autonomie de la volonté dans le célèbre arrêt *American Trading Co.* rendu par la Cour de cassation en 1910 : « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adopté<sup>181</sup>. » Le droit international privé eupéen, quant à lui, a admis l'autonomie de la volonté en matière contractuelle dès la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le Règlement Rome I du 17 juin 2008 a maintenu cette admission dans son article 3 §2 qui affirme que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. » Cette règle se justifie par ce qu'il convient de nommer « le subjectivisme » : étant donné que « la rencontre des volontés est suffisante, à elle seule, pour créer des obligations<sup>182</sup> », les parties doivent pouvoir se référer à n'importe quelle loi nationale et les dispositions de celle-ci s'intègrent alors dans le contrat et « n'ont de force obligatoire que dans la mesure où la volonté des parties leur en a conféré une<sup>183</sup>. » Ce

---

<sup>179</sup> Pour un traitement détaillé et pertinent de ces questions, v. Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°259, p. 251.

<sup>180</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., n°1125, p. 938.

<sup>181</sup> Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co. c/ Quebec Steamship*, S. 1911, 1, p. 129, n. Ch. LYON-CAEN ; *RCDIP*, 1911, p. 395 ; *GADIP* n°11, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>182</sup> P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, op. cit., n°745, p.519.

<sup>183</sup> *Ibid.*

subjectivisme dit « pur » a pu faire l'objet de critiques au regard des règles internationalement impératives. En effet, « s'il est concevable que la volonté puisse choisir entre les dispositions supplétives de plusieurs lois, en revanche, le propre des dispositions impératives est que les parties ne peuvent s'y soustraire<sup>184</sup>. » Cette soumission de la loi du contrat aux dispositions internationalement impératives relève de ce que certains auteurs appellent « un subjectivisme modéré<sup>185</sup>. »

#### 112. **Correctif des lois de police et inadaptation au droit des sûretés réelles.**

Ayant posé ce principe, il convient de déterminer dans quelles occasions l'application des lois de police fera échec à la volonté des parties. La définition la plus célèbre des lois de police a été donnée par le professeur FRANCESKAKIS : il s'agit des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale, ou économique d'un pays<sup>186</sup>. » L'article 9 du Règlement Rome I a repris cette définition et pose qu'une loi de police est « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. » Sans entrer dans les débats relatifs aux critiques portées à l'encontre de ces définitions, souvent jugées trop vagues, il convient de déterminer le critère d'application de telles lois : « la présence d'un intérêt collectif fait cesser l'attitude habituelle d'indifférence de l'État à l'égard de l'application de sa propre loi<sup>187</sup> », « les lois de polices sont impératives dans l'absolu, au point de motiver par elles-mêmes leur compétence<sup>188</sup>. » La question qui se pose alors est la suivante : si les lois de police s'appliquent de manière indéfinie à toutes les situations juridiques, pourquoi rejeter le rattachement à la loi d'autonomie en matière de droit des sûretés réelles alors même qu'on l'accepte en droit des contrats ? Par essence, le contrat a vocation à cantonner ses effets aux seules parties. L'intervention d'un intérêt collectif dans la relation contractuelle est purement accidentelle. À l'inverse, l'essence et la fonction des sûretés réelles portent un caractère collectif, voire expansif : réserver un bien au bénéfice d'un créancier afin d'en exclure les autres. Dès lors, la logique

---

<sup>184</sup> P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, op. cit., n°746, p.520.

<sup>185</sup> P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, op. cit., n°747, p.520 et s.

<sup>186</sup> Ph. FRANCESKAKIS, *V°* « Conflit de lois », art. préc., n°137 (italiques ajoutés).

<sup>187</sup> P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, op. cit., n°748, p. 522.

<sup>188</sup> *Ibid.*

s'inverse : au lieu de permettre un rattachement autonome corrigé par l'application immédiate des lois de police du for, il convient d'imposer un rattachement particulier corrigé si besoin par une certaine permissivité lorsqu'aucune règle impérative n'est en jeu.

113. L'effet relatif du contrat reste tout à fait prégnant en droit français, à tel point que la décision de la Cour de cassation ayant admis que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage<sup>189</sup> » est celle qui a fait l'objet des plus grandes controverses ces dernières années. En effet, une grande partie de la doctrine française a considéré qu'il y avait là une négation de l'effet relatif du contrat et qu'un tiers ne pouvait revendiquer le seul manquement contractuel afin de demander la réparation du préjudice qu'il aurait subi du fait de celui-ci. En d'autres termes, l'identité des fautes contractuelles et délictuelles revient à nier l'effet relatif du contrat. En droit international privé, c'est donc au nom du principe de l'effet relatif que les parties se trouvent libres de déterminer la loi applicable à leur relation contractuelle. En revanche et de manière symétrique, il est des domaines dans lesquels le rattachement à la loi d'autonomie ne peut se justifier en raison des conséquences de la situation juridique pour les personnes tierces à celle-ci.

114. Schématiquement, ces hypothèses concernent des situations juridiques ayant un caractère « *institutionnel* ». Elles déterminent le domaine négatif de la loi d'autonomie, c'est-à-dire les cas où elle est exclue.

---

<sup>189</sup> Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *Loubeyre et autres c. SARL Myr'Ho et autres*, n° 05-13.255 P: R., p. 398 ; *BICC* 1<sup>er</sup> déc. 2006, n. et rapp. ASSIÉ, concl. GARIAZZO ; *D.* 2006. 2825, n. VINEY ; *ibid.* IR 2484, obs. GALLMEISTER ; *D.* 2007, p. 2900, obs. P. JOURDAIN, et p. 2976, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2006, II, 10181, concl. GARIAZZO, n. M. BILLIAU ; *ibid.* 2007, I, 115, n° 4, obs. STOFFEL-MUNCK ; *JCP E.* 2007, 1523, n° 15 et s., obs. H. KENFACK ; *CCC* 2007, n° 63, n. L. LEVENEUR ; *AJDI* 2007, p. 295, obs. N. DAMAS ; *LPA* 22 janvier 2007, n. C. LACROIX ; *ibid.* 16 mai 2007, n. V. DEPADT-SEBAG ; *RCA* 2006, étude 17, L. BLOCH ; *RLDC* 2007/34, n° 2346, n. P. BRUN ; *RDI* 2006, 504, obs. MALINVAUD ; *RDC* 2007, p. 269, obs. D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 279, obs. S. CARVAL ; *ibid.*, p. 379, obs. J.-B. SEUBE ; *RTD civ.* 2007, p. 61, obs. P. DEUMIER ; *ibid.* p. 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* p.123, obs. P. JOURDAIN.

## b) Domaine négatif du rattachement à la loi d'autonomie

115. **Quant au droit des successions.** « Le propriétaire pourrait librement choisir la loi applicable à la transmission successorale de ses biens, de même qu'il peut librement choisir la loi applicable à la transmission individuelle de ceux-ci, sa vie durant ?<sup>190</sup> » Voici la question à laquelle le droit international privé répond par la négative. « On pourrait en effet abstraitement imaginer, sur l'exemple des règles positives de solution des conflits en matière contractuelle, un rattachement dualiste des transmissions successorales, donnant effet au choix de loi lorsqu'il est positivement exprimé (par testament) et confiant subsidiairement son règlement à une loi objectivement désignée (la loi du dernier domicile par exemple)<sup>191</sup>. » Or un tel rattachement est manifestement prohibé en droit français pour des raisons qui se rapprochent de l'incompatibilité de la loi d'autonomie avec le droit des sûretés réelles. Le droit des successions comme le droit des sûretés répond à des impératifs économiques, moraux et sociaux qui impliquent des intérêts qui dépassent largement la seule volonté du *de cuius* : « C'est, en droit français, cette vieille idée d'appartenance familiale du patrimoine, qui justifie un droit des successions dirigiste, protégeant, hier, le maintien des immeubles dans les familles, et, aujourd'hui, notamment par la technique de la réserve, les droits des membres de la famille sur certains biens particuliers, ou plus généralement sur une quote-part abstraite de la valeur du patrimoine du défunt<sup>192</sup>. » De même que le débiteur qui constitue une sûreté au bénéfice d'un créancier particulier se rend « généreux avec l'argent des autres plutôt qu'avec le sien propre<sup>193</sup> », le *de cuius* qui voudrait se soustraire aux lois impératives objectivement rattachables à sa succession disposerait en réalité « des droits d'autrui<sup>194</sup>. » Ainsi, dans le cadre d'une succession, les droits réels dérivés ne sont pas soumis à la volonté du *de cuius* qui aurait, par testament, soumis leur transmission à une loi qui n'est pas celle objectivement déterminée par les règles de conflits françaises : la succession testamentaire est donc soumise aux mêmes règles de rattachement que la succession *ab*

---

<sup>190</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°463, p. 614.

<sup>191</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°463, p. 615.

<sup>192</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°463, p. 615 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°1125, p. 938 et s.

<sup>193</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°256, p. 245.

<sup>194</sup> M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, Préf. Y. LEQUETTE, Economica, coll. Droit civil, 1994, 1994, n°378 et s.

*intestat*<sup>195</sup>. Le règlement européen du 4 juillet 2012 relatif aux successions ouvre, en son article 22 §1, la possibilité d'une autonomie de la volonté en matière successorale : « Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès<sup>196</sup>. » Cependant, il n'est pas possible, au regard de cette règle européenne, de dégager une affirmation massive de l'autonomie de la volonté en matière successorale et une caducité des justifications portées par le droit international privé français lorsqu'il a fait le choix de la prohiber. En effet, cette ouverture semble tout aussi dirigiste que la règle française puisqu'elle n'ouvre l'autonomie de la volonté qu'à une seule loi : celle de la nationalité du défunt. *Drôle de choix que celui qui ne dispose que d'une simple alternative !* Ainsi le *de cuius* sera soumis, soit aux restrictions imposées par la loi de sa dernière résidence s'il n'exerce pas « son choix », soit à celles prévues par la loi de sa nationalité. Nous sommes bien loin d'une négation des justifications portées contre l'autonomie de la volonté en matière successorale : protection de la famille, des ayants droit et d'une certaine exigence morale qui impose de ne pas complètement exhériter un héritier réservataire.

116. **Quant au droit des sociétés.** De même, lorsqu'il s'agit de déterminer la *lex societatis*, le droit international privé n'autorise pas l'autonomie des associés. En d'autres termes, les statuts de la société ne sont pas habilités à déterminer la loi applicable à la société. La *lex societatis* est définie par le lieu où se situe le siège de la société : le rattachement « résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire<sup>197</sup>. » Or la capacité de la personne morale et les pouvoirs de représentation de la société à l'extérieur par ses dirigeants sont compris dans le domaine de la *lex societatis*. Celle-ci doit être déterminée de manière objective, ce qui laisse peu de place à l'autonomie de la volonté.

117. **Quant au droit des procédures collectives.** En la matière, la loi applicable par principe est la *lex concursus*, loi du for devant lequel se tient la procédure

---

<sup>195</sup> Cass. civ., 19 juin 1939, *Labadan*, DP 1939, p. 197, n. LEREBOURS-PIGEONNIERE ; S. 1940, 1, p. 49, n. NIBOYET ; GADIP n°18, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>196</sup> Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012, art. 22, §1.

<sup>197</sup> Cass. Ass. Plén., 21 décembre 1990, *Roval*, JCP 1991, II, 21640, concl. DOTENWILLE ; JCP E. 1991, 49, rapp. LEMONTEY ; RCDIP, 1992, p. 70, n. DURANTON.

collective. Il n'a jamais été question de considérer que la personne morale en faillite puisse choisir la loi applicable en fonction des avantages qu'elle pourrait lui conférer quant à la réorganisation et la liquidation. La raison est la même que pour les autres matières dans lesquelles l'autonomie de la volonté est prohibée : bien que la discipline collective imposée aux créanciers serve, en premier lieu, à assurer la sauvegarde de la société, en second lieu, l'égalité des créanciers et la volonté d'organiser le paiement des dettes dans une hypothèse où, par principe, les actifs du débiteur ne permettent pas de satisfaire tous les créanciers intégralement, sont des considérations essentielles. S'ajoutent à ces exigences des considérations politiques, économiques et sociales par lesquelles l'ordre public se trouve concerné par les difficultés financières d'un acteur économique. Ces exigences attachées aux procédures collectives sont autant de raisons qui justifient l'impossibilité d'admettre l'autonomie de la volonté du débiteur en la matière.

118. **Quant au droit des sûretés.** L'essence même de la sûreté réelle est de placer son bénéficiaire dans une position de préférence ou d'exclusivité par rapport aux autres créanciers. À la différence du contrat, la sûreté ne se conçoit que dans l'ordre social. Par conséquent, il n'est pas inconcevable de refuser aux parties la possibilité de désigner la loi applicable aux effets *erga omnes* de la sûreté, au risque de créer un déséquilibre dans l'appréciation des intérêts en présence. La Cour de cassation, non seulement en 1982 dans l'arrêt *Localease* précité<sup>198</sup>, mais également en 1991 dans un arrêt *Société Heinrich Otto*, a réaffirmé son opposition à l'autonomie de la volonté en matière de sûretés réelles : « les conditions auxquelles peuvent être revendiquées les marchandises vendues avec réserve de propriété sont, en cas de règlement judiciaire, déterminées par la loi de la procédure collective, quelle que soit la loi régissant la validité et l'opposabilité en général, de la réserve de propriété<sup>199</sup>. »

## 2) Absence de protection des créanciers locaux

119. **Application de la jurisprudence *Lizardi* aux sûretés réelles.** Conscient de la faiblesse des protections allouées aux tiers dans le système de l'autonomie, le

---

<sup>198</sup> Cass. com., 11 mai 1982, *Soc. Localease*, *RCDIP*, 1983, p. 450, n. G. KHAIRALLAH; *D.* 1983, p. 271, n. C. WITZ.

<sup>199</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janvier 1991, *Soc. Heinrich Otto*, *Chunet*, 1991, p. 913, n. JACQUEMENT ; *D.* 1991, p. 276, n. J.-P. REMERY.

professeur KHAIRALLAH a entendu élaborer un système correctif basé sur une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation rendue en matière de capacité des mineurs. En effet, dans l'arrêt *Lizardi*, rendu le 16 janvier 1861, la chambre des requêtes de la Cour de cassation a considéré que « les engagements contractés par un étranger, mineur selon sa loi nationale, mais majeur selon la loi française, envers un marchand français n'en sont pas moins valables si le Français a agi sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi<sup>200</sup>. » En somme, cet arrêt pose *le principe d'une ignorance excusable de la loi étrangère* par un créancier français : le fait que le marchand français ne connaissait pas la minorité de l'acheteur au regard du droit mexicain alors même que ce dernier était applicable en tant que loi personnelle, le contrat ne peut être annulé sur le fondement de l'incapacité. Conscient que « toute intrusion d'une loi étrangère dans l'activité d'un pays déterminé peut être source d'imprévu<sup>201</sup> », le professeur KHAIRALLAH a tenté d'appliquer ce principe au droit des sûretés réelles<sup>202</sup>. Par exemple, un créancier revendique la réalisation de ses droits sur un bien situé en France en raison d'une sûreté constituée à l'étranger. Un autre créancier s'oppose à cette réalisation et considère qu'il a lui aussi un droit sur le bien objet de la sûreté, peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'une sûreté ou d'un autre droit réel. Faut-il dans le cas présent faire prévaloir le créancier étranger antérieur en droit, alors même qu'il n'aura, dans le système du professeur KHAIRALLAH, procédé à aucune mesure d'opposabilité ou bien faut-il considérer que l'ignorance excusable des droits du créancier initial par le créancier français au moment de l'acquisition de son droit réel doit lui permettre de légitimement s'opposer à la réalisation de la sûreté étrangère en France ? Le professeur KHAIRALLAH penche pour la seconde solution et considère qu'un tel raisonnement pourrait constituer une forme de correctif à ce que la Cour de cassation considère comme « un danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français. »

120. **Critiques.** Pour étendre la jurisprudence *Lizardi* aux sûretés réelles, le professeur KHAIRALLAH affirme que ce système a déjà fait l'objet de multiples applications en matière contractuelle. « Elle a été essentiellement appliquée pour des achats faits en France par des femmes étrangères de vêtements ou de bijoux. Mais son application n'a pas porté seulement sur la question de la validité des contrats. Elle s'est

---

<sup>200</sup> Cass. req., 16 janvier 1861, *Lizardi*, DP 1861, 1, p. 193 ; S. 1861, 1, p. 305, n. MASSE ; GADIP n°5, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>201</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°336, p. 287.

<sup>202</sup> *Ibid.*

rencontrée à propos de la question de la détermination de la personne au nom de qui le contrat avait été conclu. C'est également par un recours à la solution Lizardi qu'on explique la jurisprudence qui, en matière de représentation, a déclaré le mandant étranger engagé en cas de dépassement par le mandataire de ses pouvoirs<sup>203</sup>. » Or on le sait, les sûretés réelles ne sont pas des contrats comme les autres, au sens où leur effet principal est de privilégier un créancier par rapport à un autre. L'absence intrinsèque d'effet relatif lui donne une dimension quasiment institutionnelle au même titre que le droit des successions. Pour autant, ceci n'est pas la seule raison pour laquelle il convient de rejeter le correctif du professeur KHAIRALLAH. En effet, au-delà de son inadaptation conceptuelle au droit des sûretés, l'ignorance excusable comme seule protection des créanciers français est injuste et incomplète.

121. Tout d'abord, un tel mécanisme est *injuste* pour les créanciers étrangers. En effet, reprenons la situation typique d'application de l'ignorance excusable en matière de sûretés réelles dans laquelle le titulaire français de droits réels prime sur le bénéficiaire étranger d'une sûreté réelle constituée antérieurement, au seul motif qu'il n'avait pas connaissance de cette constitution. Un tel résultat apparaît contraire, non seulement aux justifications du rattachement autonome en matière de sûretés, à savoir faciliter leur circulation internationale et leur reconnaissance dans l'ordre juridique français, mais également contraire à toute forme d'équité. En effet, le principe même du droit des sûretés réelles consiste à donner la priorité à celui qui aura rendu son droit opposable en premier. Or dans un tel système, on ne donne même pas la possibilité au créancier étranger de procéder à une mesure d'opposabilité de ses droits en France. Il conviendrait au contraire d'imposer la loi de situation, de procéder à une adaptation de la sûreté étrangère à une sûreté française conceptuellement proche et d'ouvrir les voies d'opposabilité de la seconde à la première en laissant un délai d'adaptation pour procéder à ces mesures. Cette solution nous paraît plus équitable pour le créancier étranger, tout autant protectrice du créancier français, respectueuse des principes fondamentaux du droit des sûretés français et notamment du *numerus clausus*, et enfin conforme aux objectifs de circulation internationale des garanties réelles.

---

<sup>203</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse préc., n°341, p. 290.

122. Ensuite, l'ignorance excusable telle qu'exposée est *incomplète*. En effet, un tel mécanisme semble ne pas prendre en compte l'utilité de la loi de situation. Cette dernière n'est pas seulement destinée à la protection des créanciers français, elle sert également à toute une série d'applications pratiques et concrètes, liées notamment à la réalisation de la sûreté réelle et à la question de la procédure civile d'exécution adéquate. Par la simple application de la loi d'autonomie, il conviendrait alors de prévoir une application des modes de réalisation du pays de constitution, ce qui apparaît contraire à toutes les règles internationalement impératives du droit français. Il serait plus pertinent au contraire de permettre une réalisation de la sûreté étrangère suivant les règles du droit français par son adaptation à l'environnement juridique du for. Ceci permet d'en venir à la place des lois de police dans le raisonnement du professeur KHAIRALLAH.

123. Cette solution de l'ignorance excusable comme seule protection des créanciers français n'a jamais été consacrée en droit positif. Certes ceci ne constitue pas un argument de réfutation de la proposition du professeur KHAIRALLAH. Toutefois, cette absence de consécration nous semble logique. Les questions d'opposabilité et de réalisation sont celles qui soulèvent le plus d'impérativité. La compétition entre créanciers étant une question fondamentale du droit des sûretés, il semble tout à fait défendable de placer l'opposabilité au cœur de l'impérativité et d'élever les mesures d'information des tiers au rang de lois de police, internationalement et immédiatement applicables. Ainsi, il semble peu concevable d'admettre une application de la loi d'autonomie dans un tel cas et de se reposer, pour déterminer la priorité entre créanciers, sur la seule connaissance factuelle et tellement subjective du créancier français des droits dont bénéficie le créancier nanti d'une sûreté constituée à l'étranger. C'est pourquoi la Cour de cassation n'a jamais varié en matière de rattachement des sûretés réelles : elle a réaffirmé à maintes reprises la compétence de la loi de situation et ainsi nié la moindre compétence de la loi d'autonomie corrigée par l'ignorance excusable<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> *Supra*, n°109, p.98.

### 3) Contrariété aux règles essentielles du milieu juridique de réception

124. De manière plus large, le rattachement à la loi d'autonomie inconditionnel et total qui ne prendrait pas en compte les règles internationalement impératives semble condamné pour des raisons évidentes de protection du milieu juridique de réception. Par exemple, avant 2006, le pacte comissoire était interdit en France pour des raisons de politique juridique : le législateur considérait que la protection du débiteur justifiait de ne pas permettre à un créancier de réaliser sa sûreté par une autre voie que judiciaire. Au nom de quelles raisons aurait-il pu être permis d'admettre qu'une sûreté étrangère pouvait se soustraire à une telle exigence au seul motif que ses constituants avaient prévu que la loi de situation du bien n'était pas la loi pertinente pour régir leur relation ? La Cour de cassation a rejeté un tel raisonnement en considérant, dans l'arrêt *Société DIAC* notamment, que la loi unique régissant la sûreté était la loi du lieu de situation du bien dont il était l'objet, rejetant ainsi toute prétention de contournement frauduleux de prohibition du pacte comissoire. Une telle règle aurait pu, à l'époque, faire l'objet d'un traitement tout à fait exceptionnel et être considérée comme internationalement impérative. La Haute juridiction n'en a pas eu besoin, car elle s'est contentée de dire que la loi étrangère ne s'appliquait pas. Pour autant, la prohibition du pacte comissoire n'en était pas moins une règle impérative du droit interne. Ce souci d'impérativité a poussé certains auteurs à développer une nouvelle théorie de rattachement à la loi d'autonomie conditionné par le respect des règles impératives du milieu juridique de référence.

#### *2. Opposition au rattachement à la loi de l'autonomie conditionné par le respect des règles impératives du milieu juridique de référence*

125. Soucieux de promouvoir la reconnaissance des sûretés étrangères et conscient des faiblesses des théories précédentes, le professeur D'AVOUT a préconisé, dans ses travaux doctoraux, une compétence de la loi d'autonomie conditionnée par l'application des lois de police du for dans lequel l'efficacité de la sûreté étrangère est sollicitée (A.). Bien qu'attrayante, une telle position ne semble satisfaisante ni théoriquement ni pratiquement ; c'est pourquoi il convient d'y manifester notre opposition (B.).

## A. L'autonomie de la volonté contrainte par le respect des lois de police

126. **Compétence de la loi d'autonomie.** Le professeur D'AVOUT prône un rattachement des sûretés réelles sur des « *biens immatériels ubiquitaires* » à la loi d'autonomie « *sous réserve de certains correctifs, tirés de la loi ordinairement applicable à la substance du bien ou des lois de police tierce qui éventuellement veulent s'appliquer à l'opération*<sup>205</sup>. » En matière de constitution, « l'entière opération paraît largement soumise au principe d'autonomie : les conditions et les effets de la dérivation des droits seront régis par la loi choisie par les parties au contrat (...) de constitution de garantie<sup>206</sup>. » Le professeur KHAIRALLAH ne semble pas prendre en compte les lois de police ; ceci est en cohérence avec les modalités de détermination de la loi applicable qu'il prône puisque la sûreté sera en réalité soumise à la loi de la localisation objective de la sûreté, ce qui rend inutile la considération des lois de police, mais qui rend stérile toute compétence de la loi d'autonomie. À l'inverse, le professeur D'AVOUT semble promouvoir une application décomplexée de la loi d'autonomie corrigée par l'application des lois de police dont il ne détermine pas l'étendue. Appliquée à l'hypothèse d'une sûreté étrangère constituée sur un bien incorporel demandant à être réalisé en France, la loi applicable sera celle choisie par les parties, probablement la loi de constitution – dès lors notamment que le lieu de réalisation n'est pas nécessairement connu par les parties au moment de la constitution de la sûreté réelle – et si celle-ci entre en contradiction avec la loi du for, alors il conviendra d'adapter les lois de police françaises et donc probablement de rejeter la reconnaissance de la sûreté non reconnue par le législateur français.

127. **Protection des tiers par l'application des lois de police.** Certainement conscient de la faiblesse de la protection apportée par le professeur KHAIRALLAH via l'application de la jurisprudence *Lizardi*, le professeur D'AVOUT soutient quant à lui le correctif d'application des lois de police : « une loi étatique tierce qui pourrait vouloir imposer internationalement l'accomplissement d'une formalité publicitaire, rendue nécessaire pour la préservation de la sécurité juridique du marché et des transactions locales » ; « Elles peuvent, de la même manière, imposer péremptoirement

---

<sup>205</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse. préc., n°478, p. 634 (italiques ajoutés).

<sup>206</sup> *Ibid.*

l'accomplissement d'une formalité publique constitutive du droit transféré (pour les créances qui seraient immatriculées et dont le transfert devrait prendre la forme d'une inscription constitutive sur un registre public), ou bien prévoir plus soupagement l'accomplissement d'une mesure publicitaire confortative, permettant d'assurer la pleine efficacité du droit constitué ou transféré à l'égard des tiers. Ces règles répondent fonctionnellement à la qualification de loi de police au sens usuel du droit international privé (...) <sup>207</sup>. » Pourtant, il semble que la compétence de la loi d'autonomie corrigée par les lois de police aboutisse, à l'inverse de l'objectif louable de facilitation de la réception des sûretés étrangères, à une inefficacité en raison de la violation de ces mêmes lois. Par exemple, il semble peu probable que les parties aient pensé au moment de la constitution à inscrire la sûreté qu'ils viennent de constituer sur le registre français destiné à rendre celle-ci opposable, violant ainsi une loi de police.

128. **Incertitudes : l'étendue des lois de police internationales en matière de sûretés réelles.** Pour assurer une certaine forme de cohérence de cette théorie – faciliter la réception des sûretés étrangères tout en protégeant l'ordre juridique de réception –, il convient de se positionner en faveur d'une conception extensive des lois de police en matière de sûretés réelles. Le droit positif est assez incertain en la matière. Au regard de la décision *Société DIAC* <sup>208</sup>, on peut considérer que les règles de réalisation comme prévues par le droit français constituent des règles impératives. Là encore, si la jurisprudence a eu, à l'époque, l'occasion de se prononcer sur la question du pacte comissoire, l'incertitude persiste pour les autres. Cependant, considérant les lois de police comme « les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale, ou économique d'un pays <sup>209</sup> », il y a fort à parier que les encadrements prévus par le législateur en matière de réalisation des sûretés réelles constituent des lois de police. Il en va de même pour l'opposabilité, à moins de considérer qu'une mesure d'opposabilité n'est pas une loi de police dont la violation ne serait pas soumise à un refus d'efficacité et ainsi considérer que le créancier étranger serait relégué après les créanciers ayant rendu leur sûreté sur le même bien opposable en droit français, y compris après la constitution de la sûreté étrangère. Une telle solution ne peut être satisfaisante au regard de l'objectif de rendre la sûreté réelle efficace dans

---

<sup>207</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse. préc., n°478, p. 634.

<sup>208</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, *RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>209</sup> Ph. FRANCESKAKIS, *V° « Conflit de lois »*, art. préc., n°137.

l'ordre juridique français. Même si les partisans de cette théorie adoptaient une conception large des lois de police englobant tant les règles d'opposabilité que de réalisation de la sûreté réelle en France, il conviendrait de s'y opposer – au-delà des raisons théoriques – pour la simple raison qu'une conception large des lois de police couplée à une compétence de la loi d'autonomie – donc qui ne prévoirait pas un mécanisme d'adaptation de la sûreté étrangère par une assimilation à une sûreté locale de rattachement – aboutirait, en réalité, à l'absence totale d'efficacité de la sûreté. En bref, une telle solution n'est pas satisfaisante au regard de l'objectif honorable qu'elle se propose de remplir.

## B. Opposition

129. **Dualité d'opposition.** Si une telle théorie était adoptée, il faudrait, pour satisfaire le degré de protection des créanciers, adopter une conception stricte des lois de police et considérer que tous les domaines touchant à l'opposabilité et à la réalisation de la sûreté devraient constituer des règles internationalement impératives d'application immédiate. Séduisante, une telle solution mérite néanmoins de recevoir à la fois une opposition théorique (1) et pratique (2). Opposition théorique en raison de sa contrariété au droit positif et à l'essence des sûretés réelles. Opposition pratique parce que contrairement aux effets souhaités, une telle solution risque d'empêcher l'efficacité des sûretés étrangères. En effet, si l'on considère que la violation des lois de police entraîne automatiquement la paralysie de la réalisation de la sûreté étrangère, une telle solution risque en réalité de bloquer toute hypothèse de réception. Si au contraire, on considère que le créancier étranger pourrait bénéficier d'un délai pour se mettre en conformité avec les lois de police françaises, alors on revient à la solution de l'adaptation par assimilation de la sûreté étrangère à une sûreté du for et mieux vaut ne pas passer par une distorsion du droit positif, conserver la compétence de la *lex rei sitae* et imposer d'office le respect des règles impératives d'opposabilité et de réalisation.

### 1) Opposition théorique

130. **Reprise des critiques traditionnelles.** L'opposition théorique à une telle forme de rattachement autonome est marquée du même sceau que les critiques conceptuelles portées contre la première forme de compétence de la loi d'autonomie. En

effet, si les modalités de rattachement et les correctifs sécuritaires diffèrent, les principes de compétence sont identiques. Dès lors, s'il ne convient pas de s'étendre sur une telle opposition, il convient au moins de rappeler qu'une telle solution est contraire au principe du *numerus clausus* des sûretés réelles, à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation et à l'essence des sûretés réelles.

131. *Quant au principe du numerus clausus.* L'application de la loi d'autonomie, même corrigée par l'intervention des lois de police, entre en confrontation directe avec le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles. En effet, admettre que les parties puissent s'entendre sur la réalisation d'une sûreté constituée à l'étranger, à partir d'un modèle issu d'un droit étranger, constitue une violation manifeste du principe selon lequel les sûretés ne sont pas, dans l'ordre juridique français, de création libre et que leur efficacité est liée à leur admission par le législateur français.

132. *Quant à la jurisprudence de la Cour de cassation.* La Cour de cassation s'est, jusqu'à présent, toujours refusée à admettre le rattachement à la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles : la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France<sup>210</sup> ; « la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France<sup>211</sup> » ; « indépendamment de la loi régissant le contrat conclu entre les sociétés N. et F., la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens mobiliers situés en France<sup>212</sup>. »

133. *Quant à l'essence des sûretés réelles.* Il semble tout à fait pertinent de marquer une opposition vigoureuse au rattachement à la loi de l'autonomie en matière de sûretés réelles, ne serait-ce qu'en raison de l'absence de relativité des sûretés réelles : les effets de la constitution ou de la réalisation sont plus lourdement ressentis par le créancier qui perd une partie de son droit de gage général sur le patrimoine du débiteur, que par ce dernier qui aurait, de toutes les manières, dû respecter l'engagement principal ayant fait l'objet d'une garantie.

---

<sup>210</sup> Cass. req., 24 mai 1933, *Sté Administrative Kantoor de Mas c/ Synd. Soc. des automobiles Ravel*, S. 1935, 1, p. 253, n. BATIFFOL ; *RCDIP*, 1934, p. 142.

<sup>211</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, *RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>212</sup> Cass. com., 11 mai 1982, *Soc. Localease*, *RCDIP*, 1983. 450, n. KHAIRALLAH ; *D.* 1983. 271, n. WITZ.

## 2) Opposition pratique

134. **Risques d'inefficacité de la sûreté réelle.** De manière surprenante, la conciliation entre la compétence de la loi d'autonomie et le correctif des lois de police semble porter, intrinsèquement, un danger pour l'efficacité des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français. Ceci est d'autant plus vrai que cette théorie vise à dépasser la méthode traditionnelle de l'adaptation par assimilation – parfois considérée comme archaïque – qui consiste à faciliter la réception d'une institution étrangère dans l'ordre juridique français, y compris face aux règles les plus impératives, en prenant comme point de référence une institution locale conceptuellement proche dont le régime juridique pourrait se voir appliqué. Appliquée aux sûretés réelles – tel que le font les juridictions allemandes – elle aboutirait à prendre comme point de référence une sûreté française conceptuellement proche de la sûreté étrangère par le bien sur lequel elle porte et d'adapter dans l'ordre français le régime de la première à la seconde. Les lois de police conserveraient une forme de pertinence, consistant à déterminer les règles qu'il conviendrait d'assimiler de manière impérative et celles à l'égard desquelles une liberté des parties et une tolérance à l'égard de l'ordre étranger seraient concevables. Au regard des principes fondamentaux du droit français, de la nature des sûretés réelles et la protection des différents intérêts en présence, cette solution semble la seule concevable pour permettre l'efficacité des sûretés réelles, notamment depuis le rapprochement matériel des différents droits européens des sûretés au cours des années 2000. Il faut considérer que l'application de la loi d'autonomie corrigée par l'application des lois de police pourrait aboutir, en réalité, à l'inefficacité de la sûreté étrangère dès lors que les règles relatives à l'opposabilité et à la réalisation des sûretés sont des règles impératives destinées à protéger l'ordre juridique du for.

135. En effet, la sûreté passerait probablement l'examen de la reconnaissance si les juges considéraient que le *numerus clausus* n'est plus applicable et que la création des sûretés était libre. Cependant, la garantie étrangère échouerait à être rendue efficace du fait de l'application des lois de police, notamment au stade de l'opposabilité dès lors que les parties n'auraient, par hypothèse, pas satisfait aux exigences de publicité. Au fond, il est beaucoup plus pertinent de conserver les principes fondamentaux du droit des sûretés réelles – *numerus clausus* et compétence territoriale de la loi de situation –,

de promouvoir une faveur jurisprudence et de développer une théorie et une pratique de l'adaptation. C'est pourquoi il convient de déterminer les solutions classiques de conflit de lois applicables aux sûretés réelles : *faire découler une compétence législative de la localisation fictive du bien incorporel*.

136. **Conclusion du Chapitre I.** Promu par une tendance doctrinale émergeant à la fin des années 1970, le rattachement de la sûreté à la loi déterminée par les parties ne trouve pas d'appui dans le droit positif. Il serait incohérent de promouvoir le *numerus clausus* des sûretés réelles – instrument de protection des tiers – et de laisser aux parties la maîtrise de la loi applicable à la fois. L'un est antinomique de l'autre. En droit international privé, les sûretés réelles doivent rester indisponibles à la volonté des parties. Cette dernière n'est accessible que lorsque les droits des tiers ne sont pas soumis à l'influence de l'opération juridique ; en d'autres termes, lorsque l'effet relatif est respecté. Or les sûretés réelles ont pour caractéristique principale de réduire les droits des tiers en donnant une position prioritaire ou exclusive à un créancier particulier, réduisant ainsi le droit de gage général des créanciers généralement considérés. Mise à part la réduction de sa capacité à obtenir des crédits supplémentaires, la constitution d'une sûreté n'a pas d'influence majeure sur la situation du débiteur : qu'une sûreté greve un de ses biens ou non, il devra satisfaire le créancier. Afin de protéger les tiers et l'ordre juridique, les partisans de la loi d'autonomie prônent l'intervention des lois de police, comme correctif à la volonté des parties. Cette solution ne semble pas pertinente pour régler le problème de l'efficacité. Soit les lois de police sont prises de manière extensive et alors la réception des sûretés réelles sera empêchée par le *numerus clausus*, principe nécessaire à la protection de l'ordre juridique, économique et social ; soit les lois de police sont prises de manière minimale et alors les tiers se retrouveront démunis face aux sûretés réelles étrangères, non soumises à des règles fondamentales à la protection de l'ordre juridique. De manière paradoxale, le principe de territorialité va s'avérer le plus adéquat à la réception des sûretés constituées à l'étranger. La localisation fictive permet d'identifier la situation des biens grevés de droits réels accessoires et ainsi de déterminer la loi applicable à l'opération. Par la technique d'adaptation du régime de la sûreté étrangère à celui d'une sûreté locale conceptuellement proche, il est possible de concilier territorialité, intérêts des créanciers et protection du droit de gage des tiers. Voici la philosophie générale des solutions de conflit de lois en matière de sûretés sur biens incorporels que nous défendons ici.

## Chapitre II : La territorialité comme solution aux conflits de lois en matière de sûretés sur biens incorporels

137. **Promotion de la territorialité.** Pour comprendre l'importance de la théorie territorialiste en matière réelle, dressons son histoire à gros traits. Aux XII<sup>ème</sup> et XIII<sup>ème</sup> siècles, la France champenoise, l'Italie du Nord et les Flandres connaissent, grâce aux célèbres foires, une période d'expansion économique caractérisée par une grande mobilité des marchandises. C'est à cette époque que se développent les premières thèses personnalistes selon lesquelles la loi applicable au meuble est celle de son possesseur : *mobilia sequuntur personam, mobilia ossibus inhaerent* ; « tous les meubles qui ne sont pas rattachés à un immeuble sont donc rattachés à une personne<sup>213</sup>. » Le bien meuble étant une quasi-émanation de l'individu, il constituait pour le créancier, au même titre que la personne de ce dernier, une garantie de paiement. Dans un tel contexte, il est logique que l'autorité seigneuriale s'exerçant sur le membre de la seigneurie s'exerce également sur ses biens, prolongation de sa personne : les condamnations civiles ou pénales s'accompagnaient alors d'une confiscation des biens. « Les appétits seigneuriaux conduisent à détacher la personne et ses meubles : en cas de confiscation, les meubles vont progressivement aller au titulaire de la justice dans le ressort de laquelle ils se trouvent au moment de la condamnation, quoique celle-ci ait été prononcée ailleurs (par le justicier du domicile ou du lieu d'arrestation)<sup>214</sup>. » Autre élément pouvant expliquer « la pression de la territorialité » : les différences de coutumes applicables aux parties à un conflit portant sur des droits réels. Ainsi, lorsque deux parties relèvent de deux lois personnelles distinctes, le tribunal aura tendance à trancher le litige en se fondant sur la loi de situation du droit réel. Dans les temps modernes, le territorialisme a continué à essaimer en s'inspirant des principes du Moyen-Âge : « le Parlement de Paris par arrêt du 11 juillet 1716 demande en effet à la coutume du lieu de situation s'il faut tenir pour meubles les blés en herbe, dès montaison, comme le prévoit la Coutume du Nivernais qui était celle du domicile du défunt<sup>215</sup>. » ; de manière générale, les biens incorporels (rentes foncières, créances, etc.) sont localisés au domicile du débiteur<sup>216</sup>. Gabriel de VAREILLES-SOMMIERES systématise

---

<sup>213</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 97.

<sup>214</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p. 98.

<sup>215</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p. 300.

<sup>216</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p. 302.

cette approche territoriale à la fin du XIX<sup>e</sup> dans *La Synthèse du droit international privé*. Voici ce qu'il écrit à propos du statut réel : « La règle générale est que les meubles sont régis, comme les immeubles, par la loi du lieu où ils se trouvent matériellement [...], il n'en est autrement qu'en matière de succession et de privilèges [au regard desquels] les meubles sont toujours censés situés au domicile du propriétaire et régis par la loi de cette situation fictive<sup>217</sup>. » En tant qu'elle exprime l'idée de situation fictive en matière de privilèges, c'est-à-dire de sûretés réelles, la pensée de VAREILLES-SOMMIERES sera fondamentale dans la suite de nos développements, car « avec la localisation fictive, il reste dans le champ de la territorialité<sup>218</sup>. »

138. La territorialité est donc, en tant que système, assez récente en matière mobilière. Cependant, son importance nous semble fondamentale. Henri BATIFFOL ne s'y trompait pas lorsqu'il voyait dans cette théorie un moyen de prendre en compte la dimension sociale et collective des biens et de leur utilisation<sup>219</sup>. Ceci est d'autant plus vrai pour les biens incorporels : « Les propriétés incorporelles portent, par définition, sur des biens immatériels, elles ne se localisent que par les actes qu'accomplit leur titulaire dans l'exercice de son droit<sup>220</sup>. » Constaté l'ubiquité des propriétés incorporelles ne doit pas empêcher de penser l'intérêt général et l'intérêt des tiers. Leur particularité est de pouvoir se localiser à plusieurs endroits en même temps ; la vocation d'un État est d'adopter des règles destinées à créer un équilibre satisfaisant des intérêts (intérêt général, intérêts des créanciers, des débiteurs et des tiers). Par conséquent, il est nécessaire pour un système juridique ayant vocation à statuer sur des opérations portant sur des droits réels, de définir la loi applicable en fonction de la situation fictive du bien déterminée à partir des actes matériels dont il est l'objet. Ceci est d'autant plus vrai que la constitution d'une sûreté n'est pas un acte anodin, en tant qu'elle retire aux tiers une fraction de leur droit de gage général au profit d'un créancier unique. En pareille hypothèse, la protection d'un ordre juridique ne peut donc se permettre de laisser la détermination de la loi applicable à la volonté des parties dont la satisfaction des intérêts primera sur la prise en compte du bien public. C'est ainsi que la territorialité semble être le système le plus pertinent de détermination de la loi applicable des droits réels principaux et surtout accessoires. Reste à définir les principes généraux de ce

---

<sup>217</sup> G. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse du droit international privé*, Paris, 1897, I, n°80, p. 53.

<sup>218</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p. 464 (italiques ajoutés).

<sup>219</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., n°104, p. 232.

<sup>220</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., n°114, p. 252.

rattachement (*Section 1*) et à en examiner les applications particulières à partir de la distinction entre sûretés hypothécaires et sûretés non-hypothécaires (*Section 2*). Comprenons que déterminer la loi applicable à la sûreté est essentiel pour sa réception. *Si la méthode de l'adaptation fait l'économie du conflit de lois pour les questions à caractère impératif, ce dernier est réintroduit pour celles qui ne le sont pas. Ainsi la loi de situation du bien a vocation à s'appliquer chaque fois que l'hypothèse de réception concernée ne relève pas du domaine des lois de police.*

### *Section 1 : Principes généraux de rattachement*

139. Incertain, le rattachement des sûretés sur biens incorporels à une loi nationale doit être fondé sur des principes généraux dont l'objectif est, non seulement de donner une qualification précise et pertinente des biens en cause et du droit réel dont ils font l'objet, mais également de justifier le critère de rattachement par cette nature. La constitution de droits réels accessoires sur des biens incorporels, si elle est fréquente, pose néanmoins certaines difficultés quant à la détermination de la loi applicable. En effet, une sûreté réelle sur un bien incorporel peut avoir ceci de particulier qu'il s'agit d'un droit réel constitué sur un droit personnel, un droit dont le caractère réel ne repose que sur la présence d'un débiteur (par exemple les créances). Ce ne sera pas toujours le cas. En effet, souvent ces sûretés sont constituées sur des choses incorporelles, c'est-à-dire des biens incorporels en eux-mêmes, qui ne nécessitent pas l'intervention d'un tiers pour exister (par exemple les droits de propriété intellectuelle). Outre la difficulté tenant à la constitution de droits réels sur des droits personnels (qui rend d'ailleurs la distinction doctrinale entre les deux assez relative, bien qu'utile), la division des biens incorporels entre droits incorporels et choses incorporelles rend la qualification des sûretés sur biens incorporels et leur rattachement à une loi applicable plus délicats. Ceci est dû à ce qu'il devrait être convenu de nommer l'hétérogénéité des biens incorporels (1.). Pour autant, les biens incorporels conservent, en termes de qualification, leur nature réelle. Par conséquent, il est tout à fait pertinent, malgré les difficultés de localisation, de conserver le principe de la territorialité et la compétence de la loi de situation fictive ou non du bien incorporel. Cependant un tel rattachement doit s'effectuer en tenant compte des particularités liées, non seulement aux spécificités des biens incorporels, mais également à la constitution d'un droit réel accessoire dont ils peuvent être l'objet. Ceci implique de promouvoir une transposition conditionnée des règles de rattachement traditionnelles du droit des biens (2.).

#### *1. Hétérogénéité des biens incorporels*

140. Ce qu'il convient de nommer « l'hétérogénéité des biens incorporels » recouvre, en réalité, deux phénomènes qui apparaissent fondamentaux pour la qualification des sûretés sur biens incorporels en droit international privé : la dualité de nature des biens incorporels et la possibilité de constituer des droits réels sur des droits

personnels (A.). De telles particularités marquent la différence qu'il existe entre biens corporels et biens incorporels. Pour autant, une telle différence ne doit pas conduire à une différence de qualification et donc de rattachement. En effet, la similarité des prérogatives et l'identité fondamentale de régime impliquent un rapprochement des propriétés corporelles et incorporelles en droit international privé (B.).

#### A. Dualité des biens incorporels et constitution de droits réels sur des droits personnels

141. **Brèves historiques sur les biens incorporels.** La difficulté des sûretés sur biens incorporels est qu'il s'agit de la constitution de droits réels sur des biens non physiquement perceptibles, des biens qui n'ont « ni forme ni figure » pour reprendre l'expression de MARCADE<sup>221</sup>. Comme le note Charles GIJSBERS, cette distinction est ancienne : « Dès le II<sup>ème</sup> siècle après J.-C., les *Institutes* de Gaius opposaient clairement les *res corporales* et les *res incorporales*, les premières étant « celles qui peuvent être touchées, tels un fond, un homme, un habit, l'or, l'argent », contrairement aux secondes « qui consistent dans un droit, telles qu'une hérédité, un usufruit, des obligations de toute sorte »<sup>222 223</sup>. » Depuis longtemps, les biens incorporels sont saisis par le droit international privé. À la suite de Bertrand ANCEL, donnons l'exemple des rentes<sup>224</sup>. Le droit du créancier sur un immeuble, droit réel, se superpose au droit de propriété sur l'immeuble. C'est ainsi que l'affirmation de Charles JACQUES selon laquelle le bien incorporel est « une pure conception de l'intelligence humaine » qui n'a donc « pas d'existence matérielle », qui ne participe donc pas « par lui-même du mouvement ou de l'immobilité<sup>225</sup> », peut être nuancée. Comme le droit du propriétaire de l'immeuble, le

---

<sup>221</sup> V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, 5<sup>ème</sup> éd., Cotillon, Paris, 1859, n°339, p. 327.

<sup>222</sup> L. DOMENGET, *Institutes de Gaius, contenant le texte et la traduction en regard avec le commentaire au-dessous*, Marecq, Paris, 1866, p. 121 et s., 2<sup>ème</sup> partie des *Institutes*, §13 et 14.

<sup>223</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°597, p. 601.

<sup>224</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p. 302 : « Les biens incorporels sont très nombreux, parmi lesquels se rencontrent les rentes qui ont bien alimenté la jurisprudence. Ces rentes sont de deux sortes. Il y a les rentes foncières, qui grèvent un immeuble, un fonds de terre, dont partie du revenu va être soustraite au propriétaire pour être remise au créancier. Le droit de celui-ci empiète sur les prérogatives du titulaire du fonds et est, comme le droit de ce titulaire, un droit réel ; il est soumis à la loi du lieu de situation, comme le bien sur lequel il s'exerce. La seconde espèce de rente est celle que le créancier se constitue en versant un capital contre la promesse d'un revenu garanti par une hypothèque et s'élevant à un certain pourcentage de son investissement (par exemple au dernier 16 : l'arrérage est d'un montant 16 fois inférieur à la valeur du capital investi, soit 6,25%). Dans la mesure où une clause de rachat est stipulée dans le contrat de constitution, qui oblige le débiteur à racheter la rente à un certain terme, c'est-à-dire à restituer le capital, l'opération s'apparente fortement au prêt à intérêt. »

<sup>225</sup> Ch. JACQUES, *Histoire de la distinction des biens meubles et immeubles*, thèse, Paris, 1884, p. 2.

droit du crédientier est, dans les temps modernes, soumis « à la loi du lieu de situation, comme le bien sur lequel il s'exerce<sup>226</sup>. » Certes, la rente échappe au toucher, mais peut-on vraiment dire qu'elle est dépourvue de toute tangibilité sachant qu'elle s'exerce sur un immeuble et que la loi applicable à celle-ci est celle de celui-là ? Les droits incorporels peuvent être, historiquement, caractérisés de biens, de droits réels : « Les créances sont en principe des biens mobiliers<sup>227</sup>. » Dès le XVI<sup>e</sup>, ces biens incorporels ont pu faire l'objet, par la jurisprudence, de localisation fictive. Décisions des Parlements à l'appui<sup>228</sup>, Bertrand ANCEL affirme que ces droits sont soumis à la coutume du domicile du créancier au moment de l'engagement. « Le domicile du débiteur, qui est pourtant le lieu où l'exécution peut être demandée, donc le lieu d'exercice des droits du créancier, est ici écarté parce que, considérée en tant que bien incorporel, la créance rejoint les autres droits mobiliers du créancier tant du point de vue des régimes matrimoniaux que du point de vue des successions<sup>229</sup>. » Par ces brèves historiques, on peut considérer les biens incorporels comme des droits réels à part entière, pouvant faire l'objet d'une localisation qui, bien que fictive, reste pertinente et perceptible.

142. **Particularités des sûretés sur biens incorporels : choses incorporelles et droits incorporels (1).** Les choses incorporelles se distinguent des droits incorporels en ce sens que si les seconds ont besoin d'un débiteur pour exister, les premières existent, malgré leur incorporéité, par elles-mêmes : « Les choses incorporelles ne doivent pas être confondues avec les biens incorporels les plus ordinaires, qui sont les droits. La différence est claire : les choses incorporelles sont des choses, certes artificielles, mais dont l'existence relève de relations économiques et non d'un quelconque système juridique préétabli ; en revanche, les droits sont des objets créés à l'intérieur même des relations juridiques, par des techniques adéquates. Qu'est-ce qu'un droit ? Un lien juridique constitué entre deux personnes, aux termes duquel l'une – appelée « débiteur » – doit quelque chose à une autre, nommée créancier. Ces droits sont donc des liens obligatoires, en vertu desquels une personne attend d'une autre qu'elle obéisse à ces engagements. Il s'agit là d'objets purement juridiques, qui n'ont aucune contrepartie dans le monde réel, et qui s'évanouissent dès lors que le système juridique

---

<sup>226</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p.302.

<sup>227</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p.302.

<sup>228</sup> Parlement de Paris, 1<sup>er</sup> juin 1571 ; Parlement de Paris, 7 mars 1598, *Succession de Louise Braux* ; Parlement de Paris, 22 février 1607.

<sup>229</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p.302.

défaillance<sup>230</sup>. » Les choses incorporelles sont par exemple les biens intellectuels (œuvres d’art, brevets, marques, etc.) et les fonds de commerce. Sauf à considérer l’obligation passive universelle de PLANIOL selon laquelle le droit réel a un sujet actif, le titulaire du droit, et une infinité de sujets passifs, débiteurs universels de ce droit, ces choses existent en elles-mêmes sans l’intervention d’aucun rapport de droit. Comme le dit Rémy LIBCHABER, elles sont le fruit d’un « rapport économique<sup>231</sup> » ; dénuées de tangibilité matérielle, ces choses – « pure conception de l’intelligence humaine<sup>232</sup> », êtres plus intellectuels que réels, « n’occupant aucune place dans l’espace<sup>233</sup> » – peuvent se concevoir en dehors du système juridique contrairement aux droits incorporels qui n’existent que par l’engagement d’un débiteur. Si la valeur d’une chose incorporelle est économique, celle d’un droit incorporel est juridique : pour employer le mot de Joseph DE MAISTRE<sup>234</sup>, la « réité » d’une créance, et donc sa valeur économique, dépend exclusivement de ce à quoi s’est engagé à payer le débiteur. Peut-on dire à cet égard que la sûreté réelle sur un droit personnel n’est pas autre chose qu’une sûreté personnelle renforcée par la présence d’un second patrimoine de garantie ? Le point commun des droits incorporels et des choses incorporelles est qu’ils sont tous deux des biens sur lesquels il est possible de constituer des droits réels, et notamment des droits réels accessoires en garantie d’une obligation personnelle tierce. Ceci est conditionné au fait que ces choses et ces droits soient considérés comme de véritables droits réels. Pour les choses incorporelles, le Conseil constitutionnel l’a affirmé en 2006 : « les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d’auteur et les droits voisins (...) figurent (...) parmi (...) les domaines nouveaux du droit de propriété<sup>235</sup>. » Pour les droits personnels, dès 1994, la Cour européenne des droits de l’Homme a considéré que les créances étaient des biens au sens de l’article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales<sup>236</sup>. La difficulté vient alors de ce que, malgré « l’absence d’homogénéité interne<sup>237</sup> », ces deux catégories de biens incorporels font l’objet d’un même type de droit, la sûreté réelle.

---

<sup>230</sup> R. LIBCHABER, *V° « Biens », Répertoire Dalloz de droit civil*, 2016 (actualisation : décembre 2019), n°67.

<sup>231</sup> R. LIBCHABER, *V° « Biens », art. préc.*, n°67.

<sup>232</sup> Ch. JACQUES, *Histoire de la distinction des biens meubles et immeubles*, *op. cit.*, p.2.

<sup>233</sup> V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, *op. cit.*, n°339, p. 327.

<sup>234</sup> J. DE MAISTRE, *Éclaircissements sur les sacrifices*, 1821, L’Hermé, 2010.

<sup>235</sup> Cons. const., 27 juillet 2006, DC n°2006-540, JO 3 août 2006, *RTD civ.* 2006, p. 791, obs. T. REVET.

<sup>236</sup> CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, req. n°13427/87.

<sup>237</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°601, p. 604.

143. **Particularités des sûretés sur biens incorporels : un droit réel portant sur un droit personnel (2).** La difficulté majeure en droit international privé vient de ce que les droits réels accessoires peuvent être constitués sur des droits personnels. Autant il peut être aisé de localiser une chose incorporelle, notamment au lieu où la valeur économique est créée, autant il peut s'avérer plus délicat de localiser, de manière fictive, un droit personnel qui n'a pour source que l'engagement du débiteur. Les droits personnels sont encore plus incorporels et encore moins tangibles, perceptibles que les choses incorporelles : « Pour tous ces biens [les choses incorporelles], il n'est pas vrai de dire, comme on l'affirme parfois, qu'ils échappent aux organes des sens comme étant de pures constructions intellectuelles secrétées par le système juridique. Sans doute ne sont-ils pas palpables et échappent, comme tels, au sens du toucher, mais l'on peut tout de même lire un livre, voir un film, écouter de la musique, sentir un parfum, etc. ; autant de richesses qui pourraient parfaitement se concevoir en dehors même de tout système juridique (contrairement aux droits incorporels)<sup>238</sup>. » En somme, il est plus aisé de percevoir l'existence et d'admirer la beauté d'une œuvre d'art que d'une créance ou d'un titre financier. Il semble ainsi difficile de déterminer un droit commun des sûretés sur biens incorporels. À cet égard, le législateur, aidé par la Commission de réforme dirigée par Michel GRIMALDI, ne s'y est pas trompé en 2006. Ni au sein de la commission doctrinale ni lors de l'adoption de l'ordonnance du 23 mars 2006, il n'a jamais été question de déterminer un régime unique et unitaire des sûretés sur biens incorporels : les choses incorporelles, valeurs dépourvues de débiteur, répondent à des règles d'existence, d'opposabilité et de réalisation radicalement différentes de celles des droits personnels. Les nantissements des choses incorporelles répondent soit à des régimes spéciaux (nantissements de films cinématographiques, C. cin., art., L. 124-1 ; nantissement de logiciels, CPI, art., L. 123-34 ; nantissement de brevets, CPI, art., L. 614-14 ; nantissement de marques, CPI, art., L. 714-1 ; etc.), soit, à défaut, au régime du gage de meubles corporels prévu à l'article 2355 alinéa 5 du Code civil (nantissement de bases de données, nantissement de toutes les œuvres de l'esprit autres que les films cinématographiques et nantissement des signes distinctifs autres que la marque, nom commercial, nom de domaine, enseigne ou dénomination commerciale). Cependant, la Commission a eu l'intention de déterminer un régime de nantissement unique pour les droits personnels, créance, instruments financiers et monnaie scripturale. Cependant, les

---

<sup>238</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°598, p. 602, ndb. n°3.

textes consacrés aux deux derniers types de droits n'ont pas été repris par l'ordonnance, et en réalité, seules les créances font l'objet d'une réglementation particulière au sein du Code civil. Quoi qu'il en soit, les logiques gouvernant les droits incorporels et les choses incorporelles étant trop différentes, aucun droit commun des sûretés sur biens incorporels n'a jamais été envisageable<sup>239</sup>.

144. Malgré leurs différences de régime, les droits et les choses incorporelles appartiennent à la même famille, celle des biens incorporels. De même, malgré leur absence de matérialité et de tangibilité, les biens incorporels appartiennent à une même catégorie, celle des biens. Ceci est vérifiable par le simple fait qu'ils sont tous susceptibles d'être grevés d'un droit réel, principal ou accessoire. À cet égard, les biens corporels et incorporels sont logés à la même enseigne : les prérogatives du bénéficiaire d'un droit réel sont les mêmes, peu importe que le bien grevé soit corporel ou incorporel.

## B. Le rapprochement des propriétés corporelles et incorporelles en droit international privé

145. En raison de la similarité des prérogatives (1) et de l'identité des régimes de sûretés (2), il semble pertinent, en droit international privé, de promouvoir un rapprochement entre les propriétés corporelles et incorporelles.

### 1) Similarité des prérogatives

146. Nous l'avons vu, les plus hautes juridictions (Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme) ont affirmé que les biens incorporels – droits personnels ou choses incorporelles – étaient des biens à part entière. Par conséquent, la constitution et l'exercice de droits privatifs sur ces biens sont tout à fait envisageables. Ainsi, le propriétaire d'un bien incorporel a les mêmes prérogatives que s'il s'agissait d'un bien corporel (a). De même, la constitution d'un usufruit sur une créance, des parts

---

<sup>239</sup> H. SYNDET, « Le nantissement de meubles incorporels », *Dr. et pat.*, mars 2005, n°140 : « Aucun droit commun du nantissement n'existe auquel on puisse se reporter pour constituer une sûreté sur d'autres meubles incorporels que les créances, la monnaie scripturale ou les instruments financiers. L'observation n'induit pas une préoccupation lorsque l'on considère les droits de propriété intellectuelle. Ceux-ci sont marqués d'un fort particularisme, et les sûretés susceptibles de les grever n'obéissent pas à la même logique que celles que l'on vient de décrire. En réalité, le nantissement que l'on voit prendre corps dans le projet est celui des droits personnels. »

sociales ou le droit d'exploitation dont jouit légalement le conjoint de l'auteur décédé est autorisée par la loi (b).

a) La propriété des biens incorporels

147. **Caractéristiques du droit de propriété : pouvoir, richesse, perpétuité et exclusivité.** Les prérogatives du propriétaire d'un bien incorporel sont exactement les mêmes que celles que celui-ci pourrait avoir sur un meuble corporel. La propriété c'est le pouvoir, la richesse, la perpétuité et l'exclusivité<sup>240</sup> et l'on peut dire que le propriétaire d'un droit personnel ou d'une chose incorporelle en est pourvu. Les cours ayant admis la propriété des créances ou des droits de propriété intellectuelle ne s'y sont d'ailleurs pas trompés : sans la constatation de ces prérogatives, elles n'auraient jamais consenti un tel attribut. D'abord, le pouvoir. Il s'agit là de l'ensemble des prérogatives qu'un propriétaire peut avoir sur son bien. Classiquement, on distingue les pouvoirs d'user, de jouir et de disposer. D'un côté, la jouissance correspond au « mode maximal d'utilisation d'une chose ; elle absorbe l'*usus* et se résorbe dans le *fructus*<sup>241</sup> » : en somme, liberté d'utilisation (droit de se clore dans sa propriété ou d'en donner un libre accès) et liberté d'exploitation (droit d'exploiter ou non sa propriété sous réserve des servitudes, des troubles de voisinage et des abus de droit). De l'autre, la disposition est « le mode maximal de gestion d'une chose ; elle englobe successivement et *in crescendo* les actes de conservation, les actes d'administration et les actes de disposition<sup>242</sup> » : droit de conserver son bien, de le démolir, de l'abandonner, d'en disposer. Ensuite, la richesse. Le droit de propriété est la traduction juridique de la valeur économique du bien sujet à ce droit réel : parce que la chose a une certaine valeur économique, le droit réel de propriété constitue une richesse du fait de la capacité exclusive de son titulaire à exploiter le bien en jouissant de ses fruits et à en disposer, en profitant de la valeur d'échange de celui-ci. Quant à la perpétuité. Sous réserve de la destruction du bien, le droit de propriété est perpétuel, c'est-à-dire qu'il ne s'éteint pas par le non-usage. Enfin, l'exclusivité. Le droit de profiter des utilités présentes et à venir d'un bien ne serait rien sans la possibilité d'exclure les tiers de cette jouissance : « pour éprouver les pleins délices de son mariage avec les choses, l'individu a généralement

---

<sup>240</sup> M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », art. préc., n°3, p. 172 et s.

<sup>241</sup> A. SERIAUX, *V°* « Propriété », *Répertoire Dalloz de droit civil*, juin 2016 (actualisation : mai 2018), n°58.

<sup>242</sup> *Ibid.*

besoin d'en exclure autrui<sup>243</sup>. » Donc l'exclusivité consiste à la fois en un devoir des tiers de ne pas empiéter sur les droits du propriétaire dans la jouissance de son bien et le droit de ce dernier de requérir l'intervention de la force publique, par une action en revendication, pour faire cesser cette intrusion : l'exclusivité exprime donc l'opposabilité du droit de propriété aux tiers. Cependant, il serait contestable, comme de nombreux auteurs ont tenté de le faire<sup>244</sup>, de réduire le droit du propriétaire à sa capacité à exclure les tiers de sa sphère de jouissance : le droit de propriété est la possibilité de jouir paisiblement de ses richesses avant d'être une injonction faite aux tiers de respecter ce bénéfice. L'exclusivité n'est donc qu'un moyen de s'assurer du bon respect de la jouissance<sup>245</sup>. Reste donc à constater que ces caractéristiques sont tout à fait transposables aux biens incorporels : prenons à cet égard l'exemple des droits de propriété intellectuelle, choses incorporelles, et des créances, droits personnels.

148. **Choses incorporelles : les droits de propriété intellectuelle (1).** Les droits intellectuels se sont vus attribuer la qualification de propriété par le Conseil constitutionnel<sup>246</sup> et la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>247</sup>. Peut-on, pour autant, considérer qu'il s'agisse d'une propriété à part entière ? Les droits de propriété intellectuelle sont évidemment des propriétés d'un genre à part. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a-t-elle pas d'ailleurs admis leur inclusion dans cette catégorie que pour leur faire bénéficier de la protection accordée par l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel ? Certes, le régime de propriété des droits intellectuels est très spécifique ; certes, le régime de propriété du Code civil trouve peu à s'appliquer. Pour autant, ce que l'on peut constater, c'est que de manière fonctionnelle, les caractéristiques permettant de qualifier un droit de propriété sont présentes lorsqu'il s'agit d'envisager les droits de propriété intellectuelle. Ceci leur donne donc un caractère patrimonial : s'il n'est pas possible, en termes de régime, de les assimiler aux biens corporels (tout comme d'ailleurs, il n'est pas envisageable d'assimiler les créances à ce type de biens), il est indéniable que la richesse qu'ils représentent, le pouvoir de leur titulaire, l'exclusivité

---

<sup>243</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013, p. 255.

<sup>244</sup> Par exemple : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, n°2159 et s., p. 658 et s.

<sup>245</sup> V. à ce sujet les pertinentes explications de Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°164 et s., p. 159 et s.

<sup>246</sup> Cons. const., 27 juillet 2006, décis. n°2006-540 DC, JO 3 août, *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. REVET.

<sup>247</sup> CEDH, 11 octobre 2005, *Anheuser-Busch c. Portugal*, req. n°73049/01.

qui leur est attachée et les manifestations de perpétuité qui sont les leurs permettent de les classer dans la catégorie des biens.

149. D'abord, le pouvoir. Le titulaire d'un brevet, par son monopole d'exploitation, a une jouissance exclusive de son droit : le titre de propriété industrielle « confère à son titulaire ou à ses ayants cause, un droit exclusif d'exploitation » (CPI, art. L. 611-1). Les pouvoirs du propriétaire sur son bien sont définis de manière négative : « Ce qui est interdit aux tiers constitue le monopole du breveté : l'acte de contrefaçon est négatif, l'image inversée de l'acte réservé au breveté<sup>248</sup>. » Les actes énumérés à l'article L. 613-3 du Code de la propriété intellectuelle correspondent à l'exploitation industrielle de l'invention et donc aux pouvoirs du propriétaire sur son bien : la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'importation, l'exportation, le transbordement, l'utilisation d'un procédé objet du brevet, etc. De même, le breveté est en droit de céder sa propriété, de concéder une licence de brevet, de le nantir en garantie de ses obligations ou encore de l'abandonner.

150. Ensuite, la richesse. Il est indéniable que les droits de propriété intellectuelle représentent pour leurs propriétaires une richesse considérable, pensons à cet égard aux grands acteurs du numérique dont la fortune repose en grande partie sur l'exploitation qu'ils font de leurs droits de propriété intellectuelle. La richesse correspond moins à la valeur de la chose elle-même qu'à l'exclusivité d'exploitation accordée à son auteur. Ainsi, une invention qui pourrait être reproduite à l'infini par tous aurait, en elle-même, peu de valeur ; une marque qui pourrait être utilisée par n'importe quel concurrent et reproduite à l'infini ferait perdre aux produits qu'elle englobe une immense partie de leur potentiel économique. Par conséquent, la richesse que représente un droit de propriété intellectuelle pour son titulaire est indéniable.

151. Quant à la perpétuité de ce droit. Il s'agit probablement du sujet le plus délicat. Pour dénier aux droits intellectuels la propriété, il est souvent avancé que ceux-ci sont temporaires et non perpétuels (par exemple, vingt ans à compter du dépôt de la demande en matière de brevets) : le monopole qu'ils confèrent à leur titulaire serait limité dans le temps et conditionné à l'exploitation de leur objet. Or tel n'est pas le cas

---

<sup>248</sup> F. POLLAUD-DULLIAN, *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°552, p. 306.

pour tous les droits de propriété intellectuelle. Par exemple la marque : « L'enregistrement vaut pour dix ans à compter du dépôt (CPI, art. L. 712-1, al. 2) et peut être renouvelé indéfiniment, de sorte que l'on peut dire que la propriété de la marque a vocation à la perpétuité. Aucun intérêt général ne justifie, en effet, qu'une marque tombe dans le domaine public à l'expiration d'un délai quelconque. Il suffit de payer les taxes au moment du dépôt, puis lors de chaque renouvellement (CPI, art. R. 712-24). Bien entendu, il faut aussi exploiter la marque afin d'éviter le risque d'une action en déchéance (CPI, art. L. 714-5)<sup>249</sup>. » Par ailleurs, pour les droits de propriété intellectuelle soumis à un monopole d'exploitation temporaire, ne pourrait-on pas dire qu'une telle limitation trouve son intérêt dans la prise en compte d'un intérêt général (culture, enseignement, progrès technique et technologique, liberté du commerce et de l'industrie) : « En théorie, potentiellement les droits intellectuels sont perpétuels, la perpétuité du droit n'empêchant naturellement pas l'obsolescence de son objet<sup>250</sup>. » De même que l'utilité publique peut justifier l'expropriation d'un propriétaire foncier, l'intérêt général justifie la mise en place d'un monopole temporaire des droits de propriété intellectuelle. Par ailleurs, y compris en matière de propriété sur bien corporel, la perpétuité ne signifie-t-elle pas simplement que le droit n'a pas de terme extinctif ? Ne constitue-t-elle pas finalement qu'un simple attribut du droit de propriété plus qu'un élément constitutif de sa nature ?

152. Enfin, l'exclusivité. Mis à part les questions de licences forcées – accordées, en matière de brevets, par le juge, notamment pour défaut d'exploitation, ou par l'autorité publique dans l'intérêt de la santé publique, de l'économie nationale, de la défense nationale, etc. – et qui pourraient s'apparenter, en réalité, aux servitudes forcées, le propriétaire intellectuel bénéficie d'un monopole sur les droits dont il est titulaire. Ainsi les tiers ne peuvent user de la chose sans son consentement préalable (par exemple : CPI, art. L. 613-3). Comme un propriétaire « classique », le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle aura la possibilité d'exercer soit une action en revendication – prévue pour les brevets et les marques, cette action permet de récupérer le titre de propriété usurpé par un tiers : « Une telle action consiste non pas tant à rendre son bien au propriétaire dépossédé, qu'à corriger la fraude commise dans un dépôt en

---

<sup>249</sup> F. POLLAUD-DULLIAN, *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, n°1453, p. 883.

<sup>250</sup> F. POLLAUD-DULLIAN, *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, op. cit.*, n°27, p. 13 et s.

subrogeant une personne à une autre<sup>251</sup> » –, soit une action en contrefaçon – ouverte à tous les droits de propriété intellectuelle, il s'agit, selon FOYER et VIVANT<sup>252</sup> d'une « action destinée à faire cesser l'empiétement indu (sur le droit breveté), une action dont l'objet n'est autre que la défense de la propriété et qui est, dans le champ des propriétés intellectuelles, de l'ordre du pétitoire » dont « la teinte, évidente et véritable, d'action en responsabilité et donc réparatrice qui est la sienne ne change rien à cela » – pour mettre fin à la violation de son droit à l'exclusivité.

153. **Droits incorporels : les créances<sup>253</sup> (2).** Affirmer qu'une créance constitue à la fois un lien et un bien n'est plus une hérésie juridique. Le modèle de propriété n'est plus exclusivement matériel. Il fut une période où la doctrine considérait que la propriété des créances ne pouvait constituer qu'un monstre juridique dépourvu de réalité technique : comment accepter la juxtaposition de deux biens au sein du patrimoine du créancierpropriétaire ? Depuis, le droit positif a largement consacré la propriété des créances : loi Dailly et propriété des créances professionnelles ; propriété des valeurs mobilières ; copropriété des créances ; créances étant, en droit des régimes matrimoniaux, des propres par nature (C. civ., art. 1404), etc. Très utile, la distinction entre droit réel et droit personnel est plus ténue qu'on ne le pense souvent et ne justifie donc pas un cloisonnement hermétique. Que dire de l'imbrication des droits réels et des droits personnels : pensons aux droits réels portant sur des droits personnels (sûretés sur créances, subrogation réelle prévue à l'article 2372 du Code civil en matière de propriété réservée, droit de rétention sur les biens immatériels prévu à l'article 2363 du Code civil) ; pensons également aux obligations personnelles relatives à une chose (obligations réelles ou encore obligation du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué prévu à l'article 2470 du Code civil). Que dire encore de l'hybridation des droits réels et des droits personnels, c'est-à-dire de ces droits qui ne s'insèrent ni dans une catégorie ni dans l'autre : droit de rétention, droit réel sur choses fongibles, droits sociaux (que CARBONNIER appelait des « droits hybrides *sui generis* »). De même, est-il difficile de concevoir une distinction claire entre biens corporels et biens incorporels tant les seconds font, entre eux, preuve d'une « diversité irréductible<sup>254</sup> » et tant il semble

---

<sup>251</sup> F. POLLAUD-DULLIAN, *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, op. cit., n°29, p. 15.

<sup>252</sup> J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, coll. Thémis droit, 1991, p. 330.

<sup>253</sup> Pour une étude approfondie de la propriété des créances, v. Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, Préf. F. ZENATI-CASTAING, LGDJ, Bibl. dr. priv., 2008.

<sup>254</sup> Ch GUIBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°605, p. 609.

impossible, notamment au niveau du mode d'acquisition, de marquer une « *véritable rupture avec le statut des biens corporels*<sup>255</sup>. »

154. D'abord, le propriétaire d'une créance a un pouvoir sur celle-ci : il bénéficie du triptyque *usus, abusus, fructus*. Il peut la céder, la transmettre ou la nantir. Il jouit également des intérêts moratoires ou ceux prévus par le contrat. Ne peut-on pas considérer que les intérêts constituent les fruits de la créance, comme les loyers ceux d'un immeuble.

155. Ensuite, la créance est indéniablement une richesse pour son propriétaire. Celle-ci lui donne droit, de manière alternative, soit à l'accomplissement d'une obligation par le débiteur, à laquelle il a consenti et dont on peut penser de manière rationnelle qu'elle représente pour lui un événement positif, soit à une fraction du patrimoine de ce même débiteur correspondant à la valeur de l'obligation de ce dernier. Dans les deux cas, le créancier est enrichi après la naissance de l'obligation.

156. Quant à la perpétuité. Certes la créance disparaît lorsqu'elle se réalise, c'est-à-dire lorsque le débiteur s'acquitte de son obligation ; certes, il y a également la question de la prescription extinctive des droits du créancier. Ces deux objections n'impliquent toutefois pas l'absence totale de perpétuité du droit de propriété de la créance. Après tout, le droit de propriété d'un bien matériel ne s'éteint-il pas à la destruction volontaire (mettons de côté les cas de subrogation réelle liée à la destruction par autrui ou couverte par une police d'assurance) de son objet ? « Le droit dure autant que son objet : le droit disparaît par contrecoup, lorsque son objet n'est plus<sup>256</sup>. »

157. Enfin, la propriété d'une créance est exclusive : le propriétaire d'une créance a la vocation d'exclure les tiers de son droit. L'opposabilité du droit personnel est automatique et ne requiert souvent qu'une publicité facultative. Voir à cet égard l'article 37 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. Lorsqu'il s'agit de la propriété des créances, cette exclusivité se manifeste de deux manières. En premier lieu, la connaissance par les tiers d'un droit personnel dont ils

---

<sup>255</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°606, p. 611.

<sup>256</sup> Y. EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexion autour de la propriété des créances », *Les Cahiers de droit*, 2005, vol. n°46, n°44, p. 905-939., spéc. p.926

empêchent l'exécution peut entraîner la mise en cause de leur responsabilité délictuelle (C. civ., art. 1200 al. 1<sup>er</sup> : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. »). En second lieu, une action en revendication est tout à fait envisageable sur les créances : elle se définit comme « l'action par laquelle un propriétaire demande à voir reconnu son droit de propriété sur la créance et à être remis en possession de son bien-créance<sup>257</sup>. » Le législateur admet ce genre d'hypothèse en cas de conflit de propriété sur la créance : l'article L. 621-124 du Code de commerce admet que dans le cadre d'une procédure collective, le propriétaire d'un bien vendu avec réserve de propriété peut revendiquer non pas le bien, mais le prix de vente de celui-ci, autrement dit une créance. Depuis 2016 et la réforme du droit des obligations, la créance se rapproche d'autant plus d'un bien que sa cession est opposable aux tiers de manière automatique sans exigence de signification (C. civ., art. 1323 al. 2).

158. Si les biens incorporels sont des propriétés à part entière, alors de manière naturelle ils peuvent également faire l'objet, sous réserve d'une adaptation liée à leur nature, des mêmes droits réels et privatifs que n'importe quel autre bien, et notamment d'un usufruit.

#### b) L'usufruit sur biens incorporels

159. Le droit français admet largement l'usufruit de biens incorporels : usufruit des créances<sup>258</sup> qui permet à l'usufruitier de recevoir les intérêts et les échéances de celle-ci ; usufruit de parts sociales qui offre à l'usufruitier droit aux dividendes, mais non aux bénéfices mis en réserve, qui n'étant pas distribués ne constituent pas des fruits ; usufruit sur des universalités de fait, fonds de commerce ou portefeuilles de valeurs mobilières<sup>259</sup> ; ou encore usufruit du droit d'exploitation dont jouit légalement le conjoint de l'auteur décédé (CPI, art. L. 123-6).

---

<sup>257</sup> Y. EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexion autour de la propriété des créances », art. préc., p. 934.

<sup>258</sup> Contesté théoriquement par R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD civ.*, 1997, p. 615 mais largement admis en droit positif.

<sup>259</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 novembre 1998, n° 96-18.041, D. 1999. 167, note AYNES ; D. 1999. 633, note FIORINA ; JCP 1999. II. n° 10027, note PIEDELIEVRE ; Dr. sociétés 1999. 21, note HOVASSE.

## 2) Identités de régime entre sûretés sur biens corporels et sur biens incorporels

160. **Absence de conséquences liées à l'incorporéité en droit des sûretés.** Naturellement, on pourrait être tenté de se dire que le caractère incorporel du bien qui grève une sûreté tend à modifier radicalement son régime par rapport à celui d'une sûreté constituée sur un meuble corporel. Or rien de tel en droit positif<sup>260</sup>. En réalité, l'article 2355 du Code civil, en son alinéa 5, renvoie pour les biens incorporels autres que les créances et, à défaut de dispositions spéciales (prévues dans d'autres Codes : Code de la propriété intellectuelle, Code du cinéma et de l'image animée, Code monétaire et financier, etc.), au régime du gage de meuble corporel : « Nous voilà revenus au point de départ et au constat de VILLEY selon lequel la notion de bien en droit civil est « infectée de matérialisme »<sup>261</sup>. » En bref, que le bien soit corporel ou incorporel n'emporte pas de conséquences sur son régime : « le régime du nantissement de créance repose largement sur une imitation du gage, voire une caricature de la corporalité<sup>262</sup>. » De la même manière, l'article 2333 du Code civil prévoit que le régime du gage de meubles corporels peut s'appliquer à « un ensemble de biens mobiliers corporels », donc par définition à une universalité de fait. Or une universalité est, à n'en pas douter, un meuble incorporel : « l'universalité ne peut alors être classée que parmi les biens incorporels : quand bien même toutes ses composantes seraient matérielles, mobilières même, l'universalité n'en serait pas moins un bien qui ne se conçoit qu'en esprit, par une vue intellectuelle suscitée par certaines opérations juridiques unitaires. D'où le fait que si une universalité peut certainement être décrite comme une chose, c'est d'une chose nécessairement incorporelle qu'il s'agit – ce qui ne saurait l'empêcher d'être mobilière ou immobilière<sup>263</sup>. » Malgré l'absence d'homogénéité des régimes de sûretés sur biens incorporels, il est possible de tirer une conséquence de ce fâcheux manque de cohérence conceptuelle : *la quasi-identité de régime des sûretés sur biens corporels et des sûretés sur biens incorporels implique de les traiter de la même manière en droit international privé.*

---

<sup>260</sup> D. HOUTCIEFF, « Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? », in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité*, RLDC 2009, n°65, p. 33 et s.

<sup>261</sup> J.-M. BRUGUIERE, « L'immatériel à la trappe », *D.* 2006, p. 2804, spéc. n°2.

<sup>262</sup> D. HOUTCIEFF, « Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? », art. préc., n°65, p. 33 et s.

<sup>263</sup> R. LIBCHABER, *V°* « Biens », art. préc., n°86.

161. Il est donc clair que les biens incorporels peuvent être amarrés à la catégorie réelle sans trop de difficultés. En droit international privé, on remarque la difficulté à articuler des rattachements à des biens dont l’ubiquité et l’absence de tangibilité rendent la localisation effective difficile. En somme, la loi de situation reposant sur la matérialité du bien, comment déterminer une telle loi en l’absence de situation claire et tangible ? Mais si la « *pluri-situation* » rend la localisation difficile, pourquoi ne pas clairement accepter de faire un choix et de hiérarchiser entre les différentes situations envisageables ? En réalité, deux solutions semblent s’ouvrir aux juges qui auraient à décider d’une telle question. La première consiste à prendre en compte la dimension « droit personnel » que comporte les sûretés sur biens incorporels et admettre de les soumettre à la loi d’autonomie. Il a précédemment été démontré le caractère artificiel et irréaliste d’un tel rattachement, auquel s’ajoute le risque de non-réception de la sûreté à raison de la violation du *numerus clausus*<sup>264</sup>. Sans parler du fait que la loi d’autonomie ne semble guère pouvoir s’envisager pour les choses incorporelles, celles-ci ne naissant pas d’un rapport contractuel. La seconde solution – ce sera celle de notre choix – consiste à conserver les solutions traditionnelles de rattachement du droit des biens et des sûretés, à accepter qu’elles soient imparfaites dans leur adaptation aux biens incorporels et à conditionner leur application à la nature particulière des biens en cause et à la spécificité du droit réel dont ils sont l’objet.

## *2. Conséquences en matière de conflits de lois : transposition conditionnée des solutions traditionnelles du droit des biens*

162. Un auteur pose la question essentielle : « Peut-on se ranger aux solutions du droit commun organisé pour des biens corporels lorsqu’il s’agit d’appréhender l’incorporel en droit des sûretés réelles au niveau international ?<sup>265</sup> » Au regard des points communs fondamentaux qui existent entre les biens corporels et les biens incorporels, il semble que les solutions de rattachement applicables aux sûretés sur biens corporels puissent être transposées pour les sûretés sur biens incorporels, moyennant quelques adaptations liées aux particularités des biens incorporels et de la conception institutionnelle que le droit français adopte en matière de sûretés réelles (A.). Il ne s’agit

---

<sup>264</sup> *Supra*, n°134 et s., p. 113 et s.

<sup>265</sup> N. MARTIAL-BRAZ, « L’appréhension de l’incorporel en droit des sûretés », in *L’appréhension par le droit de l’incorporalité*, RLDC 2009, 65, p. 33.

pas là d'appliquer la solution de rattachement prévue en matière immobilière par l'article 3 alinéa 2 du Code civil selon laquelle « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » Il s'agit, en revanche, d'étendre les solutions prétoriennes développées en matière de sûretés sur biens incorporels, maintes fois rappelées dans ces travaux, en vertu desquelles la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France<sup>266</sup>. En d'autres termes, il convient d'étendre la compétence de la *lex rei sitae* aux sûretés sur biens incorporels (A.).

#### A. Compétence de principe la *lex rei sitae*

163. **Impraticabilité des solutions alternatives à la territorialité.** Une partie de la doctrine est opposée à l'application de la *lex rei sitae* aux sûretés sur biens incorporels. Il ne s'agit pas là de nier les difficultés que soulève la détermination d'une localisation unique d'un bien incorporel. Par exemple en matière de marque, Nathalie MARTIAL-BRAZ montre que dans l'hypothèse d'un double enregistrement de la marque, la localisation fictive du bien au lieu d'enregistrement pourrait être compliquée<sup>267</sup>. De même si l'on déterminait le lieu d'exploitation comme la localisation fictive, la difficulté viendrait du principe de l'épuisement des droits communautaires au nom duquel la première mise en circulation éteint les droits de propriété sur la marque : « Comment situer le bien dans un pays en se fondant sur le lieu d'exploitation, alors même que cette exploitation fait, d'une certaine manière, disparaître ce bien en lui ôtant notamment sa valeur ?<sup>268</sup> » Cependant reconnaître les difficultés n'impose pas nécessairement d'abandonner les solutions traditionnelles, mais plutôt de les adapter aux évolutions contemporaines et à la nature particulière des biens incorporels. Expliquer que la solution traditionnelle de rattachement à la *lex rei sitae* n'était pas transposable aux sûretés sur biens incorporels impose de déterminer d'autres solutions de rattachement. Deux hypothèses peuvent alors être envisagées : soit rattacher la sûreté à la loi du contrat, et nous avons déjà eu longuement l'occasion d'expliquer l'absence de viabilité d'une telle solution ; soit de se réfugier derrière l'utopie de conventions internationales qui régiraient l'ensemble du droit international privé des sûretés et dont

<sup>266</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC, RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>267</sup> N. MARTIAL-BRAZ, « L'appréhension de l'incorporel en droit des sûretés », art. préc., 65, p. 33 et s.

<sup>268</sup> *Ibid.*

nous voyons à peine les balbutiements<sup>269</sup>. De plus, les similarités de régime applicable aux biens corporels et incorporels imposent de s'interroger sur le rejet de principe d'une solution de conflit de lois issue du droit des sûretés sur biens corporels aux biens incorporels (1). Par conséquent, sans nier les difficultés d'adaptation, il convient de promouvoir le rattachement de la sûreté au lieu de situation du bien incorporel par une localisation fictive de ce dernier. Cette promotion de la territorialité en matière de sûretés n'est que le corollaire du principe du *numerus clausus* ; le seul moyen d'en assurer son respect (2).

### 1) Similarité de statut des biens corporels et incorporels

164. « **Absence de véritable rupture avec le statut des biens corporels**<sup>270</sup>. » Peut-on vraiment affirmer que la *summa divisio* entre biens corporels et biens incorporels est la seule apte à décrire la réalité du droit des biens mobiliers ? Que celle entre biens meubles et immeubles est dépassée ? Qu'en somme les différences de nature entre les biens corporels et les biens incorporels imposent, en droit des sûretés réelles, des différences de régime telles qu'il serait inenvisageable d'adopter un rattachement sensiblement identique ? Rien n'apparaît moins évident que cela. Dans la ligne des travaux de Charles GIJSBERS<sup>271</sup>, nous considérons qu'il n'existe pas de véritable « rupture », « fracture », entre le statut des biens corporels et celui des biens incorporels. Par exemple, le régime des propriétés intellectuelles ressemble, par de nombreux aspects, à celui des biens corporels. Tout comme les biens corporels, les propriétés intellectuelles peuvent faire l'objet d'une acquisition par accession ou occupation. Tout comme certains biens corporels, les propriétés industrielles sont soumises, à condition d'opposabilité, à un système publicitaire matérialisé par le dépôt sur un registre tenu par l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI), sur lequel seront retranscrits les actes translatifs postérieurs. Deuxième exemple rapporté par Charles GIJSBERS<sup>272</sup> : celui des valeurs mobilières. Avant la réforme de 1981, on considérait que le droit était incorporé dans le support matériel, le titre papier. Par conséquent, les valeurs mobilières devaient être considérées comme des biens corporels et être régies comme telles. Malgré la dématérialisation, cette situation n'a pas changé et l'on continue d'appliquer aux

---

<sup>269</sup> *Infra*, n°231 et s., p. 188 et s.

<sup>270</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°611, p. 606.

<sup>271</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°611 et s., p. 606 et s.

<sup>272</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°606, p. 613

valeurs mobilières des règles afférentes au régime juridique des biens corporels : don manuel de valeurs mobilières par le virement des titres sur le compte du donataire<sup>273</sup> et application de l'article 2276 du Code civil dans sa dimension probatoire et acquisitive<sup>274</sup>. Une telle identité de statut et de régime impose donc de se positionner en faveur d'un maintien du rattachement de la sûreté sur bien incorporel à la loi de situation de ce bien, solution solidement ancrée dans le droit positif en ce qui concerne les biens corporels.

## 2) La territorialité : corollaire du *numerus clausus* des sûretés réelles

165. **Justifications de la territorialité.** Maintes fois rappelé, le principe du *numerus clausus* exprime l'idée suivante : seules les sûretés prévues par le législateur français peuvent faire l'objet d'une mise à exécution sur le territoire français. Là se niche la justification essentielle de la territorialité en matière de sûretés réelles : si l'on souhaite faire respecter ce principe, il convient d'imposer la loi française aux biens présents sur le territoire français. La Cour de cassation, en rendant bilatérale la solution de l'arrêt *société DIAC*, a fait preuve d'expansionnisme en considérant qu'il devait en aller de même pour les autres ordres juridiques : en quelques sortes, elle les exhorta à faire respecter leur système de protection des créanciers locaux. En matière de biens incorporels, cette application du principe territorial s'exprime par la notion de localisation fictive : l'endroit où se trouve le bien objet de la sûreté sera déterminé de manière nécessairement artificielle, tantôt au domicile du débiteur, tantôt au lieu de première publication du droit accessoire, etc.

166. En quoi le principe de la territorialité est-il le corollaire du principe du *numerus clausus* ? En ce que le respect de ce principe essentiel du droit français impose l'application de la loi française aux biens situés sur son territoire et *a fortiori* aux sûretés dont l'exécution est recherchée sur celui-ci. Afin de placer ce raisonnement dans l'histoire longue du droit international privé, il convient de se tourner vers Gabriel DE

---

<sup>273</sup> Cass. com. 19 mai 1998, *Bull. civ.* IV, n°161, *D.* 1998, p. 551, n. D.-R. MARTIN ; *RTD com.* 1999, p. 170, obs. M. CABRILLAC : « Attendu, en deuxième lieu, que les titres au porteur peuvent faire l'objet d'un don manuel ; que de la circonstance que ces titres soient désormais dématérialisés, il résulte qu'inscrits désormais en compte, ils se transmettent par virement de compte à compte. »

<sup>274</sup> CMF, art. L. 211-16 : « Nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits ou par la personne identifiée par le dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné à l'article L. 211-3. »

VAREILLES-SOMMIERES, principal promoteur de la doctrine territoriale<sup>275</sup>. Il enraine sa théorie dans ce que Bernard ANCEL appelle un « *particularisme universel* » : « Il s'agit d'un patriotisme sourcilieux, reposant sur des bases publicistes – la souveraineté, la fonction législative, l'emprise territoriale – dans une obédience statutiste caractérisée – il s'agit toujours de délimiter le cercle des sujets de la règle ; mais cette doctrine, qui se fie à l'enracinement géographique, est aussi *individualiste*. Appuyée à l'intérêt national, la territorialité y est en effet mise au service des intérêts particuliers. Le législateur souverain, s'il jouit d'une entière liberté dans son pré carré face aux États étrangers, est néanmoins tenu à l'égard de ses sujets par la nature de sa mission, qui est d'assurer à chacun les conditions satisfaisantes d'action dans la société civile<sup>276</sup>. » C'est exactement ce que tente d'exprimer le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles : *protéger les tiers de sûretés constituées n'importe où, à n'importe quel moment et selon des règles qu'ils ne connaissent pas ; mettre en place une protection du commerce juridique afin de créer les conditions satisfaisantes d'action de ses différents acteurs*. Or cette tentative doit se matérialiser par l'application de la loi nationale aux biens situés sur son territoire ou aux sûretés demandant à y être réalisées. À cet égard, Gabriel DE VAREILLES-SOMMIERES a montré que la localisation fictive permettait de faire rester dans le champ de la territorialité des biens qui n'étaient pas nécessairement présents sur le territoire. Citons ce partisan d'un territorialisme intégral<sup>277</sup> : « La règle générale est que les meubles sont régis, comme les immeubles, par la loi du lieu où ils se trouvent matériellement [...], il n'en est autrement qu'en matière de succession et de privilèges [au regard desquels] les meubles sont toujours censés situés au domicile du propriétaire et régis par la loi de cette situation fictive<sup>278</sup>. » Il ne s'agit pas de faire une application littérale de cette opinion doctrinale et considérer qu'il faille nécessairement appliquer aux sûretés sur biens incorporels la loi du domicile du propriétaire. Cependant, DE VAREILLES-SOMMIERES a le mérite de montrer que la localisation fictive permet de faire rester dans le champ de la territorialité des situations dont on pourrait penser qu'elles en sont, par nature, exclues. De plus, critiquer la notion de territorialité en matière de biens incorporels en ce qu'elle imposerait de mettre en œuvre une localisation fictive est assez cocasse quand on sait qu'il n'y a rien de plus fictif que de laisser à un individu le choix de déterminer la loi qu'il souhaite voir appliquer à la situation juridique dont il est

---

<sup>275</sup> V. B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p. 456 et s.

<sup>276</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p. 461.

<sup>277</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, op. cit., p. 456.

<sup>278</sup> G. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse du droit international privé*, op. cit., n°80, p. 53.

partie. *Quoi de plus fictif, en effet, que la soumission volontaire ? Elle fait abstraction de toute réalité tangible et fait reposer la détermination de la loi applicable sur la seule volonté individuelle. En réalité, la territorialité est un réalisme ; certes qui ne se justifie pas pour toutes les situations – notamment en matière contractuelle – mais qui s'avère indispensable dans les situations impliquant la protection de l'ordre juridique (responsabilité délictuelle, sûretés réelles, etc.).* Les professeurs AUDIT et D'AVOUT expriment bien cette idée : « Mais dès lors qu'il s'agit d'opposer la sûreté aux tiers (créanciers du débiteur, tiers acquéreur), la loi du contrat devra pratiquement céder devant la *lex rei sitae*, prise en ses dispositions impératives de protection de certains tiers. Celle-ci interviendra donc aussi bien pour juger des conditions d'acquisition de la sûreté, de son équivalence avec une sûreté connue de la loi locale, de sa publicité ou de ses modes de réalisation (tels que la possibilité d'exécution d'un pacte commissaire)<sup>279</sup>. »

167. Pour finir, évoquons ce qu'écrivait Henri BATIFFOL à propos de la territorialité : « *La loi de la situation d'un bien a l'avantage de ménager à la fois l'intérêt des parties et ceux des tiers, et ce parce que cette situation est l'élément commun, connu de tous et auquel tous peuvent se référer*<sup>280</sup>. » Pour autant que cette compétence territoriale doive être affirmée et promue avec vigueur, il convient également de prendre en compte les particularités liées aux sûretés constituées sur des biens incorporels.

#### B. Prise en compte des particularités liées aux sûretés sur biens incorporels

168. **Nécessité d'une localisation fictive.** Il est admis en droit positif que la loi de situation du bien mobilier corporel est compétente pour régir la sûreté qui le grève. Ceci est moins évident pour les biens incorporels. De manière générale, il est opposé à la territorialité l'argument suivant lequel ces biens ne sont pas localisables du fait de leur incorporité. Or pour ceux qui sont dits « hypothécables », c'est-à-dire les biens enregistrés (propriétés industrielles, fonds de commerce, etc.), la localisation au lieu d'enregistrement suffit à pallier leur ubiquité réelle. Pour les autres, il convient de rappeler que nous situons notre raisonnement dans le cadre d'une matière où le

---

<sup>279</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°971, p. 801.

<sup>280</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, n°115, p. 257 (italiques ajoutés).

législateur a choisi de donner un rôle à l'État en imposant un *numerus clausus* et des règles impératives de réalisation, ce qui implique de prendre en compte les particularités liées aux sûretés réelles et de faire prévaloir, en cas d'incertitude le lieu de réalisation de la sûreté (2). Avant cela, rappelons que la détermination de la loi applicable en matière de sûretés réelles fait généralement l'objet d'un panachage et d'une distinction entre effets réels et effets personnels (1).

### 1) Le panachage des lois applicables

169. **Effets réels et effets personnels distingués.** Les sûretés réelles ont vocation à exclure les tiers de toute prétention sur le bien grevé ou à les reléguer à un rang inférieur. La protection de ces derniers impose donc que les parties soient dépouillées de certaines prérogatives dont elles sont généralement pourvues en présence d'un contrat ne portant que sur des droits personnels. « Le rapprochement fondamental entre la solution des conflits mobiles et celles des conflits transitoires tient pour l'essentiel à la distinction de départ commune entre validité et effets des actes juridiques : si la première reste régie, sauf rétroactivité, par la loi en vigueur (dans le temps) ou compétence (dans l'espace) au jour de l'acte, les seconds sont exposés, sauf exception (essentiellement pour les obligations conventionnelles), aux lois nouvellement mises en vigueur (dans le temps) ou devenues applicables (dans l'espace)<sup>281</sup>. » La loi française, loi de situation du bien au moment de sa réalisation, ne doit donc s'appliquer qu'à partir du moment où le conflit mobile survient, c'est-à-dire lorsque le bien objet de la sûreté se trouve fictivement localisé en France. Le principal enjeu consiste donc à bien distinguer ce qui relève de la constitution des sûretés réelles et ce qui relève, à l'inverse, de leurs effets, afin d'appliquer à chaque ensemble la loi qu'il convient.

170. En ce qui concerne la constitution de la sûreté, la doctrine majoritaire affirme que le droit international privé français désigne la loi de la source, qu'elle soit la loi d'autonomie ou non : « Si la loi du lieu d'origine demeure compétente pour apprécier la validité de la constitution de la sûreté [...], la nouvelle loi s'applique à ses effets présents<sup>282</sup> » ; « *l'acquisition qui résulte d'un fait ou d'un acte juridique que le droit*

---

<sup>281</sup> H. BATIFFOL, « Conflits mobiles et droit transitoire », *Mél. Paul ROUBIER, Théorie générale du droit et droit transitoire*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 39, spéc. p. 41.

<sup>282</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., n°972, p. 802.

*international privé du for soumet à une loi propre* est en principe régie par cette loi (la loi de la source)<sup>283</sup> » ; « la loi du contrat a compétence pour déterminer à quelles conditions il produit ses effets<sup>284</sup>. » Il apparaît donc que le juge français, saisi d'une demande de réalisation de la sûreté, devra constater que la garantie a été valablement constituée selon le droit d'origine de la sûreté étrangère, loi du contrat ou *lex regis actum*. En revanche, les effets de la sûreté à l'égard des tiers (opposabilité et réalisation notamment) seront régis par la loi de situation du bien grevé.

## 2) Le rattachement au lieu de réalisation<sup>285</sup>

171. **Primauté de l'État de réalisation à condition d'une localisation minimale préalable.** Par le principe du *numerus clausus*, le droit français donne une importance toute particulière au contrôle de la réalisation des sûretés. La loi considère, en effet, que la réalisation d'une sûreté ne peut se faire que dans le cadre qu'elle aura strictement défini. Malgré l'admission de nouvelles modalités de réalisation comme le pacte comissoire, un tel contrôle n'a pas été remis en cause. L'article 2284 existe toujours et, à la demande de la pratique, le législateur n'a eu de cesse de créer de nouvelles sûretés, ce qui montre bien la vivacité du *numerus clausus*. La diversification des biens incorporels a eu pour conséquence la création de toute une myriade de sûretés mobilières. D'abord le nantissement de fonds de commerce en 1898, refondu en 1909 et étendu au fonds artisanal par la loi du 5 juillet 1996 et au fonds agricole par celle du 5 janvier 2006 ; nantissement de films cinématographiques (C. cin., art. L.124-1 et s.) et de logiciels (CPI, art. L.132-32) ; nantissements spéciaux en matière de créances : effets de commerce en 1863 (C. com., art. L.521-1 al. 5), police d'assurance-vie en 1930 (C. ass., art L.132-10), marchés publics en 1935 (C. march. pub., art. 106 et 107) et enfin cession de créances professionnelles par la loi Dailly du 2 janvier 1981 (CMF, art. L.312-23 et s.) ; nantissement de parts sociales puis de valeurs mobilières (CMF, art. L.211-20) ; bien que le nantissement de monnaie scripturale n'ait pas été repris par l'ordonnance de 2006, la Commission GRIMALDI a, malgré tout, choisi de le réintégrer

<sup>283</sup> P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé, op. cit.*, n°681, p. 474.

<sup>284</sup> M.-C. DE LAMBERTY-ATRAND, *V° « Sûretés mobilières », Répertoire Dalloz de droit international*, août 2008, n°32.

<sup>285</sup> Cette idée nous a été proposée par Holger SPAMANN, professeur de droit à la Harvard Law School, sous la direction duquel nous avons rédigé un mémoire intitulé *Security Interests in Intangible Assets, Perfection and International Private Law: A Comparative Study between the United States of America and France (LL.M. Harvard Law School, 2019)*.

dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié en 2017 aux articles 2366-1 et suivants du Code civil réformé. Certains auteurs ont reproché cette diversification excessive du droit des sûretés : « Si l'on ne peut évidemment reprocher au législateur de diversifier les sûretés en réponse à la complexité croissante des fortunes, ce réalisme ne doit pas dégénérer en un foisonnement aveugle et anarchique de régimes qui exprimerait moins un choix qu'une véritable incapacité de synthèse<sup>286</sup>. » Au-delà du débat doctrinal et sans même parler de l'immense diversité des sûretés sur biens corporels (gage de véhicules automobiles, divers warrants, etc.), ce phénomène illustre bien la volonté du législateur de garder la main sur la création de sûretés nouvelles. Ce qui peut apparaître comme du suivisme quant à la diversification croissante des patrimoines est en réalité une expression tout explicite de l'importance du *numerus clausus* des sûretés réelles en droit français. Si le législateur se désintéressait complètement de la création des sûretés sur son territoire, il ne prendrait pas la peine chaque fois qu'un bien nouveau apparaît, de lui tailler un régime de sûreté à sa mesure et se contenterait plutôt de laisser la pratique développer ses propres règles ou alors de prévoir, comme c'est le cas aux États-Unis d'Amérique, une sûreté générique pour tous les biens incorporels – la *security interest in general intangibles* qui ne fait pas vraiment l'objet d'une régulation spécifique dans l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code*. Si le législateur français fait un tel choix, c'est, en réalité, qu'il considère la création d'une nouvelle sûreté comme fondamentalement liée à l'ordre public économique, dépendant de la protection des tiers, créanciers ou acquéreurs. Henri BATIFFOL, comme souvent, ne s'y trompe pas : « Ce qui ressort de l'observation du droit positif, c'est que l'intérêt général est constamment « impliqué » dans les intérêts particuliers, donc que la mission du droit n'est pas « le service direct et exclusif de la personne<sup>287</sup> »<sup>288</sup>. » En bref, l'intérêt public doit primer sur l'intérêt individuel du créancier de voir sa sûreté reconnue de manière inconditionnelle. Voyons ce qu'exprimait le professeur Wilhelm WENGLER en 1957 à propos de la situation des droits subjectifs dans l'État de « réalisation » : « La « situation » des droits ainsi envisagée ne devrait pas concerner seulement les lieux où se réalise l'obligation due à titre originaire. Elle devrait s'étendre aussi au lieu (au territoire) où, en cas de violation des droits, se réalise l'activité humaine prévue par la loi afin de donner satisfaction à la personne dont le droit a été lésé. C'est ainsi que l'obligation de livrer

---

<sup>286</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°464, p. 466. .

<sup>287</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., n°120, p. 269.

<sup>288</sup> J. MAURY, « Observations sur les aspects philosophiques du droit international privé », *RCDIP*, 1957, p. 228 et s., spéc. p. 261.

une chose individualisée ne serait pas seulement située au lieu contractuel de livraison, mais également là on la chose peut être procurée au créancier par le moyen d'une saisie<sup>289</sup>. » *En cas de localisations fictives multiples du droit incorporel et par assimilation à une saisie de la réalisation de la sûreté, on peut aisément dégager une règle générale : le bien incorporel grevé de sûreté est localisé dans l'État de réalisation du droit réel accessoire.*

172. Un tel choix a des implications évidemment en droit des sûretés interne, mais également en droit international privé des sûretés français. Il serait tout à fait illogique de la part du législateur de s'ériger en gardien de l'ordre interne et d'admettre inconditionnellement la réception de sûretés étrangères sans même tenter de faire intervenir la loi française au stade même de la localisation. Par conséquent, on pourrait aisément considérer qu'en cas de localisation incertaine du bien incorporel grevé tel que cela peut être le cas pour une créance ou une valeur mobilière, biens non enregistrés par nature, la loi de l'État dans lequel la réalisation est demandée soit celle dans laquelle la localisation fictive est établie. Admettons une sûreté sur créance selon les formes prévues par le droit américain avec un débiteur français et un créancier américain. Quelle localisation choisir ? Le choix n'est pas simple et les arguments dans le sens de la localisation chez le débiteur et ceux dans celle de la localisation chez le créancier sont de force équivalente. Pourquoi ne pas considérer alors que la localisation doit se faire dans l'État dans lequel la réalisation est demandée, judiciairement ou non ? Ainsi le créancier américain assignant le débiteur français devant une juridiction française, verra sa créance localisée fictivement en France et donc le droit français s'appliquer. Ceci n'implique pas nécessairement le défaut d'efficacité de sa sûreté, à condition d'appliquer la méthode de l'adaptation. Cependant, un tel privilège de localisation pour la loi du for doit être conditionné à l'existence d'une localisation minimale. Pour reprendre l'exemple précédent, une hypothèse dans laquelle le débiteur n'aurait eu aucun lien avec la France n'aurait pas pu conduire au privilège de localisation de la créance sur le territoire français.

173. **Justification en dehors du droit des sûretés : l'arbitrage d'investissement.** Une situation particulière du droit de l'arbitrage d'investissement

---

<sup>289</sup> W. WENGLER, « La situation des droits », art. préc., p. 197.

semble pertinente pour illustrer la localisation fictive dans l'État du lieu de réalisation. Pour appliquer un traité d'investissement, il convient au préalable de déterminer si le litige concerne un investissement. Plus précisément, il s'agit de savoir si l'action de l'entreprise sur le territoire de l'État en question peut être qualifiée de la sorte. La jurisprudence arbitrale a développé un critère fondé sur l'effet positif du contrat dans le pays hôte<sup>290</sup>. Par exemple, dans la décision *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. ct. Royaume du Maroc*, le tribunal considère que l'intérêt public que constitue la construction d'une autoroute entre Rabat et Fès permet de qualifier l'investissement en raison de son effet positif sur le développement du Maroc<sup>291</sup>. En matière de sûretés, il est envisageable de tenir un raisonnement analogue. Si la garantie demande à être réalisée en France, c'est probablement que l'opération en vertu de laquelle elle a été constituée présente des liens étroits avec l'économie française. Certes ce n'est pas le droit prévu par un traité d'investissement qui demande à s'appliquer, mais bien le droit du pays dans lequel le contrat va produire des effets positifs en termes de développement, supposant que celui va, du fait de ses effets sur le territoire national, produire une forme d'externalité positive pour une ou plusieurs parties opérant sur celui-ci. Par conséquent, en cas d'incertitude quant à la localisation fictive, notamment des biens dits non enregistrés (créances et valeurs mobilières), la constitution d'une sûreté doit permettre de faire prévaloir la loi française à condition, comme il a déjà été mentionné, que celle-ci présente un minimum de liens préalables, soit par la nationalité du débiteur, soit que le lieu de création de la créance est français, soit que le marché dans lequel la valeur mobilière est située est en France.

174. En résumé, la compétence de la *lex rei sitae* reste la loi de rattachement la plus pertinente en matière de sûretés sur biens incorporels. Il convient à présent de déterminer la localisation fictive des biens incorporels susceptibles de faire l'objet d'une sûreté afin de définir la loi territoriale compétente. Pour cela, nous utiliserons une distinction doctrinale proposée par Charles GIJSBERS entre les sûretés hypothécaires et les sûretés non-hypothécaires.<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> M. WAIBEL, "Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration", *American Journal of International Law*, 101(4), 2007, p. 711-759 : "The crucial issue is whether transactions have a positive impact on the host country's development without physical presence in that country's territory."

<sup>291</sup> *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. ct. Royaume du Maroc* [I], 23 juillet 2001, ICSID n°ARB/00/4, 129, *Journal du droit international* 2002, p. 196.

<sup>292</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°609 et s., p. 618 et s.

***Section 2 : Applications particulières de rattachement : distinction entre les sûretés hypothécaires et les sûretés non-hypothécaires***

175. **Renouvellement de la classification des biens et des sûretés réelles.**  
« Longtemps cantonnée à la catégorie des droits (droits personnels et droits réels sur la chose d'autrui : usufruit, servitude, etc.), la catégorie des *res incorporales* ne se limite plus aujourd'hui aux simples rapports juridiques, mais s'est enrichie de véritables « choses » qui, bien que ne pouvant être « touchées » comme le disait Gaius, existent dans le monde réel et pas seulement comme créatures du système juridique : ainsi des brevets, marques, dessins et modèles, œuvres littéraires et artistiques, universalités de fait, informations, etc.<sup>293</sup> » Il s'agit là d'une distinction établie entre choses incorporelles, existant indépendamment d'un rapport d'obligation, et droits incorporels qui ne doivent leur qualification de bien qu'à l'existence d'un débiteur. Bien que non appréhendée de manière claire par le droit positif, une telle classification a des conséquences en droit des sûretés ; elle implique, en effet, que l'on distingue sûretés hypothécaires et sûretés non-hypothécaires et que l'on en déduise une nouvelle classification entre biens enregistrés et biens non enregistrés.

176. Caractériser un bien hypothécable revient à dégager les trois caractéristiques qui lui sont propres : « Il doit d'abord, c'est l'évidence, être facilement identifiable par le créancier, mais aussi par les tiers, ce qui implique qu'il soit doté d'une individualité très marquée (ce qu'assure le cas échéant son immatriculation administrative). Il doit en outre être rattachable à un point fixe où le créancier saura le retrouver et où les tiers pourront se renseigner sur sa situation juridique. Enfin, ces deux premières qualités conditionnent la troisième qui est l'aptitude du bien à faire l'objet d'un système publicitaire fiable [...] que les tiers auront le réflexe de consulter systématique<sup>294</sup>. » En bref, le bien, pour être hypothécable, doit satisfaire au triptyque *individualité, fixité, publicité*. En matière incorporelle, il s'agit du fonds de commerce, bien individualisé et fixe du fait de sa clientèle, caractéristiques qui rendent un système de publicité envisageable ; du film cinématographique, bien qui malgré son absence de fixité, est individualisé « par la combinaison des éléments qui les composent

---

<sup>293</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°598, p. 602.

<sup>294</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°628, p. 630.

(titre, scénario, acteurs, dialogues, montages, musique, etc.)<sup>295</sup> » et susceptible de publicité en raison de « la nature de l'œuvre et le cadre restreint dans lequel elle a vocation à circuler<sup>296</sup> » ; du droit de propriété industrielle dont le dépôt obligatoire à l'INPI rend l'individualisation, la fixité et la publicité indiscutables ; plus généralement, le régime des films cinématographiques devrait être étendu à toutes les œuvres littéraires et artistiques afin de pouvoir organiser, sur eux, une garantie hypothécaire<sup>297</sup>.

177. À l'inverse, certains biens, et pas des moindres, ne remplissent pas les caractéristiques fondamentales citées précédemment. Il s'agit principalement des valeurs mobilières, des créances et de la monnaie scripturale : « Ces biens ne présentent pas les qualités requises pour être hypothéqués. Leur individualisation est le plus souvent difficile à établir. Ils n'appartiennent pas, contrairement aux biens hypothécables, à la famille des « gens domiciliés », mais plutôt à celle des « vagabonds<sup>298</sup> ». Enfin, et pour toutes ces raisons, ils se dérobent à l'organisation d'un véritable régime publicitaire. Leur statut juridique ne permettant pas au créancier de les suivre de patrimoine en patrimoine ou alors très difficilement, on comprend que la garantie du créancier n'ait pu être trouvée que dans une dépossession du constituant ou dans une obligation personnelle à lui faire de ne pas se dessaisir du bien grevé (ou de biens équivalents)<sup>299</sup>. »

178. De cette dernière lacune, à savoir que le bien est difficilement traçable par le créancier, on peut en tirer la différence de régime fondamentale entre sûretés hypothécaires et sûretés non-hypothécaires. En matière de sûretés hypothécaires, le débiteur conserve la liberté de disposer et de transférer la possession de son bien. Le créancier reste protégé par le régime publicitaire et le droit de suite qui lui permettent, de manière combinée, de suivre le bien en quelques mains qu'il se trouve. En matière de sûretés non-hypothécaires, une telle liberté est plus difficile à mettre en œuvre : la mobilité des biens non enregistrés (valeurs mobilières, créances) et leur propension à disparaître dans la jungle du commerce juridique contraignent le législateur à imposer au

---

<sup>295</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°628, p. 632.

<sup>296</sup> *Ibid.*

<sup>297</sup> J. RAYNARD, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », *JCP G.* 1999, I, 138, n°13 et 14 ; Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°630, p. 633.

<sup>298</sup> L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1939, n°1506, p. 920 : « L'opposition s'établit ainsi, et par la force des choses, entre les biens sédentaires, qui se prêtent à la constitution d'une hypothèque, et les biens nomades, sans situation fixe, qui, pour la raison indiquée, y répugnent en général. »

<sup>299</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°629, p. 632 et s.

débiteur des restrictions quant à l'aliénation ou le transfert de la possession du bien. Avant l'ordonnance de 2006, la protection du créancier passait de manière générale par la dépossession du débiteur. On le sait, la réforme a autorisé le gage sans dépossession afin de permettre au débiteur d'utiliser le bien grevé pour les nécessités de son activité. En contrepartie, en matière corporelle, « la seule manière de protéger le créancier consiste alors à faire interdiction au débiteur de transmettre la possession du bien grevé ou bien à le lui permettre, mais en l'obligeant en contrepartie à renouveler constamment la même quantité de choses équivalentes, afin que le créancier puisse, à l'échéance, retrouver le bien grevé ou un bien équivalent<sup>300</sup>. » Pour le nantissement de créance, la protection du créancier passe par la notification de la sûreté au débiteur de la créance nantie et donc un droit exclusif de paiement de celle-ci (C. civ., art. 2362, al.1<sup>er</sup>). Une telle formalité se rapproche fortement de la dépossession exigée autrefois en matière corporelle. Pour les nantissements de compte titres ou de monnaie scripturale, « la seule solution pour protéger le créancier est d'empêcher le virement des titres ou des sommes sur le compte d'un tiers : soit par une déclaration adressée au teneur de compte empêchant tout transfert des titres financiers sur un autre compte que le compte nanti ; soit par un blocage du compte où figurent les unités monétaires grevées et une notification adressée au banquier teneur de ce compte (inutile si le banquier est le bénéficiaire de la sûreté), lui indiquant l'existence du nantissement et l'impossibilité de mouvoir les sommes sans l'accord du créancier<sup>301</sup>. » Michel GRIMALDI assimile – selon nous, à raison – ces mécanismes de blocage et d'interdiction à des formes de dépossession assimilable à celle du gage de meubles corporels : « depuis que les valeurs mobilières ont été dématérialisées leur mise en gage résulte d'une déclaration du constituant auprès de la personne morale émettrice ou de l'intermédiaire (L. 3 janvier 1983). Or cette déclaration réalise bien la dépossession, en ce qu'elle place les valeurs hors du pouvoir de fait du constituant : le teneur du compte, une fois informé, n'obéira plus à un ordre de vente sans l'accord du créancier gagiste. Au fond, la dématérialisation a simplifié la dépossession en plaçant les valeurs entre les mains d'un tiers, prédisposé à tenir le rôle, classique en matière de gage, de tiers convenu<sup>302</sup>. »

---

<sup>300</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°621, p. 623 et s.

<sup>301</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°620, p. 623.

<sup>302</sup> M. GRIMALDI, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 1996, n°77, p. 7, spéc. n°7.

179. Il convient, par ailleurs, de s'interroger sur la nature des parts sociales : biens hypothécables ou non hypothécables ? À l'opposé des valeurs mobilières, les parts sociales semblent remplir les trois caractéristiques propres aux biens hypothécables : l'individualisation et la fixité lui sont conférées par son attachement quasiment organique à l'entité sociale dont elles représentent les fondations capitalistiques ; quant à la publicité, leur cession doit être inscrite au registre du commerce et des sociétés, ce qui pourrait préfigurer un système de publicité complet susceptible de les faire migrer dans la catégorie des biens hypothécables.

180. **Règle générale : localisation dans l'État de réalisation (rappel).** Conservons constamment à l'esprit la règle générale précédemment posée selon laquelle le bien objet de la sûreté sera, en cas d'incertitude et à condition de localisation préalable minimale, localisé prioritairement dans l'État de réalisation du droit réel accessoire du créancier, par hypothèse la France. *A priori* celle-ci devrait plutôt s'appliquer aux sûretés constituées sur des droits (créances, valeurs mobilières et monnaie scripturale) que sur des choses (droits de propriété intellectuelle, fonds d'exploitation). Cependant, nous verrons qu'elle constitue une voie de résolution des problèmes liés à la localisation multiple d'un droit de propriété intellectuelle.

181. Chacun peut le constater. Il n'existe pas de cohérence fondamentale dans la classification des sûretés sur biens incorporels<sup>303</sup>. Leurs naissances successives et leur quasi-inexistence au moment de la création du Code civil de 1804 ont fait qu'il n'y a pas eu de régime unitaire et homogène des biens incorporels, ce qui a pour conséquence évidente « *l'absence d'homogénéité interne de la « famille » des sûretés sur biens incorporels*<sup>304</sup>. » La distinction entre sûretés hypothécaires et sûretés non-hypothécaires permet donc de mettre de l'ordre dans cette catégorie des sûretés sur biens incorporels : d'un côté les sûretés hypothécaires sur choses incorporelles ; de l'autre les sûretés non-hypothécaires sur droits incorporels. Pertinentes pour pallier l'hétérogénéité des biens incorporels, les distinctions droits incorporels/choses incorporelles, biens enregistrés/bien non enregistrés et sûretés hypothécaires/sûretés non-hypothécaires le sont également lorsqu'il s'agit de déterminer les règles de rattachement et de

---

<sup>303</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, *Les biens*, LGDJ, Collection droit civil, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n°210, p. 67 : « les biens incorporels sont hétérogènes ; ils ne sont pas soumis à un statut unique mais à une série de règles autonomes et différentes apparues au fil du temps. »

<sup>304</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°601, p. 604.

localisation en matière internationale. « La question de l'adaptation des solutions du droit commun aux sûretés sur biens incorporels au plan international implique en effet de tenir compte des particularités de ces biens incorporels qui constituent l'assiette de la garantie. Or les caractéristiques de tous les biens incorporels ne sont pas semblables<sup>305</sup>. » Pertinente pour procéder à une classification plus fine des sûretés réelles, la distinction proposée par Charles GUIJBERS mérite d'être également adoptée afin de déterminer la loi applicable aux sûretés réelles sur biens incorporels. C'est pourquoi, il convient de distinguer les sûretés sur choses incorporelles ou « *les sûretés hypothécaires* » sur biens incorporels (1.) et les sûretés sur droits incorporels ou « *les sûretés non-hypothécaires* » sur biens incorporels (2.).

*1. Les sûretés sur choses incorporelles ou « les sûretés hypothécaires » sur biens incorporels : principes communs de localisation et de rattachement*

182. **Architecture commune des choses incorporelles : indépendance vis-à-vis d'un système juridique préétabli.** Quels sont les biens incorporels susceptibles de faire l'objet d'une sûreté hypothécaire ? À cette question, il convient de répondre sous forme de liste : les fonds d'exploitation (nantissement de fonds de commerce, de fonds artisanal et de fonds agricole), les œuvres cinématographiques (nantissement de films cinématographiques), les propriétés industrielles (nantissements sur brevets, marques, dessins, modèles, noms de domaine) et les logiciels (nantissement de droits d'exploitation de logiciel). Il conviendrait d'ajouter à cette liste les parts sociales et les œuvres littéraires et artistiques qui ne font, malheureusement, pas l'objet d'un système de publicité malgré leurs caractéristiques hypothécaires (individualité et fixité). La caractéristique fondamentale de ces biens est qu'ils relèvent tous de la catégorie des choses, en tant qu'opposée à celle des droits ; en d'autres termes, ils existent en dehors de tout rapport d'obligation<sup>306</sup>. Ceci vaut également pour les parts sociales dont il est désormais acquis qu'elles ne sont pas seulement un rapport d'obligation dont les associés seraient les créanciers et la structure sociale le débiteur : « Pour conforter cette option, les auteurs avancent l'opposabilité à tous des droits conférés par les parts sociales, la possibilité de démembrement ces dernières et de les prêter, ainsi que

---

<sup>305</sup> N. MARTIAL-BRAZ, « L'appréhension de l'incorporel en droit des sûretés », art. préc., 65, p. 33.

<sup>306</sup> R. LIBCHABER, *I*<sup>o</sup> « Biens », art. préc., n<sup>o</sup>67.

l'application par la jurisprudence du droit de la vente aux cessions de parts sociales<sup>307</sup>. » En tout état de cause, les sûretés hypothécaires font toutes partie d'un ensemble commun lié à la nature des biens incorporels qu'elles grèvent. La mise en avant de ces points communs (A.) permet de tirer des conséquences en termes de localisation et donc de rattachement (B.). Le fait que les choses incorporelles soient des biens dont l'existence relève des relations économiques et donc qu'ils fassent l'objet d'une forme d'enregistrement rend la localisation fictive plus aisée.

#### A. Points communs

183. Il est évident que les choses incorporelles et les droits, par définition incorporels, ont pour caractéristique commune l'incorporité, à savoir l'absence d'appréhension matérielle. Cependant, ces deux types de biens diffèrent en ce que leur existence ne provient pas de la même source. Les choses incorporelles naissent de relations économiques indépendantes et ne doivent pas leur existence à la présence d'un débiteur spécifique reconnu comme tel par un système juridique préétabli : elles sont des richesses immatérielles sans débiteur (1). Pourtant, les sûretés constituées sur les choses incorporelles sont supérieures aux sûretés constituées sur des droits (créances et valeurs mobilières), en ce qu'elles possèdent toutes les caractéristiques de l'hypothèque à raison des caractères d'individualité, de fixité et de publicité des biens qu'elles grèvent (2).

##### 1) Des richesses immatérielles sans débiteur

184. **L'immatérialité en dehors d'un rapport d'obligation.** D'aucuns pourraient considérer, à raison d'ailleurs, l'existence des choses incorporelles comme artificielles. Il est vrai que ces biens doivent leur existence, non pas à leur tangibilité matérielle propre, mais à la combinaison de deux phénomènes : leur naissance au sein de relations économiques et donc la valeur économique qu'elles acquièrent, engendrent ou conservent et la protection de cette richesse par l'ordre juridique étatique via son système judiciaire (mesures de protection et d'exécution) et administratif (accord de licence et autorisations diverses).

---

<sup>307</sup> G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *V*° « Part sociale », *Répertoire Dalloz des sociétés*, septembre 2004 (actualisation : octobre 2018), n°16.

185. D'aucuns pourraient encore considérer, dans la lignée de PLANIOL, que les choses incorporelles ne sont en réalité que des droits et que leurs propriétaires ne sont que des créanciers d'une obligation passive universelle. Or il apparaît très clairement que les choses incorporelles ont bien, malgré leur incorporéité, une existence réelle indépendante de tout rapport d'obligation. Le fonds de commerce n'existe pas seulement parce que certains en sont débiteurs ; le droit de propriété industrielle n'existe pas seulement parce que son titulaire consent des licences ou des droits d'exploitation, mais également parce qu'en vertu de son droit il est en mesure de produire d'autres richesses de manière exclusive ; le logiciel n'existe pas seulement parce que celui qui ne se procure pas le droit de l'exploiter devra des dommages et intérêts à son créateur s'il le fait ; le film cinématographique existe en tant que valeur économique parce que sa diffusion procure au titulaire une source de revenus. En bref, analyser les choses incorporelles comme des biens à part entière, source de richesse et d'exploitation pour leur propriétaire, semble tout à fait logique. Leurs caractéristiques hypothécaires – individualité, fixité et publicité – permettent, en outre, de les grever de sûretés d'une efficacité redoutable.

## 2) Supériorité des sûretés hypothécaires

186. **Liberté du débiteur et protection du créancier.** Au regard de la balance entre la liberté du débiteur et la protection nécessaire du créancier, les sûretés hypothécaires présentent un avantage majeur par rapport aux sûretés non-hypothécaires sur droits incorporels : la fixité des biens sur lesquels elles portent autorise le débiteur à jouir d'une large liberté de disposer. Le créancier « n'a pas à se soucier du sort de la possession du bien, qui peut être conservée par le débiteur ou transmise à un tiers acquéreur sans, d'une part, que la sécurité du créancier ne s'en trouve altérée (puisque'il est certain de pouvoir saisir le bien à l'échéance) ni, d'autre part, que la circulation du bien soit paralysée (grâce à la faculté de purge en principe offerte au tiers acquéreur). Cette configuration idéale d'affectation en garantie n'est possible que pour un nombre limité de biens qui se singularisent : par une individualité très marquée, souvent administrativement constatée ; par la possibilité de les rattacher à un point fixe ; et par l'organisation d'un système complet de publicité, établi de préférence sur une base

réelle, qui évite aux tiers toute désillusion<sup>308</sup>. » On le voit, la fixité du bien enregistré – ou devrait-on dire de la chose incorporelle, car il est aisé de constater que ces biens enregistrés portent sur des choses incorporelles et non pas sur des droits, ce qui peut paraître logique lorsqu'on sait qu'il est plus aisé de tracer un bien qu'une personne – permet une conciliation optimale des intérêts du débiteur – disposer de ses biens à l'envie, notamment pour les besoins de son activité – et du créancier – être protégé contre l'évaporation d'un bien sur lequel il croyait légitimement pouvoir faire jouer son droit réel accessoire. À l'inverse, les sûretés non-hypothécaires en matière incorporelle exigent soit la restriction du débiteur dans sa liberté de disposer de son patrimoine grevé, soit la notification par le créancier de ses droits auprès du débiteur de la créance nantie.

187. **Principes communs de localisation : importance de la traçabilité.** Les choses incorporelles peuvent apparaître, dans leur nature, tout à fait différentes : la plupart du temps, elles ne se créent ni ne s'exploitent de la même façon, ont des utilités totalement différentes, etc. Pourtant deux caractéristiques communes permettent de les regrouper sous la même bannière et de dégager des principes communs de localisation fictive et donc de rattachement : elles sont toutes des biens dits enregistrés (individualité, fixité, publicité) et toutes sont issues d'une combinaison entre richesse économique et protection par le système juridique de cette richesse.

## B. Localisation et rattachement

Analysons successivement les cas de localisation et de rattachement des sûretés sur des biens isolés par l'exemple des propriétés intellectuelles (1) puis des sûretés sur des universalités par l'exemple des fonds d'exploitation (2).

### 1) Sûretés sur des biens isolés : l'exemple des propriétés intellectuelles

188. **Copyright, constitution de sûretés et traçabilité.** La constitution de droits réels accessoires sur les droits de propriété intellectuelle prend une certaine importance dans les pays anglo-saxons. Par exemple, aux États-Unis, le *copyright* est

---

<sup>308</sup> Ch. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°633, p. 636.

très prisé par les créanciers pour garantir les obligations de leur débiteur. De nombreuses universités américaines ont, ou sont en passe, d’abandonner les cours généraux de droit des sûretés pour traiter la matière dans les cours plus spécifiques, comme ceux de droit de la propriété intellectuelle. Cette anecdote montre à quel point la réception de sûretés constituées sur des droits de propriété intellectuelle à l’étranger pourrait s’avérer d’actualité en droit français. La traçabilité de ces choses incorporelles joue un rôle crucial dans leur localisation et donc dans la règle de rattachement. Traçabilité par publication pour les droits de propriété littéraire et artistique ou par publicité dans le cas d’un film cinématographique (a.) ; traçabilité par publicité pour les droits de propriété industrielle (b.).

a) Propriété littéraire et artistique : territorialité par publication ou par publicité en cas de films cinématographiques

**189. Nantissement de droits d’auteurs. Nantissement de films cinématographiques.** En admettant « l’affectation en garantie d’une obligation, d’un bien meuble incorporel, ou d’un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs », l’article 2355 du Code civil issu de l’ordonnance du 23 mars 2006 met fin au débat sur la possibilité de constituer une sûreté, non sur le support de l’œuvre, mais sur le droit d’auteur, c’est-à-dire « le monopole d’exploitation et les droits pécuniaires y afférents<sup>309</sup>. » On pourrait alors imaginer un créancier notifier aux débiteurs des droits d’exploitation d’une œuvre le paiement de ces créances. Les redevances perçues par l’auteur serviraient alors, en cas de non-exécution de son obligation de remboursement du crédit consenti, à éteindre sa dette à l’égard du créancier. Cependant des auteurs se montrent pessimistes quant à la pérennité d’une telle garantie<sup>310</sup>. Ils considèrent que le système d’opposabilité du nantissement institué par l’ordonnance du 23 mars 2006 est insuffisant pour permettre l’efficacité d’une sûreté sur droits d’auteurs. Par ailleurs, le silence du législateur sur les particularités du droit d’auteur, tirées du démembrement des droits d’exploitation et de l’incidence du droit moral (indisponible en tant qu’assiette d’un droit réel accessoire), est critiqué. En réalité, le seul nantissement sur droit d’auteur qui paraît s’inscrire dans le paysage juridique est celui portant sur les

---

<sup>309</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 11<sup>ème</sup> éd., PUF, 2019, n°655, p. 716.

<sup>310</sup> A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5<sup>ème</sup> éd., Lexis Nexis, 2017, n°737, p. 619 et s.

œuvres cinématographiques ; un régime spécial prévu aux articles L. 124-1 et suivants du Code du cinéma et de l'image animée lui étant réservé. Le législateur aurait dû, pour inscrire cette sûreté dans la pratique juridique, instituer un système de publicité auprès duquel les créanciers inscriraient leurs droits de priorité.

190. Prenons donc le film cinématographique pour exemple transposable aux autres droits de propriété littéraire et artistique. Comme l'explique Pierre-Yves GAUTIER, « les producteurs ont des besoins financiers considérables, de sorte que tout le monde est mis à contribution : les établissements financiers spécialisés, les sociétés d'investissement cinématographiques (Sofica), le distributeur qui consent des avances, les télévisions, l'État qui intervient par un « fonds de soutien », etc.<sup>311</sup> » C'est ainsi que, dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, a été mis en place un Registre public du cinéma et a été créée une forme de sûreté hypothécaire permettant de nantir les droits d'exploitation du film. Le Registre – aujourd'hui rebaptisé Registre public du cinéma et de l'audiovisuel (RCA) – reçoit la publication du nantissement qui vaut comme formalité équivalente de la dépossession pour une durée de cinq ans (C. cin., art. L. 124-1). Cette sûreté se présente, en réalité, comme une hypothèque : rangs déterminés en fonction de l'inscription, droit de préférence, vente aux enchères publiques, droit de suite, procédure de purge. Toutes choses utiles à la localisation du bien.

191. **Localisation multiple et panachage des lois applicables entre existence du droit et mode de protection.** La publication de l'œuvre est l'acte matériel qui fait rentrer celle-ci dans l'ordre social : « l'œuvre publiée est dorénavant connue du public, ou connaissable par lui, elle a pris une valeur pour lui, elle devient un objet d'intérêt, pour les membres de la collectivité, un bien commun. D'autre part, si l'œuvre artistique ou littéraire est une réalité qui de soi n'occupe pas de place dans l'espace, parce qu'immatérielle, la publication est un événement qui prend place dans le temps et dans l'espace. Et il faut qu'il en soit ainsi pour que sa finalité, atteindre le public, soit obtenue : les hommes connaissent par leur sens, il faut procéder à des actes matériels pour qu'ils entendent la musique ou lisent l'œuvre manuscrite<sup>312</sup>. » Au moins en matière de droits d'auteurs autres que les films cinématographiques, la publication de l'œuvre est un critère essentiel de localisation. L'étude du droit international privé des droits de

---

<sup>311</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°657, p. 718.

<sup>312</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., n°109, p. 242.

propriété intellectuelle montre qu'en matière de droits d'auteurs, il n'existe pas de rattachement unitaire et objectif. Le droit international privé français adopte une conception mixte où les différentes lois applicables sont *panachées* entre existence du droit d'auteur et mode de protection de celui-ci. Ainsi le célèbre arrêt *Chant du Monde* rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 22 décembre 1959 affirme que « la Cour d'appel qui énonce que les compositeurs ci-dessus nommés ainsi que la société « Le Chant du Monde », leur cessionnaire, puisaient dans la législation de l'Union soviétique, pays d'origine des œuvres litigieuses, un droit privatif sur celles-ci, a décidé, à juste raison, que la protection civile contre les atteintes portées en France au droit dont ils avaient la jouissance devait être exercée par application de la loi française, qui ne distingue pas suivant le lieu de première publication ou représentation de l'œuvre, et spécialement de l'article 3 de la loi des 19-24 juillet 1793<sup>313</sup>. » Tout en admettant que « les actes matériels de publication déterminent la loi applicable », « parce qu'ils déterminent quelle est la collectivité dans laquelle l'œuvre est devenue pour la première fois un bien commun, ce qui a conduit la loi de cette collectivité à intervenir<sup>314</sup> », le professeur BATIFFOL se range derrière la décision considérant que « la loi étrangère d'origine du « droit organisé » devait coopérer, pour des raisons de protection du public local, avec la loi territoriale<sup>315</sup>. » Il en va différemment en droit conventionnel (Convention de Berne de 1886 et Convention de Genève de 1952). Les conventions unionistes prévoient, à l'inverse, « un système de protection territoriale absolue du droit d'auteur » : « les droits d'auteurs seraient scindés territorialement en droits patrimoniaux autonomes, chacun étant soumis à un statut réel, objectif et territorial<sup>316</sup> », l'œuvre étant ainsi intégralement soumise à la loi du lieu de protection. Un tel principe n'est, cependant, pas dépourvu d'exceptions et la loi d'origine sert, en partie, à déterminer l'existence des droits. Par exemple, les articles 7 et 8 de la Convention de Berne et IV de la Convention universelle, affirment que la durée prévue par la loi de protection ne peut être supérieure à la durée fixée par la loi d'origine. Dans un tel système, la question cruciale est celle de l'intervention d'une sûreté. Comment, dans cet ordre des choses, qualifier une garantie réelle consentie sur un droit d'auteur : existence du droit ou protection du droit ?

---

<sup>313</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1959, *Chant du Monde*, *Bull. civ.* I, n°556, p. 456 ; *D.* 1960, p. 93, n. G. HOLLEAUX ; *RCDIP*, 1960, p. 361, n. F. TERRE ; *Clunet*, 1961, p. 420, n. B. GOLDMAN.

<sup>314</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n°109, p. 242.

<sup>315</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°70, p. 99.

<sup>316</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°70, p. 100.

192. **La sûreté réelle, système de protection civile : compétence de l'État de réalisation.** Entre existence et protection, les sûretés réelles doivent sans aucun doute être placées dans la seconde catégorie. En effet, le régime de la sûreté réelle sur droits de propriété littéraire et artistique est à la fois protecteur de l'œuvre, de l'auteur, du créancier, des tiers et de l'ordre juridique de réalisation. Ainsi la constitution d'une sûreté sur l'œuvre prise en sa dimension immatérielle doit conduire à désigner le lieu de réalisation comme situation du bien et donc loi applicable. *Protection de l'œuvre et de l'auteur-créateur* par l'interdiction de constituer une sûreté sur le droit moral ainsi que par les règles protectrices des procédures civiles d'exécution. Protection également par le maintien au profit de l'auteur des actions destinées à poursuivre les violations de ses droits patrimoniaux sur l'œuvre. *Protection de l'auteur-débiteur* via les règles classiques de protection des débiteurs de nantissements sur biens incorporels : obligation de recevoir une mise en demeure avant d'affecter les créances en remboursement de la dette du créancier (C. civ., art. 2364 al. 2) ; remboursement des sommes perçues au-delà du montant de la dette (C. civ., art. 2366) ; obligation d'attendre la défaillance du débiteur avant de pouvoir le poursuivre en justice pour l'attribution forcée du bien objet de la sûreté (C. civ., art. 2364 al. 2). *Protection du créancier* en lui offrant des règles d'opposabilité simplifiée par la simple notification de ses droits auprès des débiteurs de son débiteur, créant ainsi une forme de droit exclusif au paiement des créances (C. civ., art. 2362). *Protection des tiers et de l'ordre juridique de réalisation enfin* par l'intervention du *numerus clausus*.

193. **Spécificités des œuvres cinématographiques.** En ce qui concerne les œuvres cinématographiques, leur caractère hypothécaire rend leur rattachement bien plus aisé : elles sont localisées par l'enregistrement et la loi applicable est celle du lieu d'accomplissement des formalités publicitaires. Une telle solution impose de minimiser la *summa divisio* meubles/immeubles, à favoriser la distinction essentielle entre biens hypothécaires et biens non-hypothécaires et à déterminer la loi applicable aux biens hypothécaires, en l'espèce l'œuvre cinématographique, de la même manière que pour un immeuble<sup>317</sup>. La logique de protection est d'ailleurs la même que pour les œuvres de droit commun : droit direct sur les recettes, procédures de purge, droit de suite.

---

<sup>317</sup> V. sur ce point le Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°584 et s., p. 588 et s.

b) Propriété industrielle : territorialité par publicité

194. **Localisation simplifiée des biens hypothécaires (brevets, signes distinctifs, logiciels).** « Les raisons de la territorialité sont ici plus grandes, pour certains même péremptoires. C'est qu'en effet les droits de monopole, dits de propriété industrielle lorsqu'ils ont une invention ou un signe distinctif pour objet, sont fréquemment assujettis à une formalité constitutive de dépôt ou d'enregistrement<sup>318</sup>. » Le caractère hypothécaire du droit de propriété industrielle – individualité, fixité, publicité – détermine largement son rattachement : « Cette intervention d'un service public [d'enregistrement] oriente vers la solution à donner au conflit de lois : la loi applicable au brevet est celle de l'État qui l'a accordé<sup>319</sup>. » En bref, la loi applicable au droit de propriété industrielle est celle de l'État qui lui accorde un monopole d'exploitation via l'enregistrement, le dépôt ou la publicité.

195. **Principe de territorialité et d'indépendance des monopoles nationaux ; rattachement à l'État de réalisation de la sûreté.** La conséquence d'une telle règle de rattachement est la suivante : il existe autant de droits de l'inventeur sur son invention que de pays qui en autorisent l'enregistrement et la protection<sup>320</sup> : « Le corollaire de ce principe de territorialité est l'indépendance des brevets dans le cas où plusieurs d'entre eux ont été délivrés en des pays différents pour une même invention<sup>321</sup>. » Ceci n'a pas toujours été le cas. L'article 29 de la loi du 5 juillet 1844 disposait que : « L'auteur d'une invention ou découverte déjà brevetée à l'étranger pourra obtenir un brevet en France ; mais la durée de ce brevet ne pourra excéder celle des brevets antérieurement pris à l'étranger. » La Convention de Paris de 1883 a complètement remis en cause ce système de raisonnement : les brevets enregistrés en France sont indépendants de ceux déjà déposés à l'étranger et reçoivent un principe d'existence et des moyens de protection propres. Le même raisonnement peut être tenu à propos des marques : « C'est ainsi que l'on est passé d'un système de rattachement unique de l'existence de principe de la marque à sa loi d'origine, corrigé par l'application de la loi locale pour la

---

<sup>318</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°72, p. 102.

<sup>319</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., n°532, p. 205.

<sup>320</sup> Convention d'union de Paris, art. 4.

<sup>321</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., n°532, p. 206.

protection des droits du titulaire, à un régime de pluralité des marques territoriales<sup>322</sup>. » Cette transformation du raisonnement juridique en la matière a été le fait de l'adoption de la Convention de Paris à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle confirmé par les arrêts *Olympia*<sup>323</sup>, *Oméga*<sup>324</sup> et *Zeiss*<sup>325</sup> rendus par la Cour de cassation entre 1959 et 1966. L'arrêt *Zeiss* affirme ainsi que « le droit à la marque se trouve localisé dans le pays dont la législation lui a donné naissance et assure sa protection. » La Cour refuse ainsi l'expropriation de la marque intervenue en Allemagne, quand bien même l'Allemagne était le pays du dépôt initial du droit de monopôle. Ce principe de base doit, évidemment, trouver quelques tempéraments ; la procédure d'enregistrement indépendante de chaque État ne fait pas disparaître une certaine unité du droit de monopole. Par exemple, en vertu de l'article 4 de la Convention d'union de Paris, lorsqu'un brevet a déjà été déposé dans un pays partie, le bénéficiaire du dépôt dispose d'un délai de priorité pour enregistrer son invention dans le pays d'importation membre de la convention<sup>326</sup>. Il n'empêche qu'en termes de rattachement, la territorialité autonome n'est pas remise en cause par ce type d'exceptions.

196. Quelle conclusion pouvons-nous tirer d'un tel raisonnement à propos de la localisation d'une sûreté réelle constituée sur un droit de propriété industrielle ? Que la loi de l'État de réalisation, si ce dernier est également celui dans lequel le brevet a été déposé, garde compétence pour régir la sûreté réelle. Si toutefois, le droit de propriété industrielle n'est pas enregistré dans l'État où la réalisation de la sûreté est demandée, notamment parce que le débiteur n'a pas enregistré son droit dans son État de résidence, il conviendra de déterminer un autre État de localisation ; par hypothèse, l'État où le droit a été enregistré et qui présente les liens les plus étroits avec les parties ou le contrat de sûreté, domicile du créancier, lieu de dépôt initial ou lieu de constitution du droit réel accessoire. Se termine ainsi l'étude des conflits de lois sur les sûretés sur droits de propriété intellectuelle. Voyons à présent ce qu'il en est des sûretés

---

<sup>322</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°74, p. 106.

<sup>323</sup> Cass. com., 3 février 1959, *Olympia*, *Bull. civ.* III, n°62, p. 56.

<sup>324</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1961, *Omega*, *Bull. civ.* I, n°168, p. 134, *RCDIP*, 1961, p. 738, n. G. HOLLEAUX.

<sup>325</sup> Cass. com., 15 mars 1966, *Zeiss*, *Bull. civ.* III, n°147, p. 126.

<sup>326</sup> Cette idée de délai de priorité sera reprise plus tard dans ces travaux afin d'introduire de la souplesse dans l'opposabilité aux tiers de la sûreté constituée à l'étranger. En résumé, nous prôtons l'instauration d'un délai de carence pour permettre au créancier bénéficiaire d'une sûreté constituée à l'étranger de rendre son droit opposable dans l'ordre juridique français sans perdre son droit de priorité.

hypothécaires sur des universalités de biens. Nos témoins seront les fonds d'exploitation, et plus précisément le fonds de commerce.

## 2) Sûretés sur des universalités de biens : l'exemple des fonds d'exploitation

197. **Attraction croissante des universalités.** Dans un monde où l'importance patrimoniale des biens mobiliers a supplanté celle de leurs confrères immobiliers, il n'est pas surprenant d'assister à un attrait croissant pour les universalités de fait, « ensemble de biens (...) formant une collection (ex. bibliothèque) ou une entité juridique complète (ex. fonds de commerce) prise globalement comme un bien unique (par ex. à l'occasion d'une vente ou d'un legs) et soumise à un régime unique particulier<sup>327</sup>. » En effet, les biens mobiliers étant, le plus souvent, de plus faible valeur que les biens immobiliers, il convient pour optimiser leur utilisation à des fins de garanties de les rassembler au sein d'une entité unique. D'où l'adoption de lois permettant de mettre en gage des fonds d'exploitation : création du nantissement de fonds de commerce par la loi du 17 mars 1909 (C. com., art. L. 142-1 et s.), du fonds artisanal par l'article 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 et enfin du fonds rural (C. rur., art. L. 311-3) par la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006. D'où également la création, en droit français, de la fiducie-sûreté par la loi du 19 février 2007 (C. civ., art. 2011 et s.). D'où enfin l'importance de déterminer la localisation et le rattachement de ces fonds d'exploitation.

198. **Localisation fictive au lieu d'exploitation : le critère fondamental de la clientèle.** Vue de loin, définir la loi applicable à un fonds de commerce<sup>328</sup> peut paraître aisé : il suffit de déterminer son centre de gravité – comme il suffit de déterminer le siège social d'une société pour dégager la *lex societatis* – et dégager de cette localisation une règle de rattachement territorial. Il existe, selon les professeurs BATIFFOL et LAGARDE, « une localisation de fait en un même lieu de la majeure partie de ces éléments<sup>329</sup>. » Une des caractéristiques fondamentales d'un fonds de commerce c'est évidemment sa clientèle : « L'existence du fonds est liée à l'existence de la

<sup>327</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Universalité ».

<sup>328</sup> Pour deux raisons complémentaires nous n'envisagerons que le fonds de commerce. La première tient au fait que les problèmes de localisation d'un fonds rural ou artisanal apparaissent secondaires au regard de l'aspect national de leur exploitation. De plus, seconde raison, les solutions dégagées pour le fonds de commerce pourront aisément être transposées aux autres types de fonds d'exploitation.

<sup>329</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op cit., n°536, p. 211.

clientèle<sup>330</sup>. » La clientèle – c'est-à-dire l'« ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel (...)»<sup>331</sup>. » – constitue donc *le critère le plus pertinent pour définir le lieu d'exploitation du fonds et donc son siège*. La doctrine dominante considère d'ailleurs que la création du fonds intervient au moment de son ouverture au public, événement marquant par définition le début des rapports commerciaux entre le public et l'exploitant. Ceci montre le caractère essentiel de la clientèle. En bref, pour les opérations sur fonds de commerce, dont le nantissement, on favorise un rattachement unitaire au lieu d'exploitation de celui-ci.

199. La vente du fonds de commerce ne devrait pas créer de difficultés pour le créancier bénéficiaire de la sûreté. Au-delà des mesures de publicité obligatoires en pareille situation, le caractère hypothécaire du nantissement de fonds de commerce devrait permettre au créancier de suivre le bien en quelques mains qu'ils se trouvent. En revanche, la première difficulté concerne les fonds de commerce disposant de succursales à l'étranger, c'est-à-dire d'établissements secondaires suffisamment autonomes de l'établissement principal (liberté de gestion, installation matérielle distincte et clientèle propre). Il est admis, en ce cas, que la loi de chaque succursale devra s'appliquer aux opérations opérées par cette succursale<sup>332</sup>. Prenons garde, cependant, à distinguer convenablement succursales et locaux accessoires. Les uns jouissent d'un rattachement propre du fait de leur autonomie, tandis que les autres restent rattachés au fonds de commerce de référence en raison de leur dépendance à son égard. Cette première difficulté nous introduit à la seconde qui est celle du cas dans lequel des éléments d'un fonds de commerce, par ailleurs tout ce qu'il y a de plus « interne », sont situés dans des pays différents.

200. **Correctif : la priorité du rattachement particulier sur le rattachement général (Louis D'AVOUT).** Le professeur D'AVOUT résume bien la difficulté tirée de la

---

<sup>330</sup> J. DERRUPPE et T. RAVEL D'ESCALPON, *V° « Fonds de commerce », Répertoire Dalloz de droit commercial*, octobre 2016 (actualisation : septembre 2019), n°36.

<sup>331</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, *V° « Clientèle »*.

<sup>332</sup> Règlement du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 19 §2 : « Lorsque le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, ou si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par lesdites succursales, agence ou autre établissement, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle. » Ceci permettant ainsi de déterminer la loi applicable à cette opération. On le voit la loi applicable aux opérations passées par la succursale n'est pas celle de la société principale.

présence d'éléments du fonds dans des pays différents de celui du lieu principal d'exploitation : « La difficulté survient véritablement dans les cas de dispersion internationale des éléments d'actif, plus spécialement de dissociation de la loi du lieu d'exploitation du fonds et de la loi applicable à un élément individuel d'actif<sup>333</sup>. » On l'a vu, en matière d'opération sur fonds de commerce, le rattachement unitaire est préconisé : « On localise l'universalité, enveloppe fictive, dans un pays donné et on détermine par là même partie du régime juridique que des biens qui la composent<sup>334</sup>. » Le rattachement unitaire, méritant quant à la commodité de localisation et de détermination de la loi applicable, « tend à s'abstraire de l'empire du régime juridique international individuel des biens, dicté pour chacun par sa loi propre, la loi de situation s'agissant des droits réels<sup>335</sup> » et ainsi faire entrer la loi applicable au fonds de commerce, ou à l'universalité en général, en contrariété avec le régime juridique particulier du bien en question. La solution à ce problème nous viendrait, selon le professeur D'AVOUT, du droit international privé allemand et aurait un nom, *Einzelstatut bricht Gesamtstatut*, la « *priorité du rattachement particulier sur le rattachement général*. » L'article 3 alinéa 3 de la loi d'introduction du BGB prévoit que « Les rattachements contenus aux sections 3 et 4 qui soumettent le patrimoine d'une personne à la loi d'un État donné ne concernent pas les objets qui ne sont pas situés dans cet État et qui, d'après le droit de l'État de leur situation, sont soumis à des dispositions spéciales<sup>336</sup>. » Cette règle fonctionnerait comme une sorte de loi de police et entendrait exclure la loi de l'universalité, par hypothèse étrangère, pour régir le sort des biens la composant, pris individuellement, situés en Allemagne. En vertu de la bilatéralisation, le raisonnement inverse pourrait se produire : loi de l'universalité allemande et loi spéciale étrangère ; « *les règles de droit international privé de l'État étranger de situation des biens, en conflit avec celle du juge local saisi, pourraient aussi constituer « des dispositions spéciales » brisant le statut général du patrimoine<sup>337</sup>*. » Admettons donc un fonds de commerce localisé en France disposant d'actifs sur le territoire national et à l'étranger. De manière générale, le fonds se verra appliquer la loi de sa situation, la France ; de manière particulière, les biens, faisant partie de ce même fonds, mais situés à l'étranger, se verront appliquer la loi de leur propre situation, par hypothèse étrangère.

---

<sup>333</sup> L. D'AVOUT, *V° « Biens »*, art. préc., n°100.

<sup>334</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°272, p. 379 et s.

<sup>335</sup> *Ibid.*

<sup>336</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°273, p. 380.

<sup>337</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°273, p. 381.

Ceci n'empêcherait pas, pour autant, de procéder à la vente forcée du fonds de commerce aux enchères publiques en France – seul mode de réalisation du nantissement de fonds de commerce admissible en droit français. Cependant, concernant les biens localisés à l'étranger, le droit français se verrait contraint de respecter les règles spéciales de l'État de situation et le créancier demander aux juridictions locales la saisie du bien.

201. **Correctif du correctif : localisation dans l'État de réalisation de la sûreté.** La règle générale dégagée précédemment selon laquelle le bien objet de la sûreté est, en cas d'incertitude et à condition de localisation préalable minimale, localisé prioritairement dans l'État de réalisation du droit réel accessoire doit trouver à s'appliquer dans l'hypothèse de biens, éléments du fonds de commerce, situés à l'étranger. Or la condition de rattachement minimal du bien dont la localisation est incertaine à l'ordre juridique français sera nécessairement satisfaite par la présence dudit bien dans l'universalité grevée d'une sûreté demandant à être réalisée en France.

202. Un exemple typique de cette application du correctif et de son propre correctif est le suivant. Voici un brevet élément d'un fonds de commerce. Si la loi applicable au fonds de commerce est contraire à celle du brevet alors cette dernière doit s'appliquer. Si celui-ci est enregistré dans plusieurs pays successifs, alors la loi de l'État de réalisation primera, soit que ce soit la même que celle du fonds de commerce, soit qu'elle soit différente. En tout état de cause, on voit les liens qui peuvent se nouer entre les différents biens incorporels. Tournons-nous à présent vers la localisation des droits incorporels grevés de sûretés réelles.

*2. Les sûretés sur droits incorporels ou « les sûretés non-hypothécaires » sur biens incorporels : principes communs de localisation et de rattachement*

203. **Point commun entre tous les droits incorporels : dépendance vis-à-vis d'un système juridique préétabli.** Quels sont les biens incorporels sur lesquels les sûretés non-hypothécaires sont susceptibles d'être constituées ? De la même manière que pour les sûretés hypothécaires sur les choses incorporelles, il convient de dresser une liste des droits incorporels pouvant représenter l'assiette d'une sûreté réelle : évidemment et en premier lieu, les créances ; ensuite et de manière tout aussi courante,

ce que l'on peut définir comme les droits détenus en compte, c'est-à-dire les valeurs mobilières et la monnaie scripturale. Ils sont systématiquement détenus en compte en raison notamment de la faible valeur de leur individualité. Il est rare, en effet, de constituer une sûreté sur une valeur mobilière cotée à une centaine d'euros. La caractéristique fondamentale de tous ces biens – il convient d'insister sur ce point tant il est crucial pour la détermination de la loi applicable via la localisation fictive – est qu'ils sont tous assimilés à des droits incorporels, c'est-à-dire à des biens dont la valeur dépend exclusivement d'un rapport d'obligation. Voyons ce qu'écrit un des spécialistes français du droit des biens : « il est manifeste que ces droits sont des biens. Car les droits constituent des moyens d'approprier non toutes les utilités d'une chose – ce que seule l'appropriation permet –, mais certaines d'entre elles seulement. S'ils sont nécessaires, c'est en raison de la rareté fondatrice de la notion de biens : la satisfaction des besoins et des désirs ne peut pas toujours s'assouvir par l'appropriation de choses qui ne sont pas assez nombreuses ; il s'agit donc avant tout d'un moyen de mieux en répartir les utilités. Permettant une mainmise sur des utilités partielles de la chose, les droits en corrigent la rareté en suscitant une artificielle ubiquité ; surtout, en distribuant certaines utilités, ils se constituent eux-mêmes en objets de désirs, et en objets limités en nombre pour une même chose<sup>338</sup>. »

204. Dans une logique assez similaire à celle développée pour les sûretés hypothécaires sur choses incorporelles, déterminer les caractéristiques communes aux sûretés non-hypothécaires (A.) – à savoir qu'elles portent sur des richesses immatérielles fondées sur un rapport d'obligation, ce qui rend l'efficacité des sûretés qui les grèvent moindre que pour les hypothèques mobilières –, permettra de dégager des principes communs de localisation et de rattachement au sein de l'ordre étatique où se situent les biens qu'elles grèvent (B.).

#### A. Points communs

205. **Définition.** « Qu'est-ce qu'un droit ? Un lien juridique constitué entre deux personnes, aux termes duquel l'une – appelée « débiteur » – doit quelque chose à une autre, nommée créancier. Ces droits sont donc des liens obligatoires, en vertu

---

<sup>338</sup> R. LIBCHABER, *V<sup>o</sup> « Biens »*, Répertoire Dalloz de droit civil, mai 2016 (actualisation avril 2018), n°67.

desquels une personne attend d'une autre qu'elle obéisse à ses engagements<sup>339</sup>. » On le voit, les droits incorporels naissent d'un rapport d'obligation entre un créancier et un débiteur. L'engagement du débiteur à l'égard du créancier crée, au profit de ce dernier, une valeur, et donc un bien, dont il est susceptible de disposer, par exemple en le grevant de droits réels accessoires (1). Cette mobilisation de valeur n'ayant aucune réalité tangible a pour corollaire une certaine précarité des sûretés constituées au bénéfice du créancier du créancier (2).

#### 1) Des richesses immatérielles fondées sur un rapport d'obligation

206. **Qualification réelle et valeur.** En passant de l'*homo politicus* à l'*homo œconomicus*, notre modernité en est venue à considérer la valeur économique supérieure à la valeur morale. Dans ce contexte, un mouvement doctrinal important tend à considérer la valeur comme critère de qualification réelle<sup>340</sup>. Il suffit d'envisager les apports en industrie pour considérer le savoir-faire quasiment comme un bien incorporel. Ainsi la valeur économique tant à devenir un critère important pour définir si une chose ou un droit dépourvu de toute matérialité peut être considéré comme un bien incorporel. La possibilité pour le titulaire d'un droit d'échanger celui-ci sur le marché – considérant que la constitution de droit réel représente une forme d'échange en la matière – permet d'accorder à ce dernier la qualification de bien. Il en va de même pour les choses incorporelles : la naissance de la chose au sein des relations économiques de son débiteur est un autre moyen d'exprimer cette notion de valeur d'échange.

207. **Créances.** Le droit positif analyse les créances à la fois comme des liens et comme des biens. Ceci est manifeste dans la loi et dans la jurisprudence. L'article 529 du Code civil dispose que « sont meubles par détermination de la loi, les obligations et les actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers » ; l'article L. 314-24 du Code monétaire et financier issu de la loi du 24 janvier 1984 venu en complément de la loi Dailly du 2 janvier 1981 dispose que « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créances transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée. » ; l'article 2372 du Code civil issu de

---

<sup>339</sup> R. LIBCHABER, *V°* « Biens », art. préc., n°67.

<sup>340</sup> A. BEN ADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels. Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Préf. P.-C. LAFOND et T. REVET, Avant-propos C. ALBIGES, Institut de recherches juridiques de la Sorbonne, Collection André TUNC, 2017, n°202 et s., p. 165 et s.

l'ordonnance de réforme du droit des sûretés prévoit que « le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité subrogée au bien. » Dans la jurisprudence, « le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme semblent attachés à une vision économique de la propriété. [...] Aussi, la recherche de la valeur patrimoniale du bien au sens large du terme est devenue, pour eux, le critère préalable de l'existence d'un objet de propriété, dont le propriétaire peut disposer librement<sup>341</sup>. »

208. Sur le plan théorique, une telle approche peut paraître contestable<sup>342</sup>. La position d'un débiteur ne peut être comparée à celle d'une chose : son créancier ne dispose pas de tous les pouvoirs d'exclusivité et de jouissance sur sa personne et la sanction de l'inexécution est patrimoniale et non personnelle. Cependant, il est incontestable que la créance représente pour le créancier une richesse immatérielle dont il est en mesure de profiter. L'expression « propriété des créances » est en réalité une commodité de langage : « envisager la créance comme un bien permet essentiellement d'en faire l'objet d'un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit<sup>343</sup>. » ; en d'autres termes, la créance prise sous l'angle réel autorise le créancier à en disposer à sa guise, notamment pour garantir ses propres obligations. C'est pourquoi notre étude s'accorde le droit de parler de bien incorporel pour une créance.

209. **Valeurs mobilières.** Il est également admis de longue date que les valeurs mobilières sont des biens incorporels. Là encore, la loi n'hésite pas à évoquer la « propriété des valeurs mobilières ». Ainsi, l'article L. 225-107-1 du Code de commerce vise « les propriétaires » de valeurs mobilières ; l'article 1<sup>er</sup> du décret n°83-359 du 2 mai 1983 dispose que « les valeurs mobilières ne sont plus matérialisées que par une inscription au compte de leur propriétaire ». Il en va de même pour la jurisprudence : « la nationalisation des diverses sociétés visées par ladite loi s'opère par le transfert à l'État en toute propriété des actions représentant leur capital à la date de jouissance des obligations remises en échange<sup>344</sup> ») ; « attendu que les dispositions de l'article 94-II de

---

<sup>341</sup> A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Préf. R. CABRILLAC, LGDJ, Bibl. dr. priv., 2001, n°299.

<sup>342</sup> S. RAVENNE, « La propriété des droits », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017-4, XLII – 169, 1447.

<sup>343</sup> J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n°11, p. 11 et s.

<sup>344</sup> Cons. const., 16 janvier 1982, *JCP* 1982, II, 19788.

la loi du 30 décembre 1981 et celles des articles 1<sup>er</sup> et 2 du décret du 2 mai 1983 se bornent à fixer les modalités nouvelles selon lesquelles sont matérialisés et transférés les titres de valeurs mobilières émises en territoire français et soumises à la législation française, en imposant une inscription sur un compte au nom du propriétaire tenu par la société émettrice ou un intermédiaire financier habilité<sup>345</sup>. » Quel est le fondement de cette qualification réelle des valeurs mobilières ? Il apparaît que les actions sont « une espèce, au sein du genre des droits personnels<sup>346</sup>. » Certes, elles ne représentent pas une créance unique, mais un ensemble de créances. Cependant, il convient de s'interroger sur la substance d'un titre de capital : ne correspond-elle pas au droit de son titulaire à se voir distribuer les résultats de la société ? Or ce droit pécuniaire aux dividendes relève de la catégorie des droits personnels : « si ces sommes existent, l'émetteur en est débiteur<sup>347</sup>. » Les droits extra-pécuniaires (obligation de convoquer chaque actionnaire aux assemblées, obligation d'informer les actionnaires conformément aux dispositions législatives, etc.) sont, en tant qu'obligation de faire, des droits personnels. Par ailleurs, le fait que l'actionnaire dispose de droits non patrimoniaux tel que le droit de vote ne permet pas de remettre en cause la qualification de droit personnel. Ceci pour deux raisons. La première tient au fait que le droit de vote n'est qu'un accessoire du droit à la distribution des dividendes ; la seconde, que le droit de vote n'est pas *un droit intangible* de l'actionnaire, à tel point que la loi permet, via les actions de préférence, d'émettre des titres dépourvus de celui-ci. En bref, « puisque l'action a pour substance un droit personnel assorti de nombreux droits accessoires, elle relève bien de la catégorie des droits personnels et elle est semblable à une créance, quelle qu'elle soit, vu que toute créance est constituée d'un droit personnel assorti de droits accessoires.<sup>348</sup> » Seuls les régimes des créances ordinaires et des valeurs mobilières diffèrent. Une telle qualification n'empêche pas, par ailleurs, de concevoir dans une certaine mesure les valeurs mobilières comme des biens incorporels : « On peut ainsi dire que les valeurs mobilières correspondent à des ensembles de droits subjectifs de nature patrimoniale, et que ces ensembles forment une représentation unique, un titre,

---

<sup>345</sup> Cass. com., 22 novembre 1988, *Korzilius*, *Bull. civ.* IV, n° 322, *Bull. Joly* 1989, p. 84.

<sup>346</sup> Ch. DONZEL-TABOUCOU, « Les actions : une espèce, au sein du genre des droits personnels », *Mél P. LE CANNU*, LGDJ-Dalloz, 2014, p. 269.

<sup>347</sup> Ch. DONZEL-TABOUCOU, « Les actions : une espèce, au sein du genre des droits personnels », art. préc., p. 271.

<sup>348</sup> *Ibid.*

auquel il est possible d’appliquer le droit des biens (à l’exclusion des règles réservées aux biens corporels)<sup>349</sup>. »

210. **Monnaie scripturale.** La qualification la plus délicate concerne probablement la monnaie. De manière courante, la monnaie, pièce ou billets, bénéficie d’une forme de corporéité. Pour tout un chacun, la monnaie dite scripturale ne représente que la traduction bancaire de « l’argent » dont on dispose matériellement. Il suffit pour s’en convaincre d’observer les mouvements contestataires du système capitaliste qui appellent au retrait matériel des sommes présentes sur nos comptes bancaires. Cependant, juridiquement, la monnaie scripturale correspond, en réalité, à un droit subjectif, un rapport d’obligation dont l’établissement bancaire est le débiteur : « Définir la monnaie scripturale comme une propriété incorporelle portant sur les créances entrées en compte non seulement suppose d’admettre, au rebours de la conception « personnaliste », qu’elle n’est pas une pure créance civile, mais un « bien » formé par les « liens » d’obligations unissant le titulaire du compte bancaire à ses créanciers et débiteurs, mais implique aussi de dénier toute corporalité aux inscriptions en compte, au rebours d’une théorie de la « scripturalisation » qui, assignant un corps aux écritures en compte, analyse la monnaie scripturale comme un bien corporel<sup>350</sup>. » Un auteur a démontré dans ses travaux doctoraux que la monnaie scripturale constitue un bien incorporel en dépit de son inscription en compte, de l’admission d’un droit de rétention sur ces comptes, de l’admission du virement comme forme de tradition, en dépit enfin de la fongibilité de la monnaie et à raison de l’admission de l’autonomie des droits de propriété intellectuelle par rapport à leur support<sup>351</sup>. Considérons que « la monnaie scripturale n’est rien d’autre que la propriété (réduite à un droit de disposer à titre définitif) qu’a le titulaire d’un compte bancaire sur ces incorporalités que sont les unités monétaires signalées par les inscriptions en compte, qui, elles-mêmes, ne font que constater le droit (réel) que, du fait de l’entrée en compte, le titulaire du compte reconnaît au banquier teneur de compte de disposer librement des créances entrées en compte, à charge pour ce dernier d’en restituer le montant équivalent<sup>352</sup>. » En d’autres termes, la monnaie scripturale est, au même titre qu’un droit de créance, un bien

<sup>349</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, précis Domat droit privé, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n°1123, p. 781.

<sup>350</sup> F. LEMAITRE, *La monnaie comme objet de sûretés*, Préf. M. GRIMALDI, LGDJ, Bibl. de droit des entreprises en difficulté, 201, n°50, p. 68.

<sup>351</sup> F. LEMAITRE, *La monnaie comme objet de sûretés*, thèse préc., n°50 et s., p. 68 et s..

<sup>352</sup> F. LEMAITRE, *La monnaie comme objet de sûretés*, thèse préc., n°66, p. 90.

incorporel fondé sur un rapport d'obligation. Ceci diminue l'efficacité des sûretés dont elle représente l'assiette.

## 2) Infériorité des sûretés non-hypothécaires

211. **Restriction de la liberté du débiteur ou insécurité du créancier.** De manière systématique, les sûretés non-hypothécaires portent sur des droits, non sur des choses, et portent donc en elles trace d'insécurité pour le créancier : faible traçabilité et absence de publicité. Pour compenser ces lacunes, le législateur a mis en place des mesures de protection du créancier dont le désavantage premier est de limiter le débiteur dans sa capacité à disposer des biens grevés : « Les biens qui en relèvent ne présentent pas les mêmes garanties dans la mesure où leur destinée juridique est étroitement dépendante de leur maîtrise factuelle. Tels sont les meubles corporels relevant de l'article 2276 du Code civil, les créances, les valeurs mobilières, la monnaie scripturale... Face à de tels biens, le créancier ne peut se payer le luxe d'être indifférent au sort concret de la possession. S'il veut conserver efficacement sa garantie, il doit : soit exiger le dessaisissement du débiteur par tradition matérielle ou tout moyen fonctionnellement équivalent (avec les inconvénients pratiques que cela comporte) ; soit laisser au débiteur la pleine maîtrise du bien, en obtenant alors qu'il s'engage à conserver celui-ci jusqu'au complet paiement de la dette, ou à maintenir entre ses mains une quantité de biens équivalents. Un tel système est évidemment moins satisfaisant que le régime hypothécaire : non seulement du point de vue de la circulation des richesses grevées, qui se trouve entravée par le mécanisme d'immobilisation de la possession (sauf faculté de renouvellement de l'assiette reconnue au débiteur), mais encore du point de vue de la sécurité du créancier puisque l'on fait dépendre la sécurité, lorsque la sûreté est sans dépossession, d'un facteur humain prépondérant dans une institution censée l'évincer<sup>353</sup>. »

212. **Principes communs de localisation.** Les points de similitudes entre les différents droits incorporels sont frappants : dans tous les cas, leur existence n'est due qu'à un rapport d'obligation dont le débiteur de la sûreté est le créancier. Ainsi les principes de localisation et donc de rattachement devront se fonder sur trois

---

<sup>353</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°633, p. 636.

caractéristiques : *reconnaissance d'un débiteur, mise à disposition des mesures de protection et d'exécution par un ordre étatique* et, dans l'hypothèse étudiée, de manière subsidiaire, *présence d'une sûreté réelle*.

## B. Localisation et rattachement

Une nouvelle fois, analysons successivement les cas de localisation et de rattachement des sûretés sur des biens isolés par l'exemple des créances (1) puis des sûretés sur des universalités par l'exemple des droits détenus en compte (2).

### 1) Sûretés sur des biens isolés : l'exemple des créances

213. **Exclusion de la loi de la source dans le domaine des sûretés réelles.** On l'aura compris, la créance peut s'analyser tantôt comme un lien (droit personnel) tantôt comme un bien (droit réel). Que l'on soit dans le premier ou le second cas, la règle de localisation diffère. L'enjeu consiste à déterminer si la créance doit être rattachée à la loi de sa source (contrat ou délit) ou si, au contraire, elle doit se voir attribuer une localisation propre, autonome. La créance envisagée comme un rapport personnel doit certainement être rattachée à la loi de sa source : « Les rapports entre créancier et débiteur sont en principe soumis à la loi de la source de la créance : acte ou fait juridique<sup>354</sup>. » En d'autres termes, la créance-lien n'a pas de rattachement propre : « L'obligation n'est, en effet, jamais autre chose qu'un lien de droit qui ne peut exister qu'autant que la loi qui préside à la création de l'obligation (conventionnelle ou légale) l'a constitué ; elle a un statut qui lui sert de base<sup>355</sup>. » Par le rejet total des théories relatives au statut réel de la créance et au procédé de localisation fictive, NIBOYET pousse le raisonnement jusqu'à l'extrême et considère que la créance-bien devrait elle aussi être soumise à la loi de la source, rejetant ainsi toute prétention à l'autonomie de la créance envisagée comme un droit patrimonial<sup>356</sup> : « C'est la loi française qui donne naissance à la créance, et c'est encore elle qui doit régir la cessibilité, par suite aussi les procédés pour la réaliser. En matière de biens corporels, la *lex sitae* s'applique à ces deux questions. Lorsqu'il s'agit des créances, une même loi doit également les régir, et

---

<sup>354</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°984, p. 813.

<sup>355</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. 4, Sirey, 1947, n°1295, p.667.

<sup>356</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°79, p. 112 et s.

si la loi de la créance régit la cessibilité, elle doit encore être compétente pour les procédés de transmission. [...] La créance n'existe que parce que la loi de la créance l'a créée, de même que le bien corporel n'existe qu'autant que la *lex sitae* le permet. Celle-ci joue le rôle de celle-là, et inversement<sup>357</sup>. » Une telle position appelle deux critiques : d'abord, elle entre en contradiction avec le *numerus clausus* des sûretés réelles ; ensuite, elle tend à nier toute idée de localisation multiple de la créance en promouvant un système de rattachement unitaire et objectif.

214. Ceci fut maintes fois rappelé, le droit français des sûretés réelles vit en régime de *numerus clausus* : pour être rendue efficace dans l'ordre juridique français en tant qu'institution accordant au créancier un droit réel sur le bien grevé, la sûreté doit avoir été prévue par le législateur. Il serait, ainsi, malvenu de régir une sûreté sur créance suivant la loi de la source, potentiellement étrangère. Cela conduirait sûrement, et à défaut de procédé d'adaptation, à l'absence d'efficacité de la sûreté sur créance constituée à l'étranger. Il ne s'agit pas de remettre en cause la solution du droit positif selon laquelle les opérations relevant exclusivement des rapports entre créancier et débiteur sont régies par la loi de la source. Il s'agit seulement de considérer, comme le droit positif l'impose, que lorsque la créance est prise, moins comme un rapport d'obligation que comme un bien patrimonial, elle possède une loi propre : « la réalisation forcée de la créance, ainsi définie, sur certains biens du débiteur relève de la loi du lieu d'exécution<sup>358</sup> » ; « Le droit de créance échappe à la loi du contrat ou du délit qui l'engendrent, quand il s'exerce sous la forme du droit de gage général : le créancier saisit les biens de son débiteur pour recouvrer soit la somme qui lui était due, soit les dommages et intérêts compensant le préjudice né de l'inexécution. Or la loi applicable à cette saisie est certainement celle du lieu où elle est pratiquée<sup>359</sup>. » Dans un système de promotion de la loi d'autonomie en matière contractuelle, admettre la loi de la source comme loi unique de rattachement de la créance reviendrait à soumettre à la loi d'autonomie les sûretés réelles sur créance. Or comme cela a déjà été analysé, le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles, la protection des tiers et de l'ordre juridique dans son ensemble, s'y opposent catégoriquement<sup>360</sup>. Par ailleurs, deuxième

---

<sup>357</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, op. cit., n°1296, p.670.

<sup>358</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op cit., n°540, p. 215.

<sup>359</sup> *Ibid.*

<sup>360</sup> *Supra*, n°40 et s., p. 45 et s.

critique, cette théorie s'oppose à toute forme d'admission d'une localisation multiple de la créance.

215. **Localisation multiple.** Plaider pour une localisation fictive de la créance, c'est admettre qu'elle puisse être située en divers endroits. Chercher à définir un lieu de rattachement fictivement défini à un droit personnel, c'est reconnaître pleinement son ubiquité. La doctrine a longtemps discuté la question de savoir s'il valait mieux localiser la créance au domicile du créancier ou du débiteur. Par exemple, l'article 23 du Code de procédure civile allemand, le *Zivilprozessordnung*, prévoit que la créance est située à la fois au domicile du débiteur et au lieu de situation du gage constitué par sa sûreté<sup>361</sup>. Pour des questions de localisation, il est donc difficile d'envisager la créance comme un bien matériel et lui assigner une situation exclusive : « Ubiquitaires par essence, ces biens [incorporels] n'ont pas quant à eux de substrat matériel géographiquement situé, qui agrégerait l'ensemble des prérogatives et fédérerait leur exécution forcée en nature sur le territoire d'un État unique ; ils n'ont pas corrélativement, de localisation juridique exclusive désignée par la convergence des systèmes étatiques de droit international privé<sup>362</sup>. » Ainsi les créances sont localisées « partout où le débiteur possède des actifs saisissables, permettant l'exercice d'une contrainte aboutissant à l'exécution forcée satisfaisante en nature du droit<sup>363</sup>. » En bref, prudence dans l'unification, détermination de la situation au cas par cas et localisation dans l'État de réalisation de la sûreté réelle, voici les maîtres-mots.

216. **Localisation prépondérante dans l'État de réalisation de la sûreté.** Localisation multiple et absence de rattachement unitaire. Ces deux éléments poussent à définir une règle de localisation propre aux sûretés réelles sur créances, une loi de prépondérance dans l'hypothèse de réalisation de la sûreté. De manière générale, cette idée de *situs prépondérant* en cas de localisation multiple avait déjà été avancée par le professeur allemand Wilhelm WENGLER dans son article publié en 1957 dans la *Revue critique de droit international privé* : « L'idée qu'il existe une majorité de droits subjectifs quand une protection similaire est accordée par plusieurs États au droit prétendu d'une personne [conception américaine], pourrait être conciliée, peut-être, avec

---

<sup>361</sup> W. WENGLER, « La situation des droits », art. préc., p. 200.

<sup>362</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°264, p. 369.

<sup>363</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°269, p. 370.

les conceptions traditionnelles de l'unicité du droit subjectif [conception européenne], s'il était possible de constater qu'en cas de cumul de droits protégés par plusieurs États il existe toujours un seul de ces droits subjectifs dont l'État qui le protège peut être considéré comme l'État du *situs* prépondérant, de sorte que, par exemple, des changements éventuels opérés sur ce droit par l'État compétent se répercutent automatiquement sur les droits subjectifs parallèles dans les autres États<sup>364</sup>. » Opposé de manière générale au territorialisme pour les biens incorporels, le professeur D'AVOUT reconnaît l'utilité d'une utilisation ponctuelle de la méthode de référence, c'est-à-dire de rattachement d'un droit réel à un ordre étatique, en la matière : « C'est qu'en effet ils engagent en droit interne des questions juridiques de même nature, dès lors qu'il est question de leur régime patrimonial ; parce que les droits à objet immatériel constituent comme les droits réels des richesses librement disponibles pour leur titulaire, à partir desquelles ils peuvent entreprendre d'agir juridiquement : [...] en les constituant en garantie de leurs engagements personnels ou de ceux d'un tiers [...]. Et la réglementation du droit interne, techniquement spécifique, répond souvent à des préoccupations voisines de celles rencontrées au sujet des droits réels : la protection préventive de la sécurité des transactions ou curative de la confiance légitime des tiers ; la répartition objective des utilités ou de la valeur des richesses, qui font l'objet d'un droit ou de prétention concurrentes<sup>365</sup>. » En présence d'une saisie sur créance, c'est la loi du lieu d'exécution qui prévaut ; de même, suivant ce raisonnement de l'ordre prépondérant, en présence d'une sûreté réelle, c'est la loi du lieu de réalisation, souvent le domicile du débiteur, mais pas nécessairement. L'avantage que le créancier tire de la constitution d'une sûreté réelle à son bénéfice doit être compensé, en vertu de la protection des tiers, d'une soumission du droit réel accessoire à la loi de l'État dans laquelle sa réalisation est recherchée. Cette proposition s'inscrit dans la droite ligne des réflexions de BATIFFOL développées dans ses *Aspects philosophiques du droit international privé* au paragraphe : « Sens de la localisation. Apparence et intérêt des tiers<sup>366</sup> ». Il y explique que la localisation matérielle est déterminante pour la protection des tiers. Mettant en avance la fonction sociale des règles de droit, l'éminent professeur considère les rapports juridiques moins comme une relation entre deux personnes, à l'exclusion de tous les autres, que comme l'expression d'une insertion des individus

---

<sup>364</sup> W. WENGLER, « La situation des droits », art. préc., p. 207-208.

<sup>365</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°319, p. 442.

<sup>366</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., n°114 et s., p. 251 et s.

dans une collectivité : « les relations juridiques ne peuvent être considérées comme purement interindividuelles ; comme telles, elles ne concerneraient normalement que deux personnes, car en réalité on parle des tiers, ou d'un tiers, mais pas du tiers ; [...] le « tiers » n'est pas déterminé à l'avance, c'est un membre quelconque de la collectivité qui peut se retrouver intéressé par la relation considérée<sup>367</sup>. » La localisation fictive de la créance au lieu de réalisation de la sûreté qui la grève revêt un intérêt tout particulier pour la protection des tiers. Complément indispensable du *numerus clausus* des sûretés réelles, elle impose au créancier nanti de respecter les règles de droit imposées par le législateur de l'État de réalisation. Un tel raisonnement n'implique pas de refuser, *a priori*, l'efficacité des garanties réelles constituées à l'étranger, à condition de mettre en place un système d'adaptation de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté nationale. *Rendre indisponible aux parties la détermination de la loi applicable relève d'une forme d'intérêt général.*

217. Qu'en est-il, à présent, des sûretés constituées sur des universalités de biens ? Voyons l'exemple des droits détenus en compte : valeurs mobilières ou monnaie scripturale.

## 2) Sûretés sur des universalités de biens : l'exemple des droits détenus en compte

Examinons en premier lieu le portefeuille de valeurs mobilières (a) et en second lieu les comptes bancaires (b).

### a) Le portefeuille de valeurs mobilières

218. **De la dématérialisation et du nantissement de compte-titres.** Avant 1981, l'étude des conflits de lois relatifs aux valeurs mobilières n'aurait pas eu sa place dans des travaux relatifs aux biens incorporels : avant la loi du 30 décembre 1981, il était admis que les titres de capital, incorporés dans un titre physique, relevaient du droit des meubles corporels. La théorie de l'incorporation prônait le détachement de la valeur mobilière du régime de la créance pour ne la considérer que comme « un bout de papier » ; traitée comme un bien corporel, elle se voyait ainsi appliquer son régime :

---

<sup>367</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n°115, p. 255.

rattachement unitaire et exclusif au lieu de situation. La dématérialisation des titres a rendu caduque la théorie de l'incorporation : les valeurs mobilières étant devenues des biens immatériels à part entière, le bout de papier n'existant plus, il est devenu impossible de les localiser de la même manière que les biens corporels.

219. L'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 a soumis les valeurs mobilières à un régime spécial de nantissement, le nantissement de compte-titres (CMF, art. L. 211-1 et s.). Le nantissement est donc constitué sur une universalité de fait, le compte de valeurs mobilières. L'ordonnance du 24 février 2005 a mis fin à une controverse doctrinale entre ceux qui considéraient que le nantissement portait sur un ensemble de valeurs mobilières considérées *ut singuli* et ceux qui y voyait une garantie sur un compte considéré *ut universi*. En affirmant que « les instruments financiers et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrits au crédit du compte gagé, en garantie de la créance initiale du créancier gagiste, sont soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de gage initiale », l'ancien article L. 431-4-I du Code monétaire et financier, devenu L. 211-20, tranche la question : l'application aux droits naissant postérieurement du même régime que ceux initialement inscrits au compte indique clairement qu'il s'agit d'un nantissement sur une universalité de fait. Dorénavant, les valeurs mobilières sont inscrites en compte auprès de l'émetteur ou d'un intermédiaire. Bien qu'une telle inscription ne soit pas assimilable à un enregistrement tel que celui prévu pour les droits de propriété industrielle, elle facilite la localisation des valeurs mobilières et donc de la garantie qui les grèvent.

220. **Loi d'établissement du teneur de compte.** Il est parfaitement courant de mettre en place un schéma de détention indirecte des titres : l'émetteur n'a pas de relation directe avec le propriétaire et son droit est inscrit dans les comptes d'un intermédiaire. Ce dernier peut détenir des titres auprès de l'émetteur lui-même ou d'un autre intermédiaire, ce qui crée des chaînes d'intermédiaires. Ce système facilite les jeux d'écritures, mais pose des problèmes en termes de détermination de la loi applicable à la garantie constituée sur les titres ainsi détenus. La directive européenne du 6 juin 2002 en son article 9 §1 prévoit que : « Toute question concernant l'un des éléments énumérés au paragraphe 2 qui se pose au sujet d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte est réglée selon *la loi du pays où le compte*

*pertinent est situé.* » Le compte pertinent étant, selon l'article 2 §1.h de cette même directive, « le registre ou le compte – qui peut être tenu par le preneur de la garantie – où sont portées les inscriptions par lesquelles les instruments financiers sont remis à titre de garantie au preneur. » Le choix des parties n'est pas déterminant en la matière et cela semble logique au regard de l'inadéquation entre autonomie de la volonté et garantie réelle. Cette disposition a été transposée en droit français et l'article L. 211-39 du Code monétaire et financier dispose que : « Les droits ou obligations du constituant, du bénéficiaire ou de tout tiers relatifs aux garanties mentionnées au I de l'article L. 211-38 [CMF] portant sur des titres financiers sont déterminés par la loi de l'État où est situé le compte dans lequel ces titres sont remis ou constitués en garantie. » Certes cet article ne désigne pas précisément le compte pertinent. Pour localiser le teneur de compte pertinent, il convient alors de s'inspirer des solutions prévues par la Convention de La Haye du 5 juillet 2006, elle-même inspirée par les dispositions du UCC américain : « l'intermédiaire pertinent est celui qui exerce à titre professionnel ou habituel, une activité de tenue de compte effective et qui tient le compte de titres pour le titulaire du compte (art. 1.1.c. et 1.1.g.)<sup>368</sup>. » Cette même convention a, par ailleurs, élaboré un système de rattachement qui s'articule de la manière suivante : les parties peuvent choisir la loi applicable à la garantie à condition – ceci vient d'ailleurs confirmer la position consistant à considérer l'autonomie inadéquate aux garanties réelles – de respecter *la réalité de l'activité de l'intermédiaire teneur de compte*. Ainsi l'établissement doit « effectuer ou suivre des inscriptions en compte de titres », « gérer les paiements ou les opérations relatifs à des titres que l'intermédiaire détient », « exercer autrement à titre professionnel ou habituel une activité de tenue de compte de titres », etc. L'article 4.3 précise par ailleurs que : « En cas d'un transfert de titres détenus par un titulaire de compte auprès d'un intermédiaire effectué en faveur de ce dernier, que celui-ci tienne ou non dans ses livres un compte propre, pour les besoins de la présente Convention : a) cet intermédiaire est l'intermédiaire pertinent ». Si les parties n'ont pas déterminé la loi applicable, l'article 5 désigne « la loi de l'établissement avec lequel la convention de compte a été conclue à condition qu'il passe avec succès un test de réalité permettant de s'assurer que cet établissement a effectivement une activité de tenue de compte<sup>369</sup>. » La convention de tenue de compte

---

<sup>368</sup> H. SYNVEIT et A. TENENBAUM, *V°* « Instruments financiers », *Répertoire Dalloz de droit international*, janvier 2009, n°178.

<sup>369</sup> H. SYNVEIT et A. TENENBAUM, *V°* « Instruments financiers », art. préc., n°180.

doit avoir été conclue avec cet établissement. « À défaut de pouvoir appliquer ces critères, la loi applicable sera celle de l'État du lieu de constitution ou de l'organisation de l'intermédiaire pertinent au moment de la conclusion de la convention de compte ou de l'ouverture du compte-titres. À défaut, la loi désignée sera celle du lieu d'exercice d'activités de l'intermédiaire (principal lieu en cas d'activités plurilocalisées)<sup>370</sup>. »

221. On le voit, en matière de garanties financières, la loi applicable est soit celle de la société émettrice soit, en cas de détention indirecte, celle du lieu d'établissement du teneur de compte. Rappelons qu'en cas d'incertitude quant au teneur de compte pertinent, il existe toujours la règle générale faisant de l'État de réalisation de la garantie le lieu de situation prioritaire du bien grevé de sûreté.

#### b) Les comptes bancaires

222. **Transposition des solutions applicables aux valeurs mobilières pour les actifs monétaires détenus en compte.** Lorsque la monnaie scripturale est détenue en compte bancaire, les solutions dégagées pour les comptes-titres peuvent être transposées : « il revient à la loi du compte de définir les conséquences de la détention dans les rapports entre le banquier et le titulaire du compte ou ses ayants cause<sup>371</sup>. » ; les auteurs de poursuivre : « mise à part la particularité de l'objet monétaire, les actifs dont il s'agit ne sont qu'une forme de droit de créance sur le banquier gestionnaire des inscriptions<sup>372</sup>. » Nous serons cependant en désaccord avec la conclusion que ces mêmes auteurs tirent d'une telle assertion : « ils [les actifs monétaires] ne sont donc pas, à proprement parler, des biens situés<sup>373</sup>. » Or il semble bien que l'inscription permette de situer ces biens et de leur appliquer la loi de leur localisation territoriale. Il suffit pour s'en convaincre de citer le jugement rendu par la quinzième chambre de la cour d'appel de Paris le 10 mai 2007<sup>374</sup>. Une banque portugaise, bénéficiaire d'un nantissement de compte bancaire, réclamait la saisie du compte d'un de ses clients en remboursement d'un prêt qu'elle lui avait consenti. Le client opposait l'application de la loi française et demandait la nullité de la sûreté en raison de la présence d'un pacte commissoire. La

<sup>370</sup> H. SYNDET et A. TENENBAUM, *V°* « Instruments financiers », art. préc., n°180.

<sup>371</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°991, p. 818.

<sup>372</sup> *Ibid.*

<sup>373</sup> *Ibid.*

<sup>374</sup> Paris, 10 mai 2007, *JCP G.* 2007, I, p. 212, obs. Ph. DELEBECQUE.

cour d'appel refuse de prononcer la nullité et sursoit à statuer au motif qu'il convenait d'appliquer la loi étrangère considérant que « la loi qui s'applique aux meubles est, comme pour les immeubles, celle de la situation du bien ; que le nantissement du compte bancaire était un droit réel, la loi portugaise est seule applicable aux droits réels dont est l'objet le compte bancaire ouvert dans les livres de la banque au Portugal<sup>375</sup>. » Un auteur commente l'arrêt en remarquant que : « Cette application de la *lex rei sitae* en matière de créance, considérée comme un bien ou un objet de convoitise, ne paraît pas discutable. Il faut bien, en l'occurrence, localiser la créance et comment mieux le faire si ce n'est au lieu où le compte qui en est le réceptacle est tenu ?<sup>376</sup> »

223. Les solutions applicables aux valeurs mobilières sont d'autant plus transposables aux comptes de monnaie scripturale – et plus largement à tous les comptes, peu importe leur contenu – que bien souvent, la monnaie est le produit de valeurs mobilières. Ainsi, rappelons que l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier affirme que : « Les titres financiers et *les sommes en toute monnaie* postérieurement inscrits au crédit du compte gagé, en garantie de la créance initiale du créancier gagiste, sont soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de gage initiale. »

224. **Conclusion du Chapitre II et du Titre II.** Le but affiché de ce chapitre qui s'achève a été de déterminer des solutions aux conflits de lois en matière de sûretés sur biens incorporels. *Cette étape est cruciale pour démontrer l'inadéquation de la méthode de la reconnaissance. En effet, les difficultés de localisation et la pluralité des lois applicables aux sûretés réelles rendent difficile de concevoir une méthode dans laquelle est promue l'application stricte de la loi de l'État de constitution.* Le choix qui a été fait dans ce travail est de promouvoir, en matière de biens incorporels, la territorialité. Toutefois, la territorialité ne permet pas de dépasser complètement l'ubiquité des biens incorporels ; *elle ne permet pas par exemple d'établir un ordre de référence unique à la sûreté.* La situation du bien au moment de la constitution n'est pas nécessairement la même qu'au moment de la réalisation. De nombreux auteurs ont voulu dépasser cette théorie arguant que l'immatérialité et l'ubiquité des biens incorporels conduisaient à une impasse. Or les développements de ce chapitre montrent qu'une

---

<sup>375</sup> Paris, 10 mai 2007, *JCP G.* 2007, I, p. 212, obs. Ph. DELEBECQUE.

<sup>376</sup> Ph. DELEBECQUE, Paris, 10 mai 2007, *JCP G.* 2007, I, p. 212, n°21.

*localisation fictive est possible.* Pour ce qui est des biens corporels, la localisation est objective et exclusive en raison de la matérialité de l'objet. Pour ce qui est des biens incorporels, en revanche, les difficultés viennent de ce que *la localisation est nécessairement fictive et non exclusive* à raison des situations multiples qui peuvent être celles du bien au même moment : domicile du créancier, domicile du débiteur, lieu d'enregistrement, lieu de création, etc. Admettre le caractère fictif de la localisation en la matière est fondamental pour préserver le principe de la territorialité, garant à la fois de la protection de l'ordre juridique local et de l'efficacité des sûretés par la théorie de l'adaptation. En bref, c'est le pire des systèmes à l'exception de tous les autres. Le bien sur lequel la sûreté est constituée est donc déterminant pour définir la loi applicable à celle-ci. À partir des travaux de Charles GJIBBERS, il a été possible d'établir une classification des sûretés en fonction de la nature des biens qu'elles grevaient : biens hypothécables ou non hypothécables. Cette classification est fondamentale afin de dégager des règles communes de rattachement, propres à la fois aux sûretés hypothécaires et aux sûretés non-hypothécaires. Enfin, comment ne pas mentionner le lieu de réalisation de la sûreté comme critère correctif de rattachement dans les hypothèses où les situations multiples du bien rendent sa localisation incertaine. Rappeler ce critère, c'est promouvoir une approche de détermination de la loi applicable fondée, moins sur la volonté individuelle des parties, que sur les intérêts du lieu de réalisation et des tiers qui y opèrent.

225. **Conclusion de la Partie I.** Le Titre I nous l'a montré, il existe de sérieux obstacles à l'admission des sûretés sur biens incorporels constituées à l'étranger sur des biens localisés en France ou ailleurs par l'utilisation de la méthode de la reconnaissance. Le principal est évidemment le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles : seules les sûretés prévues par le législateur français peuvent être rendues efficaces dans l'ordre juridique français. Naturellement, une sûreté constituée à l'étranger ne respecte pas ce principe fondamental de protection des tiers et de l'ordre juridique et économique français. Or il semble possible de trouver une voie pouvant rendre efficaces des sûretés constituées à l'étranger. Ce sera l'objet de la Partie II : démontrer qu'un processus d'adaptation de la sûreté étrangère à une sûreté locale portant sur un bien identique est possible. Il semble que cette solution est celle qui respecte au mieux les intérêts en présence : *ceux du créancier* de voir la garantie réelle, constituée de bonne foi à l'étranger, réalisée en France ; *ceux du débiteur* de recevoir les règles protectrices du droit français à raison de sa nationalité, de son domicile ou de la localisation de ses actifs en France ; *ceux des tiers* qui, amputés d'une partie du droit de gage général, à raison de la constitution de la sûreté, méritent une protection par le droit de situation des biens ; enfin, *ceux de l'ordre juridique français* qui se doit de contrôler la réalisation des garanties réelles sur son territoire en raison d'une protection de l'ordre économique. Pour mener à bien ce processus d'efficacité, il conviendra, néanmoins, de lever le second obstacle traité dans la Partie I, à savoir la réticence jurisprudentielle à admettre, dans l'ordre juridique français, des sûretés constituées à l'étranger. Comprendons bien que la création d'une sûreté selon les règles d'un droit étranger ne préjuge pas de la loi applicable à l'opération dans son ensemble, d'où l'impossibilité de déterminer un ordre juridique de référence. Le principe fondamental en la matière est que la loi applicable à la sûreté suit la loi applicable au bien. Ainsi, la sûreté constituée dans un pays étranger peut se voir appliquer le droit français, et donc le régime juridique de la sûreté locale de même type. Promouvoir la territorialité nous a semblé essentiel à raison du caractère social des droits réels bien exprimé par BATIFFOL et de la nécessité de s'assurer de la protection de l'ordre juridique. Il est néanmoins évident que lorsque la sûreté est, du fait de la situation du droit réel qu'elle grève, localisée à l'étranger, la loi française n'est pas applicable, et c'est alors les lois de police qui prennent le relais dans la protection de l'ordre juridique français. Ces disparités de lois applicables suivant les situations rendent difficile une systématisation de la méthode de la reconnaissance à la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels. C'est pourquoi il semble fondamental de

promouvoir une autre méthode, non rétive à la généralisation théorique et pratique, celle de l'adaptation. Cette méthode se fonde sur une évacuation de la règle de conflit lorsque des règles impératives, déterminées en fonction de la protection de l'intérêt des tiers, sont en jeu et sur l'application des lois de police auxquelles est soumise la sûreté locale de rattachement. Pour ce qui est des règles non impératives, la solution de conflit reste toutefois pertinente et la méthode de la localisation fictive permet de déterminer la loi applicable à la sûreté dans l'hypothèse recherchée.





## Partie II : La pertinence de la méthode de l'adaptation

---

226. **Systématisation de la méthode de l'adaptation.** Face à l'inadéquation de la méthode de la reconnaissance à proposer un système cohérent de réception des sûretés étrangères sur biens incorporels, il convient de dégager une méthode alternative, respectueuse des principes fondamentaux du droit des sûretés et protectrice des intérêts de l'ordre juridico-économique français et de ses membres. Cette procédure alternative sera celle de l'adaptation. Elle consiste à assimiler la sûreté étrangère à une sûreté locale de rattachement et de lui appliquer le régime juridique de cette dernière. Ainsi la sûreté de constitution étrangère assimilée ne pourra plus que partiellement être conçue comme une institution de droit étranger et devra, dans la stricte mesure des règles internationalement impératives, se comporter comme la sûreté locale à laquelle elle est assimilée. Cette méthode n'ayant, en droit des sûretés, pas encore fait l'objet d'applications concluantes, il conviendra d'esquisser une forme de systématisation. En d'autres termes, la nouveauté du champ d'application de la théorie de l'adaptation impose d'en déterminer la légitimité pour la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels et de dégager une sorte de droit commun afin de déterminer les hypothèses, les fondements et les principes d'application. En bref, il s'agit d'une théorisation de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels (**Titre I**). Cette systématisation est d'autant plus importante qu'elle nous permettra, dans un second temps, d'envisager l'application concrète du régime de la sûreté locale de rattachement à la sûreté étrangère sur biens incorporels, notamment celles tenant à son opposabilité et à sa réalisation. Ce sera l'objet du second titre, la mise en pratique de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels (**Titre II**).

- *Titre I : Théorisation de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels*
- *Titre II : Mise en pratique de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels*



## **Titre I : Théorisation de la méthode de l’adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels**

---

227. **Plan.** On l’a vu, il est difficile d’admettre la méthode de la reconnaissance pour recevoir les sûretés étrangères. D’abord, parce que les difficultés de localisation des biens incorporels rendent difficile la détermination d’un ordre juridique de référence unique. Ensuite, parce que le *numerus clausus* et la défaveur jurisprudentielle rendent cette reconnaissance délicate. Il convient donc d’adopter une autre théorie, celle de l’adaptation de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté du for. Cela consiste à imposer à la sûreté étrangère, dont le créancier demande qu’elle produise des effets en France, le respect des règles impératives applicables à une sûreté qui lui est conceptuellement proche en raison de l’identité des biens grevés. L’échec du droit matériel à organiser la réception des sûretés étrangères ainsi que les précédentes tentatives de mobiliser la méthode de l’adaptation la rendent légitime en droit des sûretés (**Chapitre I**). Au regard de la légitimité de son utilisation, il semble indispensable de dégager un droit commun de la méthode de l’adaptation de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté locale (**Chapitre II**).

- *Chapitre I : La légitimité de la méthode de l’adaptation pour la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels*
- *Chapitre II : Le droit commun de la méthode de l’adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels*



## Chapitre I : La légitimité de la méthode de l'adaptation pour la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels

228. **Sémantique : adaptation ou transposition ?** Certains auteurs parlent de transposition de la sûreté étrangère à la sûreté française conceptuellement proche<sup>377</sup> – que l'on qualifiera de *sûreté locale de rattachement*. Dans ce terme, il y a une idée d'indépendance de la sûreté étrangère ; il y a l'idée de transposition brute, sans intervention des règles de la catégorie de rattachement. Or si la réception des sûretés étrangères par la méthode de l'adaptation est prônée, c'est justement pour éviter que l'élément assimilé n'entre dans l'ordre juridique français sans avoir, au préalable, fait l'objet d'une acclimatation aux règles applicables à la catégorie de rattachement du droit français. Dans l'adaptation, il y a l'idée d'acclimatation à un environnement donné. Pour un individu, l'adaptation est considérée comme l'aptitude à modifier un comportement pour répondre à une situation donnée. *Le Robert* la définit comme « l'appropriation d'un organisme aux conditions internes et externes de l'existence, permettant à cet organisme de durer et de se reproduire. » Pour durer dans l'ordre juridique français, la sûreté étrangère doit s'adapter en s'inspirant des sûretés locales qui lui sont proches. Ceci n'implique pas, toutefois, que la sûreté étrangère se fonde complètement dans la sûreté locale, y compris jusqu'à perdre son identité ; cela implique seulement que les règles impératives applicables à la sûreté locale soient appliquées de la même manière aux sûretés étrangères et que si cela conduit à leur annulation, il leur soit donné un temps d'adaptation pour purger les incompatibilités qui existent avec le droit français. Une fois cette idée de l'adaptation admise, il convient de se servir du procédé de l'assimilation ; « procédé technique consistant, pour le législateur, une convention ou un interprète, à rattacher une situation, un cas ou une notion juridique à une catégorie voisine, en faisant (plus ou moins artificiellement) abstraction de leurs différences afin de soumettre, en tout ou partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement<sup>378</sup>. » Le diable se nichant dans les détails, l'expression « *en tout ou partie* » est fondamentale, car on verra que la soumission aux règles de droit français ne se fera qu'en partie, c'est-à-dire à l'égard des seules règles impératives applicables à la catégorie de rattachement. Cette méthode de l'adaptation n'est pas nouvelle et a déjà été utilisée dans

---

<sup>377</sup> K. KREUZER, « La propriété mobilière en droit international privé », *RCADI*, t. 259, 1996, n°240, p. 239 et s.

<sup>378</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° « Assimilation ».

d'autres domaines du droit : en matière de statut personnel et de reconnaissance des jugements étrangers.

229. **En matière de reconnaissance des jugements étrangers : contrôle de la réception.** Historiquement les décisions étrangères faisaient l'objet de la part des juges de l'État requis d'un contrôle par la procédure d'exequatur. L'arrêt *Munzer* affirme sans ambages que « pour accorder l'exequatur, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi<sup>379</sup>. » Dans un important arrêt *Cornelissen* rendu le 20 février 2007, la Cour de cassation a abandonné la condition selon laquelle la loi appliquée devait être celle qui était compétente au regard des règles de conflit du droit français<sup>380</sup>. Certes, le juge de l'exequatur n'a pas de pouvoir de révision de la décision au fond, pourtant il exerce bien un contrôle de conformité de celle-ci à l'ordre public et vérifie l'absence de fraude à la loi, ce qui montre que la possibilité de filtre et de contrôle de situations ou d'actes étrangers n'est pas complètement exclue du droit français.

230. **En matière de sûretés réelles : échec du droit matériel et avenir de l'adaptation.** Il faut constater l'échec patent des conventions internationales à régler complètement la question de la réception des sûretés étrangères ; il convient également de prédire leur insuccès futur au regard de l'orientation de la géopolitique mondiale. À partir de ce constat de mise en échec du droit matériel, peut-être convient-il d'abaisser nos ambitions collectives et trouver des solutions d'efficacité plus modestes, tirées des expériences passées des droits nationaux. À cet égard, est-il possible de se tourner vers la réception des trusts anglo-saxons en droit français pour constater que l'échec de leur réception est dû, moins à une disqualification de la méthode de l'adaptation, qu'à une méconnaissance absolue du droit continental de cette institution ? Tel n'est pas le cas pour les sûretés réelles : contrairement aux trusts, les sûretés réelles sont, dans leur nature, relativement similaires d'un système juridique à l'autre ; il n'existe pas de

---

<sup>379</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer*, *Bull. civ. I*, *RCDIP*, 1964, p. 302, n. BATIFFOL ; *Clunet*, 1964, p. 302, n. GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, n. B. ANCEL ; *GADIP* n° 41, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>380</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen*, n°05-14.082, *RCDIP*, 2007, p. 420, n. B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *Clunet*, 2007, p. 1195, n. F.-X. TRAIN ; *D.* 2007, p. 1115, n. D'AVOUT et BOLLEE ; *D.* 2008, p. 1110, E. AGOSTINI.

différences fondamentales – justifiant une mise à l'écart immédiate de la méthode de l'adaptation – entre une sûreté française et une sûreté américaine par exemple. Seules les modalités de constitution, d'opposabilité ou de réalisation divergent. Ainsi l'inaptitude avérée du droit matériel à rendre efficaces les sûretés étrangères impose de s'interroger sur les raisons de l'échec de la réception non conventionnelle du trust et montrer qu'elles ne se retrouveront pas lors de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels. Par ailleurs, est-il souhaitable de promouvoir une modernité dérégulée dans laquelle les États n'auraient plus aucun moyen de contrôler la réception, dans leur ordre juridique, des sûretés constituées à l'étranger ? Une telle situation ne risque-t-elle pas de créer une déstabilisation des économies locales ? Ne conduirait-elle pas à donner un blanc-seing à la loi du plus fort ? En résumé, justification pratique de la méthode de l'adaptation par l'échec du droit matériel à rendre efficaces les sûretés étrangères (*Section 1*) ; justification historique par l'échec prometteur de la réception non conventionnelle des trusts (*Section 2*).

### ***Section 1 : La justification pratique. L'échec du droit matériel***

231. **Vaines tentatives.** L'uniformisation, voire l'unification, des droits matériels pourrait apparaître, aux yeux de certains, comme l'objectif vers lequel devrait tendre les États afin d'abolir toute différence substantielle ou procédurale et donc d'éviter toute forme de *forum shopping*. Cela signifierait la mort du droit international. Chacun pourra constater que nous en sommes encore loin ; que les champs d'application limités des conventions internationales et leurs différences d'interprétations selon les ordres nationaux rendent l'uniformisation globale illusoire. Certes les difficultés de reconnaissance sont dues à la diversité des régimes nationaux de sûreté. Par exemple, les différences sont sensibles entre les droits français et américains des sûretés quant aux questions liées à l'opposabilité : le droit américain dispose d'un système unique de publicité auprès du *Secretary of State* (à quelques exceptions près comme pour les sûretés sur véhicules immatriculés) ; le droit français ne propose pas de registre unique et va même jusqu'à admettre des sûretés clandestines dont l'opposabilité est produite par leur seule constitution – le nantissement de créance en étant l'exemple typique. Nul besoin d'aller jusqu'à comparer les droits français et américains : selon le professeur KREUZER, il existerait en Europe vingt-et-un types de sûretés<sup>381</sup>. Le droit matériel pourrait donc s'avérer, au regard de cette diversité, tout à fait pertinent pour régler définitivement les difficultés liées à la reconnaissance des sûretés étrangères : le même régime pour tout le monde ! Promouvoir la méthode harmonisatrice par laquelle une convention internationale viendrait rapprocher les droits nationaux par des principes communs appliqués avec souplesse de manière à garder les différences est une chose ; fantasmer un droit global unifié dans lequel les normes nationales seraient toutes identiques en est une autre. « Quelle que soit la technique employée, les tentatives d'unification ont toujours eu à composer avec l'extrême diversité des droits internes des sûretés, ainsi que des pans voisins de droit. Devant de telles difficultés, il est permis de douter que le droit matériel uniforme constitue le meilleur moyen de résoudre les questions de reconnaissance des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français<sup>382</sup>. » En 1980, un rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial l'admet avec résignation : « l'unification mondiale du droit des sûretés est

---

<sup>381</sup> K. KREUZER, « La propriété mobilière en droit international privé », cours préc., n°240, p. 239 et s.

<sup>382</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°52, p. 43.

vraisemblablement un objectif impossible à atteindre<sup>383</sup>. » Serait-ce l'aveu que le droit est le produit d'une histoire et qu'il vaudrait mieux trouver des solutions d'efficacité des sûretés étrangères dans les ordres juridiques nationaux plutôt que de rêver à l'édification d'un droit mondial pur et parfait ? Ainsi, il faut admettre l'échec des tentatives d'unification (1.), d'uniformisation (2.) et même, c'est dire, d'harmonisation (3.).

### *1. L'échec des tentatives d'unification*

232. **Définition de l'unification.** La méthode unificatrice est l'adoption de règles identiques appartenant à un droit commun unique. Dans une telle hypothèse, une convention internationale adopterait une série de règles relatives aux droits des sûretés, en l'occurrence sur biens incorporels, qui devraient être intégrées aux droits nationaux de manière exclusive, en tant qu'elle se substituerait aux règles antérieurement prévues par ceux-ci.

233. **Illusion d'un monde globalisé.** Finalement, la méthode d'unification tend à imposer, au sens d'un ensemble donné, un droit unique. Lorsque ce droit est le produit d'une histoire commune entre les différentes entités de cet ensemble, lorsqu'il est l'aboutissement d'un consensus politique et culturel, comme cela a été le cas pour la Nation, il est tout à fait légitime d'imposer une forme d'unicité et d'indifférence des droits. La France y a elle-même assisté dans la période postrévolutionnaire avec l'adoption du Code civil destiné à rendre la Nation juridiquement une et indivisible. Cependant, une telle méthode, appliquée à des ensembles historiques et politiques distincts, peut s'apparenter à une forme d'impérialisme. Voici, en tout cas, ce qu'en pense le professeur DELMAS-MARTY : « la voie de l'unification ne semble acceptable que si la synthèse est possible ; sinon elle conduit au risque d'un droit commun impérialiste et hégémonique<sup>384</sup>. » *L'unification par le droit en dehors d'un ensemble historique et politique indivisible semble définitivement condamnée à l'échec.* Le projet inabouti d'*eurohypothèque* en est l'illustration symptomatique. Depuis 1966, date à laquelle la Communauté économique européenne (CEE) a chargé le professeur SEGRE de produire un rapport pour aider à la construction d'un marché européen des capitaux,

---

<sup>383</sup> UNCITRAL, Rapport 13<sup>ème</sup> éd., in UNCITRAL Yearbook, XI, 1980, première partie, II, A/35/17.

<sup>384</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003, p. 45.

divers projets de gage immobilier commun ont été présentés devant les instances européennes. Malgré les nombreux échecs de cette tentative, la Commission européenne a mis en place, en 2003, le *forum group* chargé de réfléchir à cette question. En 1998, Hans WEHRENS expliquait que « la Commission européenne et les États membres de l'Union européenne n'ont pas fini de discuter sur le point de savoir si la proposition amendée de directive sur le crédit hypothécaire devait être adoptée ou si la libéralisation des crédits hypothécaires pouvait être atteinte d'autres manières<sup>385</sup>. » Les droits nationaux semblent si éloignés en matière hypothécaire qu'une institution commune semble impossible. Certains pays, comme l'Allemagne et l'Autriche, considèrent que la constitution de l'hypothèque est achevée par son inscription sur le Livre foncier ; d'autres, comme la France, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas ou l'Italie, ne donnent qu'une fonction d'opposabilité à l'inscription de l'hypothèque à la publicité foncière. Par ailleurs, alors qu'en droit français l'hypothèque est l'accessoire d'une créance – l'extinction de la seconde entraînant celle de la première –, le droit allemand la conçoit comme indépendante de tout rapport d'obligation – le bénéficiaire ayant simplement le droit à une certaine somme d'argent à titre de garantie.

## 2. L'échec des tentatives d'uniformisation

234. **Définition de l'uniformisation.** La méthode uniformisatrice vise à « incorporer des règles identiques dans des ordres juridiques nationaux qui demeurent distincts. L'uniformisation résulte donc de la constatation de profondes différences entre les droits à unifier, et débouche principalement sur la création de règles qui vont se superposer aux normes existantes, sans les supprimer. De manière plus précise, les règles uniformisées vont être limitées aux relations transnationales<sup>386</sup>. » Ces nouvelles règles viseraient donc seulement à régler les questions intégrant un élément d'extranéité.

235. **Difficultés liées à la définition de l'internationalité.** Comme l'explique Michel ATTAL, les exemples de projet d'uniformisation (*eurohypothèque* ou garantie financière européenne) montrent que la difficulté de constituer une institution uniforme,

---

<sup>385</sup> H. WEHRENS, "Real security Regarding Immovable Objects-Reflections on a Euromortgage", *Towards a European Civil Code, second revised and expanded edition*, Kluwer Law International, 1998, p. 551 et s.

<sup>386</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°55, p. 45 (italiques ajoutés).

commune à un ensemble de pays, propre à une situation internationale est difficile au regard du critère de distinction qu'est l'internationalité : « Pour établir un mécanisme juridique applicable seulement aux situations internationales, il faut pouvoir fournir un critère satisfaisant de distinction entre les situations purement internes et les situations véritablement internationales<sup>387</sup>. » Or en la matière, les difficultés sont grandes. Il semble impossible de définir, de manière générale, un critère d'internationalité par lequel « la sûreté uniforme » aurait vocation à être utilisée. En réalité, la détermination du caractère international d'une situation semble devoir s'apprécier au cas par cas. Nul critère général et donc nulle institution uniforme propre aux situations internationales.

236. **Pertinence limitée de l'OHADA.** Face aux difficultés de financement des entreprises africaines, l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a adopté un Acte uniforme portant organisation des sûretés. Cet instrument de droit matériel est perçu à juste titre comme une forme d'uniformisation des droits nationaux des sûretés. Toutefois, il est difficile d'y voir un acte précurseur de l'uniformisation mondiale du droit des sûretés. En effet, les pays membres de l'OHADA ont une tradition juridique commune, ce qui n'est pas le cas au niveau mondial. Les Actes uniformes de l'OHADA sont certes fondamentaux pour le développement de l'Afrique et les pays européens devraient s'en inspirer. Mais l'échec de la garantie financière européenne atteste de la difficulté d'uniformiser des droits nationaux pluriséculaires n'ayant pas eu à se construire autour d'un même ordre juridique de référence.

237. **Exemple d'échec de la garantie financière européenne.** Des dispositions relatives à une garantie financière européenne – sûreté uniforme s'il en est – ont été introduites dans le droit européen par une directive du 6 juin 2002. Le but de ce texte était d'introduire dans les États-membres une sûreté unique portant sur un titre financier pour garantir une créance née d'une convention de prêt, opposable partout dans l'Union, de constitution simple, de réalisation allégée et permettant à son bénéficiaire de s'extraire de la procédure de faillite. L'idée peut paraître séduisante : « elle vise en effet tout à la fois à protéger les marchés, et leurs acteurs contre un risque de défaut de

---

<sup>387</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°66 et s., p. 49 et s.

paiement, et à permettre au créancier de se refinancer grâce à l'objet de la garantie<sup>388</sup>. » On pourrait ajouter que l'avantage principal de cette garantie est d'exclure toute difficulté liée à sa reconnaissance dans l'espace européen : nul *numerus clausus* ne pourrait exclure son efficacité ; nulle défaveur jurisprudentielle ne pourrait en limiter la reconnaissance. Pourtant, il est aisé de constater que la pertinence et l'utilisation de la sûreté financière restent limitées. D'abord parce qu'il ne s'agit pas d'une institution à régime unique : la directive n'impose pas l'adoption d'une sûreté réelle spécifique aux États-membres mais pose certains traits communs, un régime minimal applicable à des sûretés nationales. Il ne s'agit donc pas d'une sûreté européenne proprement dite, mais simplement d'un régime de sûreté financière que les ordres juridiques nationaux se voient contraints d'appliquer à une de leur sûreté déjà établie, sans obligation d'en créer une nouvelle. Ceci a pour conséquence principale que les difficultés liées à l'efficacité demeurent : nationales dans leur nature, les sûretés auxquelles est appliqué le régime de la directive européenne restent soumises au principe du *numerus clausus*. L'étape d'adaptation par assimilation, certes plus aisée du fait des traits communs imposés par la directive, devra nécessairement s'appliquer pour aboutir à l'efficacité de la sûreté dans un ordre national. Ensuite, certains pays ont contesté le fait que « le secteur financier bénéficie d'un traitement plus favorable que d'autres (automobile, transport, grande distribution, etc.) en cas de faillite du constituant<sup>389</sup> » : « les Italiens ont souligné combien, en pareille hypothèse, le super-privilège des salaires se trouvait diminué par la force de garanties financières<sup>390</sup>. »

238. L'absence d'institution d'une sûreté unique portant sur des instruments financiers illustre bien la difficulté d'établir un critère d'internationalité, et par là d'uniformiser les droits nationaux d'un ensemble, par hypothèse européen. La directive sur les garanties financières n'a-t-elle pas, en réalité, fait œuvre d'harmonisation, sous couvert d'uniformisation, en imposant des principes communs à des sûretés nationales, n'ôtant rien aux difficultés d'efficacité internationale ?

---

<sup>388</sup> S. PRAICHEUX, « La garantie financière, esquisse d'une sûreté européenne ? », *RDBF* janvier-février 2010, p. 97.

<sup>389</sup> S. PRAICHEUX, « La garantie financière, esquisse d'une sûreté européenne ? », art. préc., n°11.

<sup>390</sup> *Ibid.*

### 3. L'échec des tentatives d'harmonisation

239. **Définition de l'harmonisation.** La méthode harmonisatrice, quant à elle, consiste « à rapprocher les règles autour de principes communs. Les règles élaborées ont alors souvent une valeur contraignante moindre que celle des normes juridiques classiques, de manière à laisser les législateurs libres d'organiser l'intégration des nouveaux principes dans leur ordre juridique<sup>391</sup>. » Les tentatives sont généralement le fait d'organisations régionales – l'Union européenne (UE) ou l'Organisation des États américains (OEA) – ou internationales comme la Commission des Nations Unies pour le droit commercial (CNUDCI).

240. **Au niveau européen.** Force est de constater que « tous les projets qui ont été évoqués périssent ou ont déjà été abandonnés<sup>392</sup>. » On l'a vu avec la garantie financière, à défaut d'imposer aux États un principe de reconnaissance des sûretés possédant les traits communs prévus par la directive, les projets d'harmonisation n'ont aucun intérêt, car les sûretés qui en découlent resteront bloquées aux portes de l'efficacité par le principe du *numerus clausus*. Un exemple de l'échec de l'harmonisation européenne du droit des sûretés est celui portant sur la clause de réserve de propriété. Tout avait pourtant bien commencé en 1970 lorsque la Fédération bancaire européenne de la Communauté européenne avait proposé à la Communauté économique européenne un projet de « Convention sur les effets extraterritoriaux des sûretés mobilières sans dessaisissement étrangères » : « L'idée de base était qu'une sûreté constituée valablement au regard de la loi réelle d'un État membre et inscrite sur un registre central européen devait être reconnue dans toute la Communauté<sup>393</sup>. » En 1973, la Commission a déposé une « proposition de directive sur la reconnaissance des sûretés mobilières sans dessaisissement et des clauses de réserve de propriété dans les ventes mobilières » qui reprenaient l'idée principale de la Fédération : la reconnaissance dans les pays membres des sûretés nationales par leur inscription sur un registre européen. Jusqu'ici tout va bien. Puis en 1979, la Commission, découvrant l'opposition des États à

---

<sup>391</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°72, p. 52 (italiques ajoutés).

<sup>392</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°79, p. 54.

<sup>393</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°74, p. 52.

des dispositions si contraignantes, dépose une « proposition de directive sur les effets juridiques des clauses de réserves de propriété simples dans les ventes mobilières » : difficile de parler de saut qualitatif. La Commission a ensuite abandonné ce projet et aucun autre n'a abouti, à part la garantie financière européenne, dont on a pu voir les travers.

241. **Au niveau onusien : l'illusion d'un *jus commune* mondial des sûretés réelles mobilières sous l'égide de la *security interest* américaine.** La CNUDCI a eu des velléités de création d'une sûreté uniforme globale. Il semble qu'elle ait hésité entre « une sûreté venant remplacer toutes les sûretés de droit interne, ou une sûreté se superposant aux mécanismes déjà existants », comme si les États ne devaient pas avoir leur mot à dire. Or il semble bien que le champ de compétence de la CNUDCI laisse aux ordres juridiques une marge de manœuvre et d'appréciation suffisante pour adopter, ou non, les règles qu'elle préconise. Il suffit, pour s'en convaincre, de s'intéresser à l'aboutissement de cette série de guides et de travaux doctrinaux, la Loi-type sur les sûretés mobilières. Le 14 décembre 2007 fut adopté le Guide législatif sur les opérations garanties<sup>394</sup>. Le 6 décembre 2010, un supplément au Guide relatif aux sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle a été adopté<sup>395</sup>. Par ces instruments, la CNUDCI a commencé par élaborer l'instrument le moins contraignant du fait des différences de culture juridique des États et de leur réticence à se voir imposer un modèle au niveau mondial. Cependant, sous la pression de la Banque mondiale et de la Société financière internationale (SFI), la Commission a souhaité, dès 2009, pousser plus loin sa contrainte sur les États en adoptant une loi-type dont le but affiché serait de promouvoir une sûreté unique au niveau mondial. Unification au programme. Du fait des oppositions au sein de la CNUDCI, ce projet a été enterré quelque temps avant de revenir sur le devant de la scène à l'occasion de l'adoption, en 2013, du Guide technique sur les registres de sûretés. Les travaux du groupe de travail ont débuté en décembre 2013 et le 1<sup>er</sup> juillet 2016 la Loi-type sur les sûretés mobilières – ou *Model Law on Secured transactions* – a été adoptée<sup>396</sup>. Par l'adoption d'une loi-type venant se

---

<sup>394</sup> CNUDCI, *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations de garantie*, 2007. Document disponible en ligne :

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/lg\\_on\\_st\\_french.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/lg_on_st_french.pdf)

<sup>395</sup> CNUDCI, *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations de garantie : supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelle*, 2010. Document disponible en ligne :

[https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests/legislativeguides/secured\\_transactions/supplement](https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests/legislativeguides/secured_transactions/supplement)

<sup>396</sup> CNUDCI, *Loi-type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières*, 2016. Document disponible en ligne : [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-08780\\_f\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-08780_f_ebook.pdf)

substituer au Guide législatif, la CNUDCI a choisi de passer d'un système d'harmonisation à un système, en apparence, d'uniformisation ; le délégué français à la CNUDCI, le professeur Jean-François RIFFARD, s'interroge sur la pertinence d'une telle orientation : « Est-il souhaitable d'uniformiser un pan aussi essentiel du droit, en important un modèle unique faisant fi de la spécificité, du contexte juridique préexistant et de la tradition juridique de chaque État ? Le droit des sûretés entretient des relations trop nombreuses et trop étroites avec d'autres branches du droit – telles que le droit des biens, des procédures collectives, des régimes matrimoniaux ou des obligations –, pour qu'une uniformisation soit réellement admissible. L'harmonisation semblait à beaucoup comme la meilleure, sinon la seule voie raisonnable, dans la mesure où, s'il définit les objectifs à atteindre, le Guide laisse toute latitude à chaque législateur quant aux moyens (concepts, institutions, terminologie, etc.) à mettre en œuvre. Une voie en tout cas préférable à une standardisation par le biais d'un texte soi-disant neutre et *common law*-civilo-compatible<sup>397</sup>. » Peu importe les réticences, les institutions onusiennes – CNUDCI, Banque mondiale et Société financière internationale – ont, comme souvent, choisi de passer au-dessus des cultures juridiques nationales et d'adopter « le modèle universel de régime de sûretés mobilières conventionnelles moderne et efficace<sup>398</sup> », avec pour inspiration première le droit des sûretés américain. En effet, les questions de différences culturelles se posent : les civilistes seront-ils prêts à adopter, en l'état, un texte d'une centaine d'articles ? Seront-ils prêts à passer au système unitaire avec une sûreté identique pour les biens corporels et les biens incorporels – la délégation allemande a d'ores et déjà accepté cette approche, ce qui marque pour le professeur RIFFARD « un nouvel exemple de l'américanisation du droit par l'américanisation des études des jeunes juristes continentaux<sup>399</sup> » – les pays de *common law* seront-ils prêts à se contenter d'adopter des principes fondamentaux et d'abandonner leur prétention à l'hégémonie sur l'uniformisation des droits nationaux ? Soit on répond par la positive à la première question et alors il y a lieu de s'interroger sur l'avenir du droit continental ; soit on répond par la négative et alors on tombe dans l'état d'uniformisation manquée. La tendance internationale tend tout de même à confirmer la seconde hypothèse et comme l'indique le professeur RIFFARD : « La loi-type ne sera alors qu'un simple modèle théorique et abstrait devant être, plus que tout autre, déclinée en autant de sous-

---

<sup>397</sup> J.-F. RIFFARD, « La Loi-type de la CNUDCI sur les opérations garanties », *RLDC* 2014, n°118.

<sup>398</sup> J.-F. RIFFARD, « La Loi-type de la CNUDCI sur les opérations garanties », art. préc.

<sup>399</sup> *Ibid.*

modèles particuliers qu'il y a de systèmes juridiques<sup>400</sup>. » Certains pays comme le Mexique, Colombie, Vietnam, Ghana, Guatemala – étonnamment aucun pays occidental – ont déjà adopté les préconisations de la CNUDCI – avec l'aide généreuse et bienveillante de la Banque mondiale – en les accommodant à leur contexte juridique. Il ne semble pas, cependant, que les membres de la Commission GRIMALDI ayant élaboré un avant-projet de réforme du droit des sûretés en 2017 aient trouvé leur inspiration dans la Loi-type de la CNUDCI. On le voit, la Loi-type de la CNUDCI ne permettra pas de régler les problèmes liés à la réception des sûretés réelles. Même si les États viennent à s'inspirer des préconisations de la CNUDCI – ce qui ne sera probablement pas un phénomène universel – il conviendra toujours d'élaborer un processus d'adaptation de la sûreté étrangère à l'ordre juridique local afin de satisfaire le principe du *numerus clausus* et les règles impératives liées à l'opposabilité et à la réalisation. Les règles peuvent se ressembler, il n'en reste pas moins que la protection de l'économie locale constitue un enjeu non négligeable, sauf à adopter une vision absolument dérégulée de la réception des sûretés étrangères.

#### 242. **Transition. Une solution alternative par le droit conflictuel uniforme ?**

Les projets de droit matériel uniforme ou harmonisé ne permettront pas de régler les difficultés de réception des sûretés étrangères ; un auteur ayant consacré sa thèse de doctorat à la reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères le pense aussi : « Le droit matériel uniforme n'apparaît pas utilisable de manière satisfaisante en matière de sûretés réelles. Il ne peut donc pas constituer un remède à la faible reconnaissance des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français<sup>401</sup>. » Une règle de conflit de lois uniforme permettrait-elle de régler les questions de reconnaissance et d'efficacité des sûretés étrangères ? Une telle disposition aurait pour but de désigner une loi applicable commune à tous les États parties à l'hypothétique convention ; cependant, elle ne réglerait pas la question de la réception parce que le juge serait toujours libre d'opposer au créancier demandeur le principe du *numerus clausus*, sauf à ce que la convention prévoit un principe de reconnaissance. Certaines le font : la Convention de Genève du 19 juin 1948 qui organise la reconnaissance internationale de droits sur les aéronefs, les Conventions de Bruxelles des 10 avril 1926 et 27 mai 1967 pour

---

<sup>400</sup> J.-F. RIFFARD, « La Loi-type de la CNUDCI sur les opérations garanties », art. préc.

<sup>401</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°96, p. 61.

l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et aux hypothèques maritimes, la Convention internationale du 6 mai 1993 sur les privilèges et hypothèques maritimes et la Convention du 20 octobre 1955 relative à l'Eurofima. Aucune évidemment relative aux sûretés sur biens incorporels ; d'où la nécessité d'organiser un système national d'adaptation de la sûreté par son assimilation à une sûreté locale. Le caractère national du raisonnement n'a pas une vocation essentialiste. L'Union européenne pourrait s'en charger à condition de créer un consensus des États membres autour de ces questions et d'avoir un droit des sûretés relativement uniforme sur le plan matériel. Aucune de ces conditions n'est évidemment réunie. Les tentatives de réception non conventionnelle du trust pourraient constituer une source d'inspiration à l'élaboration d'un système conceptuel de réception des sûretés étrangères constituées à l'étranger sur des biens incorporels. L'échec de la réception non conventionnelle du trust est dû au fait que le droit français ignorait l'institution en elle-même ; il connaît en revanche les sûretés, seules les modalités diffèrent, ce qui ouvre la porte à une forme d'assimilation.

## ***Section 2 : La justification historique. L'échec prometteur de la réception non conventionnelle du trust***

243. **Présentation du trust.** Le trust est défini comme suit : « Arrangement patrimonial à fins multiples établi par acte entre vifs ou à cause de mort, à l'initiative d'une personne nommée constituant, dont l'objet est de placer certains biens, dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sous le contrôle d'un intermédiaire, nommé trustee, qui investit du pouvoir et du devoir, à charge d'en rendre compte, de gérer ou de disposer conformément à son investiture et à la loi, des biens à lui confiés, lesquels figurent à son nom sur les titres, mais constituent une masse distincte qui ne fait pas partie de son patrimoine<sup>402</sup>. » La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance vise, en son article 2, « les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par un acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque les biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. » Les éléments distinctifs du trust sont la nomination d'un trustee chargé de gérer certains biens du constituant dans l'intérêt de bénéficiaires et le transfert de ces biens dans une masse distincte du patrimoine personnel du trustee. Le fonctionnement du trust repose principalement sur la personne du trustee : l'institution lui donne l'obligation d'exercer ses pouvoirs et ses devoirs dans une grande loyauté à l'égard des bénéficiaires du trust ; il se trouvera responsable à leur égard de tout *breach of trust*. Un tel devoir est intimement lié à l'histoire du trust : avant de partir en croisade, un chevalier anglais remet sa terre et sa fortune à un noble afin qu'il les gère dans le bénéfice de sa femme et de ses enfants. Ce dernier s'est vu transférer la propriété des biens. Au décès du chevalier en croisade, l'ami refuse de restituer les biens à sa famille, pourtant désignée bénéficiaire, et prétend en avoir acquis la propriété. C'est ainsi que naît l'institution judiciaire du Chancelier, confesseur et secrétaire du roi, chargé d'exercer les activités judiciaires liées à l'*equity law* : l'ami s'est vu transférer la propriété des biens qu'il devait gérer pour le bénéfice de la femme et des enfants du constituant, et non dans son propre intérêt. Jusqu'en 2007 – date d'introduction de la fiducie –, un tel mécanisme était *complètement* inconnu du droit français. Inconnu certes, mais pas ignoré parce que des biens présents sur le territoire national pouvaient faire être les sujets de trusts. Les méthodes de réception du trust en

---

<sup>402</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V<sup>o</sup> « Trust ».

droit français ont évolué : avant que ne soit mise en place une solution conventionnelle (1.), les juges procédaient, de manière infructueuse, à l'adaptation du trust à des institutions locales de réception (2.).

### *1. Solution conventionnelle de réception*

244. **Difficultés d'insertion dans l'ordre juridique français.** Avant 2007 donc, l'institution du trust ne pouvait s'apparenter, de près ou de loin, à aucune institution du droit français : ni contrat ni mandat. Le trust n'est pas un contrat parce qu'il ne naît pas d'un accord de volontés, mais de la seule volonté du constituant et n'est pas soumis, à titre de validité, à l'acceptation de sa mission par le *trustee*. De plus, les biens transférés constituent une masse séparée : le *trustee* se voit transférer la propriété légale (*legal ownership*), distincte de sa propriété personnelle, tandis que le bénéficiaire reçoit la propriété équitable (*equitable ownership*). Certes le trust est souvent constitué de manière concomitante avec un contrat de mariage. Pourtant, tous deux sont distincts et le trust ne put, y compris dans ce cas, être assimilé à un contrat. Le trust n'est pas non plus un mandat. Le *trustee* et le mandataire sont tous deux dans une position fiduciaire vis-à-vis des bénéficiaires et du mandant. Pourtant leur situation reste intrinsèquement distincte du fait, d'une part de la transmission des titres de propriété au *trustee*, et certainement pas au mandataire, et d'autre part de la nécessaire acceptation de sa mission par ce dernier comme élément constitutif du mandat. Le *trustee* bénéficie d'une totale indépendance à l'égard du constituant et des bénéficiaires. Si l'on ajoute qu'il existe des sous-catégories de trusts – les trusts testamentaires prenant effet au décès du constituant, les trusts charitables au bénéfice d'une cause publique, etc. – il est d'autant plus malaisé de considérer cette institution comme pouvant être assimilée au droit français.

245. **Solutions conventionnelles quant au conflit de lois.** L'adaptation du trust par son assimilation à des institutions juridiques du droit français a été, jusqu'en 1985, la méthode utilisée par les juridictions pour tenter de lui donner effet lorsqu'il portait sur des biens situés en France. L'échec d'une telle méthode a conduit les pays civilistes à adopter le 1<sup>er</sup> juillet 1985, la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Quant aux règles de conflit de lois, le mécanisme conventionnel a adopté la solution la plus libérale en consacrant la

compétence de la loi d'autonomie en son article 6 : « Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. » Inspirée par les dispositions canadiennes, cette règle de conflit de lois diffère de la solution anglaise – selon laquelle une relation doit exister entre la loi choisie et les éléments objectifs de rattachement du trust – et celle des États-Unis – selon laquelle « la loi choisie doit avoir un lien substantiel avec le trust : lieu d'administration du trust, lieu de situation des biens, domicile du constituant ou des bénéficiaires...<sup>403</sup> » La seule limite posée par le second alinéa du même article est ainsi formulée : « Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable. » En d'autres termes, le trust doit être prévu dans la législation de l'État dont la loi est désignée ; à défaut, la désignation de la loi est sans effet – le trust n'est cependant pas nul – et s'appliquent alors les critères de rattachement posés en l'absence de choix du constituant. Le critère principal est celui de l'État disposant des liens les plus étroits avec le trust. Pour le déterminer, l'article 7 pose les critères suivants : le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, la situation des biens du trust, la résidence ou l'établissement du *trustee* et les objectifs du trust ou le lieu où ils doivent être accomplis. De manière générale, la Convention a adopté, quant au domaine de la loi applicable, une méthode synthétique : la loi compétente conformément aux articles 6 et 7 régit la validité du *trust*, son interprétation, ses effets, ainsi que son administration ; point de dépeçage complexe comme le connaît le système américain, mais une loi unique. « Pour exprimer clairement leur volonté unificatrice, les négociateurs ont élaboré une longue liste des questions qui entrent dans le domaine de la loi applicable. Cette liste, non limitative, contenue dans l'article 8, est très instructive pour les juristes civilistes quant aux problèmes susceptibles de surgir au cours de la vie d'un trust : la désignation et la révocation du *trustee* ainsi que la transmission de ses fonctions ; les relations des *trustees* entre eux ; la délégation, par le *trustee*, de ses pouvoirs ; les pouvoirs financiers et économiques des *trustees* ; la durée des trusts ; les relations entre les *trustees* et les bénéficiaires ; les redditions de comptes ; la modification ou la cessation du trust ; la répartition des biens du *trust*<sup>404</sup>. »

246. **Solutions conventionnelles quant à la reconnaissance : condamnation de l'adaptation.** Quant à la reconnaissance du trust, l'article 11 de la Convention

---

<sup>403</sup> J.-P. BERAUDO, *V°* « Trust », *Répertoire Dalloz de droit international*, septembre 2012, n°30.

<sup>404</sup> J.-P. BERAUDO, *V°* « Trust », art. préc., n°35.

condamne explicitement la méthode de l'adaptation par assimilation : le trust est reconnu en tant que tel à condition d'avoir été créé conformément à la loi compétente. Cette reconnaissance implique : « a) que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust ; b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci ; c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee* ; d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for. » Ce dernier paragraphe consacre, en effet, le droit de suite en matière de trust. Deux limites à la reconnaissance du trust sont apportées par les articles 13 et 21 de la Convention. Selon l'article 13 : « Aucun État n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause. » Ces autres éléments du trust peuvent être le lieu de situation effective des biens du trust, la résidence du constituant ou des bénéficiaires ou leur nationalité. Cette disposition permet de paralyser la reconnaissance d'un trust frauduleux. Les articles 21 et 22, quant à eux, permettent aux États de se réserver le droit d'appliquer les dispositions relatives à la reconnaissance, qu'aux trusts régis par la loi d'un État partie à la Convention, soit quatorze États au 18 novembre 2019 (art. 21) ou constitués après l'entrée en vigueur de la Convention, soit le 1<sup>er</sup> janvier 1992 (art. 22). La France n'a fait jouer aucune de ces deux réserves et n'a pas manifesté son intention de le faire.

247. Cette méthode de reconnaissance conventionnelle a permis de gommer les difficultés de réception du trust par les juges des pays civilistes antérieurement à sa conclusion. Il est assez logique que la France ait accepté ce principe de reconnaissance : il n'existe pas de *numerus clausus* des droits réels principaux en droit français ; la reconnaissance d'un trust pose donc moins de difficultés que celle d'une sûreté étrangère. On considère que le trust a moins d'effets sur l'économie générale d'un ensemble donné qu'une sûreté qui viendrait, de l'extérieur, protéger un créancier contre l'intérêt des tiers présents sur le territoire national. Pourtant, *il y aurait plus de raison conceptuelle de reconnaître une sûreté étrangère qu'un trust*. Tandis que pour les

sûretés, seules sont différentes les modalités de conclusion, d'opposabilité et de réalisation de la sûreté, mais le principe même de leur existence est sensiblement le même dans chaque pays, il n'en est rien pour le trust qui, en lui-même, n'avait aucune forme d'existence en droit français avant l'adoption de l'institution fiduciaire en 2007. D'où la nécessité impérieuse d'établir une convention internationale pour le trust et non pour les sûretés réelles. Convention internationale avant laquelle il était nécessaire, pour permettre une réception des trusts liés à la France, notamment par la présence des biens en gestion, de procéder à la méthode de l'adaptation, nécessairement vouée à l'échec en l'absence de structure locale de réception.

## 2. Inefficacité de la méthode de l'adaptation

248. **Méconnaissance conceptuelle.** Voici décrite l'attitude générale des juridictions françaises à l'égard des trusts avant que ne soit adoptée la Convention de 1985 : « Les premières rencontres entre les trusts anglo-américains et le système juridique français apparaissent en jurisprudence au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle. L'accueil n'est pas mauvais, mais nuancé. Rares sont les décisions qui refusent de reconnaître les effets en France des trusts constitués à l'étranger. Rares également sont les décisions qui acceptent de reconnaître les trusts en tant que tels avec leurs caractères particuliers à l'égard des biens (*legal ownership* ; *equitable ownership*) comme à l'égard des personnes (*legal owner* pour le *trustee* ; *equitable owner* pour le bénéficiaire). Le plus souvent, les juridictions se gardent d'une appréhension globale de l'institution. Les juges font leur métier, c'est-à-dire que, dans chaque espèce, ils retiennent le trait caractéristique du trust en cause puis transposent l'institution – en avouant parfois que l'adaptation est incertaine – dans un cadre plus familier du droit français<sup>405</sup>. » On le voit, il existe une forme de malaise en jurisprudence lorsqu'il s'agit de reconnaître les effets d'un trust constitué dans un pays anglo-saxon dans l'ordre juridique français : les juges voudraient pouvoir l'assimiler, mais peinent à déterminer des structures locales d'accueil pertinentes. Contrairement aux sûretés réelles, ils ne font pas preuve d'une forme de défaveur à la reconnaissance, peut-être parce que les trusts – souvent cantonnés au domaine familial – ont des effets moindres que les sûretés sur l'économie locale. Il n'en reste pas moins qu'à la différence des sûretés, il est difficile de trouver

---

<sup>405</sup> J.-P. BERAUDO, *V°* « Trust », art. préc., n°38.

des catégories d'accueil permettant l'assimilation du trust au droit français. D'un côté, volonté et manque conceptuel (trust) ; de l'autre, méfiance malgré la pertinence conceptuelle de l'assimilation (sûretés réelles). On aurait pu penser que l'adoption de la fiducie en 2007 allait offrir au juge français les outils conceptuels pour assimiler le trust en dehors des mécanismes conventionnels. Pourtant les différences de régime entre la fiducie et le trust maintiennent ces difficultés d'assimilation. En bref, évidence de l'échec avant l'adoption de la fiducie (A.) et persistance de l'échec après l'adoption de la fiducie (B.).

#### A. Évidence de l'échec avant l'adoption de la fiducie en droit français

249. **Adaptation partielle ou adaptation globale.** En l'absence de structure identifiée d'accueil, les juges français ont eu tendance à n'admettre, au cas par cas, que certains effets du trust – et non l'institution dans son ensemble – par leur assimilation à des mécanismes connus du droit français. Il est convenu, à cet égard, de parler d'assimilation partielle (1). Face à cette incomplétude, une partie de la doctrine a proposé d'assimiler le trust dans son ensemble à l'usufruit conventionnel. Malgré l'absence de consécration jurisprudentielle d'une telle solution, on peut parler d'assimilation globale (2).

##### 1) Adaptation partielle du trust

250. **Quant aux pouvoirs du *trustee*.** Les juges français ont d'abord eu à connaître de situations dans lesquelles étaient en cause les pouvoirs du *trustee*. Sous l'égide de quelle institution du droit français fallait-il l'autoriser à exercer ses pouvoirs sur les biens dont il s'était vu confier la gestion en vertu de la constitution du trust ? La Cour de cassation a reconnu les pouvoirs du *trustee* sans que l'acte constitutif du trust ne doive recevoir une exequatur préalable. Dans un arrêt rendu le 3 novembre 1983<sup>406</sup>, « la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé le principe que les pouvoirs d'administration du *trustee*, investi dans un testament homologué par le tribunal des successions et des tutelles du comté de New York, devaient être reconnus « indépendamment de toute déclaration d'exequatur » du moment que des actes

---

<sup>406</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1983, n°82-14.003, *RCDIP*, 1984, p. 336, n. REVILLARD.

d'exécution forcée ne sont pas accomplis en France<sup>407</sup>. » La seconde étape consiste donc à transposer les pouvoirs du *trustee* par rapport à une institution connue du droit français. De manière insatisfaisante, les juges ont eu recours soit à l'exécuteur testamentaire soit au mandataire. L'assimilation à l'exécuteur testamentaire n'est pas viable. D'abord parce qu'elle méconnaît le droit de propriété du *trustee* : l'exécuteur testamentaire a pour vocation exclusive d'assurer l'exécution des dernières volontés du testateur – en d'autres termes, à liquider la succession – mais ne dispose d'aucune forme de propriété sur les biens de la succession, à la différence du *trustee* qui est le *legal ownership* des biens du trust. Ensuite, parce que l'exécuteur testamentaire n'a que des pouvoirs limités à trois ans au maximum (C. civ., art. 1031). Un auteur résume ainsi les différences de pouvoirs entre le *trustee* et l'exécuteur testamentaire : « Ils assument des missions différentes : l'exécuteur doit payer les dettes et les droits de la succession puis en transférer le solde aux légataires. En revanche, le *trustee* est propriétaire légal des biens de la succession. Il remplit une tâche de gestion qui s'étend sur la durée au profit de bénéficiaires. Ces derniers jouissent d'un droit de propriété dont sont privés les légataires, titulaires d'une simple action personnelle à l'encontre de l'exécuteur<sup>408</sup>. » Viable, l'assimilation au mandataire ne l'est pas plus. Pour la même raison liée au droit de propriété du *trustee* : pas plus que l'exécuteur testamentaire, le mandataire ne dispose d'une propriété légale équivalente à celle du *trustee*. De plus, le mandat peut être révoqué bien plus aisément que le trust et le décès du mandat entraîne la fin du mandat alors que le décès du constituant du trust n'a pas pour effet, en soi, de mettre fin au trust, il peut, néanmoins conduire à son exécution. On le voit, aucune institution du droit français ne permet d'accorder à une personne les pouvoirs du *trustee* : gérer librement une masse de bien en en détenant une propriété légale, fictive, non pour son propre bénéfice, mais pour celui d'autrui.

251. **Quant aux effets du trust.** Prenons, à cet égard, l'exemple des trusts successoraux. La principale difficulté quant à leur reconnaissance tient au décalage qu'il existe entre les droits continentaux et les droits de *common law* sur la question de la réserve : tandis que les premiers imposent une réserve héréditaire et encadre la quotité disponible dans une certaine limite, les seconds se montrent, comme à leur habitude, libéraux jusqu'à, parfois, ne prévoir aucune forme de protection des héritiers que l'on

---

<sup>407</sup>J.-P. BERAUDO, *V°* « Trust », art. préc., n°40.

<sup>408</sup>J.-P. BERAUDO, *V°* « Trust », art. préc., n°42.

considère réservataires. La Cour de cassation n’hésite pas, en cas de fraude, à priver d’effet certains trusts : « La fraude aux droits des héritiers a également été sanctionnée dans la célèbre affaire *Caron* où le constituant avait vendu fictivement un immeuble situé sur la Côte d’Azur à une société américaine dont les actions avaient ensuite été transférées à un trust. Le *trustee* avait pour mission de remettre, au décès du constituant, l’ensemble des actions aux deux coassociés du constituant, son ancienne secrétaire et le mari de celle-ci<sup>409</sup>. » De même, dans l’affaire *Zieseniss*, la Cour de cassation a assimilé, pour les besoins de la détermination de l’ordre des réductions, le bénéficiaire d’un trust à un donataire : « lors de la constitution du trust le 11 mai 1953, Marie-Louise X... s’était dépouillée d’un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant, tout en chargeant le *trustee* de le remettre, au jour de sa mort, aux bénéficiaires désignés par elle à cette date ; que cette opération, dont, comme le relève la cour d’appel, les parties ne contestaient ni la régularité au regard du droit américain ni qu’elle était dictée par une intention libérale en faveur des bénéficiaires, a réalisé une donation indirecte qui, ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice par la réunion de tous ses éléments, a donc pris date à ce jour<sup>410</sup>. » Or là encore l’assimilation n’est pas entièrement satisfaisante ; comme l’explique un auteur, la Cour de cassation « méconnaît les droits d’*equitable ownership* du bénéficiaire désigné pour recevoir un capital à terme, même dans un trust révocable<sup>411</sup>. » En effet, assimiler le bénéficiaire du trust à un donataire dans l’attente du décès du constituant est inexact dans la mesure où le premier est en mesure, antérieurement au décès du constituant, d’agir contre le *trustee* qui dissiperait les actifs du trust, alors que le donataire n’a lui aucun droit afin la réunion de tous les éléments de la donation.

252. On le voit, aucune catégorie du droit français ne semble pertinente pour assimiler un trust pour la raison qu’il s’agit d’un concept absolument inconnu – du moins avant 2007 –, ce qui n’a pas empêché une tentative d’assimilation globale à l’usufruit conventionnel – en doctrine et non en jurisprudence.

---

<sup>409</sup> J.-P. BERAUDO, *V°* « Trust », art. préc., n°45 ; Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Caron*, *RCDIP*, 1983, p. 282, n. DROZ ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 1985, *RCDIP*, 1986, p. 71, n. Y. LEQUETTE ; Paris, 23 janvier 1990, *RCDIP*, 1991, p. 92, n. Y. LEQUETTE.

<sup>410</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, n°93-19.855, *RCDIP*, 1996, p. 692, n. DROZ ; *D.* 1996, p. 390 ; *D.* 1996, p. 231, obs. Y. LEQUETTE ; *JCP* 1996, II, 22647, n. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *Deffrénois* 1997, p.26, n. T. VIGNAL ; *RTD civ.* 1996, p. 454, obs. J. PATARIN.

<sup>411</sup> J.-P. BERAUDO, *V°* « Trust », art. préc., n°46.

## 2) Adaptation globale du trust à l’usufruit conventionnel ?

253. **Assimilation du trust à l’usufruit conventionnel et critiques (1) : quant aux pouvoirs.** Michel ATTAL développe une théorie selon laquelle le trust devrait être adapté au droit français par son assimilation à l’usufruit conventionnel<sup>412</sup>. L’auteur reprend une théorie développée par BATIFFOL dans son article “*Trusts : the Trust Problem as seen by a French Lawyer*”<sup>413</sup> dans lequel il considérait que comme l’usufruitier, le *trustee* a « une sorte de droit réel dans le cadre de la propriété du trust<sup>414</sup>. » Il analyse les similarités entre le trust et l’usufruit conventionnel : d’abord quant aux pouvoirs, ensuite quant à l’économie. Quant aux pouvoirs, l’auteur considère que l’organisation des pouvoirs est identique entre le *trustee* et l’usufruitier : « Aux termes de l’article 578 du Code civil, « l’usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d’en conserver la substance. » La similitude avec le trust est réelle : le *trustee* a la jouissance des biens *in trust*, ayant sur eux un *legal interest*. En outre, le *trustee* apparaît aux yeux des tiers comme le seul propriétaire. De même, si le *trustee* a le pouvoir des actes de disposition sur les biens objets du trust (à la différence de l’usufruitier), ce pouvoir n’est pas absolu, puisque le bénéficiaire (et parfois le *settlor*) contrôle sa gestion et peut éventuellement agir contre lui sur le terrain de la responsabilité<sup>415</sup>. » En d’autres termes, hormis le droit de disposer des biens dont il bénéficie de la jouissance, l’usufruitier dispose de toutes les prérogatives reconnues au propriétaire. Michel ATTAL rapproche les prérogatives du *trustee* à celle de l’usufruitier : certes il peut vendre les biens en trust, mais il est tenu de communiquer aux bénéficiaires sur la pertinence de son choix et ces derniers pourront alors le poursuivre si leurs intérêts ont été lésés. En raison du fait que les pouvoirs du *trustee* sur les biens dont il a la gestion en charge sont limités, l’auteur envisage de l’assimiler à l’usufruitier. Intéressante, une telle position n’en reste pas moins critiquable tant sur le plan conceptuel que pratique. Dans un aspect pratique, la

---

<sup>412</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l’ordre juridique français*, thèse préc., n°437 et s., p. 235 et s. Il est précisé que seul l’usufruit conventionnel – constitué par le propriétaire par contrat ou testament – est pris en compte. Sont ainsi laissé de côté l’usufruit légal du conjoint survivant et les usufruits judiciaires accordés dans le cadre d’un divorce ou d’une séparation de corps.

<sup>413</sup> H. BATIFFOL, “*Trusts : the Trust Problem as seen by a French Lawyer*”, in *Choix d’articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 239 et s.

<sup>414</sup> H. BATIFFOL, “*Trusts : the Trust Problem as seen by a French Lawyer*”, art. préc., p. 242.

<sup>415</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l’ordre juridique français*, thèse préc., n°443, p. 239.

jurisprudence française n'a jamais consacré un modèle d'adaptation du trust au droit français par son assimilation à l'usufruit conventionnel. Sur un plan conceptuel, lorsque Michel ATTAL pointe les limitations imposées à l'usufruitier et au *trustee* dans l'exercice de leurs pouvoirs, il omet de dire que dans le cadre du trust, celles-ci sont largement le fait du *settlor*, alors que dans le contexte de l'usufruit, elles sont celles de la loi. Ainsi dans le cadre de l'usufruit, la limitation des pouvoirs de l'usufruitier peut être considérée comme absolue parce qu'indépendante de la volonté du nu-propiétaire. En d'autres termes, l'essence du trust est principalement contractuelle tandis que celle de l'usufruit est principalement légale, comme tous les droits réels dans le droit français dont on considère que l'importance sociale impose une intervention du législateur. De plus, cette théorie omet complètement la caractéristique principale du trust : le *trustee* se voit transférer la propriété des biens dont il se voit confier la gestion. De manière inversée, l'usufruitier s'en voit confier la jouissance alors que le nu-propiétaire seul conserve la propriété du bien grevé, certes amputée de l'*abusus*. Par ailleurs, l'auteur s'appuie sur « les variations permises par l'usufruit » et considère que le quasi-usufruitier peut être assimilé à une forme de propriété équivalente à celle du *trustee* du fait que la restitution du bien grevé puisse se faire en valeur : « le quasi-usufruit place le quasi-usufruitier dans la situation d'un véritable propriétaire » ; « tant que l'usufruitier est capable de respecter la destination du bien grevé de l'usufruit, il est censé pouvoir accomplir sur ce bien tout acte nécessaire à sa gestion, ce qui peut passer par des actes de disposition (aliénation, consommation...)»<sup>416</sup>. » L'auteur de conclure : « En considérant l'usufruit comme la technique procurant à l'usufruitier « l'ensemble des utilités du bien grevé, à charge pour lui d'en conserver la destination », l'analogie avec le trust devient possible. S'agissant d'une technique de gestion d'un patrimoine et dans l'optique d'une efficacité optimale, il peut être profitable de laisser à l'administrateur une grande marge de manœuvre dans son utilisation des biens grevés (on accorde au bénéficiaire la propriété des biens in trust et on peut laisser à l'usufruitier la possibilité d'accomplir des actes de disposition sur les biens grevés de l'usufruit)<sup>417</sup>. » Cette assimilation ne peut se faire que lorsque l'on est en présence d'un quasi-usufruitier, l'usufruitier classique étant tenu de restituer le bien en lui-même, et non sa valeur. En effet, si la possibilité d'accorder un droit de disposition au *trustee* est générale et relève de l'essence même du

---

<sup>416</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°448, p. 239.

<sup>417</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°450, p. 243.

trust, celle du quasi-usufrUITIER n'est que particulière et liée au caractère consommable des biens grevés. Tandis que l'un concerne tous les biens, l'autre porte sur certains d'entre eux, notamment les valeurs mobilières. Cette différence d'essence entre l'usufruit conventionnel et le trust semble compromettre l'assimilation du second au premier. Celle-ci est également compromise par les différences dans leurs économies respectives.

254. **Assimilation du trust à l'usufruit conventionnel et critiques (2) : quant à l'économie.** Ensuite, Michel ATTAL rapproche l'économie du trust à celle de l'usufruit : « L'économie du trust, technique d'administration de ses biens par une autre personne, est semblable à celle de l'usufruit. Les actes accomplis par l'usufruitier le sont à l'image du propriétaire, de celui qui confie son bien. Dans le trust, le *trustee* doit toujours agir dans l'optique d'un transfert final des biens au *cestui que trust*. L'article 578 du Code civil évoque d'ailleurs l'obligation pour l'usufruitier de conserver la « substance » des biens, c'est-à-dire l'identité concrète du bien et de sa destination. Or de la même manière que le *settlor* fixe dans le *deed* un certain nombre d'obligations que le *trustee* doit respecter dans sa gestion des biens dans un objectif de profit pour le bénéficiaire, le propriétaire qui se départit de l'usufruit de ses biens au profit d'une autre personne ne le fait pas sans fixer un cadre global<sup>418</sup>. »

255. Là encore, l'assimilation du trust et de l'usufruit conventionnel quant à leurs économies respectives est critiquable : *si le trust a vocation principale à confier les biens du settlor en gestion au trustee au bénéfice de tiers, souvent proches du settlor, l'usufruit, quant à lui, a pour vocation d'accorder la jouissance d'un bien à un tiers, souvent proche du nu-propriétaire.* Dans cette dernière opération, point d'intervention d'un tiers tel que le *trustee*. Certes les pouvoirs du *trustee* et de l'usufruitier peuvent, dans une certaine mesure, s'apparenter l'un à l'autre, le premier gère généralement les biens pour des tiers tandis que le second le fait dans son propre intérêt. La dimension économique du trust semble donc s'opposer à la dimension purement familiale de l'usufruit. Une fois encore, la jurisprudence ne s'y est pas trompée parce qu'il n'existe pas de trace, antérieurement à l'adoption de la Convention de 1985, de tentatives d'assimiler le trust à l'usufruit conventionnel.

---

<sup>418</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°446, p. 240-241.

256. D'aucuns auraient pu penser que l'adaptation du trust au droit français aurait pu être facilitée par l'adoption en 2007 d'une institution qui, dans l'essence, s'en rapprochait fortement : la fiducie. Or rien de tel puisque les régimes juridiques des deux institutions divergent fortement, la fiducie étant largement soumise à des règles impératives que le trust ne connaît pas et dont l'application pourrait lui faire perdre sa nature essentiellement libérale.

#### B. Persistance de l'échec après l'adoption de la fiducie en droit français

257. De manière générale, la banalisation des exceptions au principe de l'unité du patrimoine permet-elle d'envisager plus aisément une assimilation du trust à des catégories de rattachement locales ? De manière spécifique, la fiducie peut-elle constituer une structure d'assimilation du trust satisfaisante ou ses différences conceptuelles avec le trust restent trop importantes ? Comme le trust, la fiducie conduit au transfert de biens ou de droits par une personne à un fiduciaire ou *trustee* afin que celui-ci réalise un objet déterminé (gestion, garantie, transmission). Par le jeu du patrimoine d'affectation, cette propriété fiduciaire – pour la fiducie – ou ce *legal ownership* – pour le trust – seront mis hors de portée des créanciers personnels du fiduciaire ou du *trustee*. L'unité du patrimoine et la propriété absolue ont été les deux concepts fondamentaux du droit français qui ont longtemps montré celui-ci réticent à l'admission de la fiducie. Ce sont les mêmes qui ont conduit le législateur français, lorsqu'il l'a fait entrer dans le droit positif, à la tenir éloignée du trust anglo-saxon. Les deux institutions ont un « format équivalent » : « le trust – comme la fiducie – est essentiellement une structure intercalaire, par laquelle des biens transitent aux fins de réaliser un objet déterminé, que ce soit une opération de gestion, de garantie ou encore une mutation. L'opération est triangulaire ; il ne faut donc pas se contenter d'observer le seul lien entre le constituant et le *trustee*, mais analyser globalement la situation en cause, en particulier les rapports découlant de l'opération entre le constituant et le bénéficiaire<sup>419</sup>. » Cette équivalence des conditions n'implique pas pour autant une équivalence de régime ou de finalités. Les différences persistent et rendent l'assimilation de l'un à l'autre conceptuellement inconcevable, d'abord en ce que la

---

<sup>419</sup> F. BARRIERE, « Fiducie, trust, mandat : quelle délimitation ? », *RLDC* mars 2019, n°168, p. 40.

propriété fiduciaire ne se confond pas dans le concept de *legal ownership* (1), ensuite en ce qu'à l'inverse du trust, la finalité transmissive est exclue de la fiducie en droit français, ce qui pose le problème de la nullité du trust par l'intervention des règles impératives de la fiducie (2).

### 1) Propriété fiduciaire contre *legal ownership*

258. Pour assimiler le trust à la fiducie, certains ont mis en avant la consécration en droit français de la théorie du patrimoine d'affectation. Ce concept développé par deux auteurs allemands, BRINZ et BECKER, et repris en droit français par Pierre LEPAULLE<sup>420</sup>, rejette le rattachement du patrimoine à la personnalité ; le patrimoine devient « une masse de biens qui doit sa cohésion à son affectation à un but<sup>421</sup>. » Dans la conception civiliste, *le patrimoine est une universalité de droit qui reflète la personnalité de son titulaire et constitue le droit de gage général de ses créanciers*. Or dire que l'introduction de la fiducie en droit français a consacré la théorie du patrimoine d'affectation serait faux. Jamais la loi n'évoque ce concept ; le Code civil parle de « patrimoine fiduciaire » ce qui n'a sur le plan du régime juridique rien à voir avec le patrimoine d'affectation. S'il s'agissait véritablement d'un patrimoine d'affectation, les créanciers personnels du fiduciaire n'y auraient absolument pas accès, comme c'est le cas en matière de trust pour le *legal ownership*. Or on verra que ce n'est pas le cas en droit français. L'article 2011 du Code civil qui définit la fiducie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » ne mentionne pas la notion de patrimoine d'affectation. L'expression « séparés de leur patrimoine propre » aurait pu faire croire à une référence détournée au patrimoine d'affectation si l'article 2021 ne consacrait pas un concept alternatif, celui de « patrimoine fiduciaire. » Au premier abord, ce concept apparaît proche du patrimoine d'affectation ; l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2025 dispose que « le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine », excluant ainsi les

---

<sup>420</sup> P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932.

<sup>421</sup> F. COHET-CORDAY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.*1996, p. 819 et s., spéc. p. 827.

créanciers personnels du fiduciaire, comme ceux du *trustee* en matière de *legal ownership*, de toute prétention sur le patrimoine fiduciaire. Cependant, les autres dispositions de l'article 2025 confirment cette différence entre patrimoine fiduciaire et *legal ownership*<sup>422</sup>. D'abord, l'article 2025 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil fait exception à la séparation du patrimoine fiduciaire en cas de fraude aux droits des créanciers du constituant. Une telle disposition n'est qu'une application particulière de l'action paulienne<sup>423</sup> de l'article 1341-2 du Code civil d'après lequel « le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. » Ainsi en cas de fraude, le créancier pourra, sans même avoir à démontrer l'insolvabilité de son débiteur<sup>424</sup>, rendre la fiducie inopposable à son égard et être habilité à saisir les biens placés dans le patrimoine fiduciaire. Ensuite, l'article 2025 alinéa 2 « accorde aux créanciers de la fiducie, en cas d'insuffisance des actifs fiduciaires, le droit de saisir les biens personnels du constituant » et « rend ainsi le constituant indéfiniment responsable des dettes nées de la gestion des biens fiduciaires : d'abord sur ces biens eux-mêmes, ensuite sur ceux qu'il a conservés, bref sur tous les biens dont il est riche<sup>425</sup>. » Cette disposition vient rétablir l'unité du patrimoine, chose étonnante pour un patrimoine que l'on disait d'affectation et l'on avait voulu assimiler au *legal ownership* du *trustee*. Ceci est confirmé par la suite du texte qui réserve « la stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire », ce qui signifie que « le constituant peut bien être déchargé de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire, mais dans la mesure seulement où le fiduciaire s'en trouve chargé<sup>426</sup>. » De telles dispositions sont évidemment inconnues dans le trust de *common law*, c'est dire les différences conceptuelles qui persistent avec la fiducie et donc des difficultés qu'il y aurait à assimiler l'un à l'autre. Enfin, l'alinéa 3 de l'article 2025 dispose que « le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée. » Le créancier de la fiducie peut donc voir son droit de gage cantonner aux seuls actifs fiduciaires s'il l'accepte. Cela garantit au créancier de la fiducie que le

<sup>422</sup> Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la *common law*: entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC* 2009, vol. n°61, n°1, p. 49.

<sup>423</sup> M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* décembre 2010, n° 77.

<sup>424</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2014, n°13-25.745.

<sup>425</sup> M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », art. préc.

<sup>426</sup> *Ibid.*

constituant ou à défaut le fiduciaire répondra indéfiniment, sur tous ses biens présents et à venir du passif du patrimoine fiduciaire. Ce n'est qu'avec son consentement que ce droit de gage sera limité au seul actif fiduciaire. Il faut reconnaître qu'il y a mieux comme séparation des patrimoines.

259. Le professeur GRIMALDI résume bien la nature du patrimoine fiduciaire ; s'il se rapproche du patrimoine d'affectation et donc du *legal ownership*, il n'en est pas vraiment un, car le principe de l'unité du patrimoine est rétabli à un moment ou un autre : « La fiducie en général, et la fiducie-sûreté en particulier, brise ouvertement l'unité du patrimoine du fiduciaire, qu'elle place à la tête d'un patrimoine d'affectation séparé de son patrimoine personnel, ce qui veut dire que le gage de ses créanciers personnels ne saurait inclure les actifs fiduciaires. Mais, si l'on considère le fond des choses, cette fracture n'est qu'apparente puisque, les actifs fiduciaires restant la richesse du constituant, rien ne justifierait que les créanciers personnels du fiduciaire pussent les saisir. La fiducie en général, et la fiducie-sûreté en particulier, brise subrepticement l'unicité du patrimoine du constituant, auquel elle permet de soustraire du gage de ses créanciers personnels les actifs fiduciaires, qui restent pourtant sa richesse, et du gage des créanciers de la fiducie, qui sont pourtant un peu les siens, ses actifs personnels. Mais cette fracture n'est pas absolue, notamment dans le cas d'une fiducie-sûreté : d'abord, parce que ses créanciers personnels conservent parfois, lorsque s'ouvre une procédure collective, certaines prérogatives sur les actifs fiduciaires ; ensuite, parce que le créancier bénéficiaire de la fiducie est primé par les créanciers de la fiducie ; enfin parce que les créanciers fiduciaires bénéficient, en tant que de besoin, d'une extension de leur gage sur ses actifs personnels<sup>427</sup>. »

2) Exclusion de la fiducie-libéralité en droit français et intervention des règles impératives de la fiducie

260. La principale fonction du trust anglo-saxon est d'aménager la transmission des biens ; fonction que le législateur français a refusé d'ouvrir à la fiducie en 2007. L'article 2013 du Code civil prévoit expressément que « le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. » Cette nullité est d'ordre

---

<sup>427</sup> M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », art. préc.

public. L'article 2028 dispose que le contrat de fiducie est révoqué de plein droit par le décès du constituant personne physique. Par ces textes, le législateur a souhaité exclure l'utilisation de la fiducie dans un but de transmission patrimoniale. Or la survivance du contrat de trust au décès du *de cuius* constitue l'utilisation classique et historique du trust anglo-saxon. Par conséquent, la réception d'un trust constitué dans un objectif de transmission patrimoniale pourrait difficilement faire l'objet d'une assimilation par l'institution fiduciaire alors même qu'un texte de nature impérative prohibe la fiducie-libéralité. De manière plus générale, cette remarque vaut pour l'ensemble des règles impératives de la fiducie. Les professeurs AUDIT et D'AVOUT résument une partie du problème lié à la reconnaissance du trust à travers la fiducie : « La pratique pourrait enfin faire apparaître une concurrence entre trust et fiducie, du fait que le dispositif français, sur lequel pèse la méfiance fiscale, est plus rigide et formaliste que ses homologues étrangers et pourrait donc être délaissé par les usagers français au détriment de ces derniers. La liberté de gestion de ses biens étant de principe, un Français ne devrait pas se voir interdire le recours aux structures patrimoniales plus favorables, pour la gestion de ses biens localisés hors de France ou partiellement situés en France. En revanche, la circonstance que la majeure partie des biens serait localisée en France fait courir à celui qui les affecte à un trust de droit étranger un risque de requalification ou d'application partielle des règles impératives à la fiducie ; une cause de nullité ou d'inefficacité peut, en matière internationale, émaner d'une loi de police extérieure à la loi librement choisie<sup>428</sup>. »

261. **Conclusion du Chapitre I.** La meilleure voie pour reconnaître un trust en droit français reste donc l'intervention conventionnelle. Ceci est principalement dû au fait qu'il n'existe pas en droit français de catégorie de rattachement satisfaisante pour assimiler le trust en l'adaptant aux exigences du régime juridique de l'institution d'accueil en question. Toutefois, ceci ne permet pas de disqualifier, en elle-même, la méthode de l'adaptation par assimilation. Le trust aurait pu se plier à cette théorie si une institution comparable avait été connue du droit français ; en somme, si nous avions eu la même tradition juridique que les pays anglo-saxons. On le voit, la capacité de la

---

<sup>428</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°998 p. 824 : « Dans la loi de finance rectificative pour 2011, le législateur français a édicté une obligation déclarative, incombant aux administrateurs de trusts lorsqu'un constituant ou bénéficiaire est domicilié en France et qu'un des biens ou droits inclus dans le trust y est situé (L. 2011-900 du 29 juill. 2011, D. n° 2012-1059 du 14 sept. 2012). Cette disposition, d'objectif fiscal, pourrait permettre également de détecter des cas de contournement de la loi civile français et susciter parfois des requalifications de trusts en fiducie. »

méthode de l'adaptation à rendre efficaces des institutions de droit étranger dans l'ordre juridique français est intimement liée à l'existence de catégories de rattachement comparables ; d'où sa pertinence en matière de sûretés réelles. Si le trust n'a pas pu être adapté – hors procédure conventionnelle – en droit français, c'est parce qu'en son essence même il était fondamentalement contraire au droit des biens français, fondé sur l'unité du patrimoine et les règles impératives en matière successorale. Les sûretés réelles elles, dans leur principe, ne sont pas fondamentalement différentes qu'elles soient françaises ou américaines par exemple, il s'agit toujours de garantir une obligation du débiteur en donnant priorité à la saisie du créancier sur un ou plusieurs de ses biens ; seules les modalités de régime diffèrent et c'est là qu'intervient l'adaptation. Cette méthode est d'autant plus pertinente compte tenu des échecs du droit matériel à régler la réception des sûretés étrangères. Qu'elles aient une vocation unificatrice, uniformisatrice ou harmonisatrice, les conventions internationales ont toutes échoué à organiser de manière satisfaisante la circulation des sûretés réelles sur biens incorporels à travers les différents ordres juridiques nationaux. Compte tenu de la situation géopolitique, du recul du multilatéralisme et de l'avancée corrélative de l'unilatéralisme, il est aisé de prédire la continuation de l'échec des conventions internationales dans ce domaine. Dans une économie qui reste malgré tout mondialisée et fondée sur la spécialisation des chaînes de valeur, la nécessité de rendre efficaces les sûretés étrangères elle, ne faiblit pas ; il s'avère donc nécessaire de trouver une parade à l'échec conventionnel, parade qui doit toutefois s'inscrire dans le respect des principes essentiels du droit des sûretés français, notamment celui du *numerus clausus*. La méthode de l'adaptation semble donc constituer la solution la plus pertinente en ce qu'elle permet à la fois de donner effet aux droits des créanciers étrangers munis de sûretés et de respecter le *numerus clausus*. Il convient donc de déterminer le régime juridique de cette méthode, tant quant à ses conditions d'application que quant aux effets de son intervention.

## Chapitre II : Le droit commun de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels

262. **Solution la plus conforme aux nécessités du temps présent.** La méthode de l'adaptation a donc vocation à permettre une réception des sûretés étrangères conforme aux principes du droit français des sûretés. Elle s'oppose d'une part aux théories libérales qui nient l'existence du principe du *numerus clausus* ou qui souhaitent en voir la disparition afin de promouvoir une réception incontrôlée et dérégulée des sûretés étrangères. Elle s'oppose d'autre part aux théories protectionnistes qui sous couvert de *numerus clausus* rejettent en bloc la réception des sûretés étrangères. Les unes et les autres semblent peu correspondre aux nécessités du temps présent. Les premières parce qu'il est aisé de constater que la mondialisation dérégulée a produit des conséquences néfastes desquelles il conviendra de se prémunir à l'avenir. Très concrètement, admettre la réception des sûretés étrangères sans étape intermédiaire d'adaptation ne serait-ce que minimale à une sûreté locale, bouleverserait profondément l'ordre de préférence des créanciers locaux et risquerait de conduire à une multiplication des contentieux en la matière. Les secondes seraient tout aussi néfastes parce que refuser de recevoir des sûretés étrangères nuirait à l'attractivité économique de la France en pénalisant les acteurs français qui deviendraient, aux yeux des acteurs étrangers, des interlocuteurs peu fiables. La méthode de l'adaptation permet donc de contenter à la fois notre besoin de protection minimale et la nécessité de conserver les pores de notre économie ouverts aux acteurs économiques étrangers.

263. **Droit commun de la méthode de l'adaptation.** Il s'agit ici d'esquisser un régime juridique de ce qui pourrait être *le droit commun de la méthode de l'adaptation*. Pour tout régime juridique, il convient de déterminer à quelles conditions l'appliquer et quels sont les effets de son application. Dans le cadre de la méthode de l'adaptation des sûretés réelles étrangères sur des biens incorporels, deux questions se posent. Premièrement, quel est le champ d'application de la méthode de l'adaptation ? Autrement dit, dans quelles hypothèses s'avère-t-il nécessaire de contraindre une sûreté étrangère d'adopter le régime d'une sûreté française (**Section 1**) ? Deuxièmement, quel doit être l'étendue de l'assimilation de la sûreté étrangère à la sûreté locale ? Faut-il la contraindre d'adopter le régime juridique de cette dernière dans son intégralité ou peut-on se contenter d'imposer seulement les règles internationalement impératives de l'ordre juridique local (**Section 2**) ?

### ***Section 1 : Champ d'application de la méthode de l'adaptation***

264. L'enjeu ici est de déterminer les hypothèses dans lesquelles la méthode de l'adaptation doit être appliquée afin de rendre efficace une sûreté sur bien incorporel constituée à l'étranger. Le non-respect des règles de constitution, d'opposabilité et de réalisation d'une sûreté n'est pathologique que lorsque le débiteur devenu insolvable ou un créancier tiers concurrent conteste les droits du créancier devant un juge. Autrement, la sûreté constituée n'a aucune utilité. Lorsque le débiteur est solvable et qu'aucun tiers ne fait valoir ses droits à l'encontre du créancier, la sûreté s'éteint, par principe, paisiblement par le paiement de la dette. En d'autres termes, l'application formelle de la méthode de l'adaptation n'a lieu que dans un cadre contentieux (1.). Toutefois, pour s'assurer contre d'éventuels désagréments liés à un futur contentieux, il ne peut qu'être conseillé au créancier dont la sûreté n'est pas française d'adapter son droit à une sûreté française identique. Ceci pose une question de droit international privé : la loi applicable à la sûreté joue-t-elle un rôle dans la nécessité d'assimiler la sûreté étrangère à une sûreté locale de rattachement pour faire reconnaître les droits du créancier bénéficiaire ou bien sommes-nous dans une situation exclusive de conflit de lois ? (2.)

#### *1. Application de la méthode dans un cadre contentieux*

265. **Établissement judiciaire du régime juridique de la méthode de l'adaptation par assimilation.** Voici les données du problème parfaitement résumées par un auteur : « *Chaque sûreté étrangère dont le titulaire voudra se prévaloir sur un bien importé en France nécessitera, de la part du juge français, un examen de droit comparé pour tenter de déceler, dans la législation française, un droit réel accessoire équivalent*<sup>429</sup>. » La reconnaissance formelle d'une sûreté réelle étrangère a vocation à intervenir uniquement dans des situations pathologiques, c'est-à-dire dans un contexte contentieux où il est demandé au juge de statuer sur les droits des parties. Dans la plupart des cas, un débiteur constitue une sûreté au bénéfice d'un de ses créanciers sur le fondement d'une sûreté étrangère et le cours normal de leur relation continue au paiement de la dette et à l'extinction corrélative de la sûreté. Toutefois, pour se prémunir d'un éventuel contentieux, le créancier bénéficiant d'une sûreté étrangère a intérêt à adapter celle-ci au droit français avant même que ça ne lui soit

---

<sup>429</sup> M. ATTAL, « La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français », *RIDC* 2004, vol. n°56, n°4, 2004, p. 931, spéc. p. 932 (italiques ajoutés).

demandé. On l'aura compris, pour envisager une application formelle de la méthode de l'adaptation, les parties devront se trouver dans un contentieux relatif à l'efficacité de la sûreté étrangère. En effet, la loi n'ayant pas, à ce jour, la prétention de régler cette question, ce sera au juge de faire application des principes de l'adaptation par assimilation.

266. **Typologie des contentieux relatifs aux sûretés étrangères sur biens incorporels.** La construction du régime juridique de droit commun sera donc une construction judiciaire ou ne sera pas. Cette exigence impose d'envisager les hypothèses dans lesquelles un contentieux relatif à une sûreté étrangère peut intervenir. Il en existe deux : d'abord lorsque le débiteur défaillant à l'encontre duquel la garantie aura été activée conteste les conditions de constitution, d'opposabilité ou de réalisation ainsi que la possibilité même de rendre efficace la sûreté dans l'ordre juridique français (ceci peut intervenir notamment au moment de la réalisation de la sûreté dans le cadre de la contestation de la saisie devant le juge de l'exécution, de l'activation du pacte comissoire par le créancier ou bien dans l'instance d'attribution judiciaire du bien grevé) ; ensuite lorsqu'un tiers conteste la préférence donnée au créancier étranger pour des raisons qui tiennent au défaut d'opposabilité de la sûreté étrangère à son égard.

*2. Conflit de lois : indifférence de la loi applicable à la sûreté étrangère réceptionnée par l'intervention des lois de police*

267. **Exclusivité du rapport de conflit de lois.** Au regard de ce qui précède, on l'aura compris, le juge français peut avoir à statuer sur l'efficacité d'une sûreté étrangère, peu importe que celle-ci ne soit pas soumise à la loi française au regard notamment du bien sur lequel elle porte. Dans certains cas, la localisation fictive du bien objet de la sûreté dans l'ordre juridique français permettra de soumettre la sûreté à la loi française ; dans d'autres, elle sera soumise à une loi étrangère, principalement la loi de l'État de constitution. Dans l'une et l'autre hypothèse, la méthode de l'adaptation reste pertinente. L'adaptation a vocation à éviter que la sûreté étrangère soit neutralisée en raison de la violation des lois de police – le *numerus clausus* des sûretés réelles en est nécessairement une au regard de sa vocation à protéger les tiers et l'ordre juridique français de la constitution intempestive de sûretés – si celle-ci est soumise à la loi étrangère. L'adaptation permet également que la sûreté soit rendue efficace bien qu'elle ne respectait pas les prescriptions du droit français au moment de sa constitution. Après avoir décrit le mécanisme des lois de police (A.), il conviendra de montrer

que sa vocation est de conduire à la neutralisation de la sûreté étrangère non assimilée à une sûreté française (B.).

#### A. Mécanisme des lois de police

268. **Exigence impérative d'intérêt général.** Dans certains cas donc, la sûreté sur bien incorporel constituée sur un modèle étranger sera soumise à une loi étrangère. Les lois de police sont souvent considérées comme un mode particulier d'intervention de la volonté étatique dans les relations privées internationales : la loi de police est celle dont le champ d'application est unilatéralement et logiquement déduit du but qu'elle poursuit, par dérogation à la méthode savignienne<sup>430</sup>. » En effet, la catégorie des lois de police – expression des « *exigences impératives d'intérêt général*<sup>431</sup> » ou expression d'une « *politique législative*<sup>432</sup> » – a longtemps fait l'objet d'une interprétation extensive et malléable, variant au gré des impératifs du temps présent. La création du concept de lois de police est liée à l'essor de l'interventionnisme étatique après la Seconde Guerre mondiale. Le développement parallèle et paradoxal des échanges internationaux et de l'État providence a conduit le droit international à forger un concept permettant de prémunir l'ordre juridique de l'intrusion déréglée de normes étrangères contraires aux objectifs poursuivis par le législateur national. Un tel concept est évidemment d'inspiration unilatéraliste en ce sens qu'elle « vise un type de loi, et non une situation<sup>433</sup> » : « Selon la méthodologie du conflit de lois systématisée depuis SAVIGNY, la présence d'un élément d'extranéité dans une situation de droit privé doit déclencher en toute hypothèse le recours à une règle de conflit. Or on constate en droit positif des hypothèses dans lesquelles le juge, ou une autre autorité publique, fait application à des situations internationales des dispositions de son propre droit, pourtant non expressément délimitées par le législateur, sans passer par la médiation de la règle de conflit bilatérale : il fait ainsi de la loi du for une application immédiate<sup>434</sup>. » On le voit dans l'application du concept de lois de police, la notion même de conflit de lois est niée en raison du caractère impératif des règles appliquées. Ceci permet de distinguer les lois de police d'une notion qu'on lui croit souvent proche, celle de l'exception d'ordre public international. Avant

---

<sup>430</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, Essai de systématisation*, thèse préc., n°182, p. 119.

<sup>431</sup> B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *Europe*, n°1, janvier 2012, étude 1, spéc. n°3 (italiques ajoutés).

<sup>432</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », art. préc., p. 207.

<sup>433</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°185, p. 168.

<sup>434</sup> *Ibid.*

d'analyser les critères de détermination des lois de police (2), il convient de montrer que le concept d'exception d'ordre public international n'a quasiment aucun rôle à jouer dans le contexte de la réception des sûretés étrangères, en raison notamment de l'exclusion de la méthode de la reconnaissance (1).

1) Caractère inopérant de l'exception d'ordre public international dans le contexte de la réception des sûretés étrangères

269. **Lois de police et exception d'ordre public : logiques et démarches distinctes (1).** L'exception d'ordre public international et les lois de police sont deux concepts totalement différents. D'abord, sur le plan matériel, leurs critères de définition ne sont pas les mêmes : tandis que l'exception d'ordre public international a vocation à refuser de faire produire effet en France des situations fondamentalement contraire à nos principes fondamentaux de civilisation, les lois de police, elles, visent, plus strictement, à écarter l'application d'une règle étrangère contraire à un objectif impérieux fixé par le législateur français<sup>435</sup>. Cette différence matérielle est d'ailleurs nécessaire, car si les deux concepts étaient définis de la même manière, l'intervention nécessairement antérieure de la loi de police neutraliserait toute mobilisation de l'exception d'ordre public.

270. **Lois de police et exception d'ordre public : logiques et démarches distinctes (2).** Ensuite, sur le plan méthodologique, exception d'ordre public et lois de police sont radicalement différentes<sup>436</sup>. Correctif du raisonnement bilatéraliste, l'exception d'ordre public international s'oppose donc radicalement aux lois de police, expression de l'unilatéraliste le plus intransigeant.

271. **Caractère inopérant de l'exception d'ordre public international en matière de réception des sûretés réelles étrangères.** Comme on le verra par la suite, certaines règles de droit des sûretés, en ce qu'elles visent à la protection des tiers et de l'ordre juridique de référence, devront acquérir le qualificatif de loi de police. On l'a vu, l'intervention des lois de police est antérieure à celle de l'exception d'ordre public : les lois de police interviennent avant même que l'on applique la règle de conflit de lois. C'est pourquoi,

---

<sup>435</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, Essai de systématisation*, thèse préc., n°209, p. 131.

<sup>436</sup> *Supra*, n° 8, p. 22.

il n'est pas possible de concevoir un critère de définition identique des lois de police et de l'exception d'ordre public international, autrement la seconde ne sera jamais appliquée du fait de la mobilisation immédiate des autres. Or en l'espèce, les règles de droit des sûretés ayant un objectif de protection de l'ordre politique, économique et social devront être qualifiées de lois de police du fait de leur objectif – préserver l'intégrité du droit de gage des autres créanciers du débiteur et protéger le système économique français de l'intervention de garanties étrangères dont l'existence n'est pas susceptible d'être connue. Ainsi, lorsque la sûreté étrangère demandera à produire des effets en France, le juge appliquera de manière immédiate les lois de police françaises en la matière. *Que la sûreté soit constituée sur un modèle étranger n'est pas un problème en soi, les règles de constitution, n'ayant, a priori, aucune incidence sur les tiers nationaux, ne pouvant être considérées comme impératives. Toutefois, les problèmes surviendront au stade de l'opposabilité et de la réalisation des sûretés réelles. Les règles d'opposabilité sont fixées, non pour rendre service au débiteur, mais pour protéger les tiers qui seraient tentés de constituer un droit réel, principal ou accessoire, sur le même bien. Les règles de réalisation de la sûreté ont également vocation à protéger les tiers, mais également, de manière impérative – au sens où on ne peut y déroger – le débiteur.* Ainsi, l'exception d'ordre public ne pourra intervenir avant que le juge n'ait neutralisé la sûreté étrangère pour non-respect des lois de police relatives à l'opposabilité et à la réalisation de la sûreté. Le seul moyen d'éviter cette neutralisation consiste à adapter la sûreté étrangère au droit français, en l'assimilant à une sûreté locale équivalente, prise comme catégorie de rattachement. Dans cette hypothèse, le respect des règles impératives de la sûreté locale par la sûreté étrangère empêchera le juge de la neutraliser. Cette solution satisfaisante sur le plan méthodologique ôte une grande partie de son utilité à la méthode bilatérale de manière générale et à l'exception d'ordre public de manière spécifique. En réalité, elle n'interviendra que de manière résiduelle si la sûreté étrangère passe l'épreuve des lois de police et le contenu de la loi étrangère à laquelle elle est soumise est fondamentalement contraire aux valeurs fondamentales du droit français. C'est difficile à concevoir du fait de la relative uniformisation des droits nationaux.

272. Cette mise à l'écart de l'exception d'ordre public international par la méthode unilatéraliste impose de bien comprendre ce que celle-ci recouvre ainsi que le critère qu'il convient d'adopter pour définir si une norme du droit français intègre ou non la catégorie des lois de police.

## 2) Critère de détermination d'une loi de police

273. **Sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale d'un pays : un « objectif sociétal ».** La définition la plus connue des lois de police est celle qui a été donnée par FRANCESCAKIS en 1968<sup>437</sup>. Cette définition a été reprise par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Arblade* en 1999 : « Il convient d'entendre cette expression [les lois de police] comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci<sup>438</sup>. » En 2009, l'article 9 du règlement Rome I reprend cette définition de manière nuancée : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. » Pour certains, de telles définitions sont trop vagues et ne permettent pas de dégager un critère pertinent de distinction entre lois de police et lois ordinaires. La raison tient principalement au fait qu'il n'existe pas de différence organique entre elles. Le législateur n'indique jamais au moment où il vote la loi que tel ou tel texte doit être qualifié de loi de police. La différence tient seulement au degré d'impérativité, chaque loi d'un pays ayant vocation à préserver l'ordre politique, économique et social<sup>439</sup>. En somme, le critère finaliste de FRANCESCAKIS – sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale d'un pays – n'est pas satisfaisant pour discriminer les lois de police et les autres. Pour Benjamin REMY, les lois de police sont celles qui poursuivent un « objectif sociétal<sup>440</sup> » : « objectif qui se caractérise par la conception holiste de la société qu'adopterait le législateur au moment de leur formulation, considérant la société comme un tout, par opposition à une conception atomiste, où la société serait prise comme une somme d'individualités<sup>441</sup>. » En d'autres termes, dans cette optique, les lois de police n'ont pas seulement un objectif normatif. Leur but est de défendre une forme

---

<sup>437</sup> Ph. FRANCESCAKIS, *V° « Conflit de lois »*, art. préc., n°137 ; *supra*, n°8, p. 22.

<sup>438</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C776/96, Rec. P. I-8455.

<sup>439</sup> Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1973, t. 139, p. 269-385, spé. p. 328.

<sup>440</sup> B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international*, Préf. P. MAYER, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008, n°360, p. 202.

<sup>441</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit de l'Union européenne, Essai de systématisation*, thèse préc., n°193, p. 124.

d'organisation particulière à travers la notion de « bien commun » ; il s'agit d'une règle de dimension collective dont l'objectif est moins de régir les comportements individuels que d'empêcher qu'ils ne contreviennent au bien commun, surtout lorsqu'ils viennent de l'étranger. « Le dispositif en cause est pensé comme devant réaliser un dessein à l'échelle collective (...)»<sup>442</sup>. » Or, dans la tradition républicaine, seul le législateur est habilité à dire ce qui relève du bien commun. Par conséquent, ce critère de l'objectif sociétal semble se marier parfaitement avec la vision des lois de police comme expression des « politiques législatives » développée par Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES<sup>443</sup>.

274. **Objectif sociétal et expression d'une politique législative.** Les lois de police sont donc l'expression d'une volonté législative de protéger l'ordre juridique d'intrusions étrangères qui risqueraient de remettre en cause le bien commun. Le législateur met en place des dispositifs à caractère dirigiste ou protectionniste pour régler certaines situations. Cette volonté exige « pour la pleine efficacité de la politique menée, la délimitation d'un rayon d'action spécifique, à l'intérieur duquel le dispositif en question réclame d'être appliqué, même s'il devait en résulter une dérogation à la solution retenue par la règle de conflit ordinaire<sup>444</sup>. » Pour FRANCESKAKIS, on le rappelle, c'est l'intérêt impératif d'ordre public qui justifiait l'application de la loi de police et non pas le contenu de la loi désigné par la règle ordinaire de conflit de lois. Le fait de considérer une loi comme de police ou non au regard de l'intention du législateur et de l'intérêt public qu'elle défend semble naturel, surtout si on les compare à la méthode américaine de *governmental interest analysis*. L'unilatéralisme européen est fondé sur des « considérations de souveraineté<sup>445</sup> ». L'unilatéralisme américain est fondé sur le constat des défauts de la méthode bilatérale : le vrai conflit de lois ne se situe pas entre les droits de tels ou tels États dans leur globalité, mais entre des règles substantielles. Le juge qui met en œuvre une règle de conflit bilatérale n'a pas à prendre en considération le fond du droit. Or il ne peut faire complètement abstraction du résultat du litige tiré de l'application de la loi désigné par la règle de conflit de lois. Il lui alors reproché de déterminer « dans son for intérieur la solution la plus juste » puis d'énoncer « *a posteriori* le raisonnement conflictualiste qui permet d'aboutir au résultat voulu<sup>446</sup>. » La méthode de l'analyse des intérêts étatiques rejette « ce bandeau faussement opaque au profit d'un

<sup>442</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, Essai de systématisation*, thèse préc., n°194, p. 125.

<sup>443</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », art. préc., n°6.

<sup>444</sup> *Ibid.*

<sup>445</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°192, p. 172.

<sup>446</sup> *Ibid.*

raisonnement qui énonce expressément les véritables facteurs de décision pour parvenir à la justice du cas<sup>447</sup>. » Cette méthode peut être résumée de la sorte : « L'État qui édicte une règle met en œuvre une politique (*policy*) tendant à un certain but ; par conséquent, cet État a un intérêt à l'application de sa loi toutes les fois que l'objectif visé serait satisfait par cette application compte tenu des rattachements de la situation. Le juge confronté à un conflit de lois doit donc procéder à l'analyse des intérêts poursuivis par chacune ainsi qu'à leur intérêt relatif à s'appliquer dans le cas d'espèce compte tenu des rattachements de la situation. S'il se révèle qu'une seule des lois est véritablement concernée, le juge doit l'appliquer, car il y a faux conflit. Dans le cas contraire (vrai conflit), il devient nécessaire de procéder à une comparaison et une évaluation de leur intérêt respectif à recevoir application compte tenu des buts qu'elles poursuivent et des rattachements de l'espèce ; on se demandera notamment quelle serait la loi la plus méconnue du fait de sa non-application<sup>448</sup>. » La théorie a été consacrée en 1971 par l'adoption du *Second Restatement of the Conflict of Laws* par l'American Law Institute qui donne compétence à la loi qui présente « le lien le plus significatif<sup>449</sup> » déterminé en fonction de facteurs tenant à l'objectif de politique législative, à l'intérêt des États en cause ou encore la protection des attentes légitimes des parties.

275. On le voit, cette théorie s'insère finalement assez bien dans le schéma classique de conflit bilatéral classique. La seule différence tient aux facteurs de détermination de la loi compétente. Dans notre conception, ce sont globalement les liens entre la situation et telle ou telle loi. Dans la conception américaine, les intérêts publics sont pris en compte expressément par la règle de conflit, ce qui rend presque inutile l'intervention des lois de police ou l'exception d'ordre public. En réalité, la théorie américaine n'est pas unilatérale au sens européen du terme. Il sera donc difficile de l'appliquer *stricto sensu* pour déterminer un critère de définition des lois de police. Toutefois, il n'est pas interdit de s'en inspirer pour considérer *qu'une loi de police n'est rien d'autre que l'expression d'une politique législative ayant pour but la prise en compte d'un intérêt public. La plupart des règles prévues en droit des sûretés ont pour vocation de protéger les tiers et l'ordre juridique contre des créations intempestives de sûretés inconnues. Il est alors naturel de considérer ces règles comme l'expression d'une politique législative particulière et ainsi de les qualifier de lois de police,*

---

<sup>447</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°192, p. 172.

<sup>448</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°193, p. 180.

<sup>449</sup> "The most significant relationship"

*d'application immédiate*. Leur application aura donc pour effet de neutraliser les sûretés étrangères non assimilées à une sûreté locale.

## B. Neutralisation de la sûreté étrangère non assimilée par l'intervention des lois de police

276. Les lois de police ont pour vocations principales de « protéger les intérêts de la collectivité » et « d'imposer l'application uniforme de la loi sur le territoire afin d'assurer la sécurité des transactions tout en épargnant des vérifications aux tiers<sup>450</sup>. » Les sûretés sont des mécanismes qui offrent des prérogatives – droit de préférence et droit de suite – directement tournées contre le patrimoine des tiers<sup>451</sup> (1). C'est pourquoi la loi institue un *numerus clausus* afin de protéger ces derniers contre l'utilisation excessive et dérégulée de telles prérogatives. Ceci n'est pas qu'une faveur à l'égard des tiers, mais également une forme de protection de l'économie française. Ainsi, la politique législative d'encadrement des prérogatives du créancier bénéficiaire de la sûreté constitue une forme de protection de l'intérêt public et nécessite de qualifier ces règles en question de lois à caractère impératif (2). Dans le contexte de la réception d'une sûreté étrangère, le seul moyen de contourner ces lois de police est l'assimilation de celle-ci à une sûreté locale conceptuellement équivalente.

### 1) L'atteinte portée aux droits des tiers par la constitution d'une sûreté réelle

277. **Les sûretés réelles, un mécanisme attentatoire aux droits des tiers.** Si l'on considère les lois de police comme l'expression d'une politique législative, le débat oppose alors « les tenants d'une conception étroite de l'intérêt public, favorable à la thèse selon laquelle une disposition de droit privé, protégeant essentiellement des intérêts privés, ne saurait en principe voir sa violation nuire à des intérêts publics de l'État<sup>452</sup>, aux partisans d'une conception plus large, pour lesquels la violation de règles impératives protégeant des intérêts privés comme ceux d'une partie faible peut toujours être jugée affecter les intérêts publics de l'État l'ayant édictée<sup>453</sup>. » Disons-le d'emblée, pour ce qui est de la réception des sûretés étrangères, nous nous situons dans la deuxième tendance. La souveraineté économique et la protection des intérêts nationaux sont, dans un contexte de compétition mondiale, des

<sup>450</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n°187, p. 170 et s.

<sup>451</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°117, p. 114.

<sup>452</sup> V. Par ex. L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165.

<sup>453</sup> V. par ex., A. BONOMI, « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 225 et s., spéc. p. 235-238.

enjeux de premières importances. Si on accepte l'efficacité des sûretés étrangères sans en contrôler la réception, alors on expose les créanciers locaux, et donc l'économie française, à la loi du plus fort. Il serait incohérent d'instaurer, dans l'ordre interne, des règles de protection des créanciers quant à l'opposabilité et à la réalisation de la sûreté, si elles n'avaient pas à être respectées dans l'ordre international au seul motif que les droits du créancier tiennent à la constitution d'une sûreté étrangère. Démontrer que les sûretés réelles sont une technique de rupture de l'égalité entre les créanciers impose d'en déduire que les règles qui encadrent ce mécanisme afin de protéger les tiers sont des lois de police. « Ce n'est plus [par rapport à la conception des sûretés réelles en cours sous l'Ancien Régime] contre le débiteur que la sûreté réelle joue prioritairement (ce qui ne veut pas dire qu'elle n'ait, à son égard, aucun effet), mais contre ses créanciers et ayants cause qui en subissent de plein fouet l'exercice<sup>454</sup>. » Le droit de préférence et le droit de suite permettent de prémunir le créancier bénéficiaire de la sûreté contre trois risques majeurs attachés à la « condition précaire de créancier chirographaire<sup>455</sup> ». *Le premier risque, c'est évidemment la réduction de l'assiette du droit de gage général de son débiteur et donc l'accentuation de la compétition entre les créanciers de ce dernier. Le second, c'est l'augmentation du passif du débiteur par la contraction de nouvelles dettes. Le troisième, c'est la division du passif en cas de décès du débiteur qui oblige le créancier à diviser ses poursuites contre les héritiers, dont la solvabilité est incertaine.* Par la constitution d'une sûreté réelle, le débiteur évite à son créancier d'avoir à subir les contraintes du paiement par concurrence et l'égalité imposée par la loi, au détriment de ses autres créanciers – pour ce qui est du droit de préférence et du droit d'exclusivité propre aux propriétés-sûretés – et de ses ayants cause – pour ce qui est du droit de suite.

278. **Le droit de préférence, rupture d'égalité entre les créanciers.** L'article 2285 du Code civil impose la règle de l'égalité entre les créanciers : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Le principe d'égalité entre les créanciers ne s'applique qu'en présence d'une situation de concours entre créanciers, c'est-à-dire lorsque le patrimoine du débiteur est insuffisant pour satisfaire tous les créanciers et lorsque ces derniers exercent leur droit de poursuite de manière simultanée. Le droit de préférence évite au créancier d'avoir à subir ce concours : il lui permet d'exercer son droit de manière prioritaire par rapport aux autres créanciers. Bien que le créancier doive

---

<sup>454</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°120, p. 117.

<sup>455</sup> *Ibid.*

participer à la procédure de distribution, il sera payé avant les autres de la totalité de sa créance. Cette prérogative attribuée au créancier privilégié constitue une forme d'appauvrissement des tiers. La partie du droit de gage général qui constitue la garantie du créancier chirographaire d'être payé est amputée d'une fraction correspondant au montant de la dette garantie au bénéfice du créancier muni d'une sûreté. Peu importe, à cet égard, que l'appauvrissement ne soit que provisoire. Pour certains, le fait que les créanciers conservent leur créance à leur montant nominal empêche de parler d'appauvrissement à proprement parler, car ils conservent la perspective d'être remboursé dans le futur. Cependant, une telle perspective est conditionnée à un retour à meilleure fortune du débiteur, ce qui est, dans le contexte d'un concours entre créanciers – qui, rappelons-le, suppose que l'actif du débiteur ne soit pas suffisant pour les satisfaire tous –, très rare. Pour résumer la situation, « le droit de préférence aggrave bel et bien la situation patrimoniale des créanciers primés puisqu'il les prive d'une partie de leur gage<sup>456</sup> » ; il « aboutit mécaniquement, à diminuer la part qui, en vertu de la règle d'égalité, revenait de droit à ses homologues concurrents<sup>457</sup>. »

279. **Le droit de suite, technique de poursuite des ayants cause.** Le droit de suite, lui aussi, est une manifestation de l'essence même des sûretés réelles : avantager le créancier bénéficiaire tout en appauvrissant les tiers ou leurs prérogatives. Les tiers concernés par le droit de suite sont les ayants cause du constituant. Ayant cause à titre particulier, c'est-à-dire celui qui a reçu du constituant le bien grevé ou un droit sur le bien grevé à quelque titre que ce soit : l'acheteur, le donataire, le légataire à titre particulier, l'usufruitier, etc. ; également ayant cause à titre universel, c'est-à-dire celui qui a acquis l'universalité des biens du constituant ou une quote-part de cette universalité (héritier, légataire universel ou à titre universel). Pour les ayants cause à titre particulier, le droit de suite constitue une forme d'appauvrissement, car il les oblige à s'acquitter de la créance garantie sur un bien qu'ils ont valablement acquis. Ceci constitue indéniablement une aggravation de leur situation patrimoniale<sup>458</sup>. À la différence du créancier chirographaire qui ne peut saisir que le bien présent dans le patrimoine de son débiteur au moment des poursuites, le créancier muni d'une sûreté peut aller « chercher » le bien grevé dans le patrimoine de celui à qui il a été vendu, donné, légué, etc. Le constituant est libre de faire circuler librement ses biens grevés de sûretés, mais le créancier aura la capacité de les appréhender dans le patrimoine du tiers acquéreur. Cette prérogative n'est pas

---

<sup>456</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°129, p. 127.

<sup>457</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°134, p. 131.

<sup>458</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°142, p. 136.

prévue pour toutes les sûretés sur biens incorporels. Ceci tient en vérité à la nature des biens incorporels grevés. On revient ici à la distinction entre sûretés sur choses incorporelles – sûretés hypothécaires – et sûretés sur droits incorporels – sûretés non-hypothécaire<sup>459</sup>. Le droit de suite est une prérogative essentielle du créancier hypothécaire. Le droit de suite a été conçu spécialement pour l'hypothèque, les meubles corporels étant soumis à l'article 2276 du Code civil. Le caractère hypothécaire des sûretés sur choses incorporelles, chose dont il faut rappeler qu'ils des biens qui existent en dehors de tout rapport d'obligation. Par exemple, le nantissement de fonds de commerce fonctionne de manière similaire à l'hypothèque : si l'acheteur paye le vendeur du fonds de commerce après qu'un créancier ait rendu son nantissement opposable, il devra payer deux fois<sup>460</sup>. Il en va de même pour le nantissement d'œuvres audiovisuelles<sup>461</sup>. En revanche, les sûretés non-hypothécaires sur biens incorporels – nantissement de créances, de valeurs mobilières, de monnaie scripturale, etc. – ne peuvent, en raison de la nature des biens qu'elles grevent, prévoir un droit de suite. La loi protège le créancier en prévoyant des mécanismes d'immobilisation du bien grevé. En matière de nantissement de meubles incorporels, l'article 2263 prévoit qu'à la suite de la notification de la sûreté au débiteur de la créance nantie, « seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts. » La notification donne donc une forme d'exclusivité au créancier, non par la mise en propriété, mais en prévoyant que seul le paiement auprès de lui libérera valablement le débiteur de la créance nantie.

280. Pour les ayants cause à titre universel, l'article 873 du Code civil affirme que les héritiers sont tenus des dettes de la succession, « personnellement pour leur part successorale, et hypothécairement pour le tout » ; l'article 1009 du Code civil prévoit la même chose pour les légataires universels et l'article 1012 pour les légataires à titre universel. Cette disposition signifie que l'héritier « alloti du bien grevé ne pourra invoquer le bénéfice de division des poursuites : il devra répondre, sur ce bien, de la totalité de la dette garantie, et non seulement de sa part successorale<sup>462</sup>. » En effet, le créancier chirographaire qui n'aura pu être désintéressé avant le partage des biens successoraux – dans le meilleur des cas, parce que sa créance n'était pas exigible – devra diviser ses poursuites entre les héritiers, chacun étant

---

<sup>459</sup> *Supra*, n°142 et s., p. 120 et s.

<sup>460</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière*, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n°541, p. 359.

<sup>461</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°136, p. 132.

<sup>462</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°156, p. 153.

tenu des obligations de la succession à concurrence de leur part successorale (C. civ., art. 1220), et ainsi, entre en concurrence avec leurs créanciers personnels. Charles GIJSBERS assimile cette protection au droit de suite offert au créancier muni d'une sûreté pour poursuivre les ayants cause à titre particulier : par ce mécanisme, on étend « le droit de poursuite du créancier contre une personne qui, en vertu du seul droit de gage général, n'aurait pas répondu de la dette, ou du moins pas de la dette entière<sup>463</sup>. » « Les répercussions patrimoniales de la sûreté à son égard [l'ayant cause à titre universel] sont d'ailleurs très largement comparables à celles que subissent les ayants cause à titre particulier. Il est, en effet, placé devant le même dilemme cruel : payer la part d'une dette dont il n'est pas personnellement tenu ou bien se laisser exproprier d'un bien qui lui a été valablement transmis<sup>464</sup>. » Ensuite, comme les ayants cause à titre particulier au stade de la contribution à la dette, il peut agir contre les autres héritiers pour les contraindre à payer la part qui leur revient (C. civ., art. 873).

281. **Le droit à l'exclusivité : suppression de la concurrence et appauvrissement des tiers.** Le droit à l'exclusivité est aux propriétés-sûretés ce que le couple droit de préférence et droit de suite est aux sûretés réelles traditionnelles, une technique de rupture du principe d'égalité. Contrairement au rôle qui lui est dévolu dans le cadre de la propriété ordinaire – protéger la liberté d'action du propriétaire –, l'exclusivité joue, en matière de propriétés-sûretés, « comme une prérogative substantielle dont le créancier usera contre les tiers susceptibles de menacer son complet paiement<sup>465</sup>. » Le droit exclusif est d'abord proche du droit de préférence. Leur fonction est la même, protéger un créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Pour y parvenir, ni l'un ni l'autre n'hésite à empirer la situation des tiers. La seule différence tient à la technique employée pour remplir cet objectif<sup>466</sup>. Le droit de préférence permet au créancier d'être primé sur les autres dans une procédure de distribution. Le droit exclusif supprime toute éventualité de concours en extrayant le bien objet de la sûreté du patrimoine du débiteur. « La rupture d'égalité, qui est l'effet de toute sûreté réelle, s'accomplit ici [dans la fiducie-sûreté] par une scission du patrimoine du débiteur, par l'effet de laquelle, sur les actifs donnés en garantie, le créancier bénéficiaire gagne, non pas un simple tour de faveur, mais cette exclusivité qui fait tout l'attrait des

---

<sup>463</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°157, p. 154 et s.

<sup>464</sup> *Ibid.*

<sup>465</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°177, p. 173.

<sup>466</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°184, p. 177.

propriétés-sûretés<sup>467</sup>. » D'ailleurs, tant pour le droit de préférence que pour le droit exclusif, le créancier est désintéressé sur le prix de vente ou sur la valeur du bien grevé, mais le reliquat revient dans le droit de gage des autres créanciers.

282. Ensuite, le droit exclusif est à rapprocher du droit de suite des sûretés réelles traditionnelles. Le droit de suite permet au créancier de se prémunir contre le transfert d'un bien grevé dans le patrimoine d'un tiers. Le droit exclusif donne au créancier bénéficiaire d'une propriété-sûreté de revendiquer le bien dans les mains du tiers acquéreur. La seule différence tient à l'efficacité de l'une et l'autre technique. Le bénéficiaire de la sûreté réelle traditionnelle ne pourra s'opposer à la vente du bien grevé. Le tiers acquéreur pourra faire valoir son droit à la purge en offrant aux créanciers inscrits la valeur du bien grevé. À l'inverse, le créancier bénéficiaire d'une propriété-sûreté a le pouvoir de s'opposer au transfert, car le bien ne fait plus partie du patrimoine de son débiteur, mais du sien. À l'égard des ayants cause à titre universel, le droit exclusif produit les mêmes effets que le droit de suite. La sûreté réelle traditionnelle prémunit le créancier contre l'obligation de diviser ses poursuites entre les héritiers du constituant à la mort de celui-ci. De même, les propriétés-sûretés ne s'éteignent pas à la mort du constituant : « La situation se dénouera alors sous l'une ou l'autre forme suivante : soit l'existence de la sûreté sera connue dès avant le partage et la succession s'efforcera de désintéresser le créancier pour libérer le bien ; soit, ignorant la sûreté, les héritiers procéderont au partage de l'actif successoral, en ce compris le bien grevé, ce qui conduira le titulaire de la propriété-sûreté à réclamer à l'ayant cause qui l'a reçu dans son lot le paiement de la totalité de la dette ou, s'il refuse, à revendiquer le bien en paiement<sup>468</sup>. » On le voit, le résultat est le même que l'on soit dans le cadre du droit de suite ou dans l'exercice du droit exclusif, dans aucun cas le créancier n'aura à diviser ses poursuites.

283. Constaté que les sûretés réelles instituent des mécanismes attentatoires au droit des tiers impose, dans un contexte international, d'en déduire le caractère impératif des dispositions protectrices de leurs intérêts. En d'autres termes, les règles de protection des tiers, que ce soit dans le cadre de l'opposabilité de la sûreté ou de sa réalisation, sont des lois de police qu'il convient d'appliquer immédiatement ; la conséquence directe de ce constat est

---

<sup>467</sup> M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », art. préc., n°8, p. 75 et s.

<sup>468</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°193, p. 183.

la neutralisation de la sûreté étrangère, sauf à constater qu'elle fut assimilée à une sûreté du for comparable.

2) Caractère impératif des dispositions protectrices des tiers et contournement par la méthode de l'adaptation

284. **Fondement de l'impérativité : le *numerus clausus* des sûretés réelles.** On l'aura compris, la protection des tiers qui subissent une dévaluation patrimoniale du fait de la constitution d'une sûreté réelle est l'expression d'une politique législative de protection des intérêts publics. Sur le plan international, il convient, pour qualifier ces règles de lois de police, de coupler cette expression politique avec un fondement plus technique, celui du *numerus clausus*. Rappelons-le, selon ce principe, seules les sûretés prévues par la loi peuvent produire des effets dans l'ordre juridique français. Dans l'ordre interne, le *numerus clausus* implique qu'il ne peut exister de droit de préférence ou de droit de suite qui ne soit prévu par la loi. Dans l'ordre international, le *numerus clausus* implique que les sûretés étrangères ne peuvent produire leurs effets dans l'ordre juridique français, à moins d'avoir fait l'objet d'une assimilation à une sûreté locale. En d'autres termes, « les sûretés réelles visent à mettre le créancier en *position de réalisation privilégiée de son droit de créance en cas d'insolvabilité du débiteur* ; et c'est précisément à ce titre que l'ordre juridique de situation peut intervenir de manière prohibitive, non pour protéger abstraitement les tiers, mais pour encadrer objectivement les préférences conventionnelles dans les situations pathologiques d'insolvabilité<sup>469</sup>. » Le *numerus clausus* est donc à la fois un moyen de protéger les tiers contre la constitution intempestive de nouvelles sûretés dont on ne peut connaître l'existence et l'ordre juridico-économique contre l'intervention, dans les procédures collectives, de sûretés venant perturber l'ordre établi des préférences. Nous reviendrons sur l'établissement précis des règles que l'on peut considérer comme impératives et d'application immédiate. Pour l'instant, il s'agit simplement de déterminer les raisons qui justifient qu'elles soient qualifiées de lois de police.

285. Le seul moyen de contourner cette neutralisation de la sûreté étrangère par le *numerus clausus* et les règles impératives de protection des tiers et de l'ordre juridique consiste à recourir à la méthode de l'adaptation. Le juge qui constate que le créancier nanti

---

<sup>469</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°513, p. 676.

d'une sûreté étrangère a adapté celle-ci au droit français en appliquant les exigences du régime juridique d'une sûreté locale doit constater le respect des lois de police et rendre efficace la sûreté ainsi assimilée. Pour cela, encore faut-il déterminer l'étendue de l'assimilation de la sûreté étrangère à la sûreté locale, c'est-à-dire déterminer la catégorie de rattachement – sûreté locale – pertinente et poser le principe d'une assimilation relative, limitée aux seules règles impératives.

## ***Section 2 : Étendue de l'assimilation de la sûreté étrangère à la sûreté locale***

286. Déterminer l'étendue de l'assimilation de la sûreté étrangère à la catégorie locale de rattachement revient à définir quel degré d'exigence la première devra satisfaire pour s'assimiler à la seconde. Pour ce faire, il convient évidemment de définir en premier lieu les critères de détermination de la catégorie de rattachement pertinente (1.). En d'autres termes, lorsque l'on est en présence d'une sûreté américaine sur un droit de propriété intellectuelle, quelle sûreté française s'en rapproche le plus de sorte que l'application du régime juridique de celle-ci permet l'adaptation de celle-là au droit français ? En second lieu se pose la question de l'étendue de l'assimilation *stricto sensu* : faut-il exiger l'application de l'ensemble du régime juridique de la catégorie de rattachement – assimilation absolue – ou bien requérir seulement l'application de celles que l'on peut qualifier d'impératives – assimilation relative ou fonctionnelle ? Le principe de l'assimilation relative, c'est-à-dire uniquement des règles impératives de la catégorie de rattachement locale, semble le plus pertinent (2.).

### *1. Détermination de la sûreté de rattachement pertinente*

287. Les exemples des assimilations qui sont d'ores et déjà théorisés et pratiqués en droit sont nombreux. Afin d'imposer le régime juridique d'une institution à une autre, on assimile la seconde à la première, soit parce que les effets de l'une et de l'autre sont identiques, soit parce leur nature juridique est relativement proche. Dans tous les cas, l'objectif de l'assimilation est de soumettre la catégorie de réception au régime juridique de la catégorie de rattachement pour des raisons qui relèvent bien souvent de la politique législative ou judiciaire : éviter que les règles impératives de la seconde ne soient contournées par l'utilisation de la première. Par exemple, la Cour de cassation assimile une clause de monnaie étrangère en clause d'indexation afin que les conditions strictes appliquées à celle-ci soient également imposées à celle-là. Il conviendra donc de s'attarder sur ces exemples d'assimilation (A.). Toujours dans l'objectif d'esquisser un régime de droit commun de l'assimilation des sûretés étrangères sur bien incorporel, il s'agira de s'employer à déterminer un critère permettant de déterminer la catégorie de rattachement pertinente (B.). À cet égard, l'identité du bien objet de la sûreté semble être le critère le plus pertinent. Par exemple, lorsque la sûreté étrangère est constituée sur un titre financier, la catégorie de rattachement la plus pertinente en droit français sera le nantissement de titre financier, etc.

## A. Utilisation de l'assimilation en droit interne

288. **Exemples d'assimilation (1) : assimilation des arts appliqués au droit d'auteur.** Les œuvres des arts appliqués sont mentionnées à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle comme « œuvres de l'esprit ». Les arts appliqués sont des créations utilitaires : créations des métiers de l'art (bijouterie, ébénisterie, lutherie, orfèvrerie, etc.), créations de design industriel (vêtements, mobiliers, appareils ménagers, emballages, carrosseries, etc.) et œuvres architecturales. La jurisprudence nous donne des exemples divers de cette catégorie de droits de propriété intellectuelle : boulons, douilles de lampes, porte-bagages, lit de relaxation, typographies, maisonnettes en bois pour enfants, boîtier de piles, etc. « Proches par leurs aspects esthétiques plus ou moins marqués des œuvres artistiques, elles s'en éloignent le plus souvent par leur destination et leur mode d'exploitation industriels<sup>470</sup>. » Or il n'existe pas de régime de protection propre à ces œuvres. En France, elles font l'objet d'une protection par le droit d'auteur par effet d'assimilation aux œuvres de l'esprit ; « il en résulte un cumul entre la protection par droit d'auteur et celle des dessins et modèles déposés, dont la portée peut varier<sup>471</sup>. » La loi a confirmé cette assimilation par la loi du 11 mars 1957 qui inclut les œuvres d'arts appliqués à la liste des œuvres de l'esprit protégées par l'article L. 112-2. Ainsi, ces œuvres se voient appliquer, au moins partiellement, le régime de protection du droit d'auteur (durée de protection, règles de titularité, régimes des contrats, etc.). Voici un premier exemple d'assimilation législative d'une institution à une autre en raison de la similarité de leurs natures respectives.

289. **Exemples d'assimilation (2) : assimilation des clauses de monnaie étrangère aux clauses d'indexation.** La monnaie n'est pas un étalon constant de la valeur d'une chose. Le prix d'une journée ne reflète pas nécessairement la valeur de la chose le lendemain. C'est pourquoi les contrats sont amenés à intégrer des clauses d'indexation, entendue comme la clause par laquelle les parties prévoient que le montant de l'obligation monétaire contractuelle variera en fonction d'un élément objectif de référence, l'indice. Parfois, les obligations monétaires sont définies par une clause monnaie étrangère : « les clauses relatives à la monnaie étrangère sont des stipulations par lesquelles les parties

---

<sup>470</sup> P. KAMINA, « Fasc. 1155 : Règles spécifiques à certaines œuvres – arts appliqués », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 1<sup>er</sup> juin 2003, maj. le 1<sup>er</sup> mars 2016, n°2.

<sup>471</sup> P. KAMINA, « Fasc. 1155 : Règles spécifiques à certaines œuvres – arts appliqués », art. préc., n°3.

conviennent d'utiliser une monnaie étrangère à la place de la monnaie légale, soit pour évaluer leurs dettes, soit pour les régler<sup>472</sup>. » Cette clause permet de déterminer le montant de l'obligation. La jurisprudence a longtemps paru méfiante à l'égard de ces clauses d'indexation ou de monnaie étrangère : « dans ce premier âge de leur histoire [au début du XX<sup>ème</sup> siècle], ces clauses rencontrèrent l'hostilité des juges, qui ressentirent l'utilisation de monnaies étrangères à la place du franc comme une offense à la monnaie nationale, à des moments où celle-ci était affaiblie par les conséquences d'un conflit armé<sup>473</sup>. » Ainsi, si les clauses qui avaient pour objectif de se prémunir contre les fluctuations économiques étaient admises, celles qui visaient à se protéger contre les fluctuations monétaires étaient annulées<sup>474</sup>. Finalement, après plusieurs tâtonnements<sup>475</sup>, dans l'arrêt *Colombo* du 10 mai 1966, la Cour de cassation a souhaité affirmer que les clauses qui utilisent les monnaies étrangères comme monnaies de compte sont valables, au contraire des clauses qui utilisent les monnaies étrangères comme monnaie de paiement en dehors d'un contrat international<sup>476</sup>. Depuis, le nouvel article 1343-3 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-13 du 10 février 2016, dispose que : « Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger. »

290. Les clauses de monnaie étrangère et les clauses d'indexation ont un but commun, déterminer le montant de l'obligation monétaire. Les juges considèrent la clause de monnaie étrangère comme une forme d'indexation déguisée<sup>477</sup>. Pour rendre valable une clause

---

<sup>472</sup> F. GURA, « Fasc. 40 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », *J.-Cl. Notarial Répertoire*, 22 septembre 2017, maj. le 6 novembre 2019 par N. CAYROL, n°29.

<sup>473</sup> F. GURA, « Fasc. 40 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », art. préc., n°33.

<sup>474</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1953, *JCP G.* 1953, II, 7840, n. MIHURA.

<sup>475</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 1957, *Guyot*, *JCP G.* 1957, II, 10093 bis, concl. ; *D.* 1957, p. 649, n. RIPERT ; *Gaz. Pal.* 1957, 2, jurispr., p. 41 ; *Journ. sociétés* 1957, p. 197 ; *Rev. sociétés* 1958, p. 14, n. AUTESSERRE ; *RTD civ.* 1957, p. 553, obs. CARBONNIER et p. 698, obs. H. et L. MAZEAUD ; *RTD com.* 1957, p. 702, obs. HÉMARD ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1962, *Rolland*, *Bull. civ.* I, n° 517 ; *JCP G.* 1963, II, 13033, n. ESMEIN ; *D.* 1963, p. 698, n. PÉDAMON ; *Clunet*, 1963, p. 750, n. GOLDMAN ; *RTD civ.* 1963, p. 373, obs. CORNU.

<sup>476</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1966, *Colombo*, *JCP G.* 1966, II, 14871, n. LEVY ; *D.* 1966, p. 497, n. MALAURIE ; *RCDIP*, 1967, p. 710, n. ECK ; *Clunet*, 1966, p. 90, n. GOLDMAN.

<sup>477</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janvier 1988, *D.* 1989, p. 80, n. MALAURIE ; *Deffrénois* 1989, art. 34425, n. MALAURIE ; *RTD civ.* 1988, p. 740, obs. J. MESTRE ; *RD bancaire et fin.* 1989, p. 130, obs. CREDOT et GERARD ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 1989, n° 87-16.341, *Bull. civ.* I, n° 311 ; *JCP G.* 1990, II, 21393, n. LEVY ; *D.* 1990, p. 167, n. SALLE DE LA MARNIERRE ; Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14.406, *Bull. civ.* IV, n° 98 ; *D.* 2001, p. 2127 ; *Deffrénois* 2001, p. 1067, n. R. LIBCHABER ; *LPA* 28 juin 2001, p. 11 ; *RD bancaire et fin.* 2001, p. 222, obs. CREDOT ; *Dr. et patrimoine* 2001, p. 115, obs. P. MOUSSERON ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 octobre 2004, n° 02-21.664 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 octobre 2005, n° 04-13.930 ; Cass.

de monnaie étrangère, la Cour de cassation l'assimile donc à une clause d'indexation. En d'autres termes, une clause de monnaie étrangère pour être valable doit remplir doit satisfaire aux conditions prévues par l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier applicable aux clauses d'indexation : il doit exister une relation directe entre la monnaie choisie et l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties. On le voit, pour rendre valable une stipulation dont l'objet est proche d'une autre, la Cour de cassation n'hésite pas à assimiler la première à la seconde pour lui appliquer les mêmes exigences de validité. *Cet exemple est d'autant plus significatif que l'assimilation des clauses de monnaie étrangère aux clauses d'indexation n'allait pas nécessairement de soi.* Voici comment l'exprime un auteur : « Entre une clause d'indexation et une clause valeur-monnaie étrangère, en effet, il y a une importante différence. C'est que l'indexation fait varier l'objet de l'obligation. Au contraire, la clause valeur-monnaie étrangère ne fait pas varier l'objet : l'objet de l'obligation est invariable, et la clause a seulement pour effet d'en reculer la détermination au moment du paiement. Soit par exemple, un loyer annuel, payable en euros, de l'équivalent de 1 000 dollars ; c'est toujours l'équivalent de 1 000 dollars à l'échéance que le débiteur devra acquitter à l'échéance. *Stricto sensu*, l'objet d'une obligation en euros calculée à partir d'une monnaie étrangère ne peut pas varier, puisque ce n'est qu'au moment du paiement qu'il est déterminé<sup>478</sup>. » Pourtant, malgré cette différence fondamentale, la Cour de cassation a procédé à cette assimilation, car les finalités fondamentales et les raisons des réticences à l'égard des clauses d'indexation et des clauses de monnaie étrangère étaient les mêmes. C'est dire si cette technique de l'assimilation est répandue et admise en jurisprudence.

291. **Exemples d'assimilation (3) : assimilation de l'hypothèque judiciaire conservatoire à l'hypothèque conventionnelle.** En droit interne des sûretés, l'assimilation d'une sûreté à une autre a également pu être mobilisée. L'article 2412 du Code civil attache de plein droit une hypothèque aux jugements de condamnation : le jugement portant condamnation confère au créancier une sûreté sur tous les immeubles du débiteur, présents et à venir. Le créancier devra inscrire son droit sur chacun des immeubles du débiteur, ce qui incite à la mesure. Cette hypothèque est attachée aux jugements de condamnation, mais ne prémunit pas le créancier contre l'organisation de son insolvabilité par le débiteur pendant la durée de la procédure. C'est pourquoi la loi du 12 novembre 1955 a offert la possibilité au

---

com., 2 octobre 2007, n° 06-14.725, *RJ com.* 2008, p. 89, n. AUQUE ; CCC 2008, comm. 35, obs. L. LEVENEUR.

<sup>478</sup> F. GURA, « Fasc. 40 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », art. préc., n°43.

créancier de demander au juge l'autorisation de prendre une inscription hypothécaire conservatoire « qui se consolidera en une hypothèque définitive gardant son rang initial, s'il obtient ultérieurement un jugement de condamnation<sup>479</sup>. » L'enjeu fondamental est de savoir si cette inscription vaut indisponibilité ou nom de l'immeuble. Soit, on considère que cette institution est une voie d'exécution et alors son objet est indisponible ; soit on la considère comme une véritable sûreté et alors l'immeuble grevé reste disponible et aliénable, le créancier ne bénéficiant alors que d'un simple droit de préférence et de suite. *A priori*, l'ancien article 2092-3 alinéa 3 du Code civil disposait que les biens saisis, hypothéqués ou nantis à titre conservatoire étaient indisponibles. Cette disposition semblait condamner la thèse selon laquelle l'hypothèque judiciaire conservatoire était une sûreté et consacrer sa qualification de mesure d'exécution. Pourtant, la Cour de cassation a, à de nombreuses reprises, affirmé le caractère disponible des biens grevés et donc qualifié l'institution de sûreté. Ainsi, la troisième chambre civile a considéré dans un arrêt du 2 novembre 1983 que « l'inscription provisoire d'hypothèque judiciaire n'a plus pour effet de créer, entre les mains du propriétaire du bien grevé, une indisponibilité de celui-ci, qui, aux termes de l'article 2092-3, ne résulte que de la saisie<sup>480</sup>. » Cette jurisprudence ouvertement *contra legem* assimilait donc clairement l'hypothèque judiciaire conservatoire à l'hypothèque ordinaire, en ce que ni l'une ni l'autre n'entraîne l'inaliénabilité de l'immeuble grevé. La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution consacra cette position jurisprudentielle, d'abord en son article 94 qui abrogea l'article 2092-3 du Code civil, ensuite en son article 79 qui posa le principe selon lequel « les biens grevés d'une sûreté judiciaire demeurent aliénables », aujourd'hui inscrit à l'article L. 531-2 du Code des procédures civiles d'exécution. Cette position est tout à fait logique : « peut-on conférer à un créancier dont l'inscription est provisoire un droit plus étendu – celui d'empêcher l'aliénation de l'immeuble – qu'au titulaire d'une inscription définitive – qui ne peut s'opposer à l'aliénation ?<sup>481</sup> » Alors même que la loi condamnait expressément le caractère disponible du bien grevé d'une mesure judiciaire conservatoire sur un immeuble, la jurisprudence avait remarqué les similitudes qui existaient avec l'hypothèque conventionnelle quant au bien grevé – un immeuble –, à la finalité de l'inscription – protéger le créancier contre l'organisation de son insolvabilité par le

---

<sup>479</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n°711, p. 452.

<sup>480</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 2 novembre 1983, n° 82-11.547, *Bull. civ.* III, n° 212 ; *JCP G* 1985, II, 20354, n. Joly ; *RTD civ.* 1984, p. 174, obs. PERROT ; *Deffrénois* 1985, art. 33450, n. Ph. THERY.

<sup>481</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n°712, p. 455.

débiteur – et l'absence de dépossession du débiteur, ce qui l'a conduit à assimiler la première à la seconde.

292. Outre qu'ils permettent de constater que la jurisprudence est ouverte à admettre l'assimilation d'une institution à une autre qui lui est conceptuellement proche, ces exemples dessinent également les critères de détermination de la catégorie de rattachement pertinente.

B. Critère de détermination de la sûreté de rattachement pertinente. Identité du bien objet de la sûreté

293. **Nécessité d'établir des critères de détermination de la catégorie de rattachement pertinente.** Une des étapes fondamentales de la mise en œuvre de la méthode de l'adaptation consiste à déterminer quelle est la catégorie de rattachement locale à laquelle doit être assimilée l'institution étrangère. Pour cela, il convient de dégager des critères généraux applicables chaque fois qu'une étrangère se trouvera confrontée au droit français. Ceci découle évidemment du principe de *numerus clausus* des sûretés réelles. Ce dernier interdisant de faire produire quelconque effet à une sûreté étrangère dans l'ordre juridique français, il se trouve nécessaire de lui accoler le régime juridique d'une sûreté locale, seule habilitée à donner un droit de préférence à un créancier. Toutefois, cette assimilation ne peut se faire à partir de n'importe quelle sûreté locale. Le régime juridique applicable à une sûreté découle principalement de ses particularités. Par exemple, si une hypothèque est une sûreté sans dépossession c'est parce que le bien grevé, un immeuble, ne se prête pas à la dépossession du débiteur, d'abord parce que l'obligation principale a pour vocation principale de financer l'immeuble grevé ; ensuite parce que donner la possession de celui-ci au créancier lui imposerait des obligations trop contraignantes et trop onéreuses. Pour déterminer le critère pertinent de détermination de la sûreté locale de rattachement, il faut comprendre ce qui motive le législateur à imposer telle ou telle règle à une sûreté. Il est indéniable que le régime des sûretés sur biens incorporels découle de l'immatérialité du bien objet de la sûreté. Si le régime du nantissement de créance ne prévoit pas la dépossession du débiteur, c'est bien parce que l'immatérialité de la créance s'oppose essentiellement à une quelconque dépossession. Par exemple encore, si l'article 2358 du Code civil prévoit que le nantissement de créance peut porter sur une fraction de celle-ci, c'est bien parce que la plupart des obligations de paiement, sur lesquelles porte le nantissement de créance, sont des biens qui ne sont pas indivisibles. De même, si l'article 2364 du Code civil prévoit que lorsque la créance

nantie est échue avant la créance garantie, le créancier nanti conserve les fonds perçus à titre de garantie sur un compte ouvert dans un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les rendre si l'obligation garantie est exécutée, c'est bien parce que l'immatérialité de la créance supporte parfaitement l'inscription en compte. Il semble aisé de dégager de tout ceci que *le régime juridique d'une sûreté réelle s'explique largement par l'identité du bien objet de la sûreté*. C'est donc sur le fondement de ce critère qu'il faudra déterminer la sûreté réelle locale sur bien incorporel susceptible de recevoir la sûreté étrangère.

294. **Critère inapproprié en matière de sûretés sur biens incorporels : la dépossession.** Avant d'approfondir le concept « d'identité de l'objet de la sûreté », il convient *d'exclure d'emblée le critère de la dépossession comme critère approprié de détermination de la catégorie de rattachement pertinente* pour adapter la sûreté étrangère au droit français. L'ordonnance de réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 a largement réduit le domaine de la dépossession. L'évolution des patrimoines notamment par l'importance prise par la dématérialisation a incité le législateur à consacrer des sûretés sans dépossession d'ores et déjà utilisées par la pratique. La consécration des sûretés sans dépossession s'inscrit dans une démarche législative de prise en compte de l'immatérialité des biens incorporels, principaux actifs des patrimoines d'aujourd'hui<sup>482</sup>. Les biens incorporels sont largement rétifs à toute forme de dessaisissement, l'assiette de la sûreté correspondant plus à la valeur du bien qu'au bien lui-même. En droit des sûretés, la dépossession ne peut être conçue comme le strict transfert de possession au créancier garanti, ce dernier n'ayant pas, dans ce cadre, l'intention de se comporter comme le véritable propriétaire du bien objet de la sûreté. En d'autres termes, la « dépossession » s'apparente moins à une véritable dépossession qu'à une forme de détention précaire. Ainsi, elle constitue principalement une modalité d'opposabilité de la sûreté réelle à l'égard des tiers. Or l'opposabilité des sûretés sur biens incorporels en droit français n'est pas traitée par le biais de la dépossession. Au regard du caractère essentiellement symbolique, la réforme de 2006 a supprimé l'exigence de mise en possession du créancier nanti par la remise du titre. L'opposabilité du nantissement de créance est désormais effectuée la signification du nantissement au débiteur qui rend alors le créancier nanti seul habilité à recevoir le paiement de la créance (C. civ., art. 2363). De même, pour le nantissement de part de sociétés civiles, la réforme de 2006 a remplacé la dépossession par une formalité de pure publicité – inscription au registre du commerce et des sociétés. Pour le

---

<sup>482</sup> N. MARTIAL-BRAZ, « Sûretés avec et sans dépossession, une *summa divisio* désuète ? *RDBF*, n°5, septembre 2014, dossier 35, spé. n°3.

nantissement de comptes-titres, la constitution est réalisée par une déclaration signée par le titulaire du compte adressée à l’établissement teneur de compte. Cette déclaration permet de trancher les conflits avec les ayants cause à titre particulier du constituant, notamment les autres créanciers gagistes. Nulle dépossession ; c’est le teneur de compte qui joue le rôle d’agent de publicité<sup>483</sup>. Le nantissement de fonds de commerce est quant à lui rendu opposable aux tiers par sa publication sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce dans un délai de trente jours à compter de l’acte constitutif (C. com., art. L. 142-4). Le constituant est donc libre d’aliéner le fonds de commerce et n’est pas dépossédé de celui-ci. La réticence des biens incorporels à la dépossession se retrouve y compris pour ceux qui ne font pas l’objet d’un nantissement prévu par la loi. L’article 2355 du Code civil les soumet au régime juridique du gage sur bien corporel. Ce dernier peut être constitué avec ou sans dépossession. Toutefois, il est évident que les gages constitués sur d’autres biens incorporels le seront sans dépossession. Ceci est illustré notamment par le nantissement de parts de sociétés en nom collectif ou de sociétés à responsabilité limitée. Aucun texte spécial ne régit le nantissement de ces biens incorporels. Conformément à l’article 2355 du Code civil, ils sont donc soumis au régime du gage sur bien corporel. L’opposabilité est donc assurée soit par la dépossession, soit par l’accomplissement d’une formalité de publicité conformément à l’article 2337 du Code civil. Cette inscription est réalisée, conformément au décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006 complété par l’arrêté du 1<sup>er</sup> février 2007, sur un registre spécial tenu aux greffes des tribunaux de commerce dont dépend le domicile ou le siège du constituant puis elle est accessible sur un fichier national accessible gratuitement en ligne. Entre l’entrée en vigueur de l’ordonnance et la mise en place du registre spécial – effectif à compter du 1<sup>er</sup> mars 2007 –, la question s’est posée de la possibilité même de constituer des nantissements de parts de sociétés en nom collectif ou de sociétés à responsabilité limitée. Ces biens étant rétifs à toute forme de dépossession, il semblait difficile, en l’absence de registre, de rendre opposable la sûreté constituée sur eux. En effet, l’exigence de dépossession ayant disparu y compris pour le nantissement de créance, rendre la sûreté opposable par la dépossession du débiteur s’avérait impossible.

295. On le voit, l’absence de dépossession, en ce qu’elle est commune à la plupart des sûretés sur biens incorporels, ne peut constituer un critère discriminant satisfaisant pour définir la catégorie de rattachement propre à assurer la réception de la sûreté étrangère. *Le*

---

<sup>483</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n°538, p. 355.

*seul critère viable en la matière semble donc être celui de l'identité du bien assiette de la garantie.* Par exemple, on assimilera une *security interest in a patent* à un nantissement de brevet, une *security interest in a deposit account* à un nantissement de compte-titres, une *security interest in a receivable* à un nantissement de créance et ainsi de suite.

296. **Critère approprié en matière de sûretés sur biens incorporels : l'identité du bien objet de la sûreté.** On l'a vu, le régime juridique d'une sûreté réelle est fortement lié à l'assiette de la garantie. La réforme du droit des sûretés de 2006 en est une bonne illustration. Avant cette date, le droit des sûretés ne disposait pas d'un livre propre au sein du Code civil. Il errait au sein du Livre III relatif aux « différentes manières dont on acquiert la propriété », plus précisément en son Titre XVIII. Grâce à l'ordonnance du 23 mars 2006, largement inspirée des travaux de la première Commission GRIMALDI, le droit des sûretés est contenu au sein du Livre IV du Code civil. Son organisation marque bien le rôle fondamental joué par le bien que greève la sûreté. En effet, le Titre II, propre aux sûretés réelles, est divisé entre les sûretés mobilières et les sûretés immobilières. Au sein de cette première catégorie, le Code fait encore une distinction entre les biens corporels (C. civ., art. 2333 et s.) et les biens incorporels (C. civ., art. 2355 et s.), ce qui montre bien l'utilité de prévoir des régimes différents en raison de la nature du bien grevé. Par conséquent, il semble tout à fait naturel de déterminer la catégorie de rattachement dont l'application du régime juridique permettra l'adaptation de la sûreté étrangère en fonction de l'identité du bien assiette de la sûreté. Les sûretés réelles, dans leur essence, ne sont pas fondamentalement différentes d'un ordre juridique à l'autre. Toutes ont pour vocation de garantir le créancier contre une défaillance, future et éventuelle, du débiteur en lui donnant un droit de préférence sur un ou plusieurs de ces biens. Les seules différences tiennent aux modalités de constitution, d'opposabilité et de réalisation. En réalité, les différences sont bien plus grandes d'une sûreté à l'autre au sein d'un même ordre juridique qu'entre deux sûretés constituées sur un même bien dans deux ordres étrangers. Rappelons que dans la conception développée par SAVIGNY, « la règle de conflit fonctionne en effet entre pays unis par une communauté de droit<sup>484</sup>. » Dans cette perspective, l'avantage du droit français des sûretés sur biens incorporels tient à ce qu'il offre une multitude de régimes spéciaux propres à certains biens particulièrement et qu'à défaut de régime spécial, la loi prévoit expressément l'application d'un régime de droit commun, celui du gage sur bien corporel. Ainsi, la sûreté étrangère qui souhaitera être adoptée par le droit

---

<sup>484</sup> M. ATTAL, « La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français », art. préc., p. 932.

français trouvera toujours une structure de rattachement qui conviendra à sa spécificité, le bien qu'elle grève. Il suffit d'énumérer les différents régimes spéciaux propres aux sûretés sur biens incorporels pour se rendre compte de l'importance jouée par l'identité du bien objet de la sûreté : nantissement de créance qui a pour assiette la créance dont est titulaire le débiteur du créancier bénéficiaire envers un débiteur tiers ; nantissement de créances professionnelles, nantissement de parts de sociétés civiles ; nantissement de parts de société à responsabilité limitée ; nantissement de compte-titres ; nantissements de fonds de commerce, de fonds artisanal et de fonds agricoles ; nantissement de films ; nantissement des marques, brevets, dessins et modèles ; nantissement des droits d'exploitation des logiciels.

297. Lorsqu'il reviendra au juge, sur la base de ce critère de l'identité du bien objet de la sûreté, de déterminer la catégorie de rattachement adéquate, *il devra prendre en compte la réalité de la sûreté étrangère et non seulement son intitulé*. Par exemple, le droit américain connaît des régimes particuliers de sûretés réelles sur biens incorporels. L'article 9 du UCC prévoit des règles particulières propres à certains *intangible collaterals* – biens incorporels objets de la sûreté. Ainsi il existe des *security interest* sur des *commercial tort claims*, sur des *receivables* (créances), sur des *deposit accounts*, sur des instruments financiers, etc. Si aucun régime spécial n'est prévu, le UCC prévoit un régime supplétif, celui des *general intangibles*. Admettons que le juge français doive statuer sur les droits d'un créancier américain bénéficiaire d'une sûreté constituée aux États-Unis. L'application du régime de la catégorie de rattachement impose de déterminer la sûreté française conceptuellement proche de la sûreté américaine au regard du bien sur lequel elle est constituée. Cette analyse devra se faire sur la base du droit français. Si un régime spécial est prévu en France pour un bien particulier – par exemple le fonds de commerce – et qu'il ne l'est pas aux États-Unis, si bien que le *collateral* entre dans la catégorie des *general intangibles*, le juge français se devra de rattacher la sûreté américaine, non pas au régime du gage de bien corporel – conformément à l'article 2355 alinéa 4 du Code civil pour les sûretés sur biens incorporels qui ne font pas l'objet d'un régime spécial –, mais à celui du nantissement de fonds de commerce prévu aux articles L. 142-1 et suivants du Code de commerce. *Ce n'est qu'au cas où ni le droit français ni le droit américain ne prévoit un régime spécial que le juge se devra d'appliquer le régime du gage de bien corporel*.

298. Une telle règle – analyse de la sûreté étrangère au regard des catégories françaises – semble essentielle à la crédibilité de la méthode de l'adaptation. En effet,

accueillir une sûreté étrangère dans l'ordre juridique français peut remettre en cause l'équilibre formé entre les différents régimes des sûretés réelles ; « autoriser la réception d'une sûreté étrangère peut conduire à ce que notre créancier français passe après des titulaires de droit réel dont il ne pouvait connaître l'existence, puisque les droits réels en question n'existaient pas dans son référentiel normatif<sup>485</sup>. » « La réception d'un droit réel étranger doit donc être envisagée avec prudence et nécessite un examen comparatif poussé<sup>486</sup>. » Cette prudence s'imposant au juge français, son analyse devra se faire au regard du droit français. *Considérer le bien objet de la sûreté comme critère d'identification de la sûreté étrangère à une sûreté locale semble être le meilleur moyen d'y parvenir.*

299. **Cas particulier des sûretés inconnues du droit français : l'exemple de la *floating charge*.** La difficulté la plus importante qui pourrait se poser au juge français est la demande de réception d'une sûreté *absolument* inconnue du droit français. On pense évidemment aux sûretés anglo-saxonnes portant sur l'intégralité du patrimoine du débiteur, comme la *floating charge* anglaise. En contrepartie d'une obligation, généralement un crédit, une société constitue cette garantie conventionnelle portant sur tout ou partie de son actif. La charge est dite flottante, car jusqu'à sa cristallisation, son assiette varie en fonction des fluctuations patrimoniales du débiteur. La cristallisation a pour effet de fixer de manière définitive les droits du créancier bénéficiaire de la *floating charge* sur les biens présents dans le patrimoine de la société débitrice, et ainsi de métamorphoser la *floating charge* en *fixed charge*. Ainsi le juge français n'aura pas à statuer sur une sûreté flottante, mais sur une sûreté cristallisée portant sur des biens de nature différente. Compte tenu de la fixation définitive de l'assiette de la sûreté, le principe de spécialité ne semble pas condamner l'efficacité de la *charge* dans l'ordre juridique français. Non seulement le principe de spécialité est en déclin en droit français<sup>487</sup>, mais en plus le droit français prévoit des sûretés portant sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, c'est-à-dire une universalité de fait : privilèges généraux des frais de justice (C. civ., art. 2331 et 2375), des salaires (C. civ., art. 2331, 4° et 2375), des créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective (C.com, art. L.622-17 et L.641-13) et des créances de new money (C. com., art. L.611-11). Ainsi, le juge n'aura aucune raison de refuser la réception de la *floating charge* cristallisée sur le fondement de la

---

<sup>485</sup> M. ATTAL, « La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français », art. préc., p. 939.

<sup>486</sup> *Ibid.*

<sup>487</sup> P. CROCO, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.*, avr. 2001, n° 92, p. 58 et s.

violation du principe de spécialité. La seule difficulté tient donc à la possibilité de déterminer une sûreté équivalente en droit français, c'est-à-dire une sûreté qui porte de manière globale sur des biens de nature très diverse.

300. Il faut le dire d'emblée, il n'existe aucune sûreté conventionnelle de cette sorte en droit français. La solution consiste donc, pour le juge, à procéder à *une assimilation fractionnée* de la charge ; à assimiler la *floating charge* de manière différente suivant la nature des biens sur lesquels elle porte au moment de la cristallisation. Ainsi si une partie de l'assiette correspond à des biens corporels, le régime du gage s'appliquera, si une autre partie porte sur des biens incorporels, le régime qui leur est propre suivant les nantissements spéciaux du droit français, ou à défaut du gage, s'appliquera à eux. En d'autres termes, *ce n'est pas une floating charge qui sera adaptée au droit français, mais une succession de charges fractionnée en fonction des biens de nature différente sur lesquels chacune d'entre elles porte.*

301. Ces développements montrent que les juridictions françaises ont plus de marge de manœuvre qu'on ne peut le penser pour admettre la réception des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français. La seule condition véritable est, en réalité, celle du respect des règles impératives de la catégorie de rattachement.

## *2. Assimilation des règles impératives de la sûreté de rattachement*

302. Le postulat de départ est le suivant : les sûretés étrangères, pour produire leurs effets en droit français, doivent être adaptées à celui-ci par leur assimilation à une sûreté locale qui leur est proche, c'est-à-dire par l'application du régime juridique de cette dernière. Le principe qui doit prévaloir est celui de *l'assimilation relative, cantonnée aux règles impératives de la catégorie de rattachement* (A.). Une fois ce principe posé, viendra le temps de la définition plus prosaïque des règles à caractère impératif du droit des sûretés réelles sur biens incorporels (B.).

### A. Principe de l'assimilation relative

303. **Définition de l'assimilation relative.** Le principe de l'assimilation relative signifie que la sûreté étrangère ne sera adaptée au droit français que dans la mesure qui est

exigée par l'impérativité des lois applicables à la catégorie de rattachement. En d'autres termes, seules les règles du régime juridique de la sûreté du for de rattachement qui sont considérées comme des lois de police devront être appliquées à la sûreté étrangère ; les règles non impératives au niveau international n'auront pas à être appliquées et la sûreté étrangère pourra conserver sa forme de constitution dans cette limite. Cette solution est l'expression d'une *forme de territorialisme raisonné et équilibré : en même temps qu'elle satisfait aux exigences de souveraineté de l'État d'accueil, elle permet au créancier de ne pas avoir à complètement dénaturer la sûreté dont il bénéficie dans l'État de constitution.*

304. **Exemple extérieur au droit des sûretés : assimilation relative de l'avantage matrimonial à une libéralité.** Rappelons-le, l'assimilation permet d'appliquer le régime juridique d'une institution à une autre en raison de leur proximité conceptuelle ou de résultat. Soit on l'assimile de manière absolue, ce qui conduit à ne plus prendre en considération le régime juridique initial ; soit on l'assimile de manière relative et alors seules les règles impératives du régime de réception ou seules celles qui manifestent le rapprochement des deux institutions sont appliquées. Cette assimilation se trouve déjà appliquée en droit français. Par exemple, dans certaines situations l'avantage matrimonial est assimilé de manière relative à une libéralité. L'avantage matrimonial est le « profit particulier qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial pour un époux (désigné en personne ou comme survivant) ; traitement préférentiel qui, favorisant son bénéficiaire comme copartageant, n'est pas regardé par la loi comme une donation (mais seulement soumis, en présence d'enfants d'un précédent mariage, à certaines règles empruntées aux libéralités ; C. civ., a. 1527)<sup>488</sup>. » En principe donc, l'avantage matrimonial n'est pas considéré comme une libéralité et donc n'est pas soumis à son régime juridique notamment en ce qui concerne l'action en réduction de la libéralité excessive : « Les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardés comme des donations » (C. civ., art. 1527 al. 1<sup>er</sup>). Toutefois, dans la configuration familiale où l'un des enfants n'est pas issu des deux époux, il pourrait arriver que celui-ci soit privé de tout droit successoral. C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil offre à cet enfant une action en réduction contre les avantages matrimoniaux excessifs consentis par son auteur. Cette disposition permet ainsi qu'un descendant dépourvu de vocation successorale à l'égard du conjoint de son

---

<sup>488</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V<sup>o</sup> « Matrimonial (avantage) ».

auteur ne soit pas privé de sa réserve héréditaire dans succession de celui-ci<sup>489</sup>. En doctrine, la question s'est posée de savoir si cette exception permettait de qualifier l'avantage matrimonial consenti dans cette configuration matrimoniale comme une libéralité – il faudrait alors lui appliquer de manière absolue le régime des libéralités et on pourrait parler d'assimilation absolue – ou alors si elle ne consistait qu'en un correctif équitable qui ne remettrait pas en cause la nature même de l'avantage matrimonial – seule l'action en réduction propre aux libéralités s'appliquerait alors et on pourrait parler d'assimilation relative. La majorité des auteurs, soutenus par la jurisprudence, s'accordent à considérer que cette disposition ne fait pas de l'avantage matrimonial une libéralité<sup>490</sup> – *comme l'assimilation ponctuelle de la sûreté étrangère à une sûreté française ne fait pas d'elle une sûreté française*. Ainsi, « la réductibilité de l'avantage matrimonial excédant la quotité spéciale entre époux est la seule conséquence directe de la qualification de libéralité<sup>491</sup>. » Toutes les caractéristiques de l'avantage matrimonial perdurent ; l'action en réduction est appliquée de manière ponctuelle, dans une situation particulière, afin d'éviter que l'avantage matrimonial ne devienne pas un moyen de contourner les règles impératives relatives à la réserve héréditaire des enfants – comme l'assimilation des règles impératives de la sûreté du for permet d'éviter que la sûreté étrangère ne constitue un moyen de contourner les exigences impératives du droit local. En revanche, à l'inverse des libéralités, l'avantage matrimonial reste, en toute occasion, soustrait au risque de révocation pour ingratitude, ce qui prouve bien que l'assimilation n'est que relative<sup>492</sup>.

305. **Application aux sûretés sur biens incorporels étrangers : *ratio legis*.** En matière de réception des sûretés étrangères, *l'assimilation relative implique que la sûreté ne soit adaptée au droit français que dans la mesure des règles impératives de sa sûreté de rattachement*. La raison d'une telle solution tient à la philosophie générale de la méthode de l'adaptation par assimilation. Imposer aux sûretés étrangères auxquelles on cherche à faire produire effet dans l'ordre juridique français d'intégrer les règles applicables aux sûretés locales qui leur sont proches ne vient pas d'une volonté nationaliste ou prohibitive. Il s'agit

---

<sup>489</sup> F. COLLARD, « Fasc. 100 : Régimes matrimoniaux – Avantages matrimoniaux. – Action en réduction », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, 7 juin 2018, maj. le 6 juin 2019, n°31.

<sup>490</sup> C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux [notion, nature juridique] », *RTD civ.* 1969, p. 720 et s. ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, *Le remariage*, thèse Lyon, 1981, n° 295 et s. ; CA Nancy, 25 févr. 1891, S. 1892, 2, p. 65, note BOURCART ; *DP* 1891, 2, 353.

<sup>491</sup> F. COLLARD, « Fasc. 100 : Régimes matrimoniaux – Avantages matrimoniaux. – Action en réduction », art. préc., n°32.

<sup>492</sup> F. COLLARD, « Fasc. 100 : Régimes matrimoniaux – Avantages matrimoniaux. – Action en réduction », art. préc., n°33.

simplement de l'expression d'une politique législative – matérialisée par le *numerus clausus* des sûretés réelles – de protection de l'environnement juridique et économique local. Rappelons à cet égard que les créanciers français ne sont pas non plus autorisés à constituer des sûretés que le législateur n'aurait pas prévues, dans la mesure où les droits des tiers seraient atteints. *Il n'y aurait aucun sens à vouloir assimiler de manière absolue la sûreté étrangère à une sûreté locale ; il n'est pas question de réduire l'institution étrangère à une institution française, mais seulement d'éviter que les règles impératives de la sûreté locale ne soient contournées par la constitution d'une sûreté étrangère.* C'est donc en toute logique que seules ces règles impératives devront faire l'objet d'une adaptation à la sûreté étrangère que l'on cherche à rendre efficace sur le territoire français.

306. Plus tard, il conviendra de procéder, en termes pratiques, à l'assimilation des règles impératives des différents régimes des sûretés françaises sur biens incorporels à leurs homologues étrangers. Pour l'heure, l'étape préalable consiste, pour donner corps au concept d'assimilation relative, à déterminer les règles internationalement impératives en matière de sûretés sur biens incorporels.

B. Détermination des règles impératives par l'objectif législatif de protection de l'ordre juridique français

307. **Critère : objectif législatif de protection des tiers.** L'impérativité des règles d'adaptation de la sûreté étrangère est donc liée à *un objectif législatif de protection des tiers* et donc de l'ordre économique-juridique français. Les règles impératives internes – notamment le formalisme de constitution – ne sont pas nécessairement incluses dans cette catégorie. Il est tout à fait courant que les lois impératives sur le plan interne ne le soient pas sur le plan international. Il convient donc de déterminer ce qui, au regard de l'objectif législatif de protection de l'ordre juridique, constitue une règle à laquelle ne pourront déroger les créanciers souhaitant rendre leur sûreté étrangère efficace en France. Il semble évidemment que les règles d'opposabilité ont un objectif impérieux : mettre l'ensemble des tiers au courant de la constitution d'une sûreté et faire entrer le droit de préférence du créancier étranger dans l'ordre juridique de réception (2). À cet égard, on peut estimer que l'impérativité interne et l'impérativité internationale recouvrent les mêmes objectifs. Par ailleurs, on sait que la réalisation de la sûreté constitue un risque pour les tiers. Ce qu'ils risquent est certes indirect, mais pas moins important. Laisser trop de marge de manœuvre au créancier dans la réalisation

de la sûreté pourrait l'inciter à faire vendre le bien grevé à bas coût, dans la mesure de son désintéressement. Or, le créancier ne pouvant s'enrichir dans une telle hypothèse, l'excédent de réalisation doit revenir dans le droit de gage des autres créanciers. Si bien qu'une vente *a minima* pourrait conduire à un défaut du débiteur à l'égard de ses autres créanciers. D'où l'impérativité des règles de réalisation (3). Quant à la constitution en elle-même. Certes, il n'est pas possible, dans l'ordre interne, de déroger au formalisme de constitution. Toutefois, ces règles ont pour seule vocation de protéger le débiteur dans ses rapports avec le créancier et ainsi de s'assurer de son consentement véritable à la constitution de la sûreté ; elles ne visent que partiellement à protéger les tiers. D'où leur défaut d'impérativité internationale, par principe (1).

#### 1) Défaut d'impérativité internationale des règles de constitution

308. **Différence entre « règles de constitution » et « règles de création ».** Par règles de constitution, il faut entendre ici formalisme de constitution. Ceci est à ne pas confondre avec les règles de création qui elles sont sans conteste impératives, à défaut de quoi ce travail doctoral n'aurait pas de sens. En effet, si la création des sûretés était libre, alors il n'y aurait nul besoin de s'interroger sur la possibilité de recevoir les sûretés étrangères, elles seraient d'ores et déjà admises. Or, le *numerus clausus* des sûretés réelles restreint cette liberté de création et conditionne la création d'une sûreté à celles limitativement énumérées par la loi. D'ailleurs, la liberté de création d'une sûreté est entravée dans la mesure où elle porte atteinte aux intérêts des tiers. Toutefois, tant que « l'imitation de sûreté » leur est indolore, la liberté de création est infinie, soit que le débiteur procure un avantage à son créancier en attendant à sa propre liberté d'action (sûretés négatives), soit que les tiers renoncent à tout ou partie de leurs droits (accords de subordination de créance), soit enfin que soient aménagés les effets des sûretés réelles nommées sans aggraver la situation des tiers<sup>493</sup>. En bref, les limites à la création des sûretés sont des lois internationales impératives, dans la limite à l'atteinte qu'elles portent aux droits des tiers ; les règles de formalisme ne doivent pas l'être.

309. **Impérativité internationale du formalisme de « sécurité juridique » ?** De manière fréquente, on avance que le formalisme sert à protéger le constituant. Ainsi, le

---

<sup>493</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°267 et s., p. 258 et s.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie affirme que : « La fiducie peut avoir de graves conséquences sur le patrimoine du constituant lorsque celle-ci est constituée à titre de garantie. En effet, si le constituant n'exécute pas son obligation, il peut se voir privé définitivement de la propriété des biens remis en fiducie. [...] Dans cette perspective, ces articles ont pour objet, d'une part d'exiger des mentions obligatoires supplémentaires à insérer dans le contrat de fiducie afin de garantir une parfaite connaissance par le constituant personne physique de la portée de son engagement<sup>494</sup>. » Des auteurs insistent sur le fait que ce formalisme (écrit et mentions obligatoires) a vocation à faire prendre conscience au débiteur de la gravité de son acte<sup>495</sup> ; à l'inverse, d'autres considèrent que la constitution d'une sûreté n'est pas aussi grave qu'une vente, soumise elle à aucun formalisme<sup>496</sup>. On se rangera du côté des professeurs AYNES et CROCQ pour dire que « celui qui vend se rend immédiatement compte de ce dont il se dépouille et reçoit une contrepartie ; au contraire, celui qui hypothèque ne voit pas sa situation se modifier et risque de traiter à la légère<sup>497</sup>. » Cette affirmation vaut pour l'hypothèque, mais pourrait valoir pour l'ensemble des autres sûretés réelles. Certains auteurs insistent particulièrement sur le fait que ce formalisme est en réalité motivé, moins par la volonté de garantir le libre consentement du débiteur, que de protéger les tiers, notamment par l'obligation de respecter la mention d'une date certaine et le principe de spécialité. Ils parlent de formalisme de « sécurité juridique<sup>498</sup> » : « En désignant clairement les biens grevés et le montant de la créance garantie dans l'acte constitutif, en matérialisant le principe de spécialité de la sûreté, les parties délimitent l'étendue exacte des prérogatives que pourra exercer le créancier contre les tiers<sup>499</sup>. » Cette affirmation semble tout à fait pertinente dans l'ordre interne. Toutefois, *en matière internationale il semble difficile de retenir l'impérativité du formalisme de constitution*. D'abord, parce que la plupart des pays étrangers ne connaissent pas ce principe de spécialité. Ensuite, parce que l'objectif de protection des tiers, et notamment du principe de spécialité, pourra être satisfait par l'impérativité des règles d'opposabilité. Principe de spécialité, par ailleurs en déclin. Certes, ce principe a vocation à

---

<sup>494</sup> JO n°0026 du 31 janvier 2009, p. 1851.

<sup>495</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n°661, p. 396 et s.

<sup>496</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°562 et s., p. 440 et s.

<sup>497</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n°661, p. 396 et s.

<sup>498</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°592 et s., p. 459 et s. ; Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°278, p. 268 et s..

<sup>499</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°278, p. 268 et s.

protéger les tiers. Pourtant, dans sa dimension « spécialité des biens grevés », il est largement altéré par la possibilité de constituer des sûretés sur des biens futurs et sur des universalités de fait, ainsi du nantissement de fonds de commerce, de compte-titres, etc. On peut considérer que le principe de spécialité n'est pertinent qu'au moment de l'inscription de la sûreté et non lors de sa constitution : « En effet, ce qui compte ici, pour la protection du débiteur comme des tiers, c'est bien davantage, l'indication d'un montant maximum pour lequel le bien est engagé lors de l'inscription de la sûreté que l'indication de la créance garantie lors de la constitution de celle-ci<sup>500</sup>. » *On peut alors considérer que la protection des tiers par la mention de la créance garantie et des biens grevés sera assurée au moment de l'inscription de la sûreté en France*, ces règles d'opposabilité ayant une nature internationalement impérative. Par exemple, l'article R. 143-8 du Code de commerce qui régit l'inscription du nantissement de fonds de commerce auprès du greffe du tribunal de commerce impose des mentions obligatoires, notamment « le montant de la créance garantie » et « la désignation du fonds de commerce et de ses succursales avec l'indication précise des éléments qui les constituent et sont compris dans (...) le nantissement, la nature de leurs opérations et leur siège, sous réserve de tous autres renseignements propres à les faire connaître ; si la vente ou le nantissement s'étend à d'autres éléments du fonds de commerce que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et la clientèle, ces éléments sont nommément désignés. » C'est dire si la protection des créanciers étrangers se fera au moment de l'inscription de la sûreté et non lors de la constitution. On pourra toujours arguer que certaines sûretés sont occultes, et notamment le nantissement de créance. Certes, mais alors le principe de spécialité n'a aucun sens puisque bien qu'il soit respecté dans l'acte constitutif, il n'est en rien protecteur des tiers qui n'en ont pas connaissance.

310. S'il n'est pas nécessaire de rendre internationalement impératives les formalités de constitution de la sûreté réelle, c'est notamment parce que les règles relatives à l'opposabilité le sont.

## 2) Impérativité des règles d'opposabilité

311. **Première protection des tiers.** Le régime de l'opposabilité des sûretés réelles est fondamental. La publicité de la sûreté à l'égard des tiers à un effet « constitutif », « non

---

<sup>500</sup> P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., n° 92, p. 58 et s.

pas constitutive de la sûreté réelle qui préexiste nécessairement à la publicité ; mais constitutive des prérogatives que la sûreté confère au créancier contre les tiers<sup>501</sup>. » La publicité a vocation à informer le tiers qu'il s'est appauvri et à donner effet au droit de préférence du créancier dans l'ordre juridique. Pour l'heure, il n'est pas encore question d'analyser les régimes d'opposabilité applicables aux sûretés sur biens incorporels, mais simplement de relever le caractère impératif des règles d'opposabilité. Rappelons-le, la raison principale des difficultés de réception des sûretés étrangères tient au *numerus clausus*, dont le fondement est la protection des tiers. Il semble donc tout à fait logique d'affirmer le caractère impérieux de publicité de la sûreté réelle étrangère. *Il paraît donc évident que le créancier bénéficiaire d'une sûreté étrangère devra, s'il souhaite faire produire des effets à la sûreté en France, respecter les règles d'opposabilité prévue par le régime juridique de la catégorie de rattachement.* Peut-être faudrait-il même dépasser cette simple assimilation et imposer un registre d'inscription internationale des sûretés étrangères. D'abord pour faciliter les créanciers étrangers dans l'inscription de leurs sûretés et les tiers dans la consultation du registre. Ensuite et surtout, du fait du caractère parfaitement clandestin de certaines sûretés sur biens incorporels. Par exemple, depuis la réforme du 23 mars 2006, le nantissement de créance est opposable aux tiers (à l'exception du débiteur de la créance nantie) sans inscription, à la date de l'acte de constitution (C. civ., art. 2361). De même, la constitution et l'opposabilité des sûretés souscrites en garantie d'obligations financières ne sont soumises à aucune formalité (CMF, art. L. 211-38 II). On imagine donc qu'une sûreté étrangère sur créance devant être assimilée à un nantissement de créance ne fasse l'objet d'aucune forme d'extériorisation. En effet, l'application stricte du régime du nantissement de créance rend la sûreté étrangère opposable à la date de sa constitution. Il serait assez incongru de demander à un créancier muni d'une sûreté étrangère le respect de formalités que le législateur n'a même pas cru bon d'imposer à un créancier muni d'une sûreté française. D'un autre côté, la protection des tiers impose sûrement que soient rendues publiques les sûretés étrangères et donc que leur soit appliqué un régime plus strict qu'à leurs homologues locales.

### 3) Impérativité des règles de réalisation

312. **Maintien de règles impératives après la libéralisation des conditions de réalisation.** Le postulat de départ est le suivant : *le créancier bénéficiaire d'une sûreté*

---

<sup>501</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°285, p. 279.

*étrangère devra respecter toutes les règles de réalisation prévues pour la sûreté du for à laquelle elle est assimilée.* Comme l'a montré Philippe DUPICHOT<sup>502</sup>, les conditions de réalisation de la sûreté se sont largement libéralisées (autorisation du pacte comissoire, autorisation partielle de la clause de voie parée). Pourtant, il reste de nombreux pans d'impérativité en la matière. Il est d'ailleurs logique de considérer qu'une fois que les règles faussement impérieuses ont été purgées, ne restent que celles qui le sont véritablement.

313. **Définition de l'objectif législatif (1) : préservation du droit de gage des créanciers.** L'encadrement de la réalisation de la sûreté sert donc à préserver les droits des autres créanciers. L'enjeu ici est de prendre garde à ce que la vente du bien grevé n'ait pas lieu à un prix inférieur à sa valeur vénale, soit une valeur à peine suffisante pour désintéresser le créancier ; à défaut, la situation, certes du débiteur, mais surtout des tiers s'en trouverait gravement compromise, car leur droit de gage serait réduit à hauteur de la différence entre le prix de vente et la valeur réelle du bien. Pour prévenir ce genre de dérives, la loi organise les procédures de réalisation et les encadre. C'est l'une des raisons pour lesquelles le pacte comissoire fut interdit pendant longtemps et que la clause de voie parée l'est encore sur le principe. La protection des créanciers est également un moyen de protéger l'ordre public. La vente au rabais d'un bien conduit à la réduction du droit de gage des créanciers et donc soit à leur mise en difficulté financière, soit à l'introduction d'une procédure de faillite à l'encontre du débiteur ne pouvant plus faire face à son passif grâce à son actif.

314. **Définition de l'objectif législatif (2) : caractère d'ordre public des voies d'exécution.** Pour s'assurer d'une vente qui satisfasse aux exigences de protection de l'ordre public, la loi limite les dispositifs de réalisation de la sûreté. De manière générale, la sûreté est réalisée soit par la vente forcée du bien grevé, soit par son attribution judiciaire, soit par son attribution non judiciaire dans le cadre d'un pacte comissoire. Les textes prévoient pour des sûretés particulières, des modes de réalisation particuliers. Par exemple pour le nantissement de créance, le créancier peut agir en paiement contre le débiteur à qui il aura notifié le nantissement ; dans ce cas, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement. Dans cette hypothèse, il n'y aura nulle vente forcée, mais simplement le paiement de la créance nantie au créancier garanti ; la vente forcée n'interviendra qu'en cas de refus du débiteur et après une procédure judiciaire. La protection

---

<sup>502</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°715 et s., p. 537 et s.

des tiers est liée au fait que le montant de la créance nantie est connu et que le paiement du créancier n'aliène pas le bien à un prix inférieur à sa valeur réelle. Leur protection est également assurée, lorsque la créance nantie est échue avant la créance garantie, par l'obligation faite au bénéficiaire du nantissement de conserver à titre de garantie sur un établissement ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée ; si elle ne l'est pas, le créancier affecte alors les fonds au remboursement de sa créance « dans la limite des sommes impayées » (C. civ., art. 2364 al. 2).

315. Dans le cas où la sûreté est réalisée par la vente forcée du bien grevé et le paiement du créancier avec le produit de la vente, il est fondamental de respecter les règles des procédures civiles d'exécution. Il en va de même en cas de réalisation alternative. Celles-ci ont vocation à préserver l'ordre public. « Les procédures civiles d'exécution mêlent des considérations qui relèvent aussi bien de l'ordre public de direction que de l'ordre public de protection<sup>503</sup>. » « L'exécution doit emprunter des formes compatibles avec la sauvegarde de la paix publique. Les formes imposées permettent d'assurer aux débiteurs une égalité de traitement et, s'il faut user de la contrainte à leur encontre, de le faire en respectant un certain nombre de principes fondamentaux<sup>504</sup>. » Ces principes, impératifs dans une situation interne, doivent le rester en présence d'un élément d'extranéité. En effet, il serait incohérent d'imposer des règles au nom de l'ordre public et de pouvoir les contourner par la présence d'une situation internationale. Ainsi *le créancier muni d'une sûreté étrangère sur un bien situé en France et souhaitant la réaliser suivant une procédure d'exécution devant les juridictions sera tenu de respecter toutes les règles applicables aux saisies, comme la sûreté du for d'assimilation le ferait.*

316. **Définition de l'objectif législatif (3) : cas particulier des procédures collectives.** Les procédures collectives et les procédures de surendettement des particuliers imposent un gel de la situation du débiteur. Ce gel est motivé par un impératif de renforcement de l'égalité entre tous les créanciers, même privilégiés<sup>505</sup>. Ainsi toutes les procédures qui ne sont pas achevées sont arrêtées, notamment les procédures civiles

---

<sup>503</sup> R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013, n°26, p. 23.

<sup>504</sup> *Ibid.*

<sup>505</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°716, p. 538.

d'exécution<sup>506</sup>. En effet, la plupart des mesures des procédures collectives visent à limiter l'efficacité des sûretés réelles : nullité des sûretés constituées pendant la période suspecte, arrêt des inscriptions des sûretés postérieurement au jugement d'ouverture, etc. Il en va de même pour les procédures de surendettement, ainsi que le prévoit l'article L. 722-2 du Code de la consommation : « La recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. » Ces dispositions sont liées, certes à une forme de protection du débiteur, mais également à des règles d'ordre public. *La situation de cessation de paiement du débiteur et la multitude de ses dettes imposent de neutraliser la loi du prix de la course et organiser les choses de manière à rétablir une forme d'égalité entre les créanciers, voire à en favoriser certains (l'administration fiscale, les salariés, etc.). L'objectif n'est pas donc seulement de sauver l'entreprise, mais également de préserver l'intérêt général.* Le créancier muni d'une sûreté étrangère dont le débiteur ou le débiteur nanti serait placé en procédure de faillite ne saurait se soustraire à ces règles ; la sûreté assimilée fera l'objet du même traitement que la sûreté du for de rattachement.

317. **Libéralisation de la réalisation des sûretés et maintien d'impératifs.** Un mouvement de libéralisation de la réalisation des sûretés réelles a existé. Il a été largement consacré par la réforme issue de l'ordonnance du 23 mars 2006. Le créancier ne peut s'affranchir seul des procédures d'exécution forcée instituées par la loi. Toutefois, on peut considérer que le débiteur est en mesure de consentir à une renonciation de ses droits. Le professeur Philippe DUPICHOT y voit trois raisons principales : « Premièrement en effet, un tel mouvement pourrait participer de la déjudiciarisation contemporaine des voies d'exécution, saluée au lendemain de la réforme initiée par la loi du 9 juillet 1991. Ensuite, on peut penser que l'existence d'un droit réel sur la chose, caractéristique des sûretés réelles traditionnelles, légitime plus facilement l'éviction des voies d'exécution et la possible mise à l'écart du juge : le droit réel n'est-il pas par définition un droit qui porte directement sur la chose et dont l'usage ne requiert en principe nulle intermédiation, pas même judiciaire ? Enfin, il est licite de renoncer à un droit d'ordre public de protection, lorsque la renonciation intervient postérieurement à l'acquisition du droit. » Ce mouvement de libéralisation ne veut pas dire pour autant qu'il n'existe plus de règles impératives de réalisation. Le créancier souhaitant

---

<sup>506</sup> Ph. THERY, « La place des procédures civiles d'exécution », *RTD civ.* 1993, n° spécial, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, 1993, spéc. n°26.

réaliser sa sûreté devra nécessairement passer par les procédures imposées par la loi. Ce caractère impératif est, certes là encore lié à un impératif de protection du débiteur, mais également des tiers. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre l'exemple de la clause de voie parée dont l'interdiction est toujours en vigueur<sup>507</sup>.

318. **Conclusion du Chapitre II.** Le chapitre qui s'achève a permis de poser les bases de la méthode de l'adaptation, de fixer des règles applicables de manière uniforme à toutes les hypothèses où elle aura vocation à s'appliquer. Ainsi, on a pu se rendre compte, en analysant les hypothèses dans lesquelles le juge français sera compétent pour statuer sur l'efficacité d'une sûreté étrangère dans l'ordre juridique français, que la méthode de l'adaptation s'élaborera principalement dans un cadre contentieux ; la plupart du temps, en l'absence d'intervention d'un juge, la réception en France des sûretés étrangères ne posera aucun problème. De plus, il a été démontré l'importance des lois de police pour l'application de la théorie. L'objectif impérieux de protection de l'ordre juridique français impose que certaines règles du régime juridique des sûretés locales de rattachement soient appliquées aux sûretés étrangères. Il en va ainsi des règles d'opposabilité et de réalisation, que le Titre II nous donnera l'occasion d'analyser plus en profondeur. Il est donc admis le principe de l'assimilation relative : *seules les règles du régime juridique local à caractère impératif sur le plan international devront être assimilées*. Pour celles qui ne le sont pas, le droit français devra tolérer que la sûreté étrangère conserve sa structure de base. Enfin, il était nécessaire de définir un critère pour déterminer la sûreté locale de rattachement, celle dont le régime juridique sera appliqué à la sûreté étrangère. Il est alors apparu que l'identité des biens grevés apparaissait la plus pertinente. En matière de sûretés sur biens incorporels, le type de bien grevé est déterminant dans la construction du régime juridique. Ainsi, c'est tout naturellement que la sûreté étrangère sera assimilée à une sûreté française grevant le même type de bien, une créance, un droit de propriété intellectuelle, un fonds de commerce, un titre financier, etc.

319. **Conclusion du Titre I.** La théorie étant posée, il convient de mettre en pratique les principes dégagés et d'analyser concrètement les moyens d'efficacité de la sûreté étrangère dans l'ordre juridique français par son assimilation au régime juridique de la catégorie locale de rattachement. La finalité de la méthode de l'adaptation par assimilation est fondamentalement liée à l'efficacité des sûretés étrangères. Analysons donc pour chaque type

---

<sup>507</sup> *Infra*, n°395, p. 306 et s.

de sûretés sur biens incorporels, la manière dont il convient d'assimiler chaque règle impérative de la sûreté locale de rattachement. Il en est ainsi pour les règles visant à rendre la sûreté étrangère opposable aux tiers locaux et pour celles visant à réaliser la garantie dans l'ordre juridique français.



## **Titre II : Mise en pratique de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels**

---

320. **Plan.** À quelles conditions rendre opposable la sûreté étrangère à l'ordre juridique de réception, en l'occurrence français, et quels effets faire produire à cette opposabilité ? Faut-il la contraindre d'appliquer strictement les règles d'opposabilité de la structure juridique d'accueil ou convient-il, compte tenu de la particularité de la sûreté, offrir à son bénéficiaire une certaine souplesse dans l'application de ces règles ? La sûreté étrangère devra-t-elle respecter formellement les règles de réalisation de la sûreté à laquelle elle a été assimilée ? Quels effets faire produire en France à la réalisation d'une sûreté constituée à l'étranger sur des biens situés en France ou dont le débiteur est français ? Voici les questions auxquelles il conviendra de se confronter pour pratiquer une réception raisonnée et contrôlée d'une sûreté étrangère sur bien incorporel dans l'ordre juridique français par la mobilisation de la méthode de l'adaptation par assimilation. Dans un premier temps, nous nous pencherons sur les questions liées à l'opposabilité de la sûreté étrangère sur bien incorporel (**Chapitre I**), avant de clôturer l'ouvrage par des développements sur la réalisation de la celle-ci dans l'ordre juridique français (**Chapitre II**).

- *Chapitre I : Opposabilité de la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l'ordre juridique français*
- *Chapitre II : Réalisation de la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l'ordre juridique français*



## Chapitre I : Opposabilité de la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l’ordre juridique français

321. **Introduction.** L’opposabilité de la sûreté étrangère est déterminante pour lui assurer sa réception dans l’ordre juridique ; elle conditionne l’attribution du rang du créancier nanti et permet donc de rendre le droit de préférence efficace. Les questions relatives à l’opposabilité sont également importantes en ce qu’elle vise à protéger les tiers contre la constitution de droits réels sur les biens du débiteur dont ils sont les ayants cause ou les ayants droit. Cette fonction d’information des tiers donne à l’opposabilité la qualification d’une loi de police. Ainsi, afin d’éviter que la sûreté étrangère ne soit rendue inefficace en raison de la violation d’une loi de police, il est impératif que le créancier procède à l’opposabilité de la sûreté étrangère dans les mêmes formes que la sûreté locale de rattachement. Ce respect des règles d’opposabilité est fondamental, mais pas inédit. L’article 2 de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle assimile l’étranger au national et lui offre la même protection de son droit de propriété industrielle. Cette assimilation est toutefois conditionnée au respect, par l’étranger, des conditions et formalités imposées aux nationaux : « Les ressortissants de chacun des pays de l’Union jouiront dans tous les autres pays de l’Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, *sous réserve de l’accomplissement des conditions et formalités imposées aux nationaux.* » Ainsi, il convient d’envisager successivement les conditions (**Section 1**) puis les effets de l’opposabilité de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté locale (**Section 2**).

### ***Section 1 : Conditions de l'opposabilité de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté locale***

322. **Prévenir la fraude et faire respecter les règles d'opposabilité du droit français.** Afin d'inciter les parties à constituer des sûretés de droit français lorsqu'un bien est susceptible d'être présent sur le territoire français, on pourrait considérer nécessaire de refuser l'efficacité des sûretés étrangères en faisant une stricte application du *numerus clausus* des sûretés réelles. Toutefois, on le sait, cette solution n'est pas raisonnable et pourrait s'avérer néfaste pour la sauvegarde des intérêts économiques de la France. Toutefois, pour éviter les risques de fraude – prévenir qu'un créancier tente de se soustraire aux règles qui ne sont pas internationalement impératives en constituant une sûreté étrangère et en l'assimilant de manière relative à une sûreté locale –, il convient d'instituer un mécanisme destiné à vérifier que le créancier a constitué de bonne foi une sûreté à l'étranger. D'où l'intérêt qu'il y aurait à lui imposer, avant de traiter une quelconque assimilation, le respect des conditions d'opposabilité dans le pays de constitution (1.). Une fois ceci posé, il conviendra de s'interroger dans quelle mesure le créancier est tenu de respecter les règles d'opposabilité de la sûreté française de rattachement (2.).

#### *1. Condition préalable : le respect des conditions d'opposabilité dans le pays de constitution*

323. Imposer le respect des conditions d'opposabilité du pays de constitution au créancier permettrait de limiter les risques de fraude (A.). En effet, cette exigence permettrait de faire le tri entre les créanciers qui, de bonne foi, ont constitué une sûreté étrangère avec l'intention de la réaliser sur place et ceux qui souhaitant contourner les règles impératives de l'ordre interne français ont agi de mauvaise foi en constituant une sûreté à l'étranger avec l'intention initiale de l'assimiler au droit français. Ces développements seront également l'occasion d'envisager les modalités d'opposabilité connues dans les pays étrangers, notamment aux États-Unis (B.).

#### A. Limitation des risques de fraude

324. **Emprunt à la méthode de la reconnaissance (1) : lutte contre l'optimisation juridique.** La méthode de l'adaptation des sûretés étrangères à une sûreté locale de rattachement est à construire. Aucun texte ni aucune jurisprudence bien établie n'en

définit les conditions ou le champ d'application. Par conséquent, il convient, comme on le fait chaque fois que l'on prétend établir une nouvelle règle juridique, d'emprunter aux théories existantes et de modeler ses emprunts en fonction de l'objectif poursuivi. On l'a déjà dit, la méthode de la reconnaissance n'est pas pertinente pour rendre efficaces des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français compte tenu du grand nombre de règles impératives applicables en la matière. Toutefois, cela n'empêche pas de se tourner vers cette méthode pour construire le régime de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères à une catégorie locale de rattachement. Pour faire produire effet à une situation ou à un droit constitué à l'étranger, il importe de prévenir les risques de fraude, c'est-à-dire de refuser les cas dans lesquels la constitution a eu lieu à l'étranger dans le seul but de se soustraire à des règles contraignantes prévues par le droit français. Paul LAGARDE parle « *d'optimisation juridique* », pour les cas où « *les parties sont allées créer la situation dans un certain pays pour échapper à l'application de la loi normalement compétente*<sup>508</sup>. » Pour faire face à ce risque de fraude, des conditions ont été posées à la reconnaissance des situations constituées à l'étranger. D'abord, la situation doit avoir été valablement constituée à l'étranger. Cela signifie qu'elle doit avoir été constituée conformément aux lois et règlements en vigueur dans le pays de constitution. C'est notamment le cas en matière de mariage. Pour reconnaître une forme de mariage qui n'était pas prévue en droit français, le juge devait vérifier que les conditions du mariage avaient été respectées à l'étranger – et évidemment que la reconnaissance n'était pas contraire à l'ordre public international français. Ensuite, la doctrine s'accorde pour imposer au stade de la reconnaissance un lien de proximité entre la situation et l'État duquel elle tire sa validité. « L'idée est que l'État d'origine doit avoir eu un certain titre à créer cette situation, donc que celle-ci se rattache, d'une façon variant avec chaque type de situation, à cet État d'origine. De même que pour la reconnaissance des jugements, le tribunal étranger doit être compétent au regard de l'ordre juridique de l'État de reconnaissance, pour la reconnaissance des situations, l'ordre juridique d'origine doit être, selon une terminologie utilisée par certains, relevant au regard de l'ordre juridique de l'État de reconnaissance<sup>509</sup>. » Enfin, la situation ne doit pas être contraire à l'ordre public international de l'État de reconnaissance. Il a déjà été dit que cette dernière condition n'a pas à s'appliquer en l'espèce compte tenu de l'intervention antérieure des lois de police. Toutefois, il est aisé de constater que les deux premières conditions ont pour vocation principale de lutter contre la fraude.

---

<sup>508</sup> P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations », art. préc., p. 24 (italiques ajoutés).

<sup>509</sup> P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations », art. préc., p. 22.

325. **Emprunt à la méthode de la reconnaissance (2) : exiger le respect des règles d'opposabilité de l'État de constitution.** Pour être crédible, *la méthode de l'adaptation de la sûreté étrangère doit également prévoir des mécanismes de lutte contre le contournement du droit français. La condition de proximité de la sûreté étrangère avec l'ordre duquel elle tire sa validité peut être matérialisée par l'exigence du respect des conditions d'opposabilité de l'État de constitution.* La plupart des pays, afin de protéger leur ordre juridique et économique d'un désordre des crédits, prévoient des conditions strictes et exigeantes en matière d'opposabilité. *En exiger le respect par le créancier souhaitant faire reconnaître ses droits en France permettrait de s'assurer que la sûreté avait un lien avec l'État de constitution ; cela permettrait de vérifier que la sûreté n'a pas été constituée à l'étranger dans le seul but de contourner les règles impératives françaises.*

326. Exiger le respect des règles d'opposabilité de l'État de constitution sera l'occasion de découvrir les modalités permettant de rendre la sûreté opposable dans des ordres juridiques étrangers. L'exemple américain a été choisi, car il diffère substantiellement du nôtre en la matière. Le régime de l'opposabilité repose essentiellement sur la *Theory of the Filing System*, c'est-à-dire sur l'inscription des sûretés réelles sur un registre unique tenu aux niveaux étatiques.

#### B. Exemple : opposabilité d'une sûreté sur bien incorporel en droit américain

327. **Présentation de l'Uniform Commercial Code.** Aux États-Unis, la quasi-intégralité du droit des sûretés est contenue dans l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code* (UCC). La *Uniform Law Commission* collabore de près avec l'*American Law Institute* pour produire le UCC et l'adapter aux nouveaux enjeux. Toutefois, il est important de rappeler que le UCC n'est qu'une recommandation à l'égard des États fédérés. Pour qu'il devienne une loi, encore faut-il que ces derniers l'adoptent. Tous les États ont adopté le UCC, mais certains ont également adopté des dispositions qui leur sont propres. En 1998, le UCC a été réformé pour tenir compte notamment de l'évolution des patrimoines et du développement des propriétés incorporelles. La réforme est entrée en vigueur en 2001<sup>510</sup>.

---

<sup>510</sup> L. M. LOPUCKI, E. WARREN, R. M. LAWLESS, *Secured Transactions: A Systems Approach*, 9<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer, 2020, p. XXXVII.

328. **Typologie des sûretés sur biens incorporels en droit américain.** En droit américain, il existe donc une sûreté unique, la *security interest*, dont le régime est, depuis 1951, prévu par l'article 9 du UCC : « L'un des objectifs poursuivis par cet article 9 était de rationaliser et d'uniformiser le droit des sûretés mobilières. Pour y parvenir, il a été choisi de réunir l'ensemble des sûretés mobilières, quelles que soient leurs différences, sous un concept unique, celui de *security interest*. L'article 9 du UCC fait ainsi fi de la typologie traditionnelle des sûretés. Peu importent la nature corporelle ou incorporelle du bien concerné et la technique utilisée, toutes les garanties se voient placées sous un même toit<sup>511</sup>. » Il a pu être avancé que ce concept de sûreté unique, sans distinction du bien grevé, permettait d'y attacher un régime juridique unique qu'il s'agisse de sa constitution, de son opposabilité ou de sa réalisation. Ceci est à la fois exact et incomplet. Il serait illusoire de croire que le droit des sûretés américain est uniforme et ne prend pas jamais en compte les spécificités tirées de la nature du bien grevé. Il est vrai qu'il existe des règles communes à toutes les sûretés. Par exemple, pour être définitivement constituées (*attachment*), trois conditions doivent être réunies<sup>512</sup>. D'abord, le créancier doit avoir exécuté, au moins en partie, l'obligation garantie – typiquement lorsque l'argent prêté a été versé sur le compte du débiteur ; ensuite, le débiteur doit être le propriétaire du bien grevé – comme le droit français, le droit américain interdit la constitution d'une sûreté sur le bien d'autrui ; et enfin la sûreté doit être rendue « authentique<sup>513</sup> », soit par possession, soit par l'établissement d'un acte écrit, signé par les parties, décrivant le bien grevé et manifestant leur intention de créer une sûreté<sup>514</sup>. De même, le principe en droit américain est que la sûreté est rendue opposable (*perfection*), par l'inscription sur un registre. La quasi-totalité des sûretés est placée à la connaissance des tiers

<sup>511</sup> O. GOUT, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255.

<sup>512</sup> UCC, §9-203 (b): “*Except as otherwise provided in subsections (c) through (i), a security interest is enforceable against the debtor and third parties with respect to the collateral only if :*

(1) *value has been given;*

(2) *the debtor has rights in the collateral or the power to transfer rights in the collateral to a secured party; and*

(3) *one of the following conditions is met:*

(A) *the debtor has authenticated a security agreement that provides a description of the collateral and, if the security interest covers timber to be cut, a description of the land concerned;*

(B) *the collateral is not a certificated security and is in the possession of the secured party under Section 9-313 pursuant to the debtor's security agreement;*

(C) *the collateral is a certificated security in registered form and the security certificate has been delivered to the secured party under Section 8-301 pursuant to the debtor's security agreement; or*

(D) *the collateral is deposit accounts, electronic chattel paper, investment property, or letter-of-credit rights, the secured party has control under Section 9-104, 9-105, 9-106, or 9-107 pursuant to the debtor's security agreement.”*

<sup>513</sup> Ce qui ne signifie pas qu'elle doit faire l'objet d'un acte authentique devant notaire.

<sup>514</sup> UCC, §9-102 (7): “*Authenticate means: (A) to sign; or (B) with present intent to adopt or accept a record, to attach to or logically associate with the record an electronic sound, symbol, or process.”*

de la sorte. Toutefois, il existe des règles propres à ces règles générales qui constituent des exceptions si nombreuses que l'on peut se demander si l'uniformité du droit américain des sûretés réelles mobilières est toujours de mise. À titre de comparaison, peut-on encore considérer qu'il existe un principe de spécialité en droit français des sûretés alors même que l'étendue des dérogations à ce principe est extrêmement large, tant pour les biens grevés que pour l'obligation garantie ? On pourrait en dire de même à propos de la *security interest* américaine : *les règles particulières qui s'appliquent en fonction de la nature du bien grevé viennent remettre en cause le caractère uniforme de l'institution*. Ainsi, la constitution peut se faire, non pas par *authenticated agreement* comme le prévoit le principe, mais par possession<sup>515</sup>. Or cette exception ne s'applique que pour les biens pouvant faire l'objet d'une possession effective, par hypothèse les biens corporels. Il en va encore de même pour l'opposabilité. Par principe, chaque fois qu'un créancier se voit consentir une *security interest*, il doit, pour prendre rang, l'inscrire sur un registre tenu au niveau étatique. Toutefois, compte tenu de la nature du bien, il est des cas où il est possible de rendre la sûreté opposable aux tiers par d'autres moyens et d'autres où l'opposabilité par inscription sur registre n'est pas ouverte. Ainsi, les sûretés constituées sur des comptes bancaires ne peuvent être rendues opposables que par la seule technique du contrôle du compte et non par l'inscription sur registre. Tout ceci pour dire que s'il existe bel et bien une sûreté unique aux États-Unis, il est inutile de considérer ce système comme absolument différent du système français dans lequel les régimes juridiques de chaque sûreté diffèrent en fonction de la nature du bien grevé.

329. Selon l'article 9 du UCC, le premier créancier à procéder à la *perfection* – à rendre la sûreté opposable aux tiers – de sa sûreté aura la priorité sur le bien grevé. De manière générale, le système américain repose sur l'inscription de la sûreté sur un registre tenu dans chaque État. L'inscription de la sûreté sur le registre d'un État rend celle-ci opposable dans l'ensemble des États-Unis. Cependant, dans certains cas le UCC permet également au créancier de rendre sa sûreté sur un bien incorporel opposable aux tiers en prenant le contrôle du bien incorporel grevé. Dans d'autres cas encore, l'opposabilité est automatique. En résumé, il existe un principe, celui de l'opposabilité par inscription de la sûreté (1) et des exceptions (2).

---

<sup>515</sup> UCC, §9-203 (b).

### 1) Principe : opposabilité par inscription de la sûreté

330. **The Theory of the Filing System.** La doctrine américaine définit la *Theory of the Filing System* comme « le moyen d'informer un créancier de l'existence d'une sûreté constituée sur le bien du débiteur qu'il comptait grever avec sa propre sûreté<sup>516</sup>. » Dans cette conception, la *perfection* de la sûreté – son opposabilité – a pour seule vocation d'informer les tiers qui pourraient devenir également créancier du débiteur nanti et ainsi de permettre au créancier nanti de faire prévaloir son droit de préférence à leur égard. À défaut, la priorité revient aux autres créanciers : « Les créanciers les moins avertis inscrivent souvent leur droit postérieurement à ceux qui le sont le plus. Par conséquent, bien que la constitution de la sûreté soit antérieure, les créanciers les plus avertis prennent rang avant eux. Dans d'autres cas, les créanciers les moins avertis échouent à découvrir, au moment de l'inscription, une sûreté ayant déjà fait l'objet d'une mesure de publicité. Dans les deux cas, les conséquences sont désastreuses. Par conséquent, leur droit de préférence est subordonné à celui ayant déjà pour les créanciers qui ne s'attendaient pas à être primés par d'autres créanciers<sup>517</sup>. » Par principe donc, les États-Unis imposent, pour rendre une sûreté opposable, des règles relatives au *filing system*. Toutefois, il faut garder à l'esprit que c'est à chaque État, qui a adopté un dispositif législatif équivalent à celui proposé par l'article 9 du UCC<sup>518</sup>, de mettre en place un registre d'inscription des sûretés.

331. **Les types de registres.** Pour rendre la sûreté opposable aux tiers et acquérir une priorité, le créancier nanti est donc tenu de déposer auprès du registre pertinent un *financing statement* selon des règles strictes. Toutefois, il n'existe pas un seul et unique registre. Il existe d'abord le *UCC filing system*, c'est-à-dire le registre d'inscription portant sur des biens mobiliers. On l'a dit chaque État dispose d'un registre qui lui est propre et sur lequel la sûreté est inscrite lorsque le bien est situé dans cet État (UCC, §9-501). Puis il existe une multitude d'autres types de registres. Par exemple, au niveau fédéral, il existe des registres propres pour les brevets, les *copyrights*, les marques, mais également les navires et

<sup>516</sup> L. M. LOPUCKI, E. WARREN, R. M. LAWLESS, *Secured Transactions: A Systems Approach*, op. cit., p. 281 : “a means for communicating the existence of a lien from the holder to a person who is considering becoming a creditor of the same debtor.” (traduction libre)

<sup>517</sup> L. M. LOPUCKI, E. WARREN, R. M. LAWLESS, *Secured Transactions: A Systems Approach*, op. cit., p. 281 : “Unsophisticated lenders often fail to claim their priority by filing; the result is that even later lenders will come ahead of them in priority. Unsophisticated lenders often fail to discover a lien that is on the public record before they obtain their own; the result is that the lien they take will be subordinate to the lien already recorded. Either consequence can be disastrous to a lender who does not expect it.” (traduction libre)

<sup>518</sup> Seuls les États de Géorgie et de Louisiane ne se sont pas dotés d'un registre de type UCC.

aéronefs. Pour les propriétés intellectuelles, l'existence d'une multitude de registres a donné lieu à des controverses intéressantes sur l'endroit où il fallait inscrire la sûreté portant sur un de ces biens. Pour les propriétés industrielles, deux arrêts de 2001 et 2003, *Cybernetic Services*<sup>519</sup> et *Pasteurized Eggs Corporation*<sup>520</sup>, ont considéré que lorsque le brevet était inscrit à des fins de propriété, il devait l'être au *patent and Trademark Office*, tandis que lorsqu'il était inscrit à des fins de garantie, il devait l'être sur le registre étatique de l'article 9 du UCC : « Le *Patent Act* [loi fédérale relative aux brevets] ne prévoit rien concernant les sûretés réelles. Il ne peut donc prévaloir sur le droit étatique. Par conséquent, l'opposabilité d'une sûreté grevant un brevet requiert une inscription sur les registres des États fédérés ; inscrire la sûreté auprès du *Patent and Trademark Office* [Institut fédéral des brevets et des marques] ne permet pas de la rendre opposable<sup>521</sup>. » Les mêmes questions se sont posées à propos des *copyrights*. Il est établi que la sûreté constituée sur un *copyright* peut être inscrite au *Federal Copyright Office*<sup>522</sup>. Toutefois, la question s'est posée de savoir si les sûretés constituées sur les *royalties* pouvaient également être inscrites à ce registre. Sur ce point la jurisprudence américaine diverge. Si en 1990, l'arrêt *Peregrine Entertainment*<sup>523</sup> l'a admis, l'arrêt *Broadcast Music*<sup>524</sup> de 1997 a jugé que les sûretés sur *royalties* devaient être inscrites sur le registre étatique du UCC. Avec le pragmatisme qu'on leur connaît, les juristes américains conseillent donc à leurs clients de procéder à une double inscription sur l'un et l'autre registre.

332. En droit américain, le principe est donc celui de l'inscription de la sûreté sur un registre à des fins d'opposabilité. Ce système est au fondement du droit du crédit américain. Cela n'empêche pas que se développent parallèlement d'autres modes d'opposabilité liés à la nature du bien grevé et qui constituent, quoi qu'il en soit, des exceptions au système de base.

---

<sup>519</sup> *In re Cybernetic Services, Inc.*, 252 F.3d 1039, 1043, 9<sup>th</sup> Cir. 2001.

<sup>520</sup> *In re Pasteurized Eggs Corporation*, 236 B.R. 283, Bankr. D.N.H. 2003.

<sup>521</sup> *In re Pasteurized Eggs Corporation*, 236 B.R. 283, Bankr. D.N.H. 2003: “the Patent Act does not contain any language regarding security interests, and therefore does not preempt state law. As such, perfection of a security interest in a patent requires filing a UCC in accordance with state law. Filing a security agreement with the Patent and Trademark Office does not perfect the security interest.” (traduction libre)

<sup>522</sup> 17 U.S.C. §§101, 201 (d)(1).

<sup>523</sup> *In re Peregrine Entertainment, Limited*, 116 B.R. 194 C.D. Cal. 1990.

<sup>524</sup> *Broadcast Music, Inc. v. Hirsch*, 104, F.3.d 1163, 9<sup>th</sup> Cir. 1997.

## 2) Exceptions : opposabilité par contrôle et opposabilité automatique

333. Le droit américain permet également de rendre opposable des sûretés sur biens incorporels, soit par le contrôle exercé par le créancier sur le bien grevé – qui constitue pour eux le pendant de la possession en matière corporelle –, soit de manière automatique.

334. **Opposabilité par le contrôle (1).** Pour les sûretés constituées sur certains biens incorporels, l’article 9 du UCC, en son paragraphe 314 (a), permet une opposabilité par contrôle<sup>525</sup>. Le texte précise par ailleurs que l’opposabilité demeure tant que le contrôle du créancier sur le bien est effectif. Prenons l’exemple du contrôle des comptes bancaires, le paragraphe 9-104 du UCC prévoit une liste limitative des types de contrôle que peut exercer le créancier sur le bien pour rendre la sûreté opposable aux tiers. Le respect de ces modalités de contrôle est essentiel, car les sûretés sur comptes bancaires, dans le système américain, ne peuvent être rendues opposables que par contrôle et non par inscription sur un registre. Soit le créancier est la banque dans laquelle le compte est ouvert et alors on considère son contrôle comme acquis ; soit le créancier est un tiers et alors le contrôle se fait par un accord entre celui-ci et la banque, formalisé dans un acte authentique par lequel cette dernière s’engage à suivre ses instructions sans suivre les volontés exprimées par son client, le débiteur. Ces dispositions sont assez classiques et se rencontrent dans d’autres pays, y compris de tradition civiliste comme ceux soumis à la *Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias* adopté sous l’égide de l’Organisation des États américains (Mexico, Guatemala, Costa Rica, Pérou et Chili)<sup>526</sup>.

335. **Opposabilité automatique (2).** Une sûreté en particulier peut être rendue opposable de manière automatique, il s’agit de la *Purchase Money Security Interest in Consumer Goods*. Il s’agit là d’une sûreté particulière en ce qu’elle est constituée au bénéfice du créancier qui prête une somme d’argent à un débiteur afin que ce dernier puisse acheter un bien. Cette sûreté ne sera qualifiée comme telle que dans les cas où l’intégralité de la somme est utilisée afin de payer le prix du bien acheté. Si tel est le cas, le créancier bénéficiera d’une sûreté sur le bien acheté. Il s’agit là d’une forme de privilège du vendeur, déjà connu en droit

---

<sup>525</sup> UCC, §9-314 (a): “A security interest in investment property, deposit accounts, letter-of-credit rights, electronic chattel paper, or electronic documents may be perfected by control of the collateral.”

<sup>526</sup> R. SANDOVAL LOPEZ, *Derecho comercial, Garantías reales y personales en el derecho mercantil nacional y comparado*, t. 8, Editorial jurídica de Chile, 2017, n°168, p. 188.

français, mais cette fois de nature conventionnelle. Lorsque cette sûreté porte sur un bien de consommation tel que défini par l'article 9 du UCC – bien acheté ou utilisé de manière principale pour des raisons familiales ou personnelles<sup>527</sup> – alors son opposabilité sera automatique<sup>528</sup>. Le créancier prend ainsi rang au moment où la sûreté a été définitivement constituée, c'est-à-dire à la réunion des trois conditions cumulatives susmentionnées<sup>529</sup>.

336. Voici donc, décrites à gros traits, les modalités d'opposabilité auxquelles devra se soumettre le créancier ayant constitué une sûreté aux États-Unis afin de pouvoir prétendre à voir son droit adapté à une catégorie locale de rattachement et rendu efficace dans l'ordre juridique français. Cette condition de respect des règles locales d'opposabilité emprunte à la théorie de la reconnaissance dans la finalité recherchée, éviter les risques de fraude et de contournement des règles impératives du droit français des sûretés. Après s'être conformée aux règles d'opposabilité de l'ordre de constitution, la sûreté devra s'adapter au droit français en se conformant à celles de la sûreté française de rattachement.

## 2. *Respect des règles d'opposabilité de la sûreté française de rattachement*

337. Assurer le respect, par la sûreté étrangère, des règles d'opposabilité de la sûreté française de rattachement impose de déterminer avec précision les modalités matérielles (B.) – quelles sont les règles d'opposabilité dont il convient d'imposer le respect par le créancier étranger ? – et temporelles (A.) – à quel moment doit-on imposer au créancier étranger le respect de ces règles ? – d'adaptation.

### A. Modalités temporelles

338. L'objectif ici assigné est de déterminer à quel moment le créancier est-il tenu d'accomplir les mesures d'opposabilité de la sûreté française de rattachement (1). Afin de prendre en compte le caractère international de la situation, il est proposé d'instaurer *un délai d'adaptation*, d'inspiration américaine, au bénéfice du créancier nanti d'une sûreté étrangère (2). Ce délai lui permettrait ainsi de profiter d'un délai pour rendre sa sûreté opposable dans

---

<sup>527</sup> UCC, §9-102 (a) (23): “Consumer goods means goods that are used or brought for use primarily for personal, family, or household purposes.”

<sup>528</sup> UCC, §9-309 (1): “The following security interests are perfected when they attach: a purchase-money security interest in consumer goods (...).”

<sup>529</sup> UCC, §9-203 (b).

l'ordre juridique français, sans pour autant perdre le bénéfice de la prise de rang à la date d'opposabilité de la sûreté dans l'État de constitution.

#### 1) Moment d'accomplissement de la mesure d'opposabilité

339. **Enjeu : maintien du rang acquis par l'opposabilité initiale.** L'accomplissement de la mesure d'opposabilité en France *permet au créancier nanti d'une sûreté constituée à l'étranger de prendre rang à la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable dans l'État de constitution.* À l'inverse, le fait de ne pas accomplir cette mesure d'opposabilité dans l'ordre juridique de réception conduit, inévitablement et sauf exception tenant à la connaissance effective de la situation par les tiers, à la perte du rang du créancier. Ainsi, il ne bénéficiera plus du rang que lui conférerait la mise en opposabilité de sa sûreté dans l'État de sa constitution. Cette règle – en réalité évidente – nous provient du droit américain des sûretés. En droit américain, la sûreté est inscrite sur le registre tenu par l'État dans lequel le bien est localisé. Le UCC règle donc le problème du déplacement du bien grevé, le *collateral*, d'un État à un autre. *L'article §9-316 (a) (3) du UCC permet au créancier de conserver le bénéfice de son inscription initiale à condition qu'il se conforme aux modalités d'opposabilité prévues par le nouvel État de localisation du bien.* Il permet également au créancier de bénéficier d'un délai de grâce que nous proposerons d'introduire en droit français.

340. **Difficultés liées à l'ubiquité des biens incorporels et solution alternative d'inspiration québécoise.** Cet enjeu essentiel – le maintien du rang acquis par l'opposabilité initiale – impose de déterminer le moment adéquat auquel le créancier est tenu d'inscrire sa sûreté dans le nouvel ordre de référence. La difficulté en la matière tient à la nature des biens incorporels, à leur immatérialité. Leur ubiquité rend leur localisation incertaine. Il est par conséquent difficile de définir à quel moment ils quittent leur territoire d'origine pour entrer sur le territoire français et imposer au créancier nanti d'accomplir les formalités de mise en conformité avec le droit local. Ainsi, il semble impossible de fonder comme critère de détermination du délai dont dispose le créancier nanti pour accomplir les modalités locales d'opposabilité de se fonder sur la présence du bien dans l'ordre juridique français. Il faut donc trouver une solution alternative. Celle-ci semble pouvoir être déterminée par inspiration du droit québécois des sûretés. Contrairement au législateur français, le législateur québécois a prévu une série de règles propres à la réception des sûretés étrangères dans l'ordre juridique

québécois, au sein duquel réside naturellement le mécanisme du délai d'adaptation qui « *consiste à octroyer au créancier garanti un délai de grâce, pendant lequel les effets de la sûreté d'origine sont prolongés dans l'attente d'une mise en conformité avec les exigences légales locales*<sup>530</sup>. » L'article 3104 du Code civil québécois prévoit ainsi que : « La sûreté qui a été publiée selon la loi de l'État 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'État où était situé le bien lors de la constitution de la sûreté cesse d'avoir effet ; 2° Un délai de 30 jours s'est écoulé depuis le moment où le bien est parvenu au Québec ; 3° Un délai de 15 jours s'est écoulé depuis le moment où le créancier a été avisé que le bien est parvenu au Québec. » Dans l'hypothèse où la sûreté a été publiée dans l'État de domicile du constituant, l'article 1306 prévoit qu'elle « 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'État de l'ancien domicile du constituant cesse d'avoir effet ; 2° Un délai de 30 jours s'est écoulé depuis le moment où le constituant a établi son nouveau domicile au Québec ; 3° Un délai de 15 jours s'est écoulé depuis que le créancier a été avisé du nouveau domicile du constituant au Québec. » De ces prévisions, il semble qu'on puisse déterminer une règle relative au délai dont dispose le créancier nanti d'une sûreté étrangère sur bien incorporel pour mettre celle-ci en conformité avec le régime français.

341. **Solutions préconisées dans le cadre de la méthode de l'adaptation dans l'ordre juridique français.** Cette solution doit évidemment être adaptée à la conception française de la méthode d'adaptation de la sûreté dans l'ordre juridique français. À cet égard, il semble qu'il faille distinguer deux types de situations. Celles où la nouvelle localisation du bien grevé, justifiant la nécessité d'adapter la sûreté au droit français, est liée au déplacement du constituant ; toutes les autres où la compétence du juge français n'est pas liée au déplacement du débiteur. *Dans le premier cas, il pourrait être imposé au créancier de respecter les modalités impératives d'opposabilité du droit français à compter du moment où le débiteur a établi son nouveau domicile en France ou à compter du moment où il en a été avisé. Dans le second cas, hypothèse de principe à caractère général, il doit être considéré que le créancier doit s'astreindre à respecter les modalités impératives d'opposabilité en France avant la cessation des effets de l'opposabilité dans l'État de constitution.*

---

<sup>530</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°522, p. 688 (italiques ajoutés).

342. Dans les deux hypothèses, l'équité commande de permettre au créancier de disposer d'un délai d'adaptation afin de mettre son droit en conformité avec les dispositions impératives d'opposabilité en France.

## 2) Instauration d'un délai d'adaptation au bénéfice du créancier nanti d'une sûreté étrangère

343. **Une règle matérielle unilatérale de tolérance temporaire des droits réels antérieurement constitués.** On considère donc que le créancier doit, pour bénéficier du rang de l'inscription initiale, avoir inscrit sa sûreté dans le délai qui lui est imparti. Toutefois, compte tenu du caractère international de la situation, des auteurs – que nous approuvons – proposent d'instaurer un « *délai de grâce* » au créancier pour accomplir ces formalités<sup>531</sup>. Certains l'appellent également délai de « *carence* », d'autres de « *survie* ». Compte tenu de la méthode employée pour recevoir la sûreté étrangère dans l'ordre juridique français – celle de l'adaptation –, nous l'appellerons « *délai d'adaptation*<sup>532</sup> ». La meilleure définition de ce délai d'adaptation nous est sans doute donnée par le professeur D'AVOUT pour lequel il s'agit d'une « *règle matérielle unilatérale de tolérance temporaire des droits réels antérieurement constitués sur des meubles importés*<sup>533</sup>. » En d'autres termes : « *Il convient d'accorder au créancier titulaire d'un droit réel constitué à l'étranger un certain laps de temps pour accomplir les formalités de publicité, requises par loi du pays d'importation du bien grevé. Pendant ce délai, la sûreté sera considérée comme parfaite, c'est-à-dire valable à l'égard de tous. À la fin du délai, si les formalités ont été accomplies, elles seront présumées l'avoir été dès l'entrée du bien grevé sur son nouveau situs*<sup>534</sup>. »

344. **Origines.** Cette idée a des origines diverses. Ainsi, « le dépôt d'une marque dans un pays unioniste fait courir en raison de l'article 4 (c) de la Convention internationale d'Union, un délai de priorité de six mois à compter du premier dépôt d'une marque. Tout acte

---

<sup>531</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°525 et s., p. 279 et s. ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°387, p. 524 ; S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Préf. P. LAGARDE, LGDJ, Bibl. dr. priv., 2003, n°411, p. 424 ; K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », art. préc., p. 479.

<sup>532</sup> C'est la proposition de K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », art. préc., p. 479.

<sup>533</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°522, p. 688.

<sup>534</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°525, p. 279 (italiques ajoutés).

d'usage ou de dépôt fait pendant ce délai ne sera pas opposable au premier déposant. Celui-ci dispose de ce délai de six mois pour déposer sa marque dans les autres pays de l'Union sans risquer d'être antériorisé<sup>535</sup>. » En droit des sûretés, le délai d'adaptation nous vient encore une fois du droit américain. Cette technique est largement utilisée en cas de changement de localisation du bien ou du débiteur. Ainsi, en vertu de l'article §9-316 (a) (2) du UCC, lorsque le débiteur change son État de résidence principale, le créancier dispose d'un délai de quatre mois pour inscrire sa sûreté dans le nouvel État de résidence du débiteur<sup>536</sup>. Si le créancier ne procède pas à cette adaptation d'inscription, la sûreté est considérée comme n'ayant jamais été inscrite. Le texte prévoit la même chose lorsque c'est le bien grevé qui est transféré d'un État à l'autre. En pareille hypothèse, le délai d'adaptation est d'une année<sup>537</sup>. La technique du délai d'adaptation a été reprise par d'autres droits. Par exemple, le droit suisse qui le cantonne à la réserve de propriété et prévoit que le créancier dispose d'un délai de trois mois à compter de l'entrée du bien sur le territoire suisse pour répondre aux exigences locales d'opposabilité<sup>538</sup>.

345. **Pour un délai d'adaptation restreint.** L'instauration d'un tel délai en droit français pourrait permettre au créancier de disposer d'un certain temps pour adapter sa sûreté aux exigences d'opposabilité du droit français. *Ceci constitue une mesure d'équité indispensable à la création d'un environnement favorable à la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels dont on sait la difficulté à caractériser la localisation effective et donc la loi applicable.* Quel serait donc le délai qu'il conviendrait de fixer en droit français ? Ceci est un choix législatif. Nous préconiserions cependant un délai restreint à l'image du modèle québécois plus que du modèle américain. D'abord, parce qu'il faut toujours conserver à l'esprit que l'application de la méthode de l'adaptation comporte des risques sérieux pour les créanciers nationaux et qu'il ne s'agit que d'une faveur consentie par le droit français aux créanciers nantis de sûretés étrangères, dont il faut rappeler qu'en vertu du *numerus clausus* des sûretés réelles elles devraient ne produire aucun effet en France. Ensuite, parce que fixer le délai général maximum de mise en conformité au moment de la cessation des effets de l'opposabilité dans l'État constitue déjà une mesure très favorable pour les créanciers nantis d'une sûreté étrangère. Il n'est donc pas inéquitable de leur demander de

---

<sup>535</sup> A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété intellectuelle*, 5<sup>ème</sup> Dalloz, 1998, p. 773 et s.

<sup>536</sup> L. M. LOPUCKI, E. WARREN, R. M. LAWLESS, *Secured Transactions: A Systems Approach*, *op. cit.*, p. 414.

<sup>537</sup> UCC, §9-316 (a) (3).

<sup>538</sup> Loi fédérale sur le droit international privé, art. 102 al.2.

régir dans les plus brefs délais à compter de ce moment. À cet égard, le délai de 30 jours du droit québécois nous semble raisonnable.

346. Une fois déterminé le moment auquel le créancier doit mettre sa sûreté en conformité avec le droit français de l'opposabilité, il convient d'analyser en quoi consiste concrètement, matériellement, une telle opération.

## B. Modalités matérielles

347. C'est le principe même de la méthode de l'adaptation que d'assimiler la sûreté étrangère à une sûreté locale et donc de lui appliquer les règles d'opposabilité notamment propres à cette dernière. Par conséquent, il faut déterminer quelles sont les méthodes, en droit français, pour rendre opposables aux tiers des sûretés sur des biens incorporels (1). Le droit français des sûretés sur biens incorporels connaît deux types d'opposabilité, par inscription et automatique. L'une et l'autre posent des problèmes importants lorsqu'il s'agit de rendre efficaces des sûretés constituées à l'étranger. L'inscription peut s'avérer compromise par le caractère épars des différents registres et l'absence d'un registre unique à toutes les sûretés sur biens incorporels. L'opposabilité automatique fait peser un risque considérable sur les tiers en rendant la sûreté clandestine, elle ne leur permet pas de savoir à quoi ils s'engagent véritablement au moment de la constitution de leur droit réel concurrent. C'est pourquoi il convient également, *de lege ferenda*, de prévoir des correctifs propres à la situation internationale envisagée (2).

### 1) Opposabilité des sûretés sur biens incorporels en droit français

348. En droit français, l'opposabilité d'un droit se définit comme son aptitude à faire sentir ses effets à l'égard des tiers, non en les soumettant aux obligations tirées de ce droit, mais en les forçant à reconnaître son existence, à le respecter comme élément de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit. En droit des sûretés, l'opposabilité a vocation à permettre au créancier de prendre rang au jour où la sûreté est rendue opposable aux tiers dans les conditions prévues par la loi. L'opposabilité a également vocation à protéger les tiers contre la constitution de sûretés clandestines lorsqu'elles se matérialisent dans une formalité d'extériorisation du droit. Toutefois, le droit français ne prévoit pas toujours une formalité d'inscription du droit sur un

registre et admet parfois l'opposabilité automatique de certaines sûretés sur biens incorporels. Opposabilité par inscription (a) et opposabilité automatique (b), il conviendra d'examiner successivement ces modalités prévues pour les sûretés sur biens incorporels. Quoi qu'il en soit, l'une ou l'autre devra s'appliquer à la réception de la sûreté étrangère assimilée à la catégorie locale de rattachement.

a) Opposabilité par inscription

349. **Domaine étendu de l'opposabilité par inscription.** L'opposabilité par inscription de la sûreté réelle sur un registre consultable par les tiers intéressés couvre un spectre très large. Bien plus large que la publicité des droits réels principaux par exemple : « Nombre de biens circulent en effet librement entre les individus par transfert de propriété ou constitution de droits réels alors que leur affectation en garantie suppose l'accomplissement impératif d'une formalité de publicité : véhicules automobiles, matériels et outillage, marchandises, produits agricoles, produits pétroliers, logiciels, fonds de commerce, et désormais tous les meubles grevés d'un gage sans dépossession de droit commun<sup>539</sup>. » Ceci est évidemment lié à la nature des sûretés réelles dont la vocation est d'aller au combat avec les tiers, de faire prévaloir les droits du créancier nanti sur ceux de ces derniers, tandis que les hypothèses de conflit en matière de droits réels sont toujours pathologiques. De manière générale, le nantissement – « affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs » (C. civ., art. 2355) – est soumis au régime de l'opposabilité par inscription. C'est le cas tant pour le nantissement de meubles incorporels soumis au régime du gage de meuble corporel que pour beaucoup des nantissements spéciaux.

350. **Nantissement de meubles incorporels : application du régime d'opposabilité du gage de meubles corporels.** L'article 2355 dispose que le nantissement de meubles incorporels, autres que des créances ou que des biens soumis à des nantissements spéciaux, est soumis au régime du gage de meubles corporels. Ces biens sont notamment les parts sociales, pour lesquels il n'est prévu aucun régime spécial de sûreté. Le régime du gage de meubles corporels prévoit deux formes d'opposabilité (C. civ., art. 2337). La première, traditionnelle, est la dépossession du débiteur au profit du créancier. L'entrée en possession

---

<sup>539</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°280, p. 272.

de la part du créancier permet en effet de rendre la sûreté opposable aux tiers, car aux yeux de tous le constituant n'apparaît ainsi plus comme le véritable propriétaire du bien. Bien que la question fasse débat – notamment pour ce qui concerne les valeurs mobilières et la possibilité de réaliser la dépossession par l'inscription en compte<sup>540</sup> –, la jurisprudence refuse de manière générale la possession des meubles incorporels. La possession devrait donc être restreinte à un *corpus* corporel, tangible, et ne pourrait s'étendre à des biens incorporels. Ceci est contestable, car la possession n'est pas l'appréhension de choses tangibles, mais l'exercice, par le possesseur, des prérogatives du propriétaire. Par conséquent, quand le bien est de nature incorporelle, la possession devrait être réalisée par la jouissance dont dispose le possesseur sur le bien<sup>541</sup>. Toutefois, il est difficile de concevoir la possession des meubles incorporels comme un mode satisfaisant d'opposabilité des sûretés grevant ces biens. Un des principes fondamentaux du droit des sûretés est que la sûreté ne peut procurer au créancier aucun enrichissement. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié sous l'égide de l'Association Henri prévoit une telle règle dès les premiers articles du Livre IV du Code civil consacré aux sûretés (art. 2286-3)<sup>542</sup>. Or il semble évident que la jouissance dont bénéficierait le créancier nanti au titre de la possession du bien constituerait une forme d'enrichissement qui ne serait pas admissible au regard de la nature des sûretés réelles. D'ailleurs, l'article L. 211-10 IV du Code monétaire et financier énonce que « le créancier nanti définit avec le titulaire du compte-titres les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti », ce qui signifie bien que la déclaration au teneur de compte du nantissement ne réalise pas une dépossession du constituant<sup>543</sup>. On peut ainsi considérer que l'inscription est la voie naturelle d'opposabilité des nantissements de meubles incorporels. Cette modalité a été introduite par la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006. L'inscription de la sûreté se fait donc sur un registre spécial tenu aux greffes des tribunaux de commerce dont le régime est prévu par le décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006 et l'arrêté du 1<sup>er</sup> février 2007. L'article 1<sup>er</sup> du décret prévoit que : « L'inscription du gage prévue à l'article 2338 du Code civil est faite à la requête du créancier sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation

---

<sup>540</sup> A.-V. LE FUR, « L'exemple des valeurs mobilières », *RLDC* 2009/65, suppl., n° 3626.

<sup>541</sup> A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Préf. L. AYNES, Avant-propos F. Terré, LGDJ, Bibl. de l'Institut André TUNC, 2008.

<sup>542</sup> Association Henri CAPITANT, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit.*, art. 2286-3.

<sup>543</sup> L. AYNES et P. CROQC avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière*, *op. cit.*, n°538, p. 355.

d'immatriculation, dans le ressort duquel est situé, selon le cas, son siège ou son domicile. » Soit le débiteur est une personne morale et la sûreté est inscrite au greffe du tribunal de commerce où il est immatriculé ou où il a de son siège social, soit le débiteur est une personne physique et l'inscription se fait au greffe du tribunal de commerce de son domicile. On le voit, le texte ne prévoit rien pour l'hypothèse dans laquelle le débiteur a son siège ou son domicile à l'étranger. Dans cette hypothèse, le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce préconise, en l'absence de texte, d'inscrire la sûreté au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le débiteur étranger a un établissement ou une résidence en France s'il s'agit d'une personne physique<sup>544</sup>. Si le constituant n'a ni établissement ni résidence en France – fait rare dans notre hypothèse, la localisation du constituant ayant vocation à permettre la localisation du bien grevé de la sûreté et donc la mobilisation de la méthode de l'adaptation –, alors on pourrait considérer que l'inscription doit se faire au greffe du tribunal de commerce de Paris.

351. **Nantissements de droits de propriété intellectuelle.** On l'a vu plus tôt, les droits de propriétés intellectuelles sont des choses incorporelles, c'est-à-dire des biens incorporels qui existent en dehors de tout rapport d'obligation. Une des caractéristiques essentielles des choses incorporelles est la compensation de leur immatérialité, de leur intangibilité, par leur inscription sur un registre qui manifeste, aux yeux du monde, leur existence. Ceci s'avère précieux lorsqu'il s'agit d'envisager la constitution de sûretés sur ces biens, car le législateur n'a qu'à centraliser l'inscription des sûretés sur le registre prévu pour la constitution du bien intellectuel. L'article L. 613-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « Tous les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet doivent, pour être opposables aux tiers, être inscrits sur un registre, dit Registre national des brevets, tenu par l'Institut national de la propriété industrielle. » Le nantissement de brevets doit donc, pour être opposable aux tiers, faire l'objet d'une inscription. Le texte prévoit que la sûreté est, en l'absence d'inscription, opposable aux tiers, ayant acquis des droits après la constitution de la sûreté, qui avaient connaissance de celle-ci lors de l'acquisition de leurs droits. De même, l'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi n°94-361 du 10 mai 1994, prévoit que le nantissement des droits d'exploitation des logiciels doit, pour être opposable aux tiers, faire l'objet d'une inscription sur le registre spécial des logiciels dont le fonctionnement est prévu aux articles R. 132-8 et

---

<sup>544</sup> <https://www.cngtc.fr/fr/fichier-national-des-inscriptions-des-gages-sans-depossession.html>

suivants du Code de la propriété intellectuelle. Le Code de la propriété intellectuelle envisage le nantissement portant sur une marque (CPI, art. L. 714-1), des dessins et modèles (CPI, art. R. R. 512-5), des obtentions végétales (CPI, art. L. 623-14, art. L. 623-24 et art. R. 623-26) et des topographies de produits semi-conducteurs (CPI, art. L. 622-7) sans pour autant organiser des régimes juridiques spécifiques. Par analogie, il faut considérer que ces nantisements doivent faire l'objet d'une inscription sur le registre spécial pour chacun de ces biens tenu à l'INPI. À cet égard, on pourrait considérer qu'il faille faire exception à la méthode de l'adaptation au cas où une sûreté étrangère sur un droit de propriété intellectuelle a fait l'objet d'une inscription sur un registre international (registre des marques communautaires, des dessins et modèles communautaires tenus auprès de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle ; registre européen des brevets tenu auprès de l'Office européen des brevets ; registre international des marques et des dessins et modèles tenus auprès de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) auquel les tiers étaient tenus de se référer conformément au droit français. Dans tous les autres cas, le titulaire d'un nantissement de propriété intellectuelle constitué à l'étranger devra accomplir l'ensemble des formalités prévues par le droit français pour les sûretés françaises portant sur ces biens.

352. **Nantisements de fonds.** L'article L. 142-4 du Code de commerce exige que l'inscription soit prise, à peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif, écrit dûment enregistré. Les nantisements de fonds artisanal et de fonds agricole suivent les mêmes règles que le nantissement de fonds de commerce. L'inscription du nantissement de fonds de commerce se fait sur le registre des privilèges et des nantisements tenus par le greffier de chaque tribunal de commerce. Naturellement, le greffe compétent est celui dans lequel le fonds est localisé, c'est-à-dire au lieu d'exploitation, là où le commerçant accueille sa clientèle, principal actif du fonds. En cas de fonds de commerce international, le fonds est localisé au lieu de l'établissement principal. Lorsque la sûreté étrangère porte sur le fonds de commerce localisé en France, le créancier devra respecter les règles d'opposabilité prévues par le nantissement de fonds de commerce et faire inscrire son droit au registre des privilèges et nantisements du greffe du tribunal de commerce compétent. Toutefois, lorsque la sûreté étrangère porte sur un élément du fonds, par hypothèse un autre bien incorporel (par exemple, un droit de propriété intellectuel), le créancier devra procéder à une double inscription : l'une à titre général en tant que le bien fait partie du fonds de commerce, l'autre à titre particulier pour le bien lui-même. Ceci constitue une application de

la règle de la priorité du rattachement particulier sur le rattachement général précédemment posée<sup>545</sup>.

353. Bien que la publicité bénéficie d'un domaine étendu en droit des sûretés réelles, cela ne signifie pas qu'elle soit complètement généralisée en droit positif. Il existe encore des cas où, à l'instar des droits réels principaux, des sûretés réelles, notamment sur biens incorporels, deviennent opposables du seul fait de leur constitution, sans aucune formalité de publicité. Elles vivent donc sous un régime de totale clandestinité.

#### b) Opposabilité automatique

354. **Clandestinité du nantissement de créance : en contrepartie, respect des conditions de constitution par le créancier nanti d'une sûreté étrangère.** Depuis la réforme du 23 mars 2006, le nantissement de créance est opposable aux tiers, à l'exclusion du débiteur de la créance nantie, à la date de l'acte sans aucune forme de manifestation extérieure<sup>546</sup>. En effet, l'article 2361 du Code civil prévoit que : « Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. » Une telle clandestinité menace grandement la sécurité des tiers, en ce qu'ils ne peuvent compter sur rien d'autre que la bonne foi du constituant pour être tenus au courant de l'existence du nantissement. C'est pourquoi plusieurs auteurs ont regretté que la réforme du 23 mars 2006 n'ait pas retardé l'opposabilité du nantissement aux tiers à la date de sa notification<sup>547</sup>. L'article 131 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA prévoit ainsi que le nantissement de créance « devient opposable aux tiers à compter de son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, et ce, quelles que soient la loi applicable à la créance et la loi du pays de résidence de son débiteur. » Si cette disposition était transcrite en droit français, cela signifierait que le nantissement de créance devrait être inscrit au registre spécial du gage de meubles sans dépossession tenu aux greffes des tribunaux de commerce. Il est à noter qu'une telle disposition pourrait nuire au secret des

---

<sup>545</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°272, p. 379 et s. ; *supra*, n°200, p. 158 et s.

<sup>546</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°281, p. 274.

<sup>547</sup> F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Préf. L. AYNES, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2007, n°322 ; N. CAYROL, « Saisie-attribution : conflit avec les tiers », *Juris.-Classeur Procédure.*, fasc. 1670, 2020, n°80 ; G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse, Paris II, 2006, n°324 et s. Contra : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, Préf. Laurent AYNES, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2012, n°37, p. 31.

affaires. C'est pourquoi notamment, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté en 2017 par la Commission GRIMALDI sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT a choisi de maintenir la clandestinité du nantissement de créance en ne modifiant pas le texte de l'article 2361<sup>548</sup>. Ainsi, le créancier dont la sûreté étrangère se verra transposée au droit français par le nantissement de créance comme catégorie de rattachement sera opposable aux tiers par sa seule constitution. Il est donc à noter que c'est un des seuls cas où la méthode de l'adaptation impose le respect des règles de constitution à la sûreté étrangère reçue dans l'ordre juridique français et notamment la rédaction d'un écrit. En l'espèce, les règles de constitution deviennent des lois de police en ce que leur respect ou leur violation est susceptible d'avoir une incidence sur les tiers. Toutefois, cela ne devrait pas poser beaucoup de problèmes du fait que de nombreux droits exigent la rédaction d'un écrit pour la constitution de sûretés<sup>549</sup>. En dépit de cette clandestinité à l'égard des tiers, la sûreté étrangère, pour être opposable au débiteur de la créance nantie, devra lui être notifiée ou il devra intervenir à l'acte de constitution, la première option paraissant la plus plausible dans un contexte international.

355. **Clandestinité de la cession de créance par bordereau Dailly et fiducies-sûretés spéciales portant sur des instruments financiers.** La même clandestinité existe pour la cession de créances par bordereau Dailly : « La cession des créances professionnelles par bordereau Dailly est une garantie totalement occulte puisqu'elle est opposable aux tiers dès la date figurant sur le bordereau (CMF, art. L. 313-27). Et il en va de même de la plupart des fiducies-sûretés spéciales portant sur des instruments financiers, qu'il s'agisse des dépôts de garanties auprès des chambres de compensation (CMF, art. L. 440-7) ou des remises en propriétés garantissant des obligations financières (CMF, art. L. 211-38 I), encore que ces sûretés s'accompagnent d'une forme de mise en possession du créancier, qui confère à la sûreté une relative visibilité<sup>550</sup>. » Ce sont donc les mêmes raisonnements qui s'appliquent à ces sûretés que ceux qui valent pour l'adaptation de la sûreté étrangère par le nantissement de créance.

356. **Semi-clandestinité du nantissement de compte-titres.** Le nantissement de compte-titres, institué par la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, est le successeur du gage de compte d'instruments financiers. Son

---

<sup>548</sup> Association Henri CAPITANT, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, op. cit., art. 2361.

<sup>549</sup> Par ex. le droit américain, v. *supra*, n°328, p. 263 et s.

<sup>550</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°368, p. 374.

régime est codifié à l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier. Cet article prévoit que « le nantissement d'un compte-titres est réalisé, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte. » Le nantissement prend la forme d'un compte spécial sur lequel les titres nantis sont isolés des autres actifs du débiteur. Le compte est tenu soit par un intermédiaire mentionné, un dépositaire central, pour les titres au porteur ou au nominatif administré, soit par la personne morale émettrice pour les titres nominatifs purs. Le compte est détenu par ces tiers qui a la charge de le faire fonctionner suivant les instructions du titulaire ou du créancier gagiste<sup>551</sup>. La déclaration effectuée par ce teneur de compte est essentielle. Elle marque le moment de constitution du nantissement et c'est également sa date qui permet de trancher les conflits avec les tiers. C'est pourquoi la déclaration doit obligatoirement être datée et contenir les mentions prévues à l'article D. 211-10 du Code monétaire et financier : le fait qu'il s'agisse d'une « déclaration de nantissement de compte de titres financiers » ; la mention de sa soumission à l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier ; le nom ou la dénomination sociale ainsi que l'adresse ou, s'il s'agit de personnes morales, le siège social du constituant et du créancier nanti ; le montant de la créance garantie ou à défaut, les éléments permettant d'assurer l'identification de cette créance ; les éléments d'identification du compte spécial ; la nature et le nombre des titres financiers inscrits initialement au compte nanti. Peut-on considérer que cette déclaration puisse véritablement se substituer à une véritable mesure de publicité ? Pour cela, il faudrait qu'elle s'apparente à une véritable dépossession ou à un l'équivalent d'une inscription sur registre. Or tel n'est pas le cas. D'abord, il ne peut s'agir d'une véritable dépossession, car le titulaire du compte-titres continue de définir avec le créancier nanti les conditions dans lesquelles il peut être disposé des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti. Par conséquent, cela suppose que le constituant demeure en possession du bien nanti. Ensuite, cela ne peut être évidemment être associé à une inscription sur registre que les tiers intéressés peuvent consulter à loisir. Ainsi, on peut parler de « semi-clandestinité », « le teneur de compte jouant le rôle d'agent de publicité<sup>552</sup>. »

357. Compte tenu de ces insuffisances du droit français quant à la transparence des sûretés réelles, il convient, pour les besoins de mise en œuvre de la méthode de l'adaptation,

---

<sup>551</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n°538, p. 355.

<sup>552</sup> *Ibid.*

d'examiner les correctifs qui peuvent être apportés d'une part à l'éparpillement des registres et d'autre part à la clandestinité de certaines sûretés.

2) *De lega ferenda*. Correctifs liés à la situation internationale

358. **Minimisation des risques.** On l'a vu, le caractère international des différentes sûretés étrangères risque de poser quelques difficultés dans les modalités d'opposabilité. À quel moment doit-il être procédé à la mesure d'opposabilité ? Si l'opposabilité implique une mesure de publicité, sur quel registre la sûreté étrangère doit-elle être publiée ? Que faire des sûretés locales de rattachement dont le régime prévoit une opposabilité automatique ? Les problèmes induits par ces questions risquent de constituer un danger à la fois pour le créancier et pour les tiers. Pour le créancier, le risque est de voir sa sûreté rendue inopposable, et donc inefficace, dans l'ordre juridique français ou encore de la voir rendue opposable postérieurement à celles de ses concurrents, et donc moins efficace. Pour les tiers, le risque est évidemment de voir une sûreté étrangère primer leur droit réel sur le bien grevé alors même qu'il n'était pas mis au courant de cette situation au moment de la constitution de celui-ci. Afin de minimiser ces risques, il pourrait s'avérer indispensable d'introduire deux correctifs à la méthode de l'adaptation. Le premier, de nature législative ou réglementaire, vise à pallier le caractère épars des différents registres en instaurant un registre propre aux sûretés internationales (a) ; le second, de nature jurisprudentielle, vise à pallier le défaut d'information des tiers liée au rattachement de la sûreté étrangère à une sûreté locale occulte en imposant au débiteur une obligation d'information à l'égard des tiers bénéficiant de droits sur le bien grevé (b).

a) Correctif visant à pallier le caractère épars des différents registres : instauration d'un registre propre aux sûretés internationales

359. **Difficultés matérielles d'inscription des sûretés étrangères.** « Le meilleur moyen de construire un ordre juridique accueillant à l'égard des formes étrangères de sûretés, tout en respectant l'opinion législative quant au rejet du caractère occulte de certaines situations, consiste à imposer un enregistrement des sûretés dont la publicité en France ne peut être effectuée par une personne qui n'y est pas implantée. De ce fait, il est nécessaire d'instaurer un registre propre à assurer l'opposabilité de la sûreté d'une part et une

information efficace et réelle des tiers d'autre part<sup>553</sup>. » Prôner le respect des modalités d'opposabilité des sûretés locales par les sûretés étrangères est une chose, en assurer l'efficacité pratique en est une autre. En effet, il peut être matériellement difficile pour un créancier étranger de faire publier sa sûreté sur un registre français. Outre qu'il faut déterminer quel est le registre adéquat, il pourrait encore se voir contraint par des modalités d'inscription qui ne prendraient pas en compte son défaut d'établissement sur le territoire français. Chaque État a créé un système de publicité des droits réels propre à son système juridique, ne prenant généralement en compte que les sûretés prévues par la législation nationale, ce qui, quelquefois, empêche le créancier de se conformer aux prescriptions locales. Par exemple, dans l'affaire *Localease*, il était question d'un contrat de crédit-bail conclu en Allemagne selon le droit allemand dans l'intérêt d'un locataire établi en Allemagne. Le bien ayant été déplacé sur le territoire français, le créancier a demandé à voir ses droits reconnus devant le juge français. Or, pratiquer la méthode de l'adaptation s'est avéré assez complexe en raison des difficultés matérielles à inscrire la sûreté sur le registre français. L'ancien article 3 du décret n°72-665 du 4 juillet 1972 relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière et immobilière, applicable à l'époque, imposait l'inscription de la sûreté au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel le client de l'entreprise de crédit-bail est immatriculé à titre principal au registre du commerce, à défaut de quoi, elle était rendue inopposable aux tiers. Le locataire étant situé en Allemagne, l'inscription était matériellement impossible. Pour parer à cela, la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 mai 1982<sup>554</sup>, a toutefois considéré que « le droit était opposable aux tiers nonobstant l'absence de toute publicité<sup>555</sup>. »

360. **Solutions de droit positif : connaissance effective et opposabilité automatique.** Face à ces difficultés, le droit positif nous autorise deux attitudes. La première consiste à poser une règle d'opposabilité par connaissance effective de la situation par le tiers ; la seconde vise à accepter le risque d'une opposabilité automatique des sûretés étrangères comme on accepte celui des sûretés clandestines dans l'ordre interne. L'une et l'autre ne sont pas satisfaisantes. *La règle de la connaissance effective de la sûreté étrangère par les tiers* « prescrit de considérer que même si la formalité de publicité requise n'a pas été

---

<sup>553</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°493, p. 267.

<sup>554</sup> Cass. com., 11 mai 1982, *Soc. Localcase*, RCDIP, 1983, p. 450, n. G. KHAIRALLAH ; D. 1983, p. 271, n. C. WITZ.

<sup>555</sup> P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, op. cit., n°695, p. 481 et s.

accomplie, la sûreté est opposable aux tiers dont il est prouvé qu'ils avaient effectivement connaissance de l'existence de la sûreté (ou qu'ils pouvaient en avoir connaissance, « compte tenu des circonstances de l'espèce »)<sup>556</sup>. » On le verra plus loin, cette proposition est intéressante – d'ailleurs elle existe à de nombreux égards en droit français – mais ne doit pas constituer la seule voie vers l'opposabilité de la sûreté étrangère. On pourrait considérer en effet que par leur connaissance effective, satisfaite notamment par l'obligation précontractuelle d'information du débiteur<sup>557</sup>, l'information des tiers est atteinte par une autre modalité que l'inscription. Toutefois, cette solution, séduisante au premier abord, n'a rien de satisfaisant en pratique. On l'a dit, les sûretés ont vocation à faire primer un créancier sur tous les autres ; à soustraire, au moins de manière temporaire, à la communauté des créanciers, une fraction du patrimoine du débiteur. Il s'agit donc d'un *phénomène de masse* en ce sens qu'il ne concerne pas des créanciers individuels, mais une multitude de créanciers en relation avec le débiteur<sup>558</sup>. Ce principe impliquerait que chaque tiers soit informé de manière individuelle de l'existence d'une sûreté étrangère grevant le bien sur lequel il prétend prendre un droit réel. Ceci est très difficile en pratique. Cette règle ne peut donc servir que de dispositif complémentaire et annexe à un véritable système d'opposabilité effective des sûretés étrangères. Au cas par cas, on pourrait ainsi considérer que lorsque le créancier a effectué toutes les démarches nécessaires pour inscrire son droit, qu'il n'y est pas parvenu en raison des difficultés pratiques de la chose, ou que le tiers est de mauvaise foi, sa connaissance effective de la situation conduit à ce que le créancier nanti d'une sûreté étrangère voit son droit reconnu. *La seconde solution consiste à admettre le risque d'introduction dans l'ordre juridique français de sûretés étrangères clandestines.* Compte tenu du retard pris par le droit français sur le sujet de la transparence des sûretés réelles, il existe de nombreuses sûretés occultes, c'est-à-dire des droits réels accessoires qui sont rendus opposables du seul fait de leur constitution sans manifestation extérieure. La solution consistant à étendre ce risque aux sûretés étrangères et à s'en satisfaire n'est pas raisonnable. Certes, l'opposabilité automatique est le principe et l'opposabilité par inscription est l'exception. Pourtant, les sûretés réelles étant dirigées contre les tiers principalement, en la matière, l'ordre des choses doit s'inverser. On comprend immédiatement le risque qu'il y a à permettre l'introduction de sûretés occultes en droit français : les tiers verraient leur droit de gage général réduit et leur position réduite à

---

<sup>556</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°473, p. 260.

<sup>557</sup> *Infra*, n°365 et s., p. 286 et s.

<sup>558</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°478, p. 262.

néant sans même en avoir été informés, ce qui porterait une atteinte considérable à l'ordre juridique et économique français. L'opposabilité automatique sera déjà applicable aux sûretés étrangères dans les cas où elles seront assimilées aux sûretés françaises clandestines, il n'est pas non plus besoin d'étendre cette faveur aux sûretés à inscrire pour la seule raison que l'inscription est matériellement compromise. Ainsi en l'absence de solution satisfaisante en droit positif pour pallier les insuffisances du système d'inscription français à l'égard des sûretés étrangères, il convient de se tourner vers le droit prospectif et les propositions d'instauration d'un registre unique et centralisé.

361. **Solutions de droit prospectif : l'instauration d'un registre unique et centralisé.** Les arguments en faveur d'un registre unique et centralisé sont nombreux<sup>559</sup> : amélioration de la libre circulation au sein de l'Union européenne, développement du crédit, réponse à la demande croissante d'une meilleure publicité, caractère déterminant de l'information pour la solvabilité des entreprises, etc. L'exemple emblématique de ce système est évidemment celui des États-Unis<sup>560</sup> dans lequel « toute convention créant une garantie sans dépossession sur les meubles doit être publiée auprès d'une administration unique dans l'État. Cette publicité est peu coûteuse et consiste en un bordereau mentionnant les informations financières et juridiques essentielles ; elle détermine l'opposabilité de la sûreté et son rang chronologique<sup>561</sup>. » En France, dénonçant le risque d'augmentation des coûts du crédit, les banques ont montré une certaine réticence à cette réforme. En effet, les coûts de l'investissement liés à la publicité, y compris pour l'État, pourraient être colossaux et conduire à une répercussion de ces frais sur les emprunteurs. Toutefois, on peut considérer l'instauration d'un tel registre comme le meilleur moyen d'informer les tiers de l'arrivée, dans l'ordre juridique français, d'une sûreté étrangère. Ainsi, le projet pourrait consister en l'instauration d'un registre *unique, centralisé et informatisé*. *Unique* parce qu'il serait commun à toutes les sûretés étrangères, régulièrement créées et rendues opposables dans leur État d'origine, dont la publicité en France ne peut être assurée pour des raisons matérielles, soit que la sûreté locale de transposition est une sûreté occulte (nantissement de créance par exemple), soit que le registre national ne permet pas l'inscription. *Centralisé*, car « s'il est posé dès le départ que la publicité de telle opération de garantie ne se fait que sur un registre, les tiers n'ont plus d'excuse de la seule consultation de la publicité effectuée dans le ressort de

---

<sup>559</sup> Ch. MOULY, « La publicité des sûretés réelles mobilières », *European Review of Private Law*, 1998 vol. n°6, p. 51 s., n°7, p. 57.

<sup>560</sup> *Supra*, n°330 et s., p. 265 et s.

<sup>561</sup> Ch. MOULY, « La publicité des sûretés réelles mobilières », art. préc., n°7, p. 57.

leur lieu d'établissement<sup>562</sup>. » *Informatisé* pour éviter toute forme d'engorgement du système. Dans une optique de protection du secret des affaires, il est nécessaire que l'inscription ne porte pas sur l'intégralité de l'opération ou encore sur la situation financière du débiteur, mais concerne seulement l'identification des parties et la description du bien grevé<sup>563</sup>.

362. L'instauration d'un registre national de publicité des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français semble le mieux à même de satisfaire aux critères de qualification d'une mesure de publicité posés par le professeur Sabine CORNELOUP dans sa thèse de doctorat<sup>564</sup>. Selon cette dernière, pour qualifier une mesure de publicité, il convient de vérifier qu'elle soit « matériellement apte à informer le public<sup>565</sup> » : « Lorsque nous disons que l'information doit être effective, nous voulons donc, bien entendu, exclure de la notion de publicité toutes les hypothèses où l'information des tiers est seulement fictive. Toutefois, le terme d'effectivité de l'information ne signifie pas que les tiers doivent être informés automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de leur part d'accomplir une démarche supplémentaire. L'effectivité signifie simplement que lorsque le prétendu instrument de publicité a été accompli, les tiers doivent avoir la possibilité concrète de prendre connaissance de la mesure. Par exemple, l'inscription d'un acte sur un registre public réalise une information effective dans la mesure où les tiers peuvent consulter le registre. En revanche, si malgré la volonté de réaliser des démarches supplémentaires, les tiers ne peuvent pas parvenir à obtenir connaissance d'un certain élément, il n'est pas possible de considérer que la mesure a été accomplie possède une fonction d'information. La mesure considérée ne constitue pas, dans ce cas, une publicité<sup>566</sup>. »

363. Si le législateur souhaitait mettre en place un tel registre, il pourrait s'inspirer des travaux fournis par la CNUDCI. En 2013, elle a fait paraître le *Guide sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières*. Cet instrument a vocation « à promouvoir l'harmonisation des régimes nationaux d'inscription des sûretés et une bonne coordination entre les registres nationaux des sûretés, ce qui pourrait, par ailleurs, faciliter la

---

<sup>562</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°506, p. 271.

<sup>563</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse préc., n°573, p. 298 et s..

<sup>564</sup> S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse préc., n°190 et s., p. 204 et s.

<sup>565</sup> S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse préc., n°196 et s., p. 212 et s.

<sup>566</sup> *Ibid.*

reconnaissance internationale des sûretés et donc le commerce international, lequel, s'il repose sur l'égalité et l'intérêt partagé de tous les États<sup>567</sup>. » Ce document très complet – peut-être trop ? – offre toutes les étapes de création d'un tel registre (nomination de l'administrateur, durée de l'inscription, etc.) et *va même jusqu'à recommander les horaires de fonctionnement*<sup>568</sup> !

364. Si le registre constitue probablement la solution la plus pertinente pour régler les difficultés liées à l'internationalité des sûretés en jeu, rien n'a été fait au niveau législatif ou réglementaire pour le mettre en place. Par conséquent, il convient de trouver des solutions alternatives pour pallier les insuffisances incompressibles de la méthode de l'adaptation *hic et nunc*, sans attendre la mise en place du registre. D'où l'idée de mobiliser le droit commun des contrats et de poser une obligation pour le débiteur d'informer les tiers avec qui il est en négociation pour la conclusion d'un contrat de sûreté sur un bien de l'existence d'un créancier nanti d'une sûreté étrangère portant sur le même bien et de doubler cette obligation d'une règle, annexe et complémentaire, d'opposabilité par connaissance effective de la sûreté, sans pour autant soustraire le créancier à son obligation d'inscription lorsqu'elle est imposée par le droit français.

b) Correctif visant à pallier le rattachement à une sûreté locale occulte : obligation du débiteur d'informer les tiers bénéficiant de droits sur le bien objet de la sûreté

365. **Recherche d'un fondement juridique.** La difficulté consiste à déterminer un fondement à l'obligation du débiteur d'informer ses créanciers de l'existence d'une sûreté étrangère. En somme, cette obligation se rapporte à un devoir d'information : mettre au courant le créancier qui souhaiterait se voir consentir un droit réel sur un bien de la constitution d'une sûreté étrangère antérieure sur celui-ci. En jurisprudence, il est admis de longue date que les négociations contractuelles sont gouvernées par le principe de bonne foi<sup>569</sup>. Les parties se trouvent dans l'obligation de respecter certaines règles de conduite dans la période précontractuelle. Celles-ci ne vont évidemment pas jusqu'à l'obligation de conclure

---

<sup>567</sup> Présentation du *Guide de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières*, 2013. Disponible en ligne :

[https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests/legislativeguides/security\\_rights\\_registry](https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests/legislativeguides/security_rights_registry)

<sup>568</sup> Le guide préconise que le registre soit ouvert entre 9 heures et 17 heures, v. CNUDCI, *Guide de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières*, 2013, n°92 et s., p. 39 et s.

<sup>569</sup> M. FABRE-MAGAN, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, Thémis droit, PUF, 5<sup>ème</sup> éd., maj. 2019, n°364, p. 289 et s.

le contrat, mais au moins d'adopter « un comportement loyal vis-à-vis de son partenaire : il ne faut pas le tromper pour l'induire à conclure le contrat (...)»<sup>570</sup>. » La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a introduit un devoir général d'information à l'article 1112-1 du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. » Une telle disposition n'a rien de nouveau, elle existait déjà dans le droit de la consommation. En 2016, le législateur a estimé « opportun de consacrer dans le Code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles<sup>571</sup>. » En raison de cette obligation prévue à l'article 1112-1 du Code civil, on peut estimer que le débiteur en négociation avec un tiers sera tenu d'informer ce dernier de l'existence d'une sûreté étrangère sur le bien objet du contrat, qu'elle ait été rendue opposable ou non dans l'ordre juridique français. Pour les contrats conclus et les négociations intervenues avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, il semble qu'il faille trouver le fondement dans la jurisprudence antérieure. Le texte reprenant largement les acquis jurisprudentiels s'étant développés à travers la notion de réticence dolosive, ceci ne devrait pas poser grand peine.

**366. Conditions d'existence du devoir précontractuel d'information et insertion dans la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères.** Trois conditions doivent être réunies pour que le défaut d'information d'une des parties ouvre droit à réparation ou à l'annulation du contrat par l'autre. En premier lieu, l'information litigieuse, cachée par une partie, doit être *déterminante pour le consentement de l'autre*. Le texte, en son alinéa 3, définit les informations d'importance déterminante comme celles ayant « un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. » En somme, l'information doit être plus que déterminante, pertinente. L'information déterminante est celle sans laquelle la partie lésée n'aurait pas conclu le contrat. L'information pertinente va au-delà. Elle est celle

---

<sup>570</sup> M. FABRE-MAGAN, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n°364, p. 290.

<sup>571</sup> *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 11 février 2016 : « Est ensuite introduite l'existence d'un devoir général d'information (article 1112-1), d'ordre public. Une telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le Code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général. »

qui concerne également le contenu du contrat<sup>572</sup>. Cette notion se rapporte aux informations relatives à la prestation fournie, à la contrepartie reçue, à la licéité de l’opération, ou encore à la finalité poursuivie<sup>573</sup>. La notion de finalité poursuivie est ici d’une importance capitale, car cela signifie que le débiteur ne peut ignorer la finalité du contrat de sûreté, offrir au créancier nanti, pour la garantie de sa créance, non la solvabilité d’une personne, mais la valeur de la chose qui en est grevée. En second lieu donc, *le débiteur de cette obligation doit avoir une connaissance effective de l’information*. La loi n’impose pas « un devoir général de connaissance<sup>574</sup> » ou « un devoir de se renseigner pour mieux informer<sup>575</sup> », mais *impose simplement au débiteur qui connaîtrait l’information d’une importance déterminante d’en informer le créancier*. Le débiteur ne peut ignorer que si le créancier bénéficie d’une sûreté réelle, c’est dans le but de se prémunir contre l’insolvabilité du débiteur en se faisant consentir un droit prioritaire sur le bien grevé. Il va de soi que l’existence d’un créancier étranger, dont la sûreté a été constituée antérieurement sur le même bien et dans les formes d’une sûreté étrangère, est une information déterminante que le débiteur ne peut passer sous silence. Enfin, *le créancier de l’obligation doit légitimement ignorer l’existence de cette information*. Pour résumer la chose, François CHENEDE dit qu’il « va de soi que l’information n’est pas due à celui qui la connaît déjà<sup>576</sup>. » Toutefois, le contractant ne peut se contenter de la passivité. Bien que créancier d’une obligation d’information, il est tout de même tenu de se renseigner lorsque cela lui est possible, d’où l’utilisation de la notion d’ignorance légitime. En jurisprudence, l’ignorance est jugée légitime lors que le créancier de l’obligation était dans l’obligation de découvrir par lui-même l’information déterminante ou lorsqu’il pouvait, au regard de la relation de confiance qu’il avait avec le débiteur, légitimement espérer que celui-ci la lui révèle. On le voit, la responsabilité extracontractuelle du débiteur ne peut être recherchée sur le fondement de l’article 1112-1 du Code civil lorsque la sûreté étrangère aura fait l’objet d’une mesure d’opposabilité publicitaire. En d’autres termes, lorsqu’elle n’aura pas été assimilée à une sûreté française occulte, car en dehors de ces hypothèses, le créancier tiers aura été en mesure de connaître l’existence d’une sûreté étrangère et donc son ignorance sera dénuée de la légitimité exigée par la loi.

---

<sup>572</sup> M. FABRE-MAGAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n°367, p. 291 et s.

<sup>573</sup> F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2019-2020, n°122.42, p. 34.

<sup>574</sup> F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – innovations – perspectives*, op. cit., n°122.43, p. 34 et s.

<sup>575</sup> *Ibid.*

<sup>576</sup> F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – innovations – perspectives*, op. cit., n°122.44, p. 35.

367. La réunion de toutes ces conditions fait que rien ne s'oppose à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle du débiteur qui n'aurait pas informé le tiers avec qui il est en relation précontractuelle de l'existence d'une sûreté étrangère adaptée à une sûreté locale occulte. Les modalités d'engagement de cette responsabilité seront analysées dans la prochaine section consacrée aux effets de l'opposabilité de la sûreté étrangère dans l'ordre juridique français.

## ***Section 2 : Effets de l'opposabilité de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté locale***

368. Le respect des règles françaises d'opposabilité par la sûreté étrangère a pour effet de permettre au créancier de conserver le rang qui était le sien à la date de l'opposabilité de la sûreté dans l'État de constitution, sauf à constater de sa part une fraude à la loi. Cette conséquence de base du respect de la méthode de l'adaptation est évidente en dehors des cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur (1.). La faillite du débiteur va venir perturber le processus d'adaptation et imposer des restrictions au créancier étranger qu'il convient d'analyser (2.).

### *1. Effets en dehors d'une procédure collective*

369. En dehors de toute procédure collective donc, la satisfaction des conditions de mise en opposabilité de la sûreté étrangère conformément aux règles du droit français a pour effet d'offrir au créancier le rang qui était le sien à la date d'opposabilité de la sûreté dans l'ordre juridique de constitution (A.). On a déjà vu que la connaissance effective de la situation par les tiers peut servir de correctif en cas de manquement aux règles françaises d'opposabilité. Il convient par conséquent d'envisager les modalités d'engagement de la responsabilité extracontractuelle du débiteur pour défaut d'information des tiers de l'existence d'une sûreté étrangère grevant le bien convoité (B.).

#### A. Opposabilité de la sûreté étrangère dans les mêmes conditions que dans l'ordre juridique de constitution

370. L'opposabilité des sûretés clandestines (1) et celle des sûretés soumises à publicité (2) étant fondamentalement différentes quant à leur mise en œuvre, il convient de les analyser séparément et successivement.

##### 1) Opposabilité des sûretés clandestines

371. Lorsque l'on envisage l'opposabilité d'une sûreté étrangère assimilée, en raison des critères précédemment posés, à une sûreté française clandestine – nantissement de créance, cession de créances professionnelle, nantissement de compte-titres notamment –, il

convient de s'interroger sur le point de savoir si elle doit également bénéficier de l'opposabilité automatique. Sur ce point, deux positions sont possibles : la première consiste à de donner à cette interrogation une réponse positive ; la seconde à conditionner l'opposabilité automatique à une connaissance effective de la sûreté. L'équité et la nécessaire cohérence du droit international privé français nous font pencher du côté de la première proposition.

372. **Deux propositions.** *La première proposition est celle de l'opposabilité automatique.* L'opposabilité automatique – au jour de la constitution de la sûreté – dont bénéficie la sûreté locale signifie l'application symétrique des mêmes conditions d'opposabilité pour la sûreté étrangère à laquelle il est appliqué la méthode de l'adaptation. La sûreté est donc opposable dans l'ordre juridique français au jour de sa constitution dans son ordre juridique de référence. Cela signifie-t-il pour autant que le créancier est exempté de toute forme de diligence à l'égard de l'ordre juridique français ? Évidemment non. Il est possible de dégager trois modalités que celui-ci sera tenu de respecter s'il souhaite bénéficier de l'opposabilité automatique. La première, déjà évoquée, porte sur *le respect des conditions d'opposabilité de l'État d'origine*. En effet, puisque l'une des conséquences principales de l'application de la méthode d'adaptation est la priorité du créancier à la date de sa mise en opposabilité initiale, alors il est évident que, pour en bénéficier, ces conditions d'opposabilité d'origine doivent avoir été respectées, peu importe que le droit français prévoit une opposabilité automatique. Ainsi, la sûreté étrangère sur créance constituée dans un pays imposant l'inscription à des fins d'opposabilité devra avoir satisfait à cette condition de publicité pour bénéficier de l'opposabilité automatique applicable au nantissement de créance. Ceci est une règle de bon sens qui permet, encore une fois, de vérifier que la sûreté étrangère n'a pas été constituée à l'étranger dans le seul but de contourner les règles impératives du droit français. Il va également de soi que le créancier devra respecter les conditions d'opposabilité de la sûreté au débiteur de la créance nantie dans les mêmes conditions que ce que prévoit la loi, notamment l'article 2362 du Code civil. C'est le sens de la méthode de l'adaptation. La deuxième porte sur *le respect des conditions de constitution de la sûreté française de rattachement*. Certes les sûretés clandestines sont rendues opposables aux tiers au jour de leur constitution. Pourtant, elles se doivent de respecter les conditions de constitution prévues par la loi. Par exemple, la cession Dailly est un acte formaliste soumis à de strictes conditions de forme. Le bordereau Dailly doit comporter, à peine de nullité, des mentions obligatoires prévues à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier, notamment la date de la cession. Cette dernière mention est évidemment essentielle, car elle

détermine le jour à partir duquel la cession Dailly produit ses effets à l'égard des tiers<sup>577</sup>. Ainsi, le créancier étranger devra satisfaire à cette condition de constitution. Ceci constitue, sans nul doute, une exception au principe selon lequel les règles de constitution des sûretés ne sont pas des règles internationalement impératives. Quelle en est la raison ? Les règles de constitution ne sont pas impératives en ce qu'elles ne visent, généralement pas, à protéger les tiers, mais le constituant. Or dans une pareille hypothèse, l'ordre des choses s'inverse, car le respect des règles de constitution vaut opposabilité de la sûreté. Ainsi, conformément au critère posé de la protection des tiers, elles deviennent des règles impératives auxquelles ne peut se soustraire le créancier cherchant à bénéficier de la méthode de l'adaptation. Enfin, la dernière modalité porte sur *la charge de la preuve*. La jurisprudence devrait intervenir pour renverser la charge de la preuve au détriment du créancier. Ce serait, dans notre système, au créancier de prouver les conditions d'opposabilité dans l'État d'origine et de constitution dans l'État d'adaptation ont été respectées. Ceci est une application classique des principes français de la charge de la preuve selon lesquels celui qui prétend exercer un droit doit en prouver son existence.

373. *La seconde proposition est celle de l'opposabilité automatique à condition que les tiers aient une connaissance effective de la sûreté.* Face aux conséquences néfastes que l'application de la première proposition pourrait causer aux tiers, on pourrait être tenté de conditionner l'opposabilité de la sûreté conformément à l'État de constitution à la connaissance effective de la situation par les tiers. Donner effet à la connaissance effective de la sûreté par les tiers existe déjà en droit français. L'article R. 313-10 du Code monétaire et financier régissant la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière dispose que : « Si les formalités de publicité n'ont pas été accomplies dans les conditions fixées aux articles R. 313-4 à R. 313-6 [publication sur un registre ouvert à cet effet au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire statuant commercialement], l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits. » Ainsi la connaissance effective de la situation par les tiers peut avoir un effet sur l'opposabilité de la sûreté. Il est en effet des cas où malgré le non-respect des règles requises pour rendre opposable un droit, celui-ci est tout de même opposable à un tiers qui en a eu connaissance ou qui aurait dû en avoir connaissance,

---

<sup>577</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n°768, p. 467 et s.

notamment par l'information qui lui en est donnée par le bénéficiaire de ce droit. Toutefois, comme l'explique Sabine CORNELOUP, cette règle complémentaire ne peut s'appliquer à toutes les matières : « Elle est tout à fait adaptée là où l'assujetti [en l'occurrence le créancier étranger] a la possibilité d'informer individuellement le tiers en temps voulu. En revanche, elle semble inadaptée, lorsque l'assujetti n'est pas en contact direct avec le tiers avant la naissance du litige<sup>578</sup>. » Qu'en est-il en matière de sûretés réelles ? Le même auteur nous apporte des éléments de réponse satisfaisants : « *Le créancier titulaire de la sûreté n'a matériellement, le plus souvent, pas la possibilité d'informer les tiers. En effet, les litiges opposent en principe différents créanciers du même débiteur qui s'ignorent mutuellement. Si la règle de publicité de la loi applicable n'englobe pas une certaine sûreté dans son champ d'application dans l'espace, il semble difficile de faire naître une obligation d'information individuelle, même si la règle de l'équivalence est admise par le droit applicable. Dans une telle situation, la règle de l'équivalence peut seulement jouer si l'assujetti rapporte la preuve de cette connaissance effective de la part du tiers. Dans l'hypothèse inverse, on ne pourra pas lui reprocher de ne pas avoir informé le tiers de l'existence de sa sûreté, dans la mesure où matériellement ceci lui était impossible<sup>579</sup>.* » En effet, il est évident que si le tiers a connaissance de la situation, celle-ci doit lui être opposable, la preuve devant alors être rapportée par le créancier. D'où le rôle important du débiteur dans la phase de négociation précontractuelle. Toutefois, l'équité commande de ne pas imposer une telle obligation au créancier, surtout dans un contexte international où il n'évolue généralement pas dans son ordre juridique de référence. Cette difficulté était la première raison qui nous conduit à favoriser la première proposition. La seconde raison tient à la nature même de la méthode de l'adaptation. Son principe de base est l'application des règles d'une institution locale à une institution étrangère afin de lui faire produire les mêmes effets dans l'ordre juridique d'accueil. Or si le droit français n'impose pas une connaissance effective des tiers pour rendre opposables les sûretés clandestines, il n'y a aucune raison d'imposer une telle obligation au créancier nanti d'une sûreté constituée à l'étranger sollicitant le recours à la méthode de l'adaptation. Si cette situation peut apparaître rigoureuse à l'égard des tiers, cela tient moins à l'application de la méthode de l'adaptation qu'au régime juridique des sûretés clandestines prévues en droit français.

---

<sup>578</sup> S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse préc., n°309, p. 326.

<sup>579</sup> S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse préc., n°310, p. 328 (italiques ajoutés).

374. La même solution devrait présider en cas d'instauration d'un registre des sûretés étrangères. Dans une telle hypothèse, seule l'inscription des sûretés soumises à publicité devrait être imposée. Les sûretés étrangères assimilées à des sûretés françaises clandestines devraient ainsi continuer à être opposables automatiquement.

## 2) Opposabilité des sûretés soumises à publicité

375. **Inscription de la sûreté sur le registre adéquat (1).** La première hypothèse est celle du bon respect des règles d'opposabilité de la sûreté locale de rattachement : inscription sur le registre français acceptée par l'entité administratrice et disponible pour les tiers intéressés. Cette situation ne pose pas de problèmes particuliers : le créancier nanti d'une sûreté assimilée prend rang dans l'ordre juridique français à la date à laquelle sa sûreté a été régulièrement rendue opposable dans l'ordre juridique de constitution. Ainsi le créancier nanti d'une *security interest* sur un meuble incorporel prendra rang selon les règles d'opposabilité du *UCC* si son droit a été inscrit sur le registre du tribunal de commerce français compétent. Une fois la sûreté rendue opposable en France, les règles françaises d'opposabilité française prennent le relais et se substituent aux règles d'opposabilité de l'État de constitution. Par exemple, en droit américain, l'inscription ne vaut que cinq ans<sup>580</sup>. Si la sûreté est rendue opposable en France avant l'expiration de ce délai, ce sont les règles françaises d'inscription qui s'appliquent. L'inscription dure également pour une période de cinq ans renouvelables pour ce qui concerne le registre du gage de meubles corporels<sup>581</sup>. Ainsi, lorsque le créancier étranger fait inscrire sa sûreté en France, la durée initiale de cinq ans recommence sans tenir compte de la durée déjà expirée sur le registre américain. Les choses sont donc assez simples, sauf lorsque le créancier se retrouve face à des difficultés d'inscription.

376. **Vaine tentative d'inscrire de la sûreté sur un registre : intervention de la règle complémentaire de la connaissance effective du tiers (2).** Il peut toutefois arriver que le créancier, malgré ses tentatives, ne parvienne pas à satisfaire aux conditions d'inscription du droit français, en raison soit du refus de l'autorité l'administrant d'inscrire une sûreté étrangère, soit de l'impossibilité qu'il y a à définir le registre adéquat. Dans cette hypothèse, il est impossible de rendre la sûreté opposable à l'ordre juridique français. C'est dans cette

---

<sup>580</sup> L. M. LOPUCKI, E. WARREN, R. M. LAWLESS, *Secured Transactions: A Systems Approach*, op. cit., p. 383 ; *UCC*, §9-515 (a).

<sup>581</sup> Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, art. 7.

hypothèse que la connaissance effective de la situation par le tiers prend toute son importance. Cette connaissance devient, comme l'exprime Sabine CORNELOUP, une règle complémentaire. Une fois que le créancier a été en mesure de prouver qu'il a vainement tenté, de bonne foi, d'inscrire sa sûreté pour se conformer aux conditions de la méthode de l'adaptation, il peut, dans un second temps, établir que le tiers avec lequel il est en conflit avait une connaissance effective de la sûreté. La connaissance du tiers étant un fait juridique, cette preuve peut naturellement être établie par tout moyen. L'attitude du débiteur est déterminante. Comme l'a montré Sabine CORNELOUP, le créancier ne peut, ni individuellement ni collectivement, informer tous les tiers qui viendraient à prétendre exercer un droit sur le bien grevé ; il n'en a pas les moyens, la communauté visée est trop large et hétérogène. S'il le fait, ce n'est que de manière ponctuelle et individuelle<sup>582</sup>. Par conséquent, c'est sur le débiteur que repose cette information, car il est, lui, en contact direct avec ces tiers, notamment parce qu'il contracte avec eux. D'où l'importance de la mise en œuvre de l'article 1112-1 du Code civil : la satisfaction de cette obligation par le débiteur va permettre au créancier de faire valoir la connaissance effective par le tiers en négociation contractuelle avec le débiteur de l'existence de la sûreté étrangère grevant le bien litigieux. On pourrait également imaginer l'insertion d'une clause dans le contrat de sûreté par laquelle le débiteur s'engage à informer les tiers avec qui il est en relation de l'existence de la sûreté étrangère. Cette prévision légale ne semble en rien contraire à l'ordre public en ce qu'elle vise également à la protection des tiers.

377. **Défaut d'inscription de la sûreté (3).** Si le créancier n'a effectué aucune démarche pour inscrire sa sûreté dans le délai qui lui était imparti conformément aux exigences de la méthode de l'adaptation, celle-ci ne sera pas rendue opposable dans l'ordre juridique français et il perdra le bénéfice du rang acquis à la date de la mise en opposabilité dans l'État de constitution. La connaissance effective de la situation par les tiers n'y changera rien. On rappelle qu'il s'agit d'une règle complémentaire qui n'a pas vocation à se substituer au respect des règles locales, mais simplement à pallier leur inadaptation aux situations internationales.

378. **Responsabilité du débiteur défaillant à l'égard des autres créanciers.** On l'a vu précédemment, le constituant est tenu dans le cadre de négociations précontractuelles avec un tiers de l'informer de la constitution d'une sûreté étrangère sur le bien qu'il prétend

---

<sup>582</sup> S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse préc., n°310, p. 328.

grever d'un nouveau droit réel. La violation d'une telle obligation conduit naturellement à l'engagement de la responsabilité civile du débiteur de la première sûreté ; responsabilité extracontractuelle naturellement. L'article 1112-1 du Code civil ne disant rien du *quantum* de la réparation, il n'est pas aisé de le déterminer ; d'autant plus, qu'on ne peut savoir qu'elle aurait été l'attitude du tiers primé s'il avait eu connaissance de la sûreté étrangère, peut-être aurait-il également contracté compte tenu du montant de sa créance et de l'assiette de la sûreté litigieuse. Pour pallier cette incertitude concernant le lien de causalité entre le fait générateur – le défaut d'information quant à l'existence d'une sûreté étrangère – et le dommage – le fait que le tiers a été relégué à un rang inférieur –, la Cour de cassation a recours à la notion de perte de chance ; elle répare le préjudice de perte de chance, uniquement de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses, et non d'obtenir les gains attendus<sup>583</sup>. Or on peut s'interroger sur la mobilisation de la perte de chance en la matière. « Le plus souvent cependant, lorsqu'une personne n'a pas reçu une information, elle n'a pas *stricto sensu* été privée d'une chance d'agir différemment, car, avant de recevoir l'information, elle n'avait pas cette chance d'agir autrement. Elle a ainsi plutôt été exposée à un risque que, précisément grâce à l'information, elle aurait pu éviter. Dès lors, en cas de réalisation du risque, elle doit être entièrement indemnisée de ses conséquences dommageables<sup>584</sup>. » Ainsi, logiquement, la Cour n'indemniserait pas le créancier de dommages et intérêts d'un montant représentant ce à quoi le tiers aurait eu droit s'il n'avait pas été primé par le créancier étranger, mais seulement la chance qu'il a perdue de ne pas conclure le contrat ou sûrement de le conclure sur un bien qui n'était pas grevé d'une sûreté étrangère.

379. Il existe toutefois une limite évidente à l'engagement de la responsabilité délictuelle du débiteur pour la violation de l'article 1112-1 du Code civil, son insolvabilité. Si le créancier étranger a fait jouer sa sûreté et que le tiers a eu à rechercher la responsabilité du débiteur, c'est vraisemblablement que ce dernier était en mauvaise posture financière. Par conséquent, peu importe qu'une nouvelle obligation pèse sur lui s'il n'est pas en mesure de l'exécuter. Toutefois, *l'enjeu ici n'est pas tant la responsabilité du débiteur que la connaissance effective de la situation par le tiers. Par conséquent, l'information précontractuelle est ici, plus un moyen pour aboutir à la connaissance effective, qu'une véritable obligation à la charge du débiteur.*

---

<sup>583</sup> Cass. com., 31 janvier 2012, n°11-10.834, D. 2013, p. 732, obs. D. FERRIER.

<sup>584</sup> M. FABRE-MAGAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n°376, p. 296.

## B. Exemple de mise en œuvre de la méthode de l'adaptation au stade de l'opposabilité : la réception des *security interests* de droit américain

380. La distinction fondamentale qu'il convient de faire dans la mise en œuvre de la méthode de l'adaptation au stade de l'opposabilité est celle entre les sûretés soumises à une mesure de publicité (1) et celles qui sont rendues opposables de manière automatique (2). En effet, le fait que la sûreté française de rattachement entre dans l'une ou l'autre catégorie emporte des conséquences pratiques différentes pour le créancier concerné. Dans le premier cas, il devra accomplir avec diligence la mesure de publicité ; dans le second cas, sa sûreté sera opposable dans l'ordre juridique français à condition qu'il respecte les règles de constitution de la sûreté de rattachement, devenues impératives pour les besoins de l'espèce. Il convient d'analyser, via des exemples concrets, la mise en œuvre de ces principes. Pourquoi prendre l'exemple des sûretés américaines ? Le droit américain des sûretés est probablement dans le monde occidental celui qui est le plus différent du droit français (inscription quasiment systématique, sûreté unique, etc.). Le prendre comme exemple permet, via une argumentation *a fortiori*, de montrer la faisabilité de la méthode de l'adaptation dans toutes les hypothèses.

### 1) Opposabilité soumise à une mesure de publicité : assimilation de la *security interest in general intangible* portant sur un *patent* au nantissement de brevet

381. Une banque américaine prête une somme importante à une entreprise, également américaine ou française, afin qu'elle investisse dans son département « Recherche et développement ». Pour garantir sa créance, la banque se fait consentir une *security interest* portant sur tous les brevets, présents et à venir, dont dispose l'entreprise dans le monde. La banque inscrit sa sûreté, conformément au droit américain, sur le registre UCC de l'État dans lequel réside le débiteur. Grâce au crédit consenti par la banque, l'entreprise a parfaitement développé sa recherche, notamment en France, et est désormais en mesure de déposer un brevet. Conformément à l'article R. 612-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'entreprise dépose son brevet à l'INPI dans les formes prescrites. Ce brevet semble le plus important de tous ceux qu'elle a eu à déposer jusqu'à présent. Après quelques années, il semble que l'entreprise fasse face à quelques difficultés financières qui l'empêchent d'honorer les paiements mensuels qu'elle doit à la banque à raison du crédit consenti. La banque souhaite s'assurer que sa sûreté est opposable dans l'ordre juridique français et qu'elle ne risque pas de perdre son rang face à des créanciers locaux bénéficiaires de droits réels sur le bien grevé.

Pour ce faire, la banque devra inscrire son droit au registre des brevets de l'INPI conformément à ce que prévoit l'article L. 613-9 du Code de la propriété intellectuelle pour le nantissement de brevet. Si la banque inscrit correctement ses droits, alors la sûreté sera opposable en France à la date à laquelle elle a été rendue opposable par son inscription aux États-Unis. À condition que l'inscription américaine n'eût pas cessé de produire effet au moment de l'inscription en France, la banque primera donc tous les créanciers, mêmes français, ayant inscrit leurs droits après l'inscription au registre UCC. Si l'INPI refuse l'inscription, la sûreté ne sera pas rendue opposable au droit français, mais la banque pourra, en cas de conflit avec un tiers, se prévaloir de la connaissance effective par celui-ci de son droit. En revanche, si la banque n'a rien fait pour inscrire son droit avant que l'effet de la publication ne cesse aux États-Unis, alors non seulement la sûreté sera inopposable dans l'ordre français, mais en plus elle ne pourra se prévaloir de la connaissance des tiers.

2) Opposabilité automatique : assimilation de la *security interest in deposit account* au nantissement de créance

382. La société A ayant son siège social dans l'État du Delaware vend à crédit à la société B un important stock de marchandises. Pour garantir le paiement, l'entreprise A se fait consentir une *security interest* sur tous les comptes bancaires, les *deposit accounts*, de la société dans la banque C. Conformément au droit américain, un écrit est passé entre les parties et la banque C consent à obéir aux instructions de l'entreprise A concernant la disposition des fonds sans solliciter le consentement du débiteur, ce qui rend la sûreté opposable en droit américain, le créancier A ayant le contrôle des comptes grevés. La société B est en grande difficulté financière aux États-Unis et ses comptes dans la banque C ne suffisent plus à satisfaire la société A. Cette dernière entend donc réaliser son droit sur les comptes de la société B détenus par la banque C en France. Pour ce faire, elle doit s'assurer que sa sûreté est opposable en droit français et qu'elle ne risque pas d'être primée par des créanciers locaux. La jurisprudence française considère en effet que les comptes tenus par un établissement français d'une banque étrangère sont localisés en France<sup>585</sup>. Ainsi, la société A doit rendre sa sûreté opposable dans l'ordre juridique français. Pour cela, elle devra se conformer aux exigences d'opposabilité de la sûreté française de rattachement, en l'occurrence le nantissement de créance. Or, le nantissement de créance est opposable aux tiers au jour de sa constitution. La seule exigence requise pour la société A est qu'elle se soit

---

<sup>585</sup> Paris, 29 mars 1938, *Clunet*, 1938, p. 749.

conformée aux règles de constitution d'une telle sûreté. Tel est le cas puisque la seule prescription en la matière est la rédaction d'un écrit, chose déjà faite lors de la création de la sûreté aux États-Unis. Par conséquent, la société A verra sa sûreté rendue opposable dans l'ordre juridique français par le seul fait du contrôle exercé par la banque C sur les comptes en banque nantis et primera donc sur les tiers ayant acquis des droits postérieurement.

383. Il en serait d'ailleurs allé de même dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective, car la société A s'était conformée, par la rédaction de l'écrit, aux règles internationalement impératives du droit français avant le jugement d'ouverture, c'est-à-dire lors de la création de la sûreté aux États-Unis. Ce ne sera toutefois pas toujours le cas et l'ouverture d'une procédure collective risque généralement de mettre en péril les droits des créanciers étrangers n'ayant pas encore mis leur droit en conformité avec le régime de la sûreté locale de rattachement.

## *2. Effets de l'ouverture d'une procédure collective pour l'opposabilité de la sûreté étrangère*

384. L'ouverture d'une procédure collective impose des restrictions qui peuvent rendre impossible la réalisation des modalités d'opposabilité de la sûreté étrangère par le créancier nanti. Pour les sûretés clandestines, opposables automatiquement, ces restrictions se situent au stade de la constitution par les nullités de la période suspecte (A.) ; pour les sûretés soumises à une mesure de publicité, elles tiennent à l'arrêt des inscriptions postérieurement au jugement d'ouverture (B.). Ces restrictions sont l'expression, somme toute banale, d'une accentuation des mesures de protection de l'ordre juridique et de défiance à l'égard des créanciers étrangers au moment où les difficultés financières d'un débiteur risquent de compromettre la satisfaction des créanciers locaux.

A. Nullité de la constitution de sûretés pendant la période suspecte : la mise en péril de l'adaptation par les sûretés clandestines

385. **Impossibilité de régulariser la constitution de la sûreté étrangère au regard du droit français après la cessation des paiements.** On l'a vu, le respect des conditions de constitution de la sûreté locale clandestine de rattachement est essentiel pour assurer l'opposabilité de la sûreté étrangère assimilée. Cependant, le droit des procédures collectives impose des restrictions à la constitution de sûretés pendant la période suspecte.

Celles-ci sont évidemment pleinement applicables aux sûretés étrangères et risquent donc de mettre en péril leur adaptation au droit français en pareille hypothèse. L'article L. 632-1 I 6° du Code de commerce rend nulles de plein droit les sûretés constituées pendant la période suspecte pour garantir des dettes antérieures. En d'autres termes, les sûretés constituées postérieurement à la cessation des paiements pour garantir une dette antérieure à une telle constitution sont nulles. Il existe donc deux conditions. Premièrement, la dette doit préexister à la constitution de la sûreté. Dans l'hypothèse où la sûreté étrangère vise à satisfaire aux conditions de constitution du droit français, cette condition ne semble pas poser de difficultés ; la dette sera toujours antérieure à la sûreté, car en réalité la sûreté existait déjà sous la forme d'une sûreté étrangère. La constitution n'est ici qu'une confirmation locale de la constitution étrangère à des fins d'opposabilité. Seconde condition, la constitution doit être postérieure à la cessation des paiements. Il conviendra ainsi d'analyser les conditions de constitution de la sûreté locale de rattachement. Par exemple pour le nantissement de créance, la sûreté est constituée au jour de l'établissement de l'écrit (C. civ., art. 2356). Par conséquent, si la sûreté étrangère n'a pas, dès l'origine, été établie par écrit, elle ne pourra régularisée sa position au regard du droit français postérieurement à la cessation des paiements, peu importe qu'elle soit conforme aux prescriptions de l'État d'origine. L'établissement de l'écrit est prohibé pendant la période suspecte. De telles restrictions valent de manière générale pour toutes les sûretés conventionnelles, à l'exception de la cession de créances professionnelles. En effet, la jurisprudence refuse de voir dans la cession Dailly une sûreté au sens de l'article L. 632-1 I 6° du Code de commerce : « la cession de créance consentie dans les formes de la loi du 2 janvier 1981 transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, même lorsqu'elle est effectuée en vue de garantir le paiement du solde d'un compte courant et sans stipulation d'un prix, de sorte qu'une telle cession n'est pas une constitution d'un droit de nantissement sur un bien du débiteur<sup>586</sup>. » Celle-ci ne pourra être soumise qu'au régime de la nullité facultative de la période suspecte. Pour cela, il faudra ainsi prouver, conformément à l'article L. 632-2 du Code de commerce, que le créancier a eu connaissance de la cessation des paiements au moment de la constitution de la sûreté.

386. Ainsi, le créancier ne pourra régulariser sa sûreté au regard des règles de constitution du droit français après la cessation des paiements. Toutefois, si sa sûreté satisfait

---

<sup>586</sup> Cass. com., 28 mai 1996, n°94-10.361, *Bull. civ.* IV, n° 151 ; *RJDA* 1996, n° 1399 ; *BRDA* 1996, n° 13, p. 7 ; *D.* 1996, p. 390, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RDBB* 1996, p. 207, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; *RTD civ.* 1996, p. 671, obs. P. CROCQ ; *JCP E.* 1997, I, 635, n° 18, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET.

aux conditions de constitution du droit français – par exemple, la rédaction d'un écrit – avant la cessation des paiements, alors l'intervention de celle-ci ne remet pas en cause la prise de rang du créancier à la date de l'opposabilité dans l'État d'origine. Il ne peut en aller de même pour les sûretés soumises à publicité dont il est impossible de considérer qu'elle respecte les conditions d'opposabilité du droit français avant d'avoir été inscrite sur un registre, opération prohibée après la cessation des paiements.

B. L'arrêt des inscriptions postérieurement au jugement d'ouverture : la mise en péril de l'adaptation par les sûretés soumises à publicité

387. **Principe de l'arrêt des inscriptions.** L'article L. 622-30 du Code de commerce dispose que : « Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. » Est ainsi prohibée l'inscription d'une sûreté ayant été constituée avant le jugement d'ouverture de la procédure collective et n'ayant pas encore été inscrite sur le registre pertinent. L'inscription d'une sûreté en violation de ce texte est nulle et donc inopposable à la procédure collective. Toutefois, cette disposition n'empêche pas le renouvellement d'inscriptions déjà prises<sup>587</sup> ou l'inscription définitive d'une inscription provisoire antérieure au jugement d'ouverture.

388. **Application à l'inscription d'une sûreté étrangère ?** La question se pose de savoir si ce principe de l'arrêt des inscriptions doit être appliqué à l'inscription prise par un créancier pour satisfaire aux conditions d'opposabilité de la sûreté locale de rattachement. Disons-le d'emblée, il semble qu'il faille apporter une réponse positive à cette interrogation. Il est difficile de concevoir l'inscription faite par un créancier nanti d'une sûreté étrangère conformément à la méthode de l'adaptation comme un renouvellement d'inscription insusceptible d'être soumis à la règle de l'arrêt des inscriptions. En effet, il est difficile de proposer aux juges une solution alternative selon l'inscription dans une pareille hypothèse ne serait que le renouvellement d'une inscription régulièrement prise à l'étranger. La vocation de l'inscription de la sûreté étrangère est bien de rendre le droit opposable dans l'ordre juridique français, non pas simplement de conforter une inscription déjà prise à l'étranger. Par conséquent, il semble qu'il faille considérer qu'à compter du jugement d'ouverture, il sera impossible d'inscrire la sûreté sur le registre désigné par la méthode de l'adaptation. Ainsi, le

---

<sup>587</sup> Cass. com., 23 févr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 97 ; *D.* 1981, p. 391, obs. A. HONORAT ; *RD imm.* 1981, p. 538, obs. M. DAGOT.

créancier verra ses droits primés par les autres créanciers inscrits et aura, à la procédure collective, le statut de créancier chirographaire, ce qui risque de mettre gravement en péril sa situation.

389. **Conclusion Chapitre I.** On l'a vu, assurer l'opposabilité de la sûreté étrangère dans l'ordre juridique de réception est indispensable pour la rendre efficace. Une telle opération consiste pratiquement à mettre en conformité le droit avec les prescriptions impératives du droit français, que celles-ci consistent en son inscription ou à respecter des modalités de constitution de la sûreté locale de rattachement. Cette mise en conformité doit, pour que la sûreté conserve le rang qu'elle a acquis dans l'État de constitution, être faite dans un délai imparti, soit la cessation des effets de l'opposabilité dans l'ordre initial, soit le changement de domicile du débiteur. Sur le plan matériel, l'opération de mise en conformité implique que la sûreté étrangère respecte les règles d'opposabilité prévues pour la sûreté de rattachement. Soit celle-ci est soumise à une mesure d'inscription et alors le créancier nanti doit procéder à la publication de son droit sur le registre adéquat ; soit la sûreté de rattachement bénéficie d'une opposabilité automatique et alors le créancier nanti devra mettre en conformité son droit avec les règles de constitution, celle-ci permettant de déterminer le jour où la sûreté aura été rendue opposable. De telles opérations peuvent s'avérer délicates à réaliser du fait de l'hostilité de l'environnement juridique français à la réception des sûretés étrangères. À défaut de le modifier, il conviendrait au moins de mettre en place des correctifs afin de faciliter la tâche du créancier. *Le premier d'entre eux est le délai d'adaptation afin de lui permettre d'un délai supplémentaire pour se mettre en conformité avec le droit français ; le deuxième est l'instauration d'un registre unique, centralisé et informatisé afin de faciliter l'inscription des sûretés constituées à l'étranger ; le troisième enfin consiste à ériger la connaissance effective des tiers en règle subsidiaire d'opposabilité au bénéfice du créancier ayant, de bonne foi, tenté en vain d'inscrire son droit.* Une fois cette mise en conformité réalisée, le créancier nanti bénéficiera du rang qui était le sien au jour où sa sûreté a été rendue opposable dans l'ordre juridique de constitution. Toutefois, il faut évidemment rappeler que l'intervention d'une procédure collective risque, à raison des règles particulières qu'elle impose – nullités des sûretés constituées après la cessation des paiements et arrêt des inscriptions à compter du jugement d'ouverture –, risque de perturber ce processus d'adaptation et d'empêcher le créancier de faire valoir ses droits en France. L'opposabilité de la sûreté n'est importante que parce qu'elle conditionne le rang du créancier nanti au moment de la réalisation de la sûreté.

## Chapitre II : Réalisation de la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l'ordre juridique français

390. **Plan.** On en arrive donc au « moment de vérité », « celui où le créancier attend de la sûreté qu'elle tienne les promesses du jour de sa constitution : qu'elle lui permette, malgré la débâcle du débiteur, d'être payé rapidement et, dans la limite de la garantie, complètement<sup>588</sup>. » Que le bien soit en France ou à l'étranger, cette attente du créancier est la même. Il cherchera donc, malgré la constitution d'une sûreté dans un État tiers, à venir faire réaliser son droit en France, soit que le bien s'y trouve, soit que le débiteur y ait élu domicile. Comme le dit bien Claire SEJEAN-CHAZAL, traditionnellement, la réalisation de la sûreté c'est « une notion, deux étapes<sup>589</sup> ». D'abord, les prérogatives du créancier s'exercent contre le débiteur. Il s'agit alors d'une « appréhension matérielle » des biens grevés suivie de leur vente ; puis, la sûreté réelle prend effet à l'égard des tiers, des autres créanciers du débiteur, via l'exercice du droit de préférence. Dans le premier temps, ce sont les principes des modalités de réalisation de la sûreté et des procédures civiles d'exécution et dans un second temps, ce sont donc les procédures de distribution et de répartition du prix de vente qui s'appliquent. Il existe toutefois des modes alternatifs de réalisation de la sûreté qui viennent perturber ce schéma classique. Consistant en un transfert de la propriété du bien grevé du débiteur au créancier nanti – par attribution judiciaire ou conventionnelle –, ces modes de réalisation semblent se soustraire aux principes des procédures civiles d'exécution traditionnelles et accorder au créancier une priorité, incompatible avec l'idée de concours entre créanciers. Toutefois, il n'en est rien. Ces modes alternatifs de réalisation sont également soumis à des principes impératifs auxquels le créancier étranger devra se soumettre lorsqu'il souhaitera réaliser sa sûreté en France. Tout ceci risque, de plus, de se produire dans un contexte où le débiteur est placé dans une procédure collective, ce qui accroît les risques pour le créancier étranger. On le voit, accepter l'adaptation d'une sûreté étrangère au droit français ne signifie pas nécessairement que le créancier nanti bénéficiera d'un avantage comparatif par rapport aux autres, à condition toutefois qu'il soit soumis aux mêmes principes de réalisation que les autres. En réalité, l'étape la plus importante dans la méthode de l'adaptation c'est la phase de mise en opposabilité de la sûreté. Pour ce qui concerne la phase de réalisation, le créancier se trouve placé dans la même situation que les autres, *il doit respecter les règles restrictives de*

---

<sup>588</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, Préf. M. GRIMALDI, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2019, v. préface de M. GRIMALDI.

<sup>589</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°11, p. 17.

*réalisation, les principes des procédures civiles d'exécution, des procédures de distribution et des procédures collectives.* Ainsi, il convient de diviser notre propos, comme on le ferait pour une réalisation interne classique, entre les questions liées à l'exercice du pouvoir de contrainte contre le débiteur dans les conditions fixées par les règles applicables à la sûreté locale de rattachement (**Section 1**) et celles liées à l'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère selon les règles applicables à la sûreté locale de rattachement (**Section 2**).

***Section 1 : L'exercice du pouvoir de contrainte du créancier nanti d'une sûreté étrangère dans les conditions fixées par les règles applicables à la sûreté locale de rattachement***

391. **Interrogation préalable : est-il nécessaire, pour le créancier étranger, d'avoir accompli les formalités d'opposabilité avant de prétendre à la réalisation de la sûreté ?** Disons-le d'emblée, il semble qu'il faille apporter une réponse négative à cette question. En effet, l'opposabilité n'est pas une condition de validité de la sûreté, mais d'efficacité de celle-ci à l'égard des tiers. L'opposabilité n'est pas destinée à satisfaire le créancier dans ses rapports avec le débiteur, mais à prétendre à exercer son droit par rapport au monde extérieur. Or tout créancier, même chirographaire, étant légitime à faire valoir son droit par une saisie, le créancier qui n'aurait pas satisfait à la mise en conformité de la sûreté réelle par rapport aux conditions d'opposabilité de la sûreté française pourrait tout de même prétendre à la réaliser. Simplement, il est alors possible qu'un autre créancier prévale lors de la seconde étape, celle de l'attribution d'un rang. Ainsi, on le voit, les conditions d'efficacité de la sûreté étrangère – respect du régime applicable à la sûreté de rattachement – sont distinctes et ne forment pas un ensemble. Le défaut de satisfaction de l'une de ses règles ne préjuge pas de l'efficacité finale de la sûreté.

392. **Plan.** En période ordinaire – lorsque le débiteur est *in bonis* – le créancier devra donc se conformer uniquement aux règles applicables à la sûreté française de rattachement. En d'autres termes, il devra conformer l'exercice de son pouvoir de contrainte aux conditions fixées par le droit des sûretés quant aux modes de réalisation de la sûreté assimilée et aux règles du droit des procédures civiles d'exécution applicables à la saisie qu'il pratique. En bref, on assiste à un encadrement de son pouvoir de contrainte (1.). En période extraordinaire – lorsque le débiteur en cessation de paiements se trouve placé en procédure collective –, on passe de l'encadrement du pouvoir de contrainte à sa neutralisation (2.).

*1. Encadrement du pouvoir de contrainte du créancier en dehors des procédures collectives*

393. L'un des principaux effets de la méthode de l'adaptation est d'imposer à la sûreté étrangère le régime juridique de la sûreté locale de rattachement. Ainsi, le créancier nanti d'une sûreté étrangère doit se dépouiller de ses prérogatives originales pour entrer dans la peau d'un créancier nanti d'une sûreté française, en tout cas pour ce qui concerne les règles impératives de ce régime juridique. Compte tenu de l'importance de la réalisation des sûretés

– moment fatidique du dénouement –, il est évident que le régime de réalisation est de caractère impératif et s'impose au créancier étranger. Cette évidence se manifeste d'abord quant aux modes de réalisation. La loi prévoit la manière dont une sûreté peut être réalisée, soit par la voie classique de l'exécution forcée, soit celle des modes alternatifs de réalisation – attribution judiciaire et pacte commissaire. Les règles ayant trait à ces modes de réalisation et les restrictions qu'elles imposent sont naturellement applicables à la sûreté étrangère passée au moule de l'adaptation (A.). Ces modes de réalisation ont en commun d'être considérés comme des voies d'exécution soumises aux règles du Code des procédures civiles d'exécution, elles aussi de nature impérative (B.).

#### A. Caractère restrictif des modes de réalisation

394. Le droit français impose des modes de réalisation de la sûreté. Elle en autorise certains, les encadre et en interdit d'autres. De manière générale, on peut distinguer trois modes de réalisation : le mode traditionnel, à savoir la saisie du bien grevé (1) et l'attribution de la propriété du bien grevé, judiciaire ou conventionnelle (2).

##### 1) Le mode traditionnel de réalisation : la saisie du bien grevé

395. **Préalable : l'interdiction de la clause de voie parée.** La clause de voie parée « consiste pour le créancier à vendre le bien objet du gage sans observer les formalités légales<sup>590</sup> », à savoir les procédures de saisie prévues par le Code des procédures civiles d'exécution. Une telle clause est interdite, par principe, en droit français. L'article 2346 du Code civil dispose que : « À défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger. » Cette prohibition étant d'ordre public<sup>591</sup>. Quel est le fondement d'une telle interdiction ? En droit français, *une telle clause est prohibée pour des raisons tenant, notamment, à la politique législative de protection des autres créanciers* : « si le créancier gagiste pouvait vendre à l'amiable, il se contenterait facilement d'un prix inférieur à la valeur de la chose, pourvu que

---

<sup>590</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°728, p. 546.

<sup>591</sup> Cass. civ., 4 mars 1902, *DP* 1903, 1, p. 215 ; *S.* 1905, 1, p. 495.

sa créance soit payée : chacun pour soi<sup>592</sup>. » En d'autres termes, la « prohibition de la clause de voie parée est supposée garantir que la vente n'aura pas lieu à un prix inférieur à sa valeur vénale et juste suffisant pour désintéresser le créancier, ce qui serait de nature à préjudicier au droit de propriété du constituant en même temps qu'à la situation des autres créanciers : il serait en effet très facile pour le créancier de se tourner, aussitôt le défaut intervenu, vers la première personne intéressée à faire une bonne affaire en achetant un bien à vil prix (...)»<sup>593</sup>. » En droit romain, cette clause était largement tolérée ; elle ne fut interdite que par l'Ancien droit français. Ensuite, le Code civil n'ayant rien prévu, la Cour de cassation valida la clause dans un arrêt du 20 mai 1840<sup>594</sup> avant que le législateur ne vienne, par une loi du 2 avril 1841, rétablir la prohibition à l'article 742 du Code de procédure civile<sup>595</sup>. Malgré l'admission du pacte commissaire, la réforme du droit des sûretés en 2006 a choisi de maintenir une telle prohibition. Certes, la clause de voie parée est utile au créancier en ce qu'elle lui permet de se soustraire aux lourdeurs d'une procédure judiciaire de saisie. De nombreux auteurs insistent, pour justifier l'admission de la clause de voie parée, sur la généralisation des ventes amiables en matière d'exécution forcée. Par ailleurs, il existe quelques exceptions en droit français à la prohibition : la jurisprudence valide la clause de voie parée conclue après la naissance de la dette garantie et la conclusion du contrat de sûreté<sup>596</sup> ; le créancier nanti d'une fiducie-sûreté, lorsqu'il n'opte pas pour l'attribution du bien en propriété, peut faire vendre le bien sans intervention judiciaire et le prix de la vente sera imputé sur le montant de sa créance (C. civ., art. 2372-3 al. 2) ; il en va de même dans le cadre du warrant pétrolier (C. com., art. L. 524-11). Toutefois, la prohibition demeure en droit français et les raisons avancées tiennent tant à la protection des droits du débiteur que ceux des tiers, ce qui rend cette règle naturellement impérative dans l'ordre international. D'ailleurs, l'avant-projet de réforme présenté par l'Association Henri CAPITANT ne prévoit pas, en son article 2346, de remettre en cause, par principe, cette prohibition, mais seulement d'ouvrir la possibilité au créancier nanti d'une sûreté professionnelle de se soustraire aux procédures légales : « Lorsque le gage est constitué

---

<sup>592</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière*, op. cit., n°512, p. 324.

<sup>593</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°729, p. 547.

<sup>594</sup> Cass. civ., 20 mai 1840, S. 1840, 1, p. 386 : « on peut valablement stipuler dans une obligation hypothécaire, qu'à défaut de paiement par le débiteur à l'échéance, le créancier aura le droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué aux enchères, devant notaire, après commandement, sur simple publication et apposition d'affiches, sans saisie ni autres formalités. »

<sup>595</sup> Pour les éléments d'histoire de la prohibition de la clause de voie parée, v. J.-Ph. LEVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », Conférence prononcée à Lausanne en 1986, *Diachroniques*, éd. Loysel, 1995, p. 169 et s., spéc. II, n°7, cité par Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°730, p. 547.

<sup>596</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°261, p. 324.

à des fins professionnelles, le créancier peut faire procéder à la vente publique, par un notaire, un huissier, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, des objets donnés en gage, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage<sup>597</sup>. » Pour considérer que la prohibition de la clause de voie parée ne revêt pas la qualité d'une loi de police, certains avanceront qu'il existe un mouvement d'assouplissement illustré d'une part par le fait que le législateur autorise souvent la réalisation extrajudiciaire de la sûreté (par exemple, pour le nantissement de créance, l'article 2363 autorise le débiteur nanti à payer directement le créancier nanti) et d'autre part à la portée de la prohibition. En effet, la Cour de cassation a admis la validité d'une clause de voie parée constituée postérieurement à la constitution de la sûreté réelle<sup>598</sup>. Toutefois, de tels assouplissements ne remettent pas en cause l'interdiction de principe posée par la loi. Il n'est pas question de débattre de l'opportunité de cette prohibition – nous pencherions d'ailleurs en faveur de l'admission de la clause de voie parée –, mais simplement de constater que celle-ci existe et qu'elle constitue une loi de police applicable à tous. Ainsi, *comme pour les créanciers locaux, le créancier nanti d'une sûreté étrangère doit, au nom de la supposée protection des tiers, se soumettre à l'interdiction de la clause de voie parée.*

396. La vente forcée du bien est le mode traditionnel de réalisation de la sûreté. Le créancier nanti d'une sûreté française sur bien incorporel devra procéder à la saisie, après avoir, par principe, obtenu un titre exécutoire (CPCE, L. 111-2). Le créancier nanti d'une sûreté étrangère devra s'adapter aux conditions de saisie prévues pour la sûreté locale de rattachement. Il devra se conformer tantôt aux conditions de réalisation d'un nantissement de créances (a), tantôt au régime de la saisie des droits d'associé et des valeurs mobilières – saisie de principe des biens incorporels – (b), tantôt aux régimes spéciaux de saisie prévus de manière éparse (c).

a) La réalisation des sûretés assimilées au nantissement de créance : l'attribution exclusive de la créance nantie au créancier

397. **Droit exclusif au paiement par la notification au débiteur de la créance nantie.** L'article 2363 du Code civil offre au créancier un droit exclusif au paiement de la créance nantie en affirmant que : « Après notification, seul le créancier nanti reçoit

---

<sup>597</sup> Association Henri CAPITANT, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, op. cit., art. 2346.

<sup>598</sup> Cass. civ., 25 mars 1903, *DP* 1904, 1, p. 273.

valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts. » Il convient de distinguer deux hypothèses. *La première concerne le cas où la créance nantie est échue avant la créance garantie.* Dans ce cas, le créancier nanti ayant notifié ses droits au débiteur nanti est le seul à pouvoir recevoir le paiement. Il s'agit là d'une forme de droit exclusif, excluant toute forme de concours, que ce soit dans une procédure individuelle concurrente ou dans une procédure collective. C'est pourquoi, par souci de protection des droits du débiteur, l'article 2364 alinéa 2 dispose que « le créancier nanti les conserve à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée. » Et ce n'est qu'à l'occasion de la « défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet » que « le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées. » *La seconde hypothèse concerne celle où la créance nantie est échue après la créance garantie.* Dans ce cas, le créancier dispose de deux possibilités. Soit il attend l'échéance de la créance nantie pour agir en paiement contre le débiteur, au besoin en pratiquant une saisie-attribution. Cette option n'est pas très risquée pour lui à condition qu'il ait, auparavant, notifié le nantissement, la notification lui donnant droit à un paiement exclusif. La procédure collective est assez impuissante face à ce droit, y compris lorsque la créance est successive. En second lieu, le créancier nanti peut, avant même l'échéance de la créance garantie demander l'attribution judiciaire de la créance ou invoquer le bénéfice du pacte comissoire. L'avantage est moindre au regard des procédures collectives. Le pacte comissoire ne pourra pas jouer après le jugement d'ouverture, au moins de manière temporaire, la notification au débiteur donnant au créancier un droit exclusif au paiement. Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure de liquidation contre le constituant n'empêche pas le créancier de demander l'attribution judiciaire de la créance contre le débiteur de la créance nanti. Au regard du principe de non-enrichissement du créancier et en toutes hypothèses, l'article 2366 du Code civil prévoit que : « S'il a été payé au créancier nanti une somme supérieure à la dette garantie, celui-ci doit la différence au constituant. » Le créancier nanti d'une sûreté étrangère assimilée au nantissement de créance doit nécessairement bénéficier de ce régime favorable de réalisation, d'où l'intérêt impérieux que le juge puisse contrôler la sûreté à laquelle a été rattachée la sûreté étrangère. On comprend bien que les facilités de réalisation du nantissement de créance pourraient inciter les créanciers nantis d'une sûreté étrangère à l'assimiler à ce dernier, afin, notamment, de se soustraire aux conditions de réalisation plus strictes des autres sûretés françaises. Ainsi, il est fondamental que le juge puisse contrôler les conditions d'assimilation au regard du critère précédemment exposé

d'identité du bien grevé. Le créancier nanti d'une sûreté étrangère sur un droit de propriété intellectuelle ne pourra ainsi se prévaloir des conditions favorables du nantissement de créance, le bien grevé n'étant pas assimilable à une créance au sens des articles 2355 et suivants du Code civil.

398. **Utilité de la saisie-attribution ?** Au regard du droit exclusif au paiement, le créancier nanti ne pratiquera une saisie-attribution que lorsque, malgré sa demande de paiement directe, le débiteur de la créance nantie refusera de s'exécuter. Dans cette hypothèse, il conviendra d'actionner les dispositions d'exécution forcée prévue aux articles L. 211-1 et suivants, celles de la saisie-attribution. Quant aux conditions de la saisie auxquelles devra se soumettre le créancier nanti, il existe évidemment des conditions tenant à la constatation de la créance cause de la saisie – certaine, liquide et exigible – dans un titre exécutoire. En revanche, peu importe que la créance objet de la saisie soit certaine, liquide ou même exigible, les modalités de ces obligations s'imposant au créancier, il peut saisir une créance même conditionnelle, à terme ou à exécution successive (CPCE, art. L. 112-1)<sup>599</sup>. La procédure de saisie consiste en un acte de saisie par huissier de justice signifié au tiers contenant des mentions obligatoires prévues à l'article R. 211-1 du Code des procédures civiles d'exécution (identification du débiteur, mention du titre exécutoire, etc.). Ensuite, le tiers saisi est tenu de renseigner le créancier sur l'étendue des obligations et ses modalités. Puis, le créancier saisissant dénonce la saisie au débiteur de la créance garantie par un acte d'huissier intervenant dans un délai de huit jours. Enfin, selon les modalités prévues par la loi, le tiers saisi devra s'acquitter du paiement des sommes dues au créancier saisissant. Les effets de la saisie sont particulièrement avantageux pour le créancier saisissant : d'abord parce que la saisie « opère cession forcée de la créance interceptée avec tous ses accessoires (CPCE, art. L. 211-2)<sup>600</sup> » ; ensuite, parce que l'attribution est « immédiate » au moment de la signification de l'acte de saisie ; parce qu'à l'image du nantissement de créance, « les sommes saisies étant immédiatement sorties du patrimoine du débiteur [de la créance garantie], l'ouverture ultérieure d'une procédure collective contre ce dernier ne saurait lui préjudicier, si du moins la saisie n'a pas été pratiquée en période suspecte en connaissance de la cessation des paiements du débiteur<sup>601</sup> » ; enfin, parce que « la signification postérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, émanant de créanciers privilégiés ne remet pas en

---

<sup>599</sup> C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, Cours, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n°173, p. 102.

<sup>600</sup> C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°180, p. 106 et s.

<sup>601</sup> *Ibid.*

cause l'attribution dont il [le créancier saisissant] a bénéficié<sup>602</sup> », ceci rendant la saisie-attribution « exclusive de tout concours<sup>603</sup> », y compris pour le créancier nanti d'une sûreté étrangère.

399. En réalité, on peut considérer qu'elle ne sera que peu utilisée par le créancier nanti d'une sûreté étrangère, en tout cas uniquement dans les cas où le débiteur nanti refusera d'exécuter le paiement auquel il est tenu, le droit prévoyant pour les autres biens incorporels d'autres types de saisie – la saisie de principe des droits d'associé et des valeurs mobilières et les saisies spéciales.

b) La réalisation par la saisie des droits d'associé et des valeurs mobilières : saisie de principe des biens incorporels

400. **Saisie applicable à défaut de saisie spéciale.** La saisie applicable par principe aux biens incorporels est la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières : cela signifie qu'à défaut de régime spécial – saisie-attribution, saisie des brevets, des fonds de commerce, des comptes d'espèces notamment –, la saisie d'un bien incorporel passe par cette procédure. Cela revêt une importance fondamentale pour notre hypothèse, car les saisies spéciales ne recouvrent pas tous les biens susceptibles de faire l'objet d'une sûreté sur bien incorporel. Ce caractère général de la saisie des valeurs mobilières a été consacré par la Cour de cassation dans un avis rendu le 8 février 1999 exprimé en ces termes<sup>604</sup> : « Est d'avis que la licence d'exploitation d'un débit de boissons de 4<sup>ème</sup> catégorie constitue un droit incorporel saisissable. En l'absence de texte réglementaire de portée générale applicable à la saisie des droits de cette nature, ou de dispositions spécifiques à la saisie de cette licence qui n'est pas une valeur mobilière, il est possible, sous réserve des adaptations nécessaires contrôlées par le juge de l'exécution de transposer pour les opérations de saisie, la procédure définie aux articles 182 à 184 du décret du 31 juillet 1992 [CPCE, art. R. 232-5 à R. 232-8], et, pour la vente, les dispositions des articles 189 à 192 du même texte [CPCE, art. R. 232-5 à R. 233-8]. » La saisie des valeurs mobilières n'a donc pas vocation à s'appliquer aux seules valeurs mobilières, mais également à tous les droits incorporels ne faisant pas l'objet d'une saisie spéciale prévue par la loi. De manière classique, la saisie est pratiquée entre les mains du tiers

---

<sup>602</sup> C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°180, p. 106 et s.

<sup>603</sup> *Ibid.*

<sup>604</sup> Cass. avis, 8 février 1999, *Bull. civ. avis*, n°1, D. 1999, p. 287, n. C. BRENNER.

saisi – la banque, la personne morale émettrice, l'institut d'enregistrement du bien – et l'acte de saisie doit contenir des mentions obligatoires (titre exécutoire, décompte des sommes réclamées, indisponibilité attachée à la saisie et obligation du tiers saisi d'informer le créancier saisissant de droits concurrents). Quant aux effets, il est admis que l'acte de saisie rend indisponibles les droits pécuniaires sur les biens saisis, valeurs mobilières, parts ou autres. Par ailleurs, la saisie doit, de manière classique, être dénoncée au débiteur sous huit jours par acte d'huissier comportant des mentions obligatoires. Ensuite, en l'absence de contestation de la saisie, les biens saisis seront vendus pour désintéresser le créancier saisissant.

401. Le créancier nanti d'une sûreté étrangère devra, s'il choisit par le mode de réalisation traditionnel de sa sûreté, en passer par cette procédure de saisie toutes les fois où une procédure spéciale applicable à la sûreté française de rattachement ne sera pas prévue par la loi. Cela concerne des biens d'une importance capitale et sur lesquels la constitution d'une sûreté est fréquente. Par exemple des dessins, des modèles, des licences et des monopoles d'exploitation pour lesquels le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit aucune saisie particulière. Il en va de même pour les marques, actif pour le moins important dans le patrimoine de celui qui l'exploite, c'est dire la place de la saisie des droits d'associé et des valeurs mobilières dans la réalisation des sûretés sur biens incorporels.

### c) Les saisies spéciales

402. **La saisie de brevets.** L'article L. 613-21 du Code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi que : « La saisie d'un brevet est effectuée par acte extrajudiciaire signifié au propriétaire du brevet, à l'Institut national de la propriété industrielle ainsi qu'aux personnes possédant des droits sur le brevet ; elle rend inopposable au créancier saisissant toute modification ultérieure des droits attachés au brevet. À peine de nullité de la saisie, le créancier saisissant doit, dans le délai prescrit, se pourvoir devant le tribunal, en validité de la saisie et aux fins de mise en vente du brevet. » On le voit, ce texte prévoit, partiellement, la phase relative aux opérations de saisie, mais ne régit pas celle relative à la vente des biens saisis. Par conséquent, la jurisprudence estime, à juste titre, que lorsque la partie spéciale n'a rien prévu, le droit de la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières devient

compétent. Il en va ainsi des mentions obligatoires contenues dans l'acte de saisie comme des opérations de vente<sup>605</sup>.

403. **L'adjudication judiciaire du fonds de commerce.** On l'a vu, le fonds de commerce doit être considéré comme un bien incorporel à part entière. Ainsi, « aux termes de l'article L. 525-9 du Code de commerce, le privilège du créancier nanti s'exerce sur le prix de vente des biens grevés par préférence à tous les autres privilèges, à l'exception du privilège des frais de justice, de privilège des frais faits pour la conservation de la chose et du privilège accordé aux salariés par les articles L. 3253-2 et 3253-3 du Code du travail. Le bénéficiaire du nantissement prime ainsi les privilèges du Trésor public, celui de la Sécurité sociale ainsi que celui du bailleur d'immeuble. Il prime également celui du vendeur et du créancier nanti du fonds dès que le créancier a accompli les formalités nécessaires à l'exercice du droit de suite<sup>606</sup>. » Par conséquent, le créancier nanti peut procéder à la saisie du bien grevé en cas de défaillance du débiteur au paiement de sa dette à l'échéance. Toutefois, le créancier devra se conformer aux dispositions propres à l'adjudication du fonds de commerce prévues aux articles L. 143-3 et suivants du Code de commerce. L'enjeu pour le créancier est d'éviter le démembrement du fonds de commerce entre les différents éléments qui le composent. Pour prendre un exemple, le droit au bail du commerçant peut difficilement faire l'objet d'une saisie alors qu'il constitue pourtant « un élément indispensable, dans la plupart des cas, au fonds de commerce sans notamment lequel ce dernier ne saurait exister<sup>607</sup>. » Par conséquent, l'enjeu pour le créancier est de procéder à une saisie globale du fonds de commerce conçu comme une universalité de fait, un bien incorporel unique. C'est tout l'intérêt de la procédure d'adjudication prévue aux articles L. 143-3 et suivants du Code de commerce. L'article L. 143-5 du Code de commerce prévoit notamment la procédure d'adjudication du fonds de commerce devant le tribunal de commerce du lieu de son exploitation : « Le vendeur et le créancier gagiste inscrits sur un fonds de commerce peuvent également, même en vertu de titres sous seing privé, faire ordonner la vente du fonds qui constitue leur gage, huit jours après sommation de payer faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, demeurée infructueuse. » On le voit, le Code de commerce prévoit donc une procédure particulière de saisie et de vente du fonds de commerce à laquelle devra se conformer le créancier nanti

<sup>605</sup> Paris, 8 mars 2001, n° 2000/13688.

<sup>606</sup> M.-B. SALGADO, « Synthèse - Sûretés sur fonds de commerce : nantissement », *JurisClasseur Entreprise individuelle*, Lexis 360, 11 avril 2020, n°46.

<sup>607</sup> F. BOUTTIER, « Fasc. 650 : Fonds de commerce – Adjudication judiciaire – Requête d'un créancier inscrit », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, 15 septembre 2000, maj. le 15 mars 2017, n°1.

d'une sûreté sur le fonds, qu'elle soit d'origine française ou d'origine étrangère assimilée au nantissement de fonds de commerce. Ceci est assez logique au regard de la spécificité que constitue le fonds de commerce, bien unique composé de biens multiples, il est une richesse importante du débiteur grâce à laquelle le créancier nanti veut pouvoir être désintéressé. Il n'est donc pas étonnant que des garanties supplémentaires entourent sa saisie. L'une des garanties tient notamment à l'inscription du créancier nanti. Ceci constitue une exception au principe selon lequel il n'est pas nécessaire au créancier d'avoir inscrit son droit pour le mettre en œuvre. Ainsi, le créancier nanti d'une sûreté étrangère assimilée au nantissement de fonds de commerce devra prendre garde à régulièrement inscrire son droit au greffe du tribunal de commerce compétent afin de pouvoir solliciter l'adjudication judiciaire du bien grevé.

404. **La saisie de comptes espèces.** Compte tenu de l'importance de la monnaie scripturale dans le monde contemporain<sup>608</sup>, la loi a prévu une saisie spéciale pour les comptes espèces. La procédure de saisie de ces biens incorporels est prévue aux articles L. 162-1, L. 162-2, R. 211-18 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution. Sont donc concernés par cette procédure les comptes d'espèce, c'est-à-dire les comptes de dépôt et les comptes courants notamment pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle sous la forme du nantissement de créance. Par conséquent, la saisie applicable à ce type de biens ne sera pas la saisie-attribution, saisie traditionnelle dans le cadre du nantissement de créance, mais la saisie de comptes d'espèces. La saisie pratiquée « entre les mains d'un établissement habilité par la loi à tenir des comptes de dépôt » (CPCE, L. 162-1), notamment les banques, et porte sur le solde du ou des comptes au jour de la saisie. La loi prévoit par ailleurs une procédure de régularisation pour tenir compte des opérations en cours effectuées avant l'acte de saisie : « Dans le délai de quinze jours ouvrables qui suit la saisie et pendant lequel les sommes laissées au compte sont indisponibles, ce solde peut être affecté à l'avantage ou au préjudice du saisissant par les opérations suivantes dès lors qu'il est prouvé que leur date est antérieure à la saisie : 1° Au crédit : les remises faites antérieurement, en vue de leur encaissement, de chèques ou d'effets de commerce, non encore portées au compte ; 2° Au débit : a) L'imputation des chèques remis à l'encaissement ou portés au crédit du compte antérieurement à la saisie et revenus impayés ; b) Les retraits par billetterie effectués antérieurement à la saisie et les paiements par carte, dès lors que leurs bénéficiaires ont été

---

<sup>608</sup> C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°183, p. 108.

effectivement crédités antérieurement à la saisie. » La procédure de saisie est équivalente à celle de la saisie-attribution (acte d'huissier signifié au tiers saisi et dénoncé au débiteur saisi dans les huit jours). L'article R. 211-19 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que : « L'acte de saisie rend indisponible l'ensemble des comptes du débiteur qui représentent des créances de sommes d'argent. » Toutefois, le créancier peut limiter l'effet de la saisie à certains comptes et un accord des parties ou une décision du juge peut mettre fin à l'indisponibilité par la constitution d'une garantie irrévocable à concurrence du montant des sommes réclamées (CPCE, art. R. 211-21).

405. Une fois passés en revue les moyens dont dispose le créancier pour réaliser sa sûreté de manière traditionnelle, il convient de s'attarder sur le rôle des propriétés-réalisation dans le cadre des sûretés sur biens incorporels.

## 2) Les modes alternatifs de réalisation : l'attribution de la propriété du bien grevé

406. Ces modes de réalisation permettent au créancier de se voir attribuer la propriété du bien grevé, soit par décision du juge (a), soit en vertu de la conclusion d'un pacte comissoire au moment de la conclusion du contrat de sûreté ou postérieurement (b).

407. **Exclusion des sûretés sur fonds de commerce et sur marchés publics.** Pour les mêmes raisons qui président à l'instauration d'une procédure particulière de saisie du fonds de commerce, la loi exclut explicitement l'application de ces modes alternatifs de réalisation aux nantissements de fonds de commerce. Ainsi le seul moyen pour le créancier de réaliser cette sûreté est l'adjudication judiciaire prévue aux articles L. 143-3 et suivants du Code de commerce. Il va sans dire que ce qui vaut pour le créancier nanti d'un nantissement de commerce français vaut pour le créancier nanti d'une sûreté étrangère assimilée à celui-ci. L'article L. 142-1 alinéa 2 du Code de commerce introduit par la loi du 17 mars 1909 dispose que : « Le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence. » Les professeurs Laurent AYNES et Pierre CROCQ avancent que la loi écarte la propriété-réalisation du nantissement de fonds de commerce « peut-être parce qu'on voit mal quelle qualité le titre de créancier gagiste confère pour exploiter un bien aussi particulier que l'est une clientèle commerciale ; peut-être aussi parce qu'en 1909 on ignorait la course contemporaine aux sûretés et on était davantage

attaché à l'égalité dans la faillite<sup>609</sup>. » Notons également que la Cour de cassation refuse cette attribution de propriété pour les nantissements sur les droits relatifs à des marchés publics<sup>610</sup>, biens incorporels par excellence.

#### a) Attribution judiciaire

408. **Mécanisme de l'attribution judiciaire.** La loi permet que le créancier demande au juge de lui attribuer la propriété du bien grevé en cas de défaillance du débiteur. Cette faculté étant ouverte au créancier nanti d'une sûreté française, elle l'est également pour le créancier nanti d'une sûreté étrangère assimilée à une sûreté locale de rattachement, et dans les mêmes conditions. Le choix d'une telle procédure est laissé à l'entière liberté du créancier : « Dès lors que les conditions légales sont respectées, le juge a compétence liée. Il ne peut, sous prétexte d'opportunité, lui refuser l'attribution ; son appréciation du bien-fondé de la demande, notamment au regard des intérêts du constituant, n'a pas lieu d'interférer. Il lui appartient uniquement de vérifier l'exigibilité de la créance, la défaillance du débiteur, ou les conditions d'objectivité de l'estimation du bien<sup>611</sup>. » Voici donc comment peuvent être résumés les effets de l'attribution judiciaire : « Une fois la demande d'attribution entérinée, le jugement lui-même tiendra lieu de titre translatif de propriété, et le bien grevé passera du patrimoine du débiteur à celui du créancier. La sûreté peut donc être réalisée sans recours à la force publique, comme c'est le cas pour le pacte comissoire qui, lui, se dispense également d'intervention judiciaire<sup>612</sup>. » Pour une sûreté sur bien incorporel, le mécanisme est exactement le même. Admettons une sûreté constituée sur un brevet. Au lieu d'opter pour la saisie des brevets d'invention comme l'envisage le Code de la propriété intellectuelle, le créancier peut introduire une action afin de se voir attribuer la propriété du brevet. Il est également fondamental de rappeler que le créancier est tenu, au nom du principe de non-enrichissement, de restituer au débiteur une somme équivalente au montant du bien auquel il est soustrait le montant de sa créance. À l'inverse, si la valeur du bien ne suffit pas à désintéresser le créancier, il demeure créancier, chirographaire cette fois, pour la différence.

---

<sup>609</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière*, op. cit., n°514, p. 326.

<sup>610</sup> Cass. com., 4 mai 1981, n° 79-15.222, *Bull. civ.* IV, n°202 : « C'est à bon droit qu'une cour d'appel a jugé qu'en vertu de l'article 190 du Code des marchés publics, l'opposition par laquelle est revendiqué l'un des privilèges énumérés à l'article 193 dudit Code expose le créancier nanti, tant qu'il n'a pas encaissé le prix des marchés, à subir le droit de préférence des créanciers titulaires d'un privilège préférable au sien et l'empêche par conséquent d'invoquer l'application de l'article 2078 du Code civil. »

<sup>611</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°88, p. 121.

<sup>612</sup> *Ibid.*

D'où l'importance fondamentale qu'il existe – notamment pour les biens incorporels dont l'évaluation est souvent difficile – à déterminer avec précision la valeur du bien grevé.

409. **Mécanisme de détermination de la valeur du bien incorporel grevé.** Le Code civil ne mentionne pas d'obligation de procéder à l'évaluation du bien par voie d'expert dans le cadre d'une attribution judiciaire. La question qui se pose pour les biens incorporels est celle de savoir si l'évaluation par voie d'expert est impérative en dépit de l'absence de dispositions textuelles. Un arrêt rendu par la chambre commerciale le 15 novembre 2005, sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2006, semble pouvoir nous éclairer sur ce point<sup>613</sup>. Le créancier avait introduit une action pour se faire attribuer la propriété des actions nanties. Le juge avait donné droit au créancier. Après cette attribution, ce dernier avait demandé que les actions nanties soient évaluées par voie d'expert. La cour d'appel l'a débouté de cette demande. La Cour de cassation rejette le pourvoi : « Mais attendu, qu'après avoir constaté que la banque avait obtenu du juge-commissaire, par une décision devenue irrévocable, l'attribution définitive de son gage sans avoir sollicité son estimation par experts, l'arrêt retient, tant par motifs propres qu'adoptés, qu'il se déduit de la position de la banque que celle-ci a implicitement, mais nécessairement admis que la valeur des actions nanties était égale à leur valeur nominale ; que par ses seuls motifs faisant ressortir que l'attribution du gage a été ordonnée selon une estimation de sa valeur, laquelle, admise par les parties, n'avait pas à être déterminée par experts, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. » *Il peut être déduit de cet arrêt que l'évaluation par voie d'expert n'est pas impérative, que la détermination objective de la valeur du bien incorporel grevé puisse être faite par voie conventionnelle, selon « la volonté commune des parties<sup>614</sup>. »* Ainsi pour ce qui concerne les sûretés sur biens incorporels dans l'ordre international, *il semble évident que si les parties ont prévu, sous l'égide du droit de constitution de la sûreté, une évaluation objective du bien, celle-ci devra s'imposer au juge lors de l'attribution judiciaire du bien.* En effet, la liberté contractuelle dont bénéficient les parties à un contrat de sûreté français doit également bénéficier dans le cadre des sûretés constituées à l'étranger, dont il faut rappeler qu'elles sont soumises à la méthode de l'adaptation.

---

<sup>613</sup> Cass. com., 15 novembre 2005, n°03-18437, *Bull.* IV, n°228 ; *JCP E.* 2006, p. 1753, n°14, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Dr. et patr.* 2006, p.125, obs. Ph. DUPICHOT ; *RLDC* février 2006, n°994, p.29, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *RLDA* 2006, n°1, p. 33, obs. D. CHEMIN-BOMBEN.

<sup>614</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°83, p. 115.

## b) Attribution conventionnelle (pacte comissoire)

410. **Définition.** Pour que la propriété du bien grevé soit transférée sans l'intervention du juge, de manière exclusivement conventionnelle, les parties doivent, au moment de la constitution de la sûreté ou postérieurement, avoir conclu un pacte comissoire – « la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice) (...)»<sup>615</sup>. »

411. **Importance pratique et symbolique pour la réception des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français.** La consécration textuelle du pacte comissoire par l'ordonnance de réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 revêt une importance pratique et symbolique pour la réception des sûretés étrangères dans l'ordre juridique français. Pratique parce qu'il n'est désormais plus nécessaire de neutraliser le pacte comissoire conclu dans le cadre de la constitution d'une sûreté à l'étranger ; symbolique parce que la plupart des cas de refus de réception d'une sûreté étrangère ont été liés à la présence d'un pacte comissoire<sup>616</sup>.

412. **Domaine et mécanisme.** Toutes les sûretés sur biens incorporels peuvent faire l'objet d'une clause comissoire à moins que la loi ne l'interdise expressément par une disposition particulière comme elle le fait pour les nantissements de fonds de commerce. C'est en tout cas la position d'un auteur important<sup>617</sup>. Dans certains cas, les textes prévoient explicitement une telle possibilité. Ainsi, pour le nantissement de créance, l'article 2365 du Code civil : « En cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. » Pour les autres biens incorporels soumis au régime du gage de meuble corporel pour lesquels il n'est prévu aucun nantissement spécial, il convient de se reporter à l'article 2348 du Code civil, disposition qui autorise expressément le recours au pacte comissoire. Contrairement à l'attribution judiciaire, *l'évaluation par un expert du bien grevé attribué en propriété est impérative*. Ceci ressort des dispositions de l'article 2348 du Code civil applicable aux gages de meubles corporels, qu'il

---

<sup>615</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Pacte comissoire ».

<sup>616</sup> Par ex., v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, RCDIP, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916 n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>617</sup> J.-J. ANSAULT, « Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? », *RDBF*, septembre 2014, dossier 39, n°11.

convient d'étendre aux pactes comissoires sur immeubles pour lesquels la loi est silencieuse<sup>618</sup>, et à plus forte raison aux nantissements de créance bien que l'article 2365 du Code civil soit silencieux à ce sujet. Par ailleurs, la liberté contractuelle dans la mise en œuvre du pacte comissoire est largement consacrée. Il est ainsi laissé à la volonté des parties la plus grande latitude pour établir la procédure à suivre dans la mise en œuvre du pacte comissoire ; ainsi, par la conclusion du pacte comissoire, « le constituant renonce explicitement à l'ordre public de protection des voies d'exécution et dispense son créancier du recours à la force publique<sup>619</sup>. » *Puisque le législateur l'admet dans l'ordre interne, il n'est pas de raison qu'il ne l'admette pas dans l'ordre international. Si les parties au contrat de sûreté ont, sous l'égide du droit de constitution, prévu les modalités de mise en œuvre du pacte comissoire, celles-ci devront, au moment de la réception, être admises, au nom notamment de la raison d'être de la méthode de l'adaptation, imposer au créancier étranger les mêmes contraintes qu'au créancier français et laisser les parties libres de leur volonté commune dans la même mesure. Toutefois, le créancier nanti de la sûreté étrangère devra se conformer à la volonté du législateur d'exclure le pacte comissoire dans le cadre des crédits à la consommation. Il faudra donc prendre garde à bien analyser le contrat ayant donné naissance à la créance garantie pour vérifier qu'il ne s'agisse pas, au regard des critères du droit français, d'un contrat de crédit à la consommation.*

413. **Extension à la réalisation des propriétés-sûretés.** Des auteurs considèrent que la conclusion d'une propriété-sûreté emporte nécessairement conclusion d'un pacte comissoire. La fiducie contient « sa propre technique de réalisation<sup>620</sup> », à savoir « la possibilité de transférer conventionnellement la propriété du bien grevé au profit du créancier, aux fins de désintéressement de ce dernier<sup>621</sup>. » Le créancier se soustrait ainsi à l'intervention judiciaire comme dans le cadre du pacte comissoire. Comme l'écrivait justement Michel GRIMALDI à propos de la réserve de propriété, en matière de propriété-sûretés, « l'avantage de la propriété est finalement d'éviter le recours au juge : de simplifier la réalisation de la sûreté<sup>622</sup>. » D'ailleurs, la réalisation des propriétés-sûretés, et notamment de la fiducie, fait l'objet des mêmes restrictions – auxquelles devra également se soumettre le créancier nanti

---

<sup>618</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°84, p. 116.

<sup>619</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°89, p. 121 et s..

<sup>620</sup> E. BOTREL, *Les conventions relatives à l'exécution forcée. Contribution à l'étude de la notion d'exécution forcée*, thèse, Nantes, 2011, n°191 et s., p. 242 et s.

<sup>621</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°109, p. 149.

<sup>622</sup> M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », art. préc., n°8, p. 181.

d'une sûreté étrangère – que la propriété-réalisation conventionnelle. Ainsi l'article 2372-3 alinéa 3 du Code civil impose l'intervention d'un expert afin d'évaluer le bien grevé : « La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

414. Ce n'est pas la seule règle impérative à laquelle devra se plier le créancier nanti d'une sûreté étrangère. La qualification de ces modes alternatifs de réalisation de la sûreté en procédures civiles d'exécution conduit nécessairement à leur appliquer les règles impératives de cette matière.

#### B. Caractère impératif des règles des procédures civiles d'exécution

415. La réalisation de la sûreté est intégrée dans le champ des procédures civiles d'exécution. Ceci vaut naturellement pour la réalisation de la sûreté par la saisie du bien grevé, mais également pour les modes de réalisation alternatifs – attribution du bien en propriété. Cette qualification des modes de réalisation de la sûreté en voies d'exécution (1) entraîne naturellement l'application des principes des procédures civiles d'exécution au créancier nanti d'une sûreté étrangère (2).

##### 1) Qualification des modes de réalisation de la sûreté en voies d'exécution

416. **Débat : quelle nature juridique pour les modes de réalisation alternatifs des sûretés réelles ?** Pour ce qui concerne la réalisation traditionnelle de la sûreté, il est évident qu'il s'agit d'une voie d'exécution puisqu'elle consiste, comme on l'a vu, soit en une saisie des créances, soit une saisie des droits d'associé, des valeurs mobilières et des autres droits incorporels, toutes deux régies par le Code des procédures civiles d'exécution. La question se pose toutefois de la nature des modes alternatifs de réalisation. S'agit-il d'un mécanisme du régime général des obligations comme la dation en paiement ? D'une promesse de vente pour ce qui concerne le pacte comissoire ? Ou alors ces modes de réalisation alternatifs doivent-ils recevoir une qualification *sui generis* ? Au-delà des débats doctrinaux, l'enjeu de la qualification est fondamental, car il conditionne l'application de tel ou tel corps de règle. Ainsi, si les modes alternatifs de réalisation sont des voies d'exécution, il conviendra

d'appliquer le régime de l'exécution forcée, ce qui ne sera pas le cas s'ils reçoivent une qualification du régime général des obligations.

417. **Réponse : procédure civile d'exécution sans intervention de la force publique.** Dès 1994, le professeur Philippe DELEBECQUE affirmait que l'attribution judiciaire du bien grevé au créancier nanti était « une voie d'exécution : *une voie d'exécution originale, car elle ne se traduit pas par une saisie et par une vente, mais une voie d'exécution véritable, car elle permet de donner juridiquement satisfaction à un créancier*<sup>623</sup>. » Pour vérifier cette affirmation, il convient de s'appuyer sur les travaux doctoraux du professeur Charles GIJSBERS dans lesquels il définit l'exécution forcée comme « tout procédé de contrainte exercé sur le débiteur défaillant aboutissant à la satisfaction directe sur créancier qui l'exerce<sup>624</sup>. » L'auteur affirme ainsi qu'une mesure, pour être qualifiée de voie d'exécution, doit exercer une contrainte sur le débiteur et avoir un « effet satisfactoire » pour le créancier. Ces critères sont tirés de l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution : « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. » Compte tenu de ces conditions de qualification, il semble évident que les modes alternatifs de réalisation puissent être qualifiés de voies d'exécution. D'abord, en qu'ils s'apparentent à une contrainte exercée sur le débiteur. Pour l'attribution judiciaire, ceci est naturel ; l'intervention du juge permet de constater le caractère contraignant de la mesure. Pour le pacte comissoire également, car bien que le débiteur doive consentir à la conclusion du pacte, « le transfert de la propriété étant décidé par anticipation, sa réalisation s'opère sur le constat de la carence du débiteur, sans avoir à solliciter de nouveau son consentement<sup>625</sup>. »

418. L'absence d'intervention d'un huissier ou d'un juge ne suffit pas à disqualifier la nature d'exécution forcée de la mesure. La majorité des auteurs s'accordent à penser que l'intervention d'un officier public n'est pas nécessaire pour qualifier une mesure de voie d'exécution. Ainsi, les professeurs PERROT et THERY affirment que : « La contrainte, qui prend généralement la forme d'une « saisie », peut se présenter sous les aspects les plus variés, et l'on aurait tort de penser qu'elle implique nécessairement l'intervention de la force

---

<sup>623</sup> P. DELEBECQUE, « L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial », in *Le gage commercial*, colloque de Deauville des 11 et 12 juin 1994, RJ Com., n°spéc., novembre 1994, p. 124 et s. (italiques ajoutés).

<sup>624</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°219, p. 209.

<sup>625</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°220, p. 210.

publique<sup>626</sup> » ; le professeur BRENNER considère également que les procédures civiles d'exécution « ne sont pas nécessairement judiciaires : par « procédures », il faut entendre des complexes d'actes juridiquement ordonnés<sup>627</sup>. »

419. Quant au juge, son absence « n'est pas plus dirimante que celle de l'huissier de justice, car, hormis le cas de la saisie immobilière et de la saisie des rémunérations, les procédures civiles d'exécution ne supposent en principe aucune intervention judiciaire, sinon pour vider les conflits, *i.e.* dans une optique proprement juridictionnelle, pour mettre fin à d'éventuels litiges survenus pendant la saisie<sup>628</sup>. » Ensuite, il est évident que les modes alternatifs de réalisation de la sûreté procurent un effet satisfaisant pour le créancier : le créancier se voit attribuer la propriété du bien, ce qui a pour effet d'éteindre l'obligation garantie dans la mesure de la valeur de ce bien attribué<sup>629</sup>. La qualification de procédure civile d'exécution ne suppose nullement la saisie du bien, sa mise en vente et la distribution consécutive de son prix. Ainsi, le résultat de la saisie d'une créance est bien l'attribution en propriété de la créance au créancier, aucune vente ni distribution du prix n'étant alors effectuée<sup>630</sup>.

420. Au regard de la satisfaction de ces critères, il est naturel de qualifier les modes alternatifs de réalisation, et plus généralement toute mesure de mise en œuvre de la sûreté, en procédure civile d'exécution. *Cette qualification et l'assimilation de la sûreté étrangère à la sûreté française de rattachement ont pour conséquence directe et immédiate l'application impérative, au créancier étranger, des principes des procédures civiles d'exécution dans la mise en œuvre de son droit.*

---

<sup>626</sup> R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°1, p. 1.

<sup>627</sup> C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°16, p. 9.

<sup>628</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°220, p. 211.

<sup>629</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°221, p. 210.

<sup>630</sup> CPCE, art. L. 211-2 : « L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. »

## 2) Application des principes des procédures civiles d'exécution au créancier nanti d'une sûreté étrangère

421. Si le créancier nanti de la sûreté étrangère assimilée est libre dans le choix du mode de réalisation (a.), les conditions de mise en œuvre de la mesure d'exécution, traditionnelle ou alternative, sont strictement encadrées (b.).

### a) Liberté du créancier dans le choix du mode de réalisation

422. **Application du libre choix du mode de réalisation au créancier nanti d'une sûreté étrangère.** L'article L. 111-7 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que : « Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. » En quoi consiste ce principe de liberté du créancier ? Il implique que celui-ci « puisse déterminer, à sa guise, aussi bien le type de procédure à mettre en œuvre que le bien qui en sera l'objet<sup>631</sup>. » Les voies de réalisation de la sûreté étant considérées comme du domaine de l'exécution forcée, les principes directeurs de cette dernière lui sont naturellement applicables. Ainsi, le créancier nanti d'une sûreté dispose d'une liberté dans la mise en œuvre de son droit, que celui-ci soit de constitution française ou de constitution étrangère, mais assimilée à une sûreté locale de rattachement. Toutefois, l'application de ce principe aux titulaires de sûretés réelles ne figure pas dans le Code civil. Il est aisé de considérer ceci comme une lacune textuelle à laquelle il convient de remédier. Dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté en 2017 sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT, la commission dirigée par Michel GRIMALDI ne s'y est pas trompée puisqu'elle a proposé d'intégrer un article 2286-4 du Code civil disposant que : « Le créancier choisit librement le mode de réalisation de sa sûreté. S'il est titulaire de plusieurs sûretés, il est libre de l'ordre de leur réalisation<sup>632</sup>. » En l'absence de texte, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la primeur de consacrer ce principe de liberté du créancier dans la réalisation de sa sûreté. Cette consécration est ancienne et constante. Le 9 mai 1905, la chambre civile de la Cour de cassation a ainsi rendu un arrêt rédigé en ces termes : « En vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, le créancier, dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles, est en droit de choisir celui des immeubles sur le prix duquel il veut être colloqué pour la totalité de sa

<sup>631</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°157, p. 204.

<sup>632</sup> Association Henri CAPITANT, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit.*, art. 2286-4.

créance, sans que les créanciers ayant sur le même immeuble des hypothèques postérieures en rang puissent le contraindre à diviser sa demande de colocation pour la faire porter proportionnellement sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés<sup>633</sup>. » En d'autres termes, lorsqu'une même sûreté grève plusieurs biens, « son titulaire est en mesure de choisir le bien sur lequel il veut l'exercer, indépendamment des droits d'autres éventuels créanciers sur ce bien<sup>634</sup>. » Ce principe implique également que le créancier nanti puisse librement déterminer la méthode de réalisation : vente forcée ou attribution en propriété, judiciaire ou conventionnelle si celle-ci est prévue par le contrat. Certains se sont toutefois interrogés sur la liberté dont disposait le créancier en présence d'un pacte comissoire<sup>635</sup> : « La conclusion d'un pacte comissoire engendre-t-elle l'obligation, pour le créancier, d'exécuter sa sûreté selon cette voie ou maintient-elle sa liberté de s'orienter vers la vente forcée, ou même l'attribution en justice ?<sup>636</sup> » Il n'existe ni réponse dans les textes ni orientation dans la jurisprudence<sup>637</sup>. La quasi-totalité du corps doctrinal considère que *le créancier conserve le choix de mettre en œuvre le pacte comissoire ou de réaliser la sûreté par la vente forcée ou l'attribution judiciaire*. Ainsi, en matière de gage de meubles corporels, l'Association Henri CAPITANT prévoit à l'article 2348 de l'avant-projet que le pacte comissoire « ne préjudicie pas au droit du créancier de poursuivre la vente du bien gagé (...)»<sup>638</sup>. » Ainsi, le créancier nanti d'une sûreté étrangère dont le contrat prévoit une clause comissoire aura la liberté de la mettre en œuvre ou de passer par les autres modes de réalisation que lui offre le régime juridique de la sûreté française de rattachement.

**423. Application des limites au libre choix du mode de réalisation au créancier nanti d'une sûreté étrangère : effets limités en pratique.** Le créancier est donc libre de choisir le mode de réalisation qui lui convient. Il semble par ailleurs qu'il n'ait pas à se préoccuper outre mesure des questions de proportionnalité de la mesure d'exécution. Certes, en droit de l'exécution, « le créancier est donc tenu de s'engager dans une procédure qui ne soit pas objectivement excessive au regard de la créance à recouvrer<sup>639</sup>. » Pourtant, ce

---

<sup>633</sup> Cass. civ., 9 mai 1905, *DP* 1909, 1, p. 225.

<sup>634</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°158, p. 205.

<sup>635</sup> W. Dross, *V° « Comissoire »*, *Clausier*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 92 ; S. Hébert, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007, p. 2057 ; C. Jacomin et B. Lacourte, « De l'intérêt du pacte comissoire dans les sûretés réelles », *RLDC* 2012, p. 99 et s. ; S. Perus, « Des aspects pratiques du pacte comissoire », *RLDC* 2008, p. 50.

<sup>636</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°163 et s., p. 214 et s.

<sup>637</sup> *Ibid.*

<sup>638</sup> Association Henri CAPITANT, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit.*, art. 2348.

<sup>639</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°169, p. 221.

principe de proportionnalité semble peu applicable au droit des sûretés réelles. À tout le moins, le créancier ne doit pas détourner la réalisation de la sûreté de sa finalité traditionnelle, être payé. Toutefois, il serait impensable, au nom du principe d'indivisibilité des sûretés réelles, de lui imposer de ne pas procéder à une saisie compte tenu du modique montant restant dû. Ceci serait incohérent au regard du principe fondamental du droit des sûretés selon lequel le créancier ne peut s'enrichir par la réalisation de la sûreté. De même, il est impensable d'imposer au créancier, au nom de la proportionnalité, tel ou tel mode de réalisation de la sûreté : « Le créancier doit pouvoir choisir indifféremment le mode de réalisation de sa sûreté, quel que soit le montant de la créance restant à recouvrer, d'autant plus qu'il peut trouver un intérêt légitime à préférer les techniques de propriété-réalisation, en raison de la facilité d'exécution qu'elles procurent<sup>640</sup>. » Cependant, on sait que le créancier nanti, y compris celui d'une sûreté étrangère assimilée, devra respecter les causes de subsidiarité applicables aux voies d'exécution traditionnelles lorsqu'il pratiquera un mode de réalisation alternatif de la sûreté. Ainsi, le mode alternatif ne doit pas être utilisé afin de contourner les causes de subsidiarité prévue par le droit de l'exécution forcée. Toutefois, il semble que ces causes de subsidiarité aient peu d'effet en pratique en ce qui concerne la saisie des biens incorporels. En effet, la subsidiarité s'applique principalement dans le cadre de la saisie immobilière<sup>641</sup> – « le créancier hypothécaire ou titulaire d'un privilège spécial est tenu de saisir en priorité l'immeuble qui sert d'assiette à sa sûreté ; ce n'est qu'en cas d'insuffisance qu'il peut agir sur d'autres immeubles<sup>642</sup> » – et dans le cadre de la saisie-vente dans le local servant d'habitation au débiteur<sup>643</sup> – « la saisie-vente dans un local servant à l'habitation du débiteur, lorsqu'elle tend au recouvrement d'une créance autre qu'alimentaire, inférieur à 535 euros en principal, ne peut être pratiquée, sauf autorisation spéciale du juge de l'exécution, que si ce recouvrement n'est pas possible par voie de saisie d'un compte d'espèces ou des rémunérations du travail<sup>644</sup>. » En définitive, le principe de subsidiarité ne serait applicable en matière de saisie sur bien incorporel et de réalisation alternative de la sûreté sur ce type de biens que si l'entrepreneur individuel demandait que « les dettes contractées pour les besoins de son activité professionnelle soient exécutées en priorité sur les

---

<sup>640</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°173, p. 227.

<sup>641</sup> CPCE, art. L. 311-5.

<sup>642</sup> C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., n°32, p. 22 et s.

<sup>643</sup> CPCE, art. L. 221-2 et R. 221-2.

<sup>644</sup> C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., n°32, p. 22 et s.

biens affectés à l'exploitation de son entreprise s'il établit qu'ils sont d'une valeur suffisante pour désintéresser le poursuivant<sup>645</sup>. »

424. En résumé, on peut constater que le créancier nanti d'une sûreté étrangère sera assez libre dans le choix du mode de réalisation, les limites bornant cette liberté n'ayant que peu d'effet dans le cadre de la réalisation de sûretés grevant des biens incorporels. En revanche, plus sévère est l'encadrement des conditions de mise en œuvre de la sûreté.

#### b) Encadrement des conditions de mise en œuvre

425. **Soumission du créancier nanti d'une sûreté étrangère au droit commun de l'exécution forcée.** La qualification des modes de réalisation de la saisie – traditionnels ou alternatifs – suppose donc l'application du « droit commun » des procédures civiles d'exécution, c'est-à-dire « les dispositions les plus générales de la matière qui ont vocation à s'appliquer indistinctement à toutes les mesures d'exécution forcée<sup>646</sup>. » Parmi ces mesures, on peut citer les principales auxquelles sera contraint de se soumettre le créancier nanti d'une sûreté étrangère poursuivant la réalisation de son droit : justifier d'une créance liquide, certaine et exigible (CPCE, art. L. 111-2) ; adresser une mise en demeure au débiteur ; se soumettre à la possibilité du débiteur de demander un délai de grâce au juge ; respecter les insaisissabilités légales<sup>647</sup> (CPCE, art. L. 112-2) ; se soumettre aux éventuelles préemptions, urbaines (C. urb., art. L. 213-1) ou de l'auteur audiovisuel (CPI, art. L. 132-30 al. 4) ; se soumettre à la faculté légale du débiteur de vendre le bien saisi de manière amiable (CPCE, art. R. 233-5 et s. pour la saisie des valeurs mobilières et des droits d'associés). La question la plus épineuse est celle de la nécessité d'obtenir un titre exécutoire. Pour la réalisation de la sûreté par saisie, il est évident que l'article L. 111-2 du Code des procédures civiles d'exécution s'applique et donc que le créancier soit tenu d'obtenir un titre exécutoire pour pratiquer la saisie. Pour les modes de réalisation alternatifs, il convient de s'attarder sur la raison d'être du titre exécutoire : « s'assurer que le créancier ne déclenche pas une mesure d'exécution forcée de manière abusive, sur le fondement d'une créance non encore exigible

<sup>645</sup> C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., n°32, p. 22 et s.

<sup>646</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°154, p. 202.

<sup>647</sup> La simple conclusion d'un pacte comissoire ne doit pas présumer de la renonciation du débiteur au bénéfice des insaisissabilités légales. Cette clause permet seulement de constater que le débiteur accepte que le créancier ait recours aux voies extrajudiciaire pour réaliser sa sûreté. V. C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°186, p. 244.

voire même inexistante<sup>648</sup>. » En ce qui concerne l'attribution judiciaire, il semble que le créancier puisse se passer d'un titre exécutoire avant l'introduction de l'action, la protection du créancier et de l'ordre économique étant assurée par l'intervention du juge. En ce qui concerne le pacte comissoire, le créancier doit obtenir un titre exécutoire pour se prévaloir de la clause comissoire. Le pacte comissoire est une mesure d'exécution forcée ; toute mesure d'exécution forcée suppose, à un moment ou à un autre, une vérification des qualités de la créance – certaine, liquide et exigible ; par conséquent, l'exigence impérative de protection minimale du débiteur que constitue l'obtention d'un titre exécutoire semble devoir s'appliquer au créancier nanti d'une sûreté étrangère poursuivant la mise en œuvre du pacte comissoire, d'autant plus que le Code des procédures civiles d'exécution prévoit la possibilité de recourir à une procédure simplifiée d'obtention d'un titre exécutoire (CPCE, R. 211-11 et s.).

**426. Principe d'obtention d'un titre exécutoire : exception pour les nantissements de compte-titres. Et pour les gages commerciaux ?** L'article L. 521-3 du Code de commerce, applicable au gage commercial, dispose qu'à l'échéance le créancier peut faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage huit jours après une simple signification faite au débiteur. L'impératif de rapidité impose que le créancier puisse se soustraire à l'exigence d'obtenir un titre exécutoire pour réaliser sa sûreté par voie de saisie. Il en va de même pour les nantissements de comptes-titres dont la réalisation est soumise aux dispositions précitées du Code de commerce (CMF, art. L. 211-20). Pour bénéficier de cette faveur, encore faut-il que le créancier nanti d'une sûreté étrangère justifie que son droit est assimilable à un gage commercial ou à un nantissement de compte-titres. Pour le nantissement de compte-titres, les choses sont assez simples au regard du critère de l'identité du bien grevé précédemment exposé<sup>649</sup>. Pour le gage commercial, il faut se rapporter aux critères de qualification posés à l'article L. 521-1 du Code de commerce : « est commercial le gage constitué en garantie d'une dette commerciale, au moins à l'égard du débiteur principal ; peu importent la nature du bien donné en gage, et la qualité des parties<sup>650</sup>. » Ainsi, souvent le créancier nanti d'une sûreté étrangère pourra qualifier sa sûreté sur bien incorporel de commercial, en tous cas dès lors qu'elle sera contractée auprès d'une personne en garantie d'une dette commerciale. Ceci signifie-t-il pour autant que le créancier nanti d'une sûreté

---

<sup>648</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°190, p. 247.

<sup>649</sup> *Supra*, n°293 et s., p. 237 et s.

<sup>650</sup> L. AYNES et P. CROCQ avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière*, op. cit., n°503, p. 306.

étrangère qualifiée de gage commercial pourra mettre en œuvre son pacte commissaire sans titre exécutoire ? Rien n'est moins sûr. Le dernier alinéa de l'article L. 521-3 du Code de commerce dispose que : « Le créancier peut également demander l'attribution judiciaire du gage ou convenir de son appropriation conformément aux articles 2347 et 2348 du Code civil. » Cette disposition signifie-t-elle que les modes alternatifs de réalisation sont exclus du bénéfice du régime dérogatoire de l'article L. 521-3 du Code de commerce ? Si tel est le cas, alors le créancier nanti d'une sûreté étrangère devra, conformément au droit commun, obtenir un titre exécutoire pour mettre en œuvre le pacte commissaire. Dans un souci de cohérence vis-à-vis de la qualification des modes alternatifs de réalisation comme procédures civiles d'exécution, il est indispensable de soumettre leur mise en œuvre au régime dérogatoire du gage commercial. Ceci d'autant plus vrai que le créancier est toujours tenu de justifier d'une créance certaine, liquide et exigible.

427. Encadrer la réalisation de la sûreté par un créancier nanti d'une sûreté étrangère par l'application des dispositions impératives de réalisation implique également l'application des dispositions du droit des procédures collectives. En effet, l'impératif de protection du gage commun contenu dans celles-ci commande de neutraliser, de la même manière que pour un créancier nanti d'une sûreté nationale, les droits du créancier nanti d'une sûreté étrangère sur bien incorporel assimilée.

## *2. Neutralisation du pouvoir de contrainte du créancier dans le cadre des procédures collectives*

428. **Caractère internationalement impératif de la neutralisation du pouvoir de contrainte du créancier : la protection du gage commun.** Dans le cadre des procédures collectives, le pouvoir de contrainte du créancier nanti est moins encadré que neutralisé. L'objectif impératif de protection du droit de gage général des créanciers impose de bloquer, pour le temps de la procédure, le pouvoir de contrainte du créancier afin d'assurer un partage égal des actifs du débiteur en cessation de paiements : « *La neutralisation des droits individuels est traditionnelle en procédure collective. Une telle neutralisation se caractérise en effet par un assujettissement égalitaire des créanciers à la discipline de la procédure afin de protéger le gage commun auquel ces derniers entendent accéder*<sup>651</sup>. » Ce principe

---

<sup>651</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, Préf. M. GRIMALDI, LGDJ, Bibl. de droit des entreprises en difficultés, 2020, n°20, p. 26 (italiques ajoutés).

constitue « l'*alpha* et l'*oméga* des règles qui gouvernent tant les procédures de liquidation, où doit être réparti de manière cohérente le gage collectif que, à plus forte raison, les procédures de restructuration, qui imposent que ne soient pas soustraits d'actifs du gage collectif<sup>652</sup>. » Ce principe d'égalité des créanciers dans les procédures collectives est un principe cardinal des procédures collectives auquel il ne peut être dérogé que de manière exceptionnelle. Ainsi, le créancier se voit privé de l'exercice de son pouvoir de contrainte à l'égard du débiteur, non pas tellement pour protéger ce dernier qui de toutes les manières devra s'acquitter de ses dettes dans les limites de ses actifs, mais afin de protéger les autres créanciers du débiteur dont les intérêts pourraient être floués par la soustraction désorganisée d'un bien du fait de la réalisation d'une sûreté après le jugement d'ouverture ou pendant la période suspecte. *Si cette neutralisation s'impose aux créanciers français, elle doit nécessairement être applicable aux créanciers nantis de sûretés constituées à l'étranger et assimilées à une sûreté locale.* D'abord parce qu'étant assimilée, la sûreté se voit appliquer les mêmes règles que la structure de rattachement ; ensuite, parce que ces règles ont vocation à protéger et l'ordre juridico-économique dans son entier. La jurisprudence française a déjà reconnu à nombreuses reprises le caractère de lois de police des règles applicables à un créancier nanti de sûreté dans une procédure collective. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt *Heinrich Otto* rendu le 8 janvier 1991 a considéré que « les conditions auxquelles peuvent être revendiquées des marchandises vendues avec réserve de propriété sont, en cas de redressement judiciaire de l'acheteur, déterminées par la loi de la procédure collective, quelle que soit la loi régissant la validité et l'opposabilité, en général, de la clause de propriété réservée<sup>653</sup>. » Par ailleurs, en cas de divergence entre la loi de la sûreté et celle de la procédure, il faut évidemment considérer l'application des lois de police du pays de situation notamment en ce que c'est dans ce dernier que la réalisation aura lieu<sup>654</sup>.

429. Il faut donc conclure de tout ce qui précède que *le créancier nanti d'une sûreté étrangère est soumis aux mêmes contraintes de neutralisation de ses droits que les créanciers nantis de sûretés françaises*, à plus forte raison que ceux-ci sont assimilés à une institution locale équivalente. Cette neutralisation du pouvoir de contrainte intervient *a priori* pour prévenir la réalisation de sûretés réelles après le jugement d'ouverture (A.) et *a posteriori* pour sanctionner les réalisations effectuées pendant la période suspecte (B.).

---

<sup>652</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, thèse préc., n°20, p. 26.

<sup>653</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janvier 1991, *Soc. Heinrich Otto*, *Clunet*, 1991, p. 913, n. JACQUEMENT ; *D.* 1991, p. 276, n. J.-P. REMERY.

<sup>654</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°1300, p. 1074.

## A. Neutralisation *a priori* du pouvoir de contrainte

430. **Soustraction traditionnelle à la discipline collective : extension par assimilation au créancier nanti d'une sûreté étrangère.** Traditionnellement, les sûretés réelles étaient un moyen pour le créancier de s'affranchir de la discipline de la procédure collective. Le créancier nanti « bénéficiait d'un traitement de faveur, tant préférentiel que procédural<sup>655</sup>. » Sauf certaines exceptions<sup>656</sup>, les créanciers bénéficiaires de sûretés étaient exonérés des contraintes de la procédure collective. Les procédures de faillite avaient essentiellement vocation à sanctionner le débiteur pour sa défaillance et à désintéresser de manière égalitaire les créanciers chirographaires. Par conséquent, rien ne s'opposait à ce que les créanciers nantis réalisent leur sûreté par les procédures civiles d'exécution individuelles, y compris après l'ouverture d'une procédure collective<sup>657</sup>. En effet, la sûreté constitue une manière de rompre ce principe d'égalité entre les créanciers. Dans ce contexte, le créancier nanti d'une sûreté étrangère aurait pu réaliser sa sûreté dans les mêmes conditions qu'un créancier d'une sûreté locale. Il aurait donc pu se soustraire aux contraintes de la procédure collective.

431. **Soumission des créanciers nantis d'une sûreté étrangère à la discipline collective.** Tout change lorsqu'on vient à considérer les procédures de faillite, non plus comme un moyen de punir le débiteur, mais comme une manière de préserver l'entreprise. En 1967, la réforme des procédures collectives soumet les créanciers nantis à la discipline collective. Au regard de l'objectif de préservation de l'entreprise, « il eût été à dire vrai anachronique de laisser les bénéficiaires de sûretés réelles remettre irrémédiablement en cause les objectifs économiques et sociaux de la matière en les laissant exercer de manière intempestive leur droit de poursuite individuelle hors de la procédure collective (...)»<sup>658</sup>. » Ainsi, « leur suprématie [des sûretés réelles] face aux procédures collectives a donc été progressivement restreinte, par la voie d'une collectivisation de l'exécution tendant à réduire le clivage classique entre créanciers chirographaires et privilégiés, en faisant d'eux des alliés

---

<sup>655</sup> Ph. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, Entre passé, présent et avenir », *Mél. en l'honneur de Laurent AYNES, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, n°9.

<sup>656</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, thèse préc., n°34 et s., p. 34 et s.

<sup>657</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, thèse préc., n°25 et s., p. 27 et s.

<sup>658</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, thèse préc., n°45, p. 44 et s.

indirects<sup>659</sup>. » En 1967, l'arrêt des poursuites individuelles ne valait toutefois que jusqu'à l'admission de la sûreté à la procédure collective. Depuis, les contraintes à l'égard du créancier se sont largement étendues et celui-ci a perdu toute forme d'individualité au sein de la procédure collective ; il est entièrement soumis à celle-ci. Ceci vaut tant pour la réalisation traditionnelle de la sûreté – par la voie de l'exécution forcée – que pour les modes alternatifs de réalisation – attribution judiciaire ou conventionnelle de la propriété du bien grevé. Pour l'exécution forcée, le jugement d'ouverture entraîne l'arrêt des poursuites individuelles. En d'autres termes, le créancier verra son pouvoir de contrainte neutralisé à compter de l'ouverture de la procédure. On assiste à une forme de collectivisation de l'exécution. Cette suspension des poursuites arrête ou interdit les paiements volontaires comme les procédures d'exécution et de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture. En matière mobilière, l'effet attributif a lieu au moment où le projet de répartition est définitivement établi, c'est-à-dire si aucune contestation n'est soulevée dans le délai de quinze jours à compter de la lettre notifiant le projet à chacun des créanciers<sup>660</sup>. Si l'attribution n'intervient pas avant le jugement d'ouverture, alors les poursuites seront immédiatement arrêtées. *Il va ainsi pour les créanciers nantis de sûretés françaises comme ceux bénéficiant d'une sûreté constituée à l'étranger et assimilée à une sûreté locale de rattachement.* Pour les modes alternatifs de réalisation des sûretés sur biens incorporels, la solution est identique : « La paralysie des paiements et poursuites justifie que soient similairement interdits les modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles classiques que sont l'attribution judiciaire et le pacte commissaire. Dans les deux cas en effet, le créancier entend obtenir, à titre de paiement, l'attribution de la propriété du bien grevé, de sorte que l'obligation garantie se trouve éteinte à concurrence de la valeur du bien, obligatoirement évaluée par expert lorsque l'attribution est convenue. Il s'agit en somme de satisfaire le créancier comme le ferait tout mode d'exécution, volontaire ou forcé, mais échappant aux pesanteurs des procédures de saisie ainsi qu'au classement des privilèges de rang préférable, en particulier celui qu'institue les procédures collectives<sup>661</sup>. » Les modes alternatifs de réalisation étant de véritables procédures d'exécution, il est logique qu'elles soient soumises, de la même manière, à l'arrêt des poursuites individuelles. Si le transfert de propriété n'est pas intervenu au jugement d'ouverture, alors la réalisation alternative est immédiatement interrompue. *Les créanciers nantis de sûretés étrangères sont, par l'assimilation,*

---

<sup>659</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, thèse préc., n°45, p. 44 et s.

<sup>660</sup> CPC, art. 1281-4.

<sup>661</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, thèse préc., n°55, p. 53.

*nécessairement soumis à ce genre de contraintes.* Les règles impératives de la procédure collective s'appliquent nécessairement à celui qui prétend voir son droit réalisé dans l'ordre juridique français. De même, comme pour tout créancier, il devra s'astreindre à respecter les règles tenant à la déclaration de la créance aux organes de la procédure.

432. La neutralisation des droits du créancier nanti permet donc de prévenir la réalisation anarchique d'une sûreté en dehors du cadre de la procédure collective. Elle ne permet pas toutefois de prévenir les réalisations intervenues alors que le débiteur était en cessation des paiements et que la procédure n'était pas encore ouverte. D'où l'intérêt de prévoir des mécanismes de neutralisation *a posteriori* du pouvoir de contrainte.

#### B. Neutralisation *a posteriori* du pouvoir de contrainte

433. **Nécessité de prouver la connaissance par le créancier de l'état de cessation des paiements du débiteur.** La neutralisation *a posteriori* des réalisations se fait dans le cadre du mécanisme des nullités de la période suspecte. La nullité est obligatoire lorsque le paiement perçu par le créancier nanti l'a été en raison d'une dette non échue au jour du paiement<sup>662</sup>. La nullité ne sera que facultative lorsque le créancier nanti a, en dépit d'une créance exigible, obtenu un paiement en connaissance de la situation de cessation de paiement du débiteur<sup>663</sup>. En effet, seules la constitution et la mise en opposabilité de sûretés pendant la période suspecte sont susceptibles d'entraîner une nullité de plein droit. La réalisation, *a priori*, ne fait pas l'objet d'une nullité obligatoire, c'est-à-dire en l'absence de connaissance de la cessation de paiement du débiteur par le créancier. De même qu'une voie d'exécution individuelle classique, valable en période suspecte, la réalisation de la sûreté, par voie traditionnelle ou alternative, demeure valable, à moins de constater une mauvaise foi de la part du créancier : « La mise en œuvre d'un pacte commissaire participe en effet de la liberté reconnue à tout créancier de choisir les mesures propres à assurer l'exécution forcée de sa créance<sup>664</sup>. » Il n'y a donc pas de doute que le pacte commissaire puisse déployer ses effets pendant la période suspecte<sup>665</sup>. En revanche, il semble que la conclusion d'un pacte commissaire postérieurement à la constitution de la sûreté pendant la période suspecte soit susceptible de faire jouer les nullités de la période suspecte. Ceci est important, car il peut

---

<sup>662</sup> C. com., art. L. 632-1 I 3°.

<sup>663</sup> C.com., art. L. 632-2.

<sup>664</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, thèse préc., n°74, p. 76.

<sup>665</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°750, p. 559.

arriver que le créancier nanti d'une sûreté étrangère souhaite conclure un pacte commissaire conformément au droit français au moment où il demande à faire reconnaître son droit dans l'ordre juridique français, c'est-à-dire postérieurement à la constitution. Il convient ainsi d'établir « que le pacte a été valablement conclu, cette validité étant susceptible d'être contestée si l'accord des parties a été conclu pendant la période suspecte<sup>666</sup>. » Ceci résulte d'une forme d'assimilation du pacte commissaire à la dation en paiement, la conclusion de celle-ci en période suspecte étant soumise aux nullités obligatoires de l'article L. 632-1 du Code de commerce<sup>667</sup>. En résumé, *la neutralisation du pouvoir de contrainte du créancier pendant la période suspecte est moins étendue que pour la constitution ou l'opposabilité de la sûreté. La réalisation de la sûreté est nulle si le créancier nanti avait, au moment de celle-ci, connaissance de la situation du débiteur, à savoir qu'il était en cessation des paiements.* Cette neutralisation est donc largement conditionnée par *la mauvaise foi du créancier* et également par l'assimilation générale des modes alternatifs de réalisation aux voies d'exécution traditionnelles, qui elles non plus n'entrent pas dans le champ des nullités obligatoires.

434. **Transition.** On l'a vu à travers cette section, le créancier nanti d'une sûreté étrangère se voit offrir les mêmes prérogatives que le créancier nanti de la sûreté française de rattachement et est soumis aux mêmes restrictions. Ceci vaut évidemment dans le cadre de l'exercice du pouvoir de contrainte qui relève du rapport entre le débiteur et le créancier. Il en va ainsi, car bien que la plupart des règles que l'on considère impératives aient vocation à protéger le débiteur, elles sont également là pour organiser l'exécution forcée, individuelle ou collective, de telle sorte que les autres créanciers puissent anticiper les mesures de contraintes et s'y greffer s'ils le souhaitent. Mais *cette transposition des prérogatives et des contraintes du droit national au créancier nanti d'une sûreté étrangère vaut également dans le cadre de ses rapports avec les autres créanciers du débiteur, c'est-à-dire dans l'attribution de son rang.* Celle-ci se fait dans les mêmes conditions que celles prévues pour la sûreté locale de rattachement.

---

<sup>666</sup> Ph. DUPICHOT, « Le régime des hypothèques », *JCP G.* 2006, 8, n°30.

<sup>667</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n°750, p. 559.

## ***Section 2 : L'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère selon les règles applicables à la sûreté locale de rattachement***

435. **Importance de la date d'opposabilité pour déterminer le rang du créancier nanti.** On l'a vu, rendre la sûreté opposable aux tiers permet de déterminer le rang du créancier nanti par rapport aux autres créanciers. Ceci vaut pour le créancier nanti d'une sûreté française comme du créancier nanti d'une sûreté étrangère. À compter du moment où ce dernier se conforme aux conditions d'opposabilité fixées par le droit français pour la sûreté locale de rattachement, il doit logiquement bénéficier des mêmes conditions d'attribution de rang qu'un créancier nanti d'une sûreté française. L'opposabilité et la logique chronologique sont évidemment importantes. Toutefois, il conviendra de rappeler que la logique de base du droit des sûretés est celle d'un classement politique, fondé sur l'utilité sociale de la créance plus que sur la date de constitution ou d'opposabilité du droit. Ainsi, sauf intervention de privilèges dans certaines hypothèses, le créancier ayant rendu sa sûreté opposable en premier se situera en haut du classement et sera désintéressé à hauteur de la valeur du bien. C'est en tout cas ce que prévoient les règles d'attribution du rang dans les conditions fixées par le droit des sûretés (1.). Il peut en aller autrement en cas d'ouverture d'une procédure collective. Cette dernière prévoit des règles particulières – et impératives – de classement afin de faire prévaloir certains créanciers dont on estime que l'importance sociale justifie qu'ils soient privilégiés (les administrations fiscales et sociales, les salariés, etc.). Toutefois, il est possible, dans certains cas, de se soustraire au jeu des procédures collectives par la technique de l'exclusivité. Il convient donc également d'analyser l'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère dans les conditions fixées par le droit des procédures collectives (2.).

### *1. L'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère dans les conditions fixées par le droit des sûretés*

436. **Plan.** Conformément à la philosophie générale de la méthode de l'adaptation, l'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère se fait selon les règles de classement du droit français (A.). Le créancier se verra octroyer le même rang que le créancier nanti de la sûreté locale de rattachement dans la même situation et bénéficiera des mêmes prérogatives d'exclusivité que ce dernier. Toutefois, il y a lieu de s'attarder sur une question particulière qui concerne l'attribution de rang dans le cadre de la propriété-réalisation. La question qui se pose est celle de savoir si l'attribution judiciaire ou

conventionnelle du bien grevé constitue une technique d'exclusivité susceptible de remettre en cause les règles de classement établies par le législateur, et donc de profiter également au créancier nanti d'une sûreté étrangère. Nous prendrons position en défaveur de l'exclusivité des techniques d'attribution (B.).

#### A. L'attribution du rang selon les règles de classement du droit français

437. Il n'est plus nécessaire de démontrer que la détermination des règles de classement des créanciers se fonde sur des critères politiques : « Ce n'est pas *la comparaison mécanique de la date d'acquisition ou d'opposabilité des droits*, commandée par l'adage *Nemo plus juris...*, qui fournit la solution du conflit des droits de préférence, mais *un arbitrage de nature politique* au terme duquel le législateur donne la primauté au créancier qu'il estime le plus digne de faveur<sup>668</sup>. » Face à cette détermination politique du classement des créanciers en concours (1), la pratique a développé des techniques d'éviction du classement (2). Le nantissement de créance sera utilisé à titre d'illustration.

##### 1) Détermination politique du classement des créanciers en concours

438. Le classement des créanciers est déterminé en fonction de leur importance sociale telle que conçue par le législateur (a), ce qui n'empêche pas, dans de nombreux cas, l'intervention de la logique chronologique (b).

##### a) Classement suivant l'importance sociale du créancier

439. **Logique différente des droits réels.** Il existe un nombre important de causes de préférence dans l'ordre juridique français ; elles peuvent être d'origine conventionnelle – celles qui nous occupent –, légale ou judiciaire. Il n'existe pas de « liste claire et exhaustive<sup>669</sup> » de la hiérarchie légale de ces causes de préférence. Il convient toutefois de noter que la réforme du 23 mars 2006 a sensiblement amélioré la lisibilité de cette hiérarchie en créant une section intitulée « Du classement des privilèges ». Comme le montre Charles GIJSBERS, la logique du classement des sûretés en droit français n'est pas la même que celle

---

<sup>668</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°295, p. 287.

<sup>669</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°293, p. 286 et s..

des droits réels principaux pour lesquels « le premier en date est le plus fort en droit<sup>670</sup> » ; en d'autres termes, « le premier qui a acquis un droit réel sur la chose évince logiquement celui qui, après lui, prétendait avoir acquis un droit incompatible du même auteur<sup>671</sup>. » Sauf exceptions donc – liées principalement au jeu de la publicité ou de la possession –, le premier en date prime absolument sur les autres. En droit des sûretés, la logique est différente. *Le classement des créanciers ne s'établit pas, par principe, en fonction de la date de constitution ou d'opposabilité, mais suivant l'importance sociale de la créance ou du créancier telle que la conçoit le législateur* : « Le droit de préférence le plus fort n'est pas le premier en date, mais celui que le législateur a décrété le plus digne de passer en tête, et l'on ne saurait remettre en cause cet arbitrage *politique* sous couvert de considérations *techniques*, tirées d'une référence erronée à la qualification de droit réel<sup>672</sup>. » On l'aura compris, un peu comme pour le *numerus clausus*, la logique des droits réels principaux et accessoires est totalement différente. Les raisons sont dans les deux cas identiques : tandis que les droits réels ont pour vocation principale de rester cantonner aux relations *inter partes*, les sûretés réelles, elles, sortent du champ intime des parties et sont les outils de la lutte entre les créanciers.

440. Il est évident que *cette logique politique de classement s'impose au créancier nanti d'une sûreté étrangère*. En effet, cette logique a vocation à privilégier non pas le plus fort ou le plus rapide, mais le plus utile, c'est donc une mesure de protection de l'ordre juridico-économique à laquelle chacun doit se soumettre, ce qui n'empêche pas dans certains cas l'intervention de la logique chronologique.

#### b) Intervention de l'ordre chronologique

441. En l'absence de privilège prévu par la loi, la logique chronologique revient. En d'autres termes, lorsque le débiteur a successivement consenti deux sûretés sur le même bien, le conflit entre ces créanciers est réglé – en l'absence de technique d'exclusivité – par comparaison des dates d'opposabilité de chaque droit réel accessoire. Ainsi, par exemple, l'article L. 142-5 du Code de commerce, applicable au nantissement de fonds de commerce, que : « Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence. » De même l'article 1866 du Code civil, applicable au nantissement de parts sociales, dispose que : « Les

---

<sup>670</sup> Ch. GIJBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°294, p. 287.

<sup>671</sup> *Ibid.*

<sup>672</sup> Ch. GIJBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°295, p. 288.

parts sociales peuvent faire l'objet d'un nantissement constaté, soit par acte authentique, soit par acte sous signatures privées signifié à la société ou accepté par elle dans un acte authentique, et donnant lieu à une publicité dont la date détermine le rang des créanciers nantis. Ceux dont les titres sont publiés le même jour viennent en concurrence. » Toutefois, cette logique ne saurait être assimilée à celle des droits réels en ce que le débiteur demeure libre de constituer des sûretés successives sur un même bien, d'autant plus qu'elle peut, dans certains cas, être évincée par l'intervention d'une technique d'exclusivité.

## 2) Éviction de la technique du classement par l'exercice de droits exclusifs : exemple de la réalisation du nantissement de créance

442. Il arrive que la logique du classement politique soit évincée au profit d'une logique d'exclusivité par laquelle le créancier se réserve, pour lui seul, le bénéfice de la réalisation de la sûreté. Quelle en est la raison ? « Idéalement, la compétition entre titulaires de sûretés réelles devrait se solder par la seule confrontation de leurs rangs respectifs, selon la politique de classement arrêtée de manière transparente par le législateur. Ce schéma a toutefois été perverti par le développement considérable, pendant le XX<sup>ème</sup> siècle, de privilèges toujours plus nombreux en garantie d'un passif toujours plus conséquent (spécialement pour les privilèges du Trésor public). Contre cette nouvelle hiérarchie qui plaçait en haut de la pyramide les créanciers publics, une « riposte » a été mise en place pour les pourvoyeurs de crédit (banques, fournisseurs, etc.) qui ont sollicité des procédés d'éviction du concours leur évitant d'avoir à participer qu'ils savaient désormais leur être fatal<sup>673</sup>. » Cette éviction passe évidemment par le développement des propriétés-sûretés, technique issue à la base de la logique du droit des biens, par laquelle la propriété du bien grevé est transmise au créancier nanti ou lui est réservée. D'aucuns souhaiteraient d'ailleurs, à juste titre, que le régime des propriétés-sûretés s'émancipe de la logique propriétaire pour s'intégrer au régime du droit des sûretés afin notamment d'éviter de frapper de nullité la saisie pratiquée sur le bien grevé, de soumettre le créancier à la discipline collective des procédures de faillite et de permettre la constitution de sûretés successives. Cette éviction a également lieu dans le domaine des sûretés réelles traditionnelles. Il suffit pour s'en convaincre de voir l'avantage octroyé par le législateur au créancier nanti d'un nantissement de créance. On se rappelle du texte de l'article 2363 du Code civil donnant un droit exclusif au paiement par le tiers s'étant

---

<sup>673</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°296, p. 290.

vu notifier le nantissement. Il est évident, on l'a déjà dit, que *le créancier étranger peut bénéficier de ces logiques d'exclusivité lorsque la loi le prévoit*. Au regard de la logique de l'adaptation, il ne pourrait en aller autrement.

443. Il faut toutefois considérer qu'il en va différemment pour la propriété-réalisation. La logique de l'exclusivité ne doit pas prévaloir dans cette hypothèse et l'attribution du bien grevé à un créancier de moindre rang ne doit pas permettre l'exclusion du créancier mieux classé, sous peine de complètement dévaluer la raison d'être des sûretés et donc de disqualifier les modes alternatifs de réalisation, pourtant plus simples et plus rapides.

B. Particularité de l'attribution de rang dans le cadre de la propriété-réalisation : rejet de l'exclusivité de l'attribution

444. Il est évident que le créancier nanti d'une sûreté étrangère peut procéder à une propriété-réalisation indépendamment de son classement (1). Cela signifie-t-il pour autant qu'il évince, par cette technique, la logique du classement et bénéficie d'un droit exclusif ? La réponse à cette question doit être négative. C'est toute la question des effets de l'attribution du bien grevé en propriété (2).

1) La faculté du créancier nanti d'une sûreté étrangère de procéder à une propriété-réalisation indépendamment de son classement

445. **Débats.** La faculté de demander l'attribution du bien en propriété est-elle ouverte à un créancier de moindre rang ? La loi est silencieuse sur ce point ; si elle n'autorise pas explicitement cette faculté, elle ne l'interdit pas non plus expressément. Ceci est une question purement procédurale ; elle ne touche, pour l'instant, pas au classement des créanciers proprement dit. Elle a seulement à voir avec la possibilité procédurale du créancier de moindre rang d'exercer cette prérogative légale. *A priori*, au regard du principe de liberté du créancier de choisir le mode de réalisation de la sûreté, rien ne s'y oppose. La majorité de la doctrine y est pourtant défavorable. Elle considère que cette faculté laissée au créancier de moindre rang vienne bouleverser la hiérarchie légale établie par le droit des sûretés : « Ce plaidoyer part de l'idée que la mise en œuvre d'une procédure d'attribution par un créancier de moindre rang permettrait à ce dernier de primer tous les créanciers qui lui auraient été préférés dans le cadre d'une distribution classique. Ainsi, grâce à la restriction au seul

créancier de premier rang, le conflit inter-créanciers se résoudrait, dans le cas d'une attribution, selon le même critère que dans les modes traditionnels de réalisation : celui des rangs<sup>674</sup>. » Une telle position vise à éviter les éventuelles complications pour le créancier de premier rang liées au droit de suite. Ainsi par précaution, on souhaite éviter que le créancier de moindre rang se fasse attribuer la propriété du bien grevé. Toutefois, cette position ne semble pas justifiée en droit. D'abord, parce que la loi est silencieuse sur ce point et qu'on pourrait considérer, en vertu de la maxime *ubi lex non distinguit*, qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les créanciers de premier rang et ceux de moindre rang si la loi ne le fait pas<sup>675</sup>. Ensuite, parce que cette position viendrait considérablement réduire le champ d'application de la propriété-réalisation alors même que l'objectif législatif de ces dernières années est de l'étendre. En droit des sûretés, quelle logique il y a-t-il à interdire à un créancier de moindre rang de se faire attribuer le bien alors que le créancier de premier rang est dans l'impossibilité d'agir, car, par hypothèse, sa créance n'est pas encore exigible<sup>676</sup> ? Aucune. Enfin, parce que la jurisprudence semble s'être prononcée en faveur de la faculté laissée au créancier de moindre rang de procéder à la propriété-réalisation. Dans un arrêt largement commenté du 3 juin 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi considéré que « l'attribution judiciaire du bien donné en nantissement est indépendante de l'ordre dans lequel les divers privilèges s'exercent sur le prix en cas de vente de ce bien<sup>677</sup>. » Dans cette affaire, une banque nantie d'un nantissement de parts de société civile immobilière, créancière de second rang, avait demandé au juge de se faire attribuer la propriété des biens grevés. Devant le refus de la cour d'appel, la banque se pourvoit en cassation et obtient gain de cause. La question en l'espèce n'avait pas trait au classement lui-même, mais simplement à la possibilité du créancier de second rang de se faire attribuer la propriété du bien grevé, quitte à, postérieurement, subir l'exercice du droit de suite par le créancier de premier rang. Cet arrêt « se prononce clairement en faveur de la possibilité pour tout créancier nanti, indépendamment de son rang, de mettre en œuvre une procédure d'attribution judiciaire du bien grevé<sup>678</sup>. » « Cette solution, rendue sous le droit antérieur [à l'ordonnance du 23 mars 2006] et en matière de nantissement, doit trouver à s'appliquer à toute forme d'attribution du

---

<sup>674</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°390, p. 460.

<sup>675</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°387, p. 459.

<sup>676</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°388, p. 459.

<sup>677</sup> Cass. com., 3 juin 2008, n°07-12.017 et 07-15.228, *Bull. IV*, n°114.

<sup>678</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°356, p. 426.

bien à titre de réalisation (judiciaire ou conventionnelle) et à toutes les sûretés offrant à leur titulaire la voie de la propriété-réalisation<sup>679</sup>. »

446. Qu'on soit clair, cette solution ne vient pas bouleverser le rang des créanciers, mais ouvre seulement une faculté procédurale au créancier de moindre rang. Toutefois, afin de ne pas venir perturber la logique du droit des sûretés et risquer de disqualifier la propriété-réalisation, ouvrir la possibilité de demander l'attribution du bien grevé par tout créancier, peu importe son rang, implique de rejeter le caractère exclusif d'une telle attribution, susceptible d'annihiler les droits du créancier de premier rang.

## 2) L'effet de l'attribution du bien grevé en propriété

447. **Exclusivité du créancier attributaire ?** Il faut le dire d'emblée : l'attribution du bien en propriété, au bénéfice du créancier nanti d'une sûreté étrangère ou d'un autre créancier, ne doit pas lui permettre de se soustraire aux règles traditionnelles de classement. La plupart des auteurs considèrent pourtant que le recours à la technique de la propriété permet au créancier, fût-il de moindre rang, d'exclure tous les autres. Ces auteurs ont de bonnes raisons de le penser puisque la jurisprudence l'a souvent admis. Dès 1960, la Cour de cassation a fait primer un créancier nanti d'un gage de marchandises s'étant vu attribuer la propriété du bien grevé face au Trésor public muni de son privilège mobilier général<sup>680</sup> : « Ainsi succombèrent à l'attribution judiciaire maints créanciers qui, à l'instar du fisc, étaient pourtant mieux classés que le gagiste : les salariés du débiteur défaillant exerçant leur privilège, les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture se prévalant du privilège de l'ancien « article 40 », l'AGS subrogé dans le super-privilège des salariés, le titulaire d'un nantissement de premier rang...<sup>681</sup> » Une telle solution semble pouvoir se comprendre pour ce qui concerne les privilèges. Le développement faramineux des privilèges publics a logiquement conduit les créanciers à trouver des parades pour s'y soustraire. Toutefois, *on ne peut, sur le fondement de l'arrêt de la chambre commerciale du 3 juin 2008, considérer que le créancier attributaire exclut tous les autres dès lors que ses concurrents sont d'autres créanciers nantis de sûretés conventionnelles*. Le fait d'octroyer au créancier de moindre rang la faculté de se faire attribuer la propriété du bien grevé conduit nécessairement à ce que la

<sup>679</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°356, p. 426.

<sup>680</sup> Cass. com., 31 mai 1960, *Bull. civ.* III, n°211 ; *JCP G.* 1960, III, 11676, n. J. NECTOUX ; *D.* 1960, 601, n. Y. GUYON.

<sup>681</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°297, p. 292.

hiérarchie légale, au moins entre sûretés conventionnelles, ne soit pas bousculée. S'il en allait autrement, le créancier de second rang n'aurait droit à rien dans le cas où le créancier de premier rang s'était vu attribuer la propriété à titre de réalisation. En réalité, on reviendrait au schéma applicable aux droits réels principaux, dont la logique est pourtant fondamentalement contraire aux sûretés réelles. Ainsi admettre *la faculté de procéder à une propriété-réalisation implique, de manière corolaire, le respect des rangs solidement établis dans le cadre de la réalisation traditionnelle*. Comme l'a parfaitement montré Claire SEJEAN-CHAZAL, l'exclusivité du créancier attributaire ne se justifie ni par la rétention, ni par la propriété – on sait depuis les articles reconnus de Michel GRIMALDI que la propriété du droit des sûretés n'est pas de même nature que celle du droit des biens<sup>682</sup> –, ni par l'originalité de la technique de réalisation<sup>683</sup>.

448. Dans l'hypothèse où le créancier attributaire est le créancier nanti de la sûreté étrangère, il convient d'analyser deux hypothèses de classement, celle où il est le créancier de premier et celle où il est celui de second rang. Dans les deux cas, il convient de mobiliser des mécanismes de protection pour les concurrents, soit par la voie du droit de suite pour le créancier de premier rang, soit par la voie de la consignation pour le créancier de moindre rang.

449. **Hypothèse de classement (1) : premier rang au bénéfice du créancier attributaire nanti d'une sûreté étrangère.** La propriété du droit des sûretés n'étant pas de même nature que la propriété du droit des biens, considérons que l'attribution du bien grevé au créancier de premier rang ne doit pas lui permettre ni de s'enrichir ni d'exclure tous les autres créanciers. Il devra se satisfaire de l'attribution dans la mesure où la valeur du bien suffit au paiement de sa créance. Si la valeur du bien est supérieure à celle de sa créance, alors le reliquat servira à la satisfaction des créanciers de moindre rang ou retournera dans le patrimoine du constituant. Pour le gage de bien corporel, les articles 2347 et 2348 du Code civil, respectivement pour l'attribution judiciaire et conventionnelle, imposent, lorsque la valeur du bien attribué est supérieure au montant de la dette garantie, que la somme soit reversée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers, qu'elle soit consignée. Le régime du nantissement de créance ne pose pas expressément cette obligation de consignation, mais

---

<sup>682</sup> M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », art. préc., n°8, p. 181.

<sup>683</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°281 et s., p. 347 et s.

impose au créancier nanti de verser le reliquat au constituant (C. civ., art. 2366). Doit-on donc en déduire que le créancier n'est pas tenu de consigner le reliquat ? Probablement. Quoi qu'il en soit, chaque fois que la somme excédent la valeur de la dette garantie sera consignée, il y a tout lieu de considérer qu'elle devra être répartie, suivant les règles de classement, entre les autres créanciers titulaires de sûretés conventionnelles. Or, Claire SEJEAN-CHAZAL a montré que la répartition de ces deniers n'entraîne dans le champ d'application « d'aucune des procédures de distribution existantes, telles qu'elles sont aujourd'hui délimitées<sup>684</sup> », ni la distribution des deniers provenant d'une procédure d'exécution mobilière, ni la procédure de distribution de l'article 1281-1 du Code de procédure civile prévue en l'absence de toute procédure civile d'exécution. L'auteur propose donc de créer une procédure de distribution propre aux réalisations par attribution de la propriété<sup>685</sup>.

450. **Hypothèse de classement (2) : moindre rang du créancier attributaire nanti d'une sûreté étrangère.** Dans cette hypothèse, il convient d'apporter une protection particulière au créancier de premier rang. Pour ce faire, il convient de mobiliser le droit de suite. L'attribution de la propriété du bien au créancier attributaire de moindre rang n'efface pas le droit de préférence du créancier de premier rang. La propriété du bien grevé passe au propriétaire de moindre rang avec « toutes les charges inscrites avant le transfert de propriété<sup>686</sup>. » Ainsi, le créancier n'est pas tenu de cantonner l'exercice de ses droits au seul reliquat correspondant à la différence entre la valeur du bien attribué et le montant de la créance du créancier de moindre rang. Il peut exercer son droit de préférence sur l'intégralité de la valeur du bien attribué. C'est à cela que devra se soumettre le créancier nanti d'une sûreté étrangère de moindre rang.

## *2. L'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère dans les conditions fixées par le droit des procédures collectives*

451. **Soumission du créancier nanti d'une sûreté étrangère aux règles de classement des procédures collectives.** Là encore, la méthode de l'adaptation commande que le créancier nanti d'une sûreté étrangère soit soumis aux règles de classement propres à la procédure collective. Il est évident que *les lois propres aux procédures collectives*

---

<sup>684</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°405, p. 475.

<sup>685</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc., n°410 et s., p. 481 et s.

<sup>686</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°297, p. 292.

*s'appliquent au créancier nanti d'une sûreté étrangère. Il n'y a pas plus impératives que ces dispositions propres à protéger à la fois le patrimoine du débiteur, mais également les droits des tiers. Son but est de protéger le patrimoine commun en soumettant chacun des créanciers à la discipline collective dont le but est de déterminer avec précision les causes de préférence.* On pourrait considérer les choses ainsi : « Le créancier opposera à la procédure collective la préférence qui lui a été consentie par le contrat conclu avec le débiteur sur un (ou plusieurs) de ses biens et se verra opposer le fait que la préférence ainsi revendiquée est incompatible avec les règles de la procédure collective d'exécution<sup>687</sup>. » Or le problème n'est pas tant que la préférence du créancier étranger est incompatible – notamment parce que son droit aura été assimilé à une cause de préférence française. *Le véritable problème pour le créancier est que ses attentes commerciales de départ sont déçues par l'ouverture de la procédure collective. Mais il n'y a pas là de grande différence entre le créancier nanti d'une sûreté étrangère et tout autre créancier.* Bien évidemment, la procédure collective fausse le jeu du prix de la course, c'est d'ailleurs son but. Ainsi, pour le créancier nanti de la sûreté étrangère, il n'y a pas d'autres choses à faire que de faire valoir auprès de la procédure collective son droit assimilé au droit français. Il ne devrait donc y avoir *aucune différence de traitement entre celui-ci et tout autre créancier nanti d'un droit réel accessoire équivalent.* Chacun sera soumis aux mêmes causes de préférence (privilèges du Trésor public, de la sécurité sociale, des salariés, etc.) et bénéficiera des mêmes avantages tirés de l'éviction de la discipline collective par la technique de l'exclusivité propre au nantissement de créance ou aux propriétés-sûretés. On le sait, les techniques de l'exclusivité permettent souvent aux créanciers de se soustraire aux contraintes de la procédure collective en faisant sortir du patrimoine du débiteur le bien avant l'ouverture de la procédure. Bien que nombre d'auteurs s'insurgent – à notre sens à juste titre – contre cette soustraction, il n'y a pas lieu ici d'en juger le bien-fondé, mais seulement de la constater. *Ces techniques d'exclusivité permettent en effet un affranchissement du créancier de la discipline collective, dont peut bénéficier le créancier nanti d'une sûreté étrangère* comme pourrait le faire le créancier nanti de la sûreté locale de rattachement.

452. **Conclusion du Chapitre II.** La réalisation de la sûreté initialement constituée à l'étranger se fait donc dans les mêmes conditions que la sûreté locale à laquelle elle a été assimilée. Par conséquent, *il convient d'appliquer à la sûreté étrangère les mêmes principes*

---

<sup>687</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse préc., n°515, p. 679.

*de réalisation que ceux applicables aux sûretés françaises.* Les deux étapes de la réalisation de la sûreté, à savoir l'exercice du pouvoir de contrainte à l'encontre du débiteur et l'attribution du rang au créancier nanti, doivent donc être respectées. L'exercice du pouvoir de contrainte tout d'abord. Il s'exerce soit par la réalisation traditionnelle de la sûreté – saisie du bien grevé, vente et distribution –, soit de manière dite « alternative » – attribution, judiciaire ou conventionnelle, de la propriété du bien grevé. Dans les deux cas, il semble que le créancier nanti de la sûreté étrangère devra se conformer aux principes des procédures civiles d'exécution. Pour la réalisation traditionnelle, c'est évident ; pour la réalisation alternative, ceci vient du fait que la propriété-réalisation doit, en réalité, être qualifiée de voie d'exécution. Par ailleurs, les procédures collectives peuvent venir perturber le jeu de la réalisation par la neutralisation du pouvoir de contrainte du créancier. L'attribution de rang du créancier nanti ensuite. Celle-ci se fait, là encore, dans les mêmes conditions que pour la sûreté française à laquelle la sûreté étrangère est assimilée ; de la même manière également, le créancier se voit soumis aux nombreux privilèges prévus par la loi. Enfin, « pour ne rien arranger, le classement de droit commun, déjà fort difficile à établir en lui-même, se trouve sensiblement modifié lorsque s'ouvre une procédure collective<sup>688</sup>. »

453. **Conclusion du Titre II.** Ainsi s'achèvent les développements consacrés à la mise en pratique de la méthode de l'adaptation. Elle était la condition de l'efficacité de la sûreté étrangère dans l'ordre juridique français. La philosophie générale de cette méthode est la suivante : *appliquer à la sûreté constituée à l'étranger les règles internationalement impératives prévues pour la sûreté locale de rattachement et permettre au créancier de faire valoir ses droits dans les mêmes conditions.* Ceci implique d'analyser la manière que le créancier devra employer pour rendre sa sûreté opposable et la réaliser dans l'ordre juridique français. Pour ce qui concerne l'opposabilité, il semble qu'avec un peu de bonne volonté administrative, de la part des entités en charge de la tenue des registres, nous puissions *de lege lata* transposer les règles de publicité des sûretés françaises aux sûretés étrangères. À défaut, il conviendrait d'instaurer un registre propre aux sûretés étrangères. Il existe également le problème des sûretés occultes. Le fait que la sûreté étrangère soit assimilée à une sûreté clandestine implique qu'elle aussi soit rendue opposable sans aucune formalité dans l'ordre juridique français. Tout en étant conscient des difficultés que cela peut poser, il n'est pas question de refuser au créancier étranger ce que la loi admet pour le créancier nanti d'une

---

<sup>688</sup> Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n°293, p. 286.

sûreté française occulte, par exemple le nantissement de créance. L'opposabilité n'est, de manière générale – sauf pour le nantissement de fonds de commerce –, pas une condition de l'exercice du pouvoir de contrainte, mais une condition de l'attribution de son rang. Ainsi, en dépit de l'absence d'opposabilité, le créancier étranger a la possibilité de saisir, de demander l'attribution de la propriété du bien grevé, ou de la mettre en œuvre, dans les mêmes conditions que ce qui est prévu pour la sûreté locale de rattachement, sous peine cependant de voir son rang rétrogradé. Il semble toutefois qu'au regard de tout ce qui précède, la réalisation des droits du créancier nanti d'une sûreté étrangère sur bien incorporel soit possible en l'état du droit positif et dans le respect des grands principes du droit français des sûretés et des règles impératives le gouvernant, notamment le *numerus clausus*.

454. **Conclusion de la Partie II.** La présentation de la méthode de l'adaptation, sa systématisation et son application à la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels a pour vocation de pallier les insuffisances des constructions juridiques positives en la matière. On l'a vu, la méthode de la reconnaissance n'est pas pertinente pour procéder à la réception des sûretés sur biens incorporels. Les incertitudes autour de la loi applicable et les obstacles politiques à la reconnaissance font qu'il est difficile de satisfaire aux conditions de la reconnaissance. De même, les conventions internationales et le droit matériel ne parviennent pas à régler ces questions de réception des sûretés étrangères. Les exigences du commerce international et de l'attractivité du droit français imposent donc de trouver une alternative, qui ne soit pas en contrariété fondamentale avec les principes du droit des sûretés français. D'où l'idée de ressusciter la méthode de l'adaptation autrefois utilisée. Ceci implique de déterminer un droit commun de l'adaptation applicable, de manière systématique, aux sûretés sur biens incorporels : quel champ d'application ? Quels critères de détermination de la sûreté locale de rattachement ? Quelles règles impératives ? À ces questions on peut répondre de la manière suivante : *la méthode de l'adaptation implique de se trouver dans un cadre contentieux – dans le cadre d'une saisie, d'une attribution judiciaire ou de la contestation de la mise en œuvre d'un pacte comissoire –, que la sûreté étrangère soit assimilée à une sûreté locale dont elle partage la nature du bien grevé et que lui soit appliqué les règles de cette dernière qui peuvent avoir un effet nuisible sur les tiers ou sur l'ordre économique-juridique.* Systématiser ces invariants de l'adaptation permet enfin, au risque de se répéter, d'offrir à la sûreté étrangère de se comporter comme une sûreté nationale prévue par le législateur français.

## Conclusion générale

---

455. Le principal enseignement de ce travail est le suivant : *le droit positif français n'est pas fondamentalement hostile à faire produire des effets aux sûretés constituées à l'étranger sur des biens incorporels*. Notre droit est doté de ressources conceptuelles pour établir un système de réception qui préserve les intérêts de chacun, du créancier nanti de la sûreté étrangère, des créanciers locaux concurrents, du débiteur, et qui respecte les principes fondamentaux du droit français, le *numerus clausus* des sûretés réelles notamment. À dire vrai, nous doutions peu, au commencement de ce travail, que le droit français ne s'opposait pas, par principe, à la réception des sûretés étrangères. L'enjeu a donc consisté à déterminer par quel moyen elle devait être organisée. On l'a vu, la méthode de la reconnaissance n'est pas adaptée à cette fin, tant au niveau technique que politique. De plus, la position libérale de réception inconditionnelle doit être combattue au nom de la protection de l'ordre juridique français ; de même que doit l'être la position protectionniste d'hostilité naturelle, au nom de l'attractivité du droit français.

456. Toute tentative d'établissement d'un droit matériel destiné à permettre la circulation des sûretés sur biens incorporels s'est avérée vaine. Hormis dans le cadre de l'OHADA, ni l'uniformisation, ni l'unification, ni même l'harmonisation n'ont permis de dépasser les disparités nationales en la matière. Face à ce constat, la seule méthode de réception valable est celle de l'adaptation, dégagée pour partie du système bilatéral des conflits de lois. Elle a déjà été utilisée pour tenter de recevoir le trust en droit français. *Son échec était, à notre sens, moins lié à sa pertinence intrinsèque, qu'à l'absence de catégorie de rattachement suffisamment proche du trust pour servir de modèle d'assimilation*. L'adaptation du trust ne pouvait être que partielle, car ni la fiducie ni l'usufruit conventionnel n'ont permis de dégager une institution locale de rattachement suffisamment proche pour rendre l'assimilation possible. Il a donc fallu en passer par la solution conventionnelle ; *solution irréaliste en matière de sûretés sur biens incorporels*. À l'inverse, en matière de sûretés sur biens incorporels, la seule méthode adaptée aux nécessités du temps présent semble être celle de l'adaptation.

457. La théorie de l'adaptation signifie que la sûreté étrangère est assimilée, pour les besoins de sa réception, à une sûreté locale lui étant conceptuellement proche. Cette assimilation est faite par le créancier nanti de la sûreté étrangère, en collaboration avec le débiteur – cela signifie concrètement qu'il doit appliquer les exigences impératives du droit français à son droit (inscription sur un registre, respect des modalités de saisie, etc.) –, et contrôlée par le juge – lors de la demande d'attribution judiciaire, de la contestation de la mise en œuvre du pacte commissaire, de la saisie ou d'une procédure collective. Avant toute forme de mise en pratique de la méthode de l'adaptation, il convient de répondre à deux questions fondamentales : la première a trait à la détermination de la sûreté locale de rattachement, la seconde à l'étendue de l'assimilation. Selon quel critère doit-on considérer que telle ou telle sûreté française est plus ou moins pertinente pour permettre l'adaptation de telle ou telle sûreté étrangère ? Le créancier nanti de la sûreté est-il tenu d'assimiler tout le régime de la sûreté française de rattachement ou seulement les règles que l'on considère comme impératives ?

458. En réponse à la première question, il faut considérer que le critère de détermination de la sûreté locale de rattachement est celui de l'identité du bien objet de la sûreté. Ainsi, si la sûreté étrangère grève une créance, elle sera assimilée par principe au nantissement de créance ; si elle grève un brevet, elle le sera au nantissement de brevets, etc. Et si aucune sûreté française ne correspond ? Il existe toujours le principe de l'article 2355 du Code civil selon lequel les meubles incorporels qui ne bénéficient pas d'un régime spécial de nantissement se voient appliquer le régime du gage de meubles corporels. Et si la sûreté étrangère porte sur une multitude de biens, par exemple la *floating charge* ? Dans cette hypothèse, il convient de panacher les sûretés locales de rattachement en fonction du bien sur lequel la sûreté demande à être réalisée.

459. En réponse à la seconde question, il faut considérer que l'adaptation doit se faire sur la base d'une impérativité fonctionnelle. En d'autres termes, *que seules les règles internationalement impératives du régime de la sûreté locale de rattachement doivent faire l'objet d'une adaptation par le créancier nanti de la sûreté étrangère*. On peut donc aisément parler d'une forme d'adaptation par assimilation relative. Le critère de détermination de l'impérativité ou d'une règle, et donc de la nécessité ou non d'y adapter la sûreté étrangère, réside, à notre sens, dans *l'objectif législatif de protection des tiers*. Ceci conduit à naturellement rendre impératives les règles d'opposabilité et de réalisation, dont la finalité est,

*in fine*, d'entourer de garde-fous la diminution du droit de gage général des créanciers. À l'inverse, les règles de constitution n'ayant vocation qu'à protéger le débiteur sont, par principe, exclues du champ de l'impérativité.

460. Esquisser une forme de régime de droit commun de la méthode de l'adaptation autorise, dans un second temps, à procéder à une mise en pratique de celle-ci. Après avoir déterminé le caractère impératif de telle ou telle règle, il convient d'analyser la manière avec laquelle les différentes sûretés sur biens incorporels s'insèrent dans ce dispositif d'adaptation. Pour ce qui concerne les questions d'opposabilité, il va sans dire que le créancier nanti est tenu de « se mettre en conformité » (*to comply with* en anglais) avec les exigences de la sûreté locale de rattachement en la matière, soit qu'il s'agisse de procéder à l'inscription de la sûreté – comme c'est le cas notamment pour les sûretés hypothécaires –, soit qu'il s'agisse d'accomplir des formalités supplémentaires de constitution – comme c'est le cas notamment dans le cadre du nantissement de créance. En nous inspirant du droit américain, nous proposons l'instauration d'un délai d'adaptation au bénéfice du créancier nanti de la sûreté étrangère. Ainsi ce dernier serait tenu dans les trente jours suivant l'expiration de l'opposabilité dans le pays de constitution de procéder à la mise en opposabilité de la sûreté dans l'ordre juridique français afin de conserver son rang initial. Tout l'enjeu est là, « conserver son rang initial ». *En se conformant aux exigences du droit français en matière d'opposabilité, le créancier escompte conserver la place qui est la sienne compte tenu de la date d'opposabilité initiale de la sûreté, y compris à l'égard des créanciers français.*

461. Enfin, la réalisation de la sûreté, le dénouement de l'affaire. Comme pour n'importe quelle sûreté réalisée dans l'ordre juridique français, la sûreté étrangère assimilée doit suivre un cheminement en deux étapes : d'abord, l'exercice du pouvoir de contrainte à l'égard du débiteur – soit de manière traditionnelle, saisie, vente et distribution, soit de manière dite « alternative » par l'attribution, judiciaire ou conventionnelle, de la propriété du bien grevé en guise de paiement ; ensuite, l'attribution du rang du créancier nanti compte tenu des règles de classement du droit français et de l'éventuelle intervention de privilèges ou de sûretés de rang supérieur. Naturellement, dans ce processus de réalisation, *le créancier nanti de la sûreté étrangère se verra contraint de respecter les principes applicables à la matière* : règles d'exercice des procédures civiles d'exécution et des procédures collectives. En ce sens, il n'est pas impossible de voir les droits du créancier neutralisés à raison de l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur. C'est une chose tout à fait évidente, liée à la logique

même de l'adaptation, traiter la sûreté étrangère dans les mêmes conditions que la sûreté locale de rattachement.

462. Gageons que le juge, confronté à une telle situation, ne se contentera pas de déclarer la sûreté étrangère illégitime à produire quelconque effet de droit dans l'ordre juridique français. Puisse la méthode que nous avons développée dans ce travail l'inspirer et le guider dans l'élaboration d'un raisonnement juridique de réception de la sûreté étrangère. Espérons également que le législateur et le pouvoir réglementaire s'emploient à modifier le droit, pour ce qui concerne leur domaine de compétence – instauration d'un registre des sûretés internationales, instructions données aux teneurs de registres pour permettre l'inscription des sûretés étrangères, instauration d'un délai d'adaptation, circulaire à l'attention des juges de l'exécution et des tribunaux de commerce compétents en matière de procédures collectives, etc. En bref, *que chacun des acteurs joue son rôle de construction du droit*. L'inverse serait d'autant plus regrettable que, dans ce cadre, les intérêts de chacun sont préservés et que les garde-fous instaurés par le droit interne demeurent face aux risques de perturbation de l'ordre juridico-économique français.





## Jurisprudence citée

---

### I. Jurisprudence française

#### 1) Ancien droit

- Parlement de Paris, 1<sup>er</sup> juin 1571.
- Parlement de Paris, 7 mars 1598, *Succession de Louise Braux*.
- Parlement de Paris, 22 février 1607.

#### 2) Conseil constitutionnel

- Cons. const., 27 juillet 2006, DC n°2006-540, *JO* 3 août 2006, *RTD Civ.* 2006, p. 791, obs. T. REVET.
- Cons. const., 16 janvier 1982, *JCP* 1982, II, 19788.

#### 3) Cour de cassation

- Cass. req., 13 février 1834, *DP* 1934, 1, p. 218 ; *S.* 1934, 1, p. 205.
- Cass. civ., 20 mai 1840, *S.* 1840, 1, p. 386.
- Cass. req., 16 janvier 1861, *Lizardi*, *DP* 1861, 1, p. 193 ; *S.* 1861, 1, p. 305, n. MASSE ; *GADIP* n°5, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.
- Cass. req., 19 mars 1872, *Craven*, *DP* 1874, 1, p. 465 ; *S.* 1872, 1, p. 238.
- Cass. civ., 31 mai 1880, *DP* 1880, 1, p. 271.
- Cass. civ., 18 novembre 1896, *DP* 1897, 1, p. 51.
- Cass. civ., 4 mars 1902, *DP* 1903, 1, p. 215 ; *S.* 1905, 1, p. 495.
- Cass. civ., 25 mars 1903, *DP* 1904, 1, p. 273.
- Cass. civ., 9 mai 1905, *DP* 1909, 1, p. 225.
- Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co. c/Quebec Steamship*, *S.* 1911, 1, p. 129, n. Ch. LYON-CAEN ; *RCDIP* 1911, p. 395 ; *GADIP* n°11, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.
- Cass. req., 24 mai 1933, *Sté Administrative Kantoor de Mas c/Synd. Soc. des automobiles Ravel*, *S.* 1935, 1, p. 253, n. BATIFFOL ; *RCDIP*, 1934, p. 142.
- Cass. civ., 19 juin 1939, *Labedan*, *DP* 1939, p. 197, n. LEREBOURS-PIGEONNIERE ; *S.* 1940, 1, p. 49, n. NIBOYET ; *GADIP* n°18, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1953, *JCP G.* 1953, II, 7840, n. MIHURA.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 1957, *Guyot*, *JCP G.* 1957, II, 10093 bis, concl. ; *D.* 1957, p. 649, n. RIPERT ; *Gaz. Pal.* 1957, 2, jurispr., p. 41 ; *Journ. sociétés* 1957, p. 197 ; *Rev. sociétés* 1958, p. 14, n. AUTESSERRE ; *RTD civ.* 1957, p. 553, obs. CARBONNIER et p. 698, obs. H. et L. MAZEAUD ; *RTD com.* 1957, p. 702, obs. HÉMARD.
- Cass. com., 3 février 1959, *Olympia*, *Bull. civ.* III, n°62, p. 56.

- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1959, *Chant du Monde*, *Bull. civ. I*, n°556, p. 456 ; *D.* 1960, p. 93, n. G. HOLLEAUX ; *RCDIP*, 1960, p. 361, n. F. TERRE ; *Clunet*, 1961, p. 420, n. B. GOLDMAN.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1961, *Omega*, *Bull. civ. I*, n°168, p. 134 ; *RCDIP*, 1961, p. 738, n. G. HOLLEAUX.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1962, *Rolland*, *Bull. civ. I*, n° 517 ; *JCP G.* 1963, II, 13033, n. ESMEIN ; *D.* 1963, p. 698, n. PÉDAMON ; *Clunet*, 1963, p. 750, n. GOLDMAN ; *RTD civ.* 1963, p. 373, obs. CORNU.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer*, *Bull. civ. I*, *RCDIP*, 1964, p. 302, n. BATIFFOL ; *Clunet*, 1964, p. 302, n. GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, n. B. ANCEL ; *GADIP* n° 41, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.
- Cass. com., 15 mars 1966, *Zeiss*, *Bull. civ. III*, n°147, p. 126.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1966, *Colombo*, *JCP G.* 1966, II, 14871, n. LÉVY ; *D.* 1966, p. 497, n. MALAURIE ; *RCDIP*, 1967, p. 710, n. ECK ; *Clunet*, 1966, p. 90, n. GOLDMAN.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, *RCDIP*, 1971, p. 75, n. FOUCHARD ; *Clunet*, 1970, p. 916, n. DERRUPPE ; *JCP* 1970, II, 16182, n. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n°48, B. ANCEL et Y. LEQUETTE.
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 20 mars 1978, *Bull. civ. III*, n° 128.
- Cass. com., 23 févr. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 97 ; *D.* 1981, p. 391, obs. A. HONORAT ; *RD imm.* 1981, p. 538, obs. M. DAGOT.
- Cass. com., 11 mai 1982, *Soc. Localease*, *RCDIP*, 1983, p. 450, n. G. KHAIRALLAH ; *D.* 1983, p. 271, n. C. WITZ.
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 2 novembre 1983, n° 82-11.547, *Bull. civ. III*, n° 212 ; *JCP G.* 1985, II, 20354, n. JOLY ; *RTD civ.* 1984, p. 174, obs. PERROT ; *Deffrénois* 1985, art. 33450, n. Ph. THERY.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1983, n°82-14.003, *RCDIP*, 1984, p. 336, n. REVILLARD.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 1985, *RCDIP*, 1986, p. 71, n. Y. LEQUETTE.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janvier 1988, *D.* 1989, p. 80, n. MALAURIE ; *Deffrénois* 1989, art. 34425, n. MALAURIE ; *RTD civ.* 1988, p. 740, obs. J. MESTRE ; *RDBF* 1989, p. 130, obs. CREDOT et GERARD.
- Cass. com., 22 novembre 1988, *Korzilius*, *Bull. civ. IV*, n° 322, *Bull. Joly* 1989, p. 84.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 1989, n° 87-16.341, *Bull. civ. I*, n° 311 ; *JCP G.* 1990, II, 21393, n. LEVY ; *D.* 1990, p. 167, n. SALLE DE LA MARNIERRE.
- Paris, 23 janvier 1990, *RCDIP*, 1991, p. 92, Y. LEQUETTE.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janvier 1991, *Soc. Heinrich Otto*, *Clunet*, 1991, p. 913, n. JACQUEMENT ; *D.* 1991, p. 276, n. J.-P. REMERY.
- Cass. com., 8 janvier 1991, *Bull. IV*, n°8 ; *RTD civ.* 1991, p. 368, obs. M. BRANDAC ; *RJ com.*, 1993, 190, n. D. FENOUILLET ; *RTD com.*, 1991, p. 271, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.
- Cass. Ass. Plén., 21 décembre 1990, *Roval*, *JCP* 1991, II, 21640, concl. DOTENWILLE ; *JCP E.* 1991, 49, rapp. LEMONTEY ; *RCDIP*, 1992, p. 70, n. DURANTON.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, n°93-19.855, *RCDIP*, 1996, p. 692, n. DROZ ; *D.* 1996, p. 390 ; *D.* 1996, p. 231, obs. Y. LEQUETTE ; *JCP* 1996, II, 22647, n. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *Deffrénois* 1997, p.26, n. T. VIGNAL ; *RTD civ.* 1996, p. 454, obs. J. PATARIN.

- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mars 1996, n° 93-11.755, *JCP* 1996, I, 3942, n° 6, obs. Ph. DELEBECQUE.
- Cass. com., 28 mai 1996, n°94-10.361, *Bull. civ.* IV, n° 151 ; *RJDA* 1996, n° 1399 ; *BRDA* 1996, n° 13, p. 7 ; *D.* 1996, p. 390, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *RDBB* 1996, p. 207, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; *RTD civ.* 1996, p. 671, obs. P. CROCQ ; *JCP E.* 1997, I, 635, n° 18, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET.
- Cass. com. 19 mai 1998, *Bull. civ.* IV, n°161, *D.* 1998, p. 551, n. D.-R. MARTIN ; *RTD com.* 1999, p. 170, obs. M. CABRILLAC.
- Cass. avis, 8 février 1999, *Bull. civ. avis*, n°1, *D.* 1999, p. 287, n. C. BRENNER.
- Cass. com., 22 février 2000, n°97-18.728, *CCC* 2000, n°81, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.
- Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14.406, *Bull. civ.* IV, n° 98 ; *D.* 2001, p. 2127 ; *Deffrénois* 2001, p. 1067, n. R. LIBCHABER ; *LPA* 28 juin 2001, p. 11 ; *RDBF* 2001, p. 222, obs. CREDOT ; *Dr. et patrimoine* 2001, p. 115, obs. P. MOUSSERON.
- *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. ct. Royaume du Maroc* [I], 23 juillet 2001, ICSID n°ARB/00/4, 129, *Journal du droit international* 2002, p. 196.
- Cass. com., 13 novembre 2002, n°99-15.819.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 octobre 2004, n° 02-21.664.
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 octobre 2005, n° 04-13.930.
- Cass. com., 15 novembre 2005, n°03-18437, *Bull.* IV, n°228 ; *JCP E.* 2006, p. 1753, n°14, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Dr. et patr.* 2006, p.125, obs. Ph. DUPICHOT ; *RLDC* février 2006, n°994, p.29, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *RLDA* 2006, n°1, p. 33, obs. D. CHEMIN-BOMBEN.
- Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *Loubeyre et autres c. SARL Myr'Ho et autres*, n° 05-13.255 P: R., p. 398 ; *BICC* 1<sup>er</sup> déc. 2006, n. et rapp. ASSIÉ, concl. GARIAZZO ; *D.* 2006. 2825, n. VINEY ; *ibid.* IR 2484, obs. GALLMEISTER ; *D.* 2007, p. 2900, obs. P. JOURDAIN, et p. 2976, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2006, II, 10181, concl. GARIAZZO, n. M. BILLIAU ; *ibid.* 2007, I, 115, n° 4, obs. STOFFEL-MUNCK ; *JCP E.* 2007, 1523, n° 15 et s., obs. H. KENFACK ; *CCC* 2007, n° 63, n. L. LEVENEUR ; *AJDI* 2007, p. 295, obs. N. DAMAS ; *LPA* 22 janvier 2007, n. C. LACROIX ; *ibid.* 16 mai 2007, n. V. DEPADT-SEBAG ; *RCA* 2006, étude 17, L. BLOCH ; *RLDC* 2007/34, n° 2346, n. P. BRUN ; *RDI* 2006, 504, obs. MALINVAUD ; *RDC* 2007, p. 269, obs. D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 279, obs. S. CARVAL ; *ibid.*, p. 379, obs. J.-B. SEUBE ; *RTD civ.* 2007, p. 61, obs. P. DEUMIER ; *ibid.* p. 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* p.123, obs. P. JOURDAIN.
- Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-16.39, *D.* 2007, p. 344, n. LARROUMET ; *JCP* 2007, II, 10067, rapp. M. COHEN-BRANCHE, n. D. LEGEAIS ; *ibid.*, I, 158, n° 26, obs. P. DELEBECQUE ; *ibid.*, 161, n°16 et s., obs. A.-S. BARTHEZ ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 1903, n. S. PIEDELIÈVRE ; *Deffrénois* 2007, p. 448, obs. E. SAVAUX ; *ibid.* 2008, p. 409, obs. Ph. THERY ; *Dr. et patr.* novembre 2007, p. 73, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *Banque et droit* mars-avril 2007, p. 61, obs. F. JACOB ; *AJDI* 2007, p. 757, obs. F. COHET-CORDEY ; *RDC* 2007, p. 273, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2007, p. 217, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2007, p. 961, L. AYNÈS ; *JCP E.* 2007, 2187, F. AUCKENTHALER, *RLDC* 2007/43, n° 2737, V. BEUZELIN.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen*, n°05-14.082, *RCDIP*, 2007, p. 420, n. B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *Clunet*, 2007, p. 1195, n. F.-X. TRAIN ; *D.* 2007, p. 1115, n. D'AVOUT et BOLLEE ; *D.* 2008, p. 1110, E. AGOSTINI.
- Cass. com., 2 octobre 2007, n° 06-14.725, *RJ com.* 2008, p. 89, n. AUQUE ; *CCC* 2008, comm. 35, obs. L. LEVENEUR.

- Cass. com., 3 juin 2008, n°07-12.017 et n°07-15.228, *Bull.* IV, n°114.
- Cass. com., 31 janvier 2012, n°11-10.834, *D.* 2013, p. 732, obs. D. FERRIER.
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53, n. L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT ; *JCP* 2012, II, 1400, n. F.-X. TESTU ; *LPA* 16 janvier 2013, p. 11, n. F.-X. AGOSTINI ; *RDC* 2013, p. 584, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ* 2013, p. 142, obs. W. DROSS.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2014, n°13-25.745.

#### 4) *Cours d'appels*

- Paris, 29 mars 1938, *Clunet*, 1938, p. 749.
- Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Caron*, *RCDIP*, 1983, p. 282, n. DROZ.
- Paris, 8 mars 2001, n° 2000/13688.
- Paris, 10 mai 2007, *JCP G.* 2007, I, p. 212, obs. P. DELEBECQUE.

### II. Jurisprudence européenne

- CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, req. n°13427/87.
- CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C776/96, Rec. P. I-8455.
- CEDH, 11 octobre 2005, *Anheuser-Busch c. Portugal*, req. n°73049/01.
- CJCE, 23 avril 2009, aff. C-533/07, *Falco*, *D.* 2009, p. 2390, obs. S. BOLLEE ; *D.* 2010, p. 1592, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Europe* 2009, comm. 263, obs. L. IDOT ; *Procédures* 2009, comm. 276, obs. C. NOURISSAT ; *RDC* 2009, p. 1558, obs. E. TREPPOZ ; *RLDA* juin 2009, n°39, 2372, p. 57, n. G. CAVALIER.

### III. Jurisprudence américaine

- *In re Peregrine Entertainment, Limited*, 116 B.R. 194 C.D. Cal. 1990.
- *Broadcast Music, Inc. v. Hirsch*, 104, F.3d 1163, 9<sup>th</sup> Cir. 1997.
- *In re Cybernetic Services, Inc.*, 252 F.3d 1039, 1043, 9<sup>th</sup> Cir. 2001.
- *In re Pasteurized Eggs Corporation*, 236 B.R. 283, Bankr. D.N.H. 2003.

## Bibliographie

---

### I. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours

- ANCEL (B.), *Éléments d'histoire du droit international privé*, éd. Panthéon-Assas, 2017.
- ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2006.
- AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2018.
- ACOLLAS (E.), *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. 3, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 1874.
- AYNES (L.) et CROCQ (P.) avec le concours de AYNES (A.), *Les sûretés, La publicité foncière*, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019.
- BATIFFOL (H.), *L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française*, LGDJ, 1976.
- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, réédition 2002.
- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd., 1993.
- BRENNER (C.), *Procédures civiles d'exécution*, Cours, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2019.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013.
- CHAVANNE (A.) et BURST (J.-J.), *Droit de la propriété intellectuelle*, 5<sup>ème</sup> Dalloz, 1998.
- CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2019-2020.
- DAMMANN (R.) et SENECHAL (M.), *Le droit international de l'insolvabilité*, Préf. J.-L. Vallens, Joly éditions, 2018.
- DOMENGET (L.), *Institutes de Gaius, contenant le texte et la traduction en regard avec le commentaire au-dessous*, A. Marecq, Paris, 1866.
- DROSS (W.), *Clausier*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2020.
- FABRE-MAGAN (M.), *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, Thémis droit, PUF, 5<sup>ème</sup> éd., maj. 2019.
- FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcocq, Paris, 1836.
- FLOUR (J.), *Cours de droit civil, Licence 3e année*, Les cours du droit, 1962-1963.
- FOYER (J.) et VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, PUF, coll. Thémis droit, 1991.
- GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, 11<sup>ème</sup> éd., PUF, 2019.
- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1939.
- KREUZER (K.), « La propriété mobilière en droit international privé », *RCADI*, vol. n°259, 1996.
- LAGARDE (P.), « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCDADI*, vol. n°371, 2014.
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, précis Domat droit privé, 8<sup>ème</sup> éd., 2019.
- LEPAULLE (P.), *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932.
- LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5<sup>ème</sup> éd., Lexis Nexis, 2017.

- DE MAISTRE (J.)**, *Éclaircissements sur les sacrifices*, 1821, L'Herne, 2010.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et JULIENNE (M.)**, *Les biens*, LGDJ, Collection droit civil, 8<sup>ème</sup> éd., 2019.
- MARCADE (V.)**, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, 5<sup>ème</sup> éd., Cotillon, Paris, 1859.
- MAYER (P.), HEUZE (V.) et REMY (B.)**, *Droit international privé*, 12<sup>ème</sup> éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2019.
- NIBOYET (J.-P.)**, *Traité de droit international privé français*, t. 4, Sirey, 1947.
- PERROT (R.) et THERY (Ph.)**, *Procédures civiles d'exécution*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013.
- PLANIOL (M.)**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 6<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1911.
- POLLAUD-DULLIAN (F.)**, *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, Economica, 2010.
- VON SAVIGNY (F.-C.)**, *Traité de droit romain*, t. 8, 1848, trad. Ch. GUENOUX, Firmin, Didot frères, Paris, 1860, repr. éd. Panthéon-Assas.
- SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.)**, *Les sûretés, La publicité foncière*, 7<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 2016.
- DE VAREILLES-SOMMIERES (G.)**, *La synthèse du droit international privé*, Paris, 1897.
- VERNIMMEN (P.), QUIRY (P.) et LE FUR (Y.)**, *Finance d'entreprise*, 18<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2020.

## **II. Thèses**

- ANSALONI (G.)**, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse, Paris II, 2006.
- ATTAL (M.)**, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, Préf. S. POILLOT-PERUZZETTO, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2005.
- D'AVOUT (L.)**, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Préf. H. SYNDET, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.
- BEN ADIBA (A.)**, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels. Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Préf. P.-C. LAFOND et T. REVET, Avant-propos C. ALBIGES, Institut de recherches juridiques de la Sorbonne, Collection André TUNC, 2017.
- BOTREL (E.)**, *Les conventions relatives à l'exécution forcée. Contribution à l'étude de la notion d'exécution forcée*, thèse, Nantes, 2011.
- CORNELOUP (S.)**, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Préf. P. LAGARDE, LGDJ, Bibl. dr. priv., 2003.
- CROCQ (P.)**, *Propriété et garantie*, Préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibl. dr. priv., 1995.
- DANOS (F.)**, *Propriété, possession et opposabilité*, Préf. L. AYNES, Economica, coll. Recherches juridiques, 2007.
- DUPICHOT (Ph.)**, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2003.
- EMERICH (Y.)**, *La propriété des créances : approche comparative*, Préf. F. ZENATI-CASTAING, LGDJ, Bibl. dr. priv., 2008.
- FAVRE-ROCHEX (C.)**, *Sûretés et procédures collectives*, Préf. M. GRIMALDI, LGDJ, Bibl. de droit des entreprises en difficultés, 2020.
- GIJSBERS (Ch.)**, *Sûretés réelles et droit des biens*, Préf. M. GRIMALDI, Economica, coll. Recherches juridiques, 2015.

- GORE (M.),** *L'administration des successions en droit international privé français*, Préf. Y. LEQUETTE, Economica, coll. Droit civil, 1994.
- JACQUES (Ch.),** *Histoire de la distinction des biens meubles et immeubles*, thèse, Paris, 1884.
- JEAUNEAU (A.),** *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, Essai de systématisation*, Préf. V. HEUZE, LGDJ, Bibliothèque de dr. priv., 2018.
- JULIENNE (M.),** *Le nantissement de créance*, Préf. Laurent AYNES, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012.
- KHAIRALLAH (G.),** *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Préf. H. BATIFFOL, Economica, coll. Droit civil, 1984.
- LEMAITRE (F.),** *La monnaie comme objet de sûretés*, Préf. M. GRIMALDI, LGDJ, Bibl. de droit des entreprises en difficulté, 2017.
- LISANTI-KALCZYNSKI (C.),** *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Préf. F. PEROCHON, Litec, Bibliothèque du droit de l'entreprise, 2001.
- MARTIAL-BRAZ (N.),** *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Préf. D. LEGEAS, Avant-propos M. VIVANT, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, Institut de droit des affaires, 2007.
- PARANCE (B.),** *La possession des biens incorporels*, Préf. L. AYNES, Avant-propos F. Terré, LGDJ, Bibl. de l'Institut André TUNC, 2008.
- PELISSIER (A.),** *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001.
- REMY (B.),** *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international*, Préf. P. MAYER, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008.
- RIFFARD (J.-F.),** *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du Droit français*, Préf. J. STOUFFLET, Avant-propos G. ROUHETTE, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997.
- RONDEAU-RIVIER (M.-Cl.),** *Le remariage*, thèse, Lyon, 1981.
- SEJEAN-CHAZAL (C.),** *La réalisation de la sûreté*, Préf. M. GRIMALDI, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2019.
- VASSEUR (M.),** *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Préf. J. HAMEL, Rousseau et Compagnie, 1949.
- ZATTARA (A.-F.),** *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Préf. R. CABRILLAC, LGDJ, Bibl. dr. priv., 2001.

### **III. Articles**

- ANSAULT (J.-J.),** « Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? », *RDBF*, septembre 2014, dossier 39.
- ATTAL (M.),** « La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français », *RIDC 2004*, vol. n°56, n°4, 2004, p. 931.
- D'AVOUT (L.),** « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165.
- « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Com. Fr. DIP*, 2014-2016, Pédone, 2017, p. 215-246.
- AZZI (T.),** « Rapport général » in *L'immatériel*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 875-902.
- BARRIERE (F.),** « Fiducie, trust, mandat : quelle délimitation ? », *RLDC* mars 2019, n°168, p. 40.

**BATIFFOL (H.),** « Conflits mobiles et droit transitoire », *Mél. Paul ROUBIER, Théorie générale du droit et droit transitoire*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 39.

- “Trusts : the Trust Problem as seen by a French Lawyer”, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 239 et s.

**BERTRAND (B.),** « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *Europe*, n°1, janvier 2012, étude 1.

**BOLLEE (S.),** « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307.

**BONOMI (A.),** « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 225 et s.

**BRUGUIERE (J.-M.),** « L'immatériel à la trappe », *D.* 2006, p. 2804.

**CABRILLAC (M.),** « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP*, 1979, p. 487.

**COHET-CORDAY (F.),** « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.* 1996, p. 819.

**CROCQ (P.),** « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.*, avr. 2001, n° 92, p. 58 et s.

**DELECBEQUE (Ph.),** « L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial », in *Le gage commercial*, colloque de Deauville des 11 et 12 juin 1994, *RJ Com.*, n°spéc., novembre 1994, p. 124 et s.

**DELMAS-MARTY (M.),** « Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003.

**DONZEL-TABOUCOU (Ch.),** « Les actions : une espèce, au sein du genre des droits personnels », *Mél P. LE CANNU*, LGDJ-Dalloz, 2014, p. 269.

**DUPICHOT (Ph.),** « Le régime des hypothèques », *JCP G.* 2006, 8, n°30.

- « Regards sur le pouvoir de la volonté en droit des biens et des sûretés », in *Le patrimoine au XXI<sup>ème</sup> siècle. Regards croisés Franco-Japonais*, Société de législation comparée, t. 12, 2012, p. 367 et s.
- « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, Entre passé, présent et avenir », *Mél. en l'honneur de Laurent AYNES, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, n°9.

**EMERICH (Y.),** « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexion autour de la propriété des créances », *Les Cahiers de droit*, 2005, vol. n°46, n°44, p. 905-939.

- « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la *common law* : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC* 2009, vol. n°61, n°1, p. 49.

**FOYER (J.),** « L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle – brevets, marques et droits d'auteurs », *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain PLANTEY*, Pédone, Paris, 1995, p. 61.

**FRANESKAKIS (Ph.),** « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1967, p. 691-698.

**GAUTIER (P.-Y.),** « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien », *D.* 1988, p. 152.

**GRIMALDI (M.),** « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 1996, n°77, p. 7.

- « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *Liber Amicorum, Études offertes à Jacques DUPICHOT*, Bruylant, 2005, p. 169 et s.
- « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* décembre 2010, n° 77.

**GOUT (O.),** « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255.

- HAFTTEL (B.)**, « Droit international privé et immatériel en France » in *L'immatériel*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 983-1000.
- HEBERT (S.)**, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007, p. 2057.
- HOUTCIEFF (D.)**, « Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? », in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité*, *RLDC* 2009, n°65, p. 33 et s.
- JACOMIN (C.) et LACOURTE (B.)**, « De l'intérêt du pacte comissoire dans les sûretés réelles », *RLDC* 2012, p. 99 et s.
- KREUZER (K.)**, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *RCDIP*, 1995, p. 465.
- LAGARDE (P.)**, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations », *La reconnaissance des situations en droit international privé*, sous la dir. de Paul LAGARDE, Pédone, 2013, p. 19 et s.
- LE FUR (A.-V.)**, « L'exemple des valeurs mobilières », *RLDC* 2009, n°65, suppl., n° 3626.
- LE ROY (H.)**, « Les clauses de « préférence » et de « subordination » en droit français des emprunts », *RD aff. int.*, 1986, p. 725 et s.
- LEVY (J.-Ph.)**, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », Conférence prononcée à Lausanne en 1986, *Diachroniques*, éd. Loysel, 1995.
- LIBCHABER (R.)**, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD civ.*, 1997, p. 615.
- LOUSSOUARN (Y.)**, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p. 269-385.
- MARTIAL-BRAZ (N.)**, « Sûretés avec et sans dépossession, une *summa divisio* désuète ? » *RDBF septembre 2014*, n°5, dossier 35.
- MIGNOT (M.)**, « Le rapport *Doing Business* et l'analyse économique du droit français des sûretés réelles », *Pratique des affaires*, Lamy, 2010, p. 33 et s.
- MOLFESSIS (N.)**, « La structure logique du texte », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, Economica, coll. Études juridiques, dir. B. SAINTOURENS, 2006.
- MOULY (Ch.)**, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Études ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 529 et s.
- « La publicité des sûretés réelles mobilières », *European Review of Private Law*, 1998 vol. n°6.
- PERUS (S.)**, « Des aspects pratiques du pacte comissoire », *RLDC* 2008, p. 50.
- PRAICHEUX (S.)**, « La garantie financière, esquisse d'une sûreté européenne ? », *RDBF* janvier-février 2010, p. 97.
- RAVENNE (S.)**, « La propriété des droits », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017-4, XLII – 169, 1447.
- RAYNARD (J.)**, « Le tiers au pays du droit d'auteur – Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », *JCP G.* 1999, I, 138.
- RIFFARD (J.-F.)**, « La Loi-type de la CNUDCI sur les opérations garanties », *RLDC* 2014, n°118.
- SYNVET (H.)**, « Le nantissement de meubles incorporels », *Dr. et pat.*, mars 2005, n°140.
- THERY (Ph.)**, « La place des procédures civiles d'exécution », *RTD civ.* 1993, n° spécial, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, 1993.
- VATINET (R.)**, « Les droits de tradition civiliste en question, À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale », *RTD civ.* 2006, p. 845.
- DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)**, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207.

WENGLER (W.), « La situation des droits », *RCDIP*, 1957, p.189 et s. et p. 409 s. Cet article est la traduction française d'un article paru en allemand sous le titre « *Die Belegenheit von Rechten* », dans *Festschrift tentag in Berlin 1955*.

#### IV. Encyclopédie, répertoires et dictionnaires

D'AVOUT (L.), *V*° « Biens », *Répertoire Dalloz de droit international*, août 2009 (actualisation : avril 2010).

BERAUDE (J.-P.), *V*° « Trust », *Répertoire Dalloz de droit international*, septembre 2012.

BOUTTIER (F.), « Fasc. 650 : Fonds de commerce – Adjudication judiciaire – Requête d'un créancier inscrit », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, 15 septembre 2000, maj. le 15 mars 2017.

CAYROL (N.), « Fasc. 1670 : Saisie-attribution : conflit avec les tiers », *J.-Cl. Procédure civile*, 16 avril 2020.

COLLARD (F.), « Fasc. 100 : Régimes matrimoniaux – Avantages matrimoniaux. – Action en réduction », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, 7 juin 2018, maj. le 6 juin 2019.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 13<sup>ème</sup> éd., 2020.

DERRUPPE (J.) et RAVEL D'ESCALPON (T.), *V*° « Fonds de commerce », *Répertoire Dalloz de droit commercial*, octobre 2016 (actualisation : septembre 2019).

FRANDESCAKIS (Ph.), *V*° « Conflit de lois », *Répertoire Dalloz droit international*.

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), *V*° « Part sociale », *Répertoire Dalloz des sociétés*, septembre 2004 (actualisation : octobre 2018).

GURA (F.), « Fasc. 40 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », *J.-Cl. Notarial Répertoire*, 22 septembre 2017, maj. le 6 novembre 2019 par N. CAYROL.

KAMINA (P.), « Fasc. 1155 : Règles spécifiques à certaines œuvres – arts appliqués », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 1<sup>er</sup> juin 2003, maj. le 1<sup>er</sup> mars 2016.

DE LAMBERTYE-AUTRAND (M.-C.), *V*° « Sûretés mobilières », *Répertoire Dalloz de droit international*, août 2008.

LIBCHABER (R.), *V*° « Biens », *Répertoire Dalloz de droit civil*, mai 2016 (actualisation : décembre 2019).

SALGADO (M.-B.), « Synthèse - Sûretés sur fonds de commerce : nantissement », *J.-Cl. Entreprise individuelle*, 11 avril 2020.

SYNVET (H.) et TENENBAUM (A.), *V*° « Instruments financiers », *Répertoire Dalloz de droit international*, janvier 2009.

#### V. Notes et observations

D'AVOUT (L.) et MALLET-BRICOUT (B.), cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53.

BATIFFOL (H.), cass. req., 24 mai 1933, *Sté Administrative Kantoor de Mas c/Synd. Soc. des automobiles Ravel*, *S.* 1935, 1, p. 253.

CROCQ (P.), cass. com. 19 décembre 2006, *RTD civ.* 2007, p. 160.

DELEBECQUE (Ph.), cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mars 1996, n° 93-11.755, *JCP* 1996, I, 3942.

- Cass. com. 19 décembre 2006, *JCP* 2007, I, 158.

- Paris, 10 mai 2007, *JCP G.* 2007, I, p. 212.

GAUDEMET-TALLON (H.), cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 1969, *Société DIAC*, *JCP* 1970, II, 16182.

LAGARDE (P.), Paris, 19 janvier 1976, *RCDIP* 1977, p. 131.

- « Note bibliographique sur la thèse de G. KHAIRALLAH », *RCDIP*, 1986, p. 813.

**MAURY (J.)**, « Observations sur les aspects philosophiques du droit international privé », *RCDIP*, 1957, p. 228 et s.

**THERY (Ph.)**, cass. com. 19 décembre 2006, *Defrénois* 2008, p. 409.

## **VI. Rapports et projets**

**Banque mondiale**, *Doing Business* 2004, *Understanding regulation*. Disponible en ligne :

<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf>

**Association Henri CAPITANT**, *Les droits de tradition civiliste en question, À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006, vol. 1, disponible en ligne sur le lien suivant : <http://www.henricapitant.org/publications/replique-aux-rapports-doing-business>.

- *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, Commission constituée sur la demande de Ministère de la Justice, présidée par M. GRIMALDI et composée de L. AYNES, P. CROCQ, Ph. DUPICHOT, Ch. GIJSBERS, M. JULIENNE, Ph. SIMLER, H. SYNDET et Ph. THERY. L'avant-projet est disponible en ligne : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>

**Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)**, *Rapport 13<sup>ème</sup> éd.*, in UNCITRAL Yearbook, XI, 1980, première partie, II, A/35/17.

- *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations de garantie*, 2007. Disponible en ligne : [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/lg\\_on\\_st\\_french.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/lg_on_st_french.pdf)
- *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations de garantie : supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles*, 2010. Disponible en ligne : [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/10-57127\\_ebook\\_suppl\\_sr\\_ip\\_f-3.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/10-57127_ebook_suppl_sr_ip_f-3.pdf)
- *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières*, 2013. Disponible en ligne : <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/security-rights-registry-guide-f.pdf>
- *Loi-Type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières*, 2016. Disponible en ligne : [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-08780\\_f\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-08780_f_ebook.pdf)
- *Loi-Type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières : Guide pour l'incorporation dans le droit interne*, 2017. Disponible en ligne : [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/guide\\_to\\_enactment\\_of\\_the\\_uncitral\\_mlst\\_f.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/guide_to_enactment_of_the_uncitral_mlst_f.pdf)

**GRIMALDI (M.)**, **MAZEAUD (D.)** et **DUPICHOT (Ph.)**, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717.

## **VII. Publications étrangères**

**DAVIES (P. L.)** and **WORTHINGTON (S.)**, *Principles of modern company law*, 9<sup>th</sup> ed., Sweet and Maxwell, 2014.

**GOWER (L. C. B.),** *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4<sup>th</sup> edition, Stevens and Sons, 1979.

**LOPUCKI (L. M.), WARREN (E.) and LAWLESS (R.),** *Secured Transactions: A Systems Approach*, 9<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer, 2020.

**MANSEL (H.-P.),** « *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums* », *RabelsZ*, 2006, p. 651.

**PENNINGTON (R. R.),** “*The Genesis of the Floating Charge*”, *MLR*, 1960, vol. n°23, issue 6, p. 630 et s.

**SANDOVAL LOPEZ (R.),** *Derecho comercial, Garantías reales y personales en el derecho mercantil nacional y comparado*, t. 8, Editorial jurídica de Chile, 2017.

**SCHWARTZ (A.),** “*Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories*”, 10 *J. Legal Stud.* 1, 1981.

- “*A theory of Loan Priorities*”, 18 *J. Legal Stud.* 209, 1989.

**WAIBEL (M.),** “*Opening Pandora’s Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*”, *American Journal of International Law*, 101(4), 2007, p. 711-759.

**WEHRENS (H.),** “*Real security Regarding Immovable Objects-Reflections on a Euromortgage*”, *Towards a European Civil Code, second revised and expanded edition*, Kluwer Law International, 1998, p. 551 et s.

## Index alphabétique

---

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

### -A-

#### Adaptation

- Adaptation fonctionnelle, 69 et s.
- Adaptation neutre, 65 et s.
- Traitement de la défaveur jurisprudentielle, 64 et s.
- Traitement du *numerus clausus*, 44 et s.
- Trust, 248 et s.

#### Attribution conventionnelle

- Attribution de rang, 444 et s.
- Définition, 410.
- Liberté du mode de réalisation, 422.
- Mécanisme, 412.
- Nature, 417, 425.
- Neutralisation dans la procédure collective, 431, 433.
- Propriétés-sûretés, 413.

#### Attribution judiciaire

- Attribution de rang, 444 et s.
- Champ d'application de la méthode de l'adaptation, 266.
- Mécanisme, 408 et s.
- Nature, 417.
- Neutralisation dans la procédure collective, 431.

#### Assimilation

- Assimilation relative, 303 et s.
- Avantage matrimonial, 304.
- Droit de la propriété intellectuelle, 321.
- Illustrations, 288 et s.
- Notion, 228.
- *Security interest in deposit account*, 382.
- *Security interests in general intangible (patent)*, 381.

#### Avant-projet CAPITANT

- Cession de créance de droit commun, 29, 71.
- Clause de voie parée, 395.
- Clandestinité du nantissement de créance, 354.
- Liberté du mode de réalisation, 422.
- Non-enrichissement du créancier nanti, 350.
- Pacte commissoire, 422.
- Rapports *Doing Business*, 41.

### -C-

#### Choses incorporelles

- Distinction entre droits incorporels et, 141 et s.
- Localisation et rattachement, 188 et s.
- Notion, 182 et s.

#### Cession de créance à titre de garantie

- Avant-projet CAPITANT (v. ce mot).
- Cession Dailly, 153, 171, 207, 355
- Opposabilité, 371 et s.
- Requalification, 29.

#### Clandestinité

- Cession Dailly, 355.
- Connaissance effective (v. ce mot)
- Correctif, 365 et s., 286 et s.
- Droit prospectif, 361, 365 et s.
- Du nantissement de compte-titres (semi-clandestinité), 356.
- Du nantissement de créance, 354.

#### Clause de voie parée, 395.

- Histoire, *ibid.*
- Interdiction, *ibid.*
- Libéralisation des conditions de réalisation, 312.

**CNUDCI**

- Guides législatifs de la CNUDCI, 241.
- Harmonisation, 242.
- Loi-Type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, 241.
- Rapport, 231.

**Connaissance effective**

- Correctif à l'absence de registre, 360, 376.
- Devoir précontractuel d'information, 366.
- Droit personnel, 105.
- Opposabilité des sûretés clandestines, 373.

**Constitution de la sûreté**

- Atteinte aux droits des tiers, 277.
- Défaut d'impérativité, 271, 308 et s.
- Distinction avec les effets de la sûreté, 169 et s.
- Droit américain, 328.
- Localisation du bien incorporel, 94, 95, 192, 216.
- Neutralisation dans la procédure collective, 385.
- Rapport avec l'opposabilité, 324 et s., 354.

**Correctifs**

- Délai d'adaptation (v. ce mot).
- Obligation d'information du débiteur (v. *V<sup>o</sup>* « Droit prospectif »).
- Registre propre aux sûretés internationales (v. *V<sup>o</sup>* « Droit prospectif »).

**-D-****Défaveur jurisprudentielle, 47 et s.**

- Causes politiques, 54 et s.
- Causes techniques, 49 et s.
- Remède à la, 59 et s.

**Délai d'adaptation, 343 et s.****Dépossession**

- Critère inapproprié pour déterminer la catégorie de rattachement, 294.
- Nantissement de meubles incorporels, 350.

**Droit de gage général**

- Atteinte par la constitution d'une sûreté réelle, 23, 133, 138, 277 et s.
- Protection par la procédure collective, 428 et s., 451 et s.

**Droits incorporels**

- Distinction entre choses incorporelles, 141.
- Localisation et rattachement, 213 et s.
- Notion, 205 et s.

**Droit matériel**

- Échec, 231 et s.
- Harmonisation (v. ce mot)
- Unification (v. ce mot)
- Uniformisation (v. ce mot)

**Droit prospectif**

- Avant-projet Capitant (v. ce mot)
- Obligation d'information du débiteur, 365 et s.
- Registre propre aux sûretés internationales, 359 et s.

**-F-****Fiducie-sûreté**

- Clandestinité, 355.
- Nature, 259.
- Réalisation, 413.

**Fonds de commerce**

- Usufruit de, 159.
- Nantissement de (v. ce mot).
- Localisation fictive, 198.

**-G-****Gage de bien corporel**

- Attribution de rang, 449.

- Régime par défaut, 297.

### **Garantie financière européenne, 237**

### ***Governmental interest analysis*, 274.**

## **-H-**

### **Harmonisation, 239 et s.**

- CNUDCI (v. ce mot).
- Définition, 239.
- Union européenne (v. ce mot)

## **-I-**

### **Identité du bien objet de la sûreté, 293 et s.**

- Critère de détermination de la catégorie de rattachement pertinente, 293, 296 et s.
- *Floating charge*, 299 et s.

## **-L-**

### **Loi d'autonomie**

- Rattachement à la, 61, 100 et s., 126 et s.
- Opposition en matière de sûretés réelles, 109 et s., 129 et s.

### **Loi de police**

- Notion, 7
- Critère de détermination, 7, 273 et s.
- Rapports avec la loi d'autonomie, 112, 127 et s.
- Rapports avec l'exception d'ordre public international, 269 et s.

## **N-**

### **Nantissement de brevets**

- Inscription, 351.

### **Nantissement de comptes-titres**

- Localisation et rattachement, 218 et s.
- Opposabilité (v. *V*<sup>o</sup> « Clandestinité »).
- Titre exécutoire, 426.

### **Nantissement de créances**

- Opposabilité, 354 et s., 371 et s., 382.
- Réalisation, 397 et s., 442 et s.

### **Nantissement de films cinématographiques**

- Localisation et rattachement, 189 et s.
- Rattachement au lieu de réalisation, 171.
- Sûreté hypothécaire, 176

### **Nantissement de fonds de commerce**

- Modes alternatifs de réalisation (prohibition), 407.
- Opposabilité, 309, 352.

### ***Numerus clausus* des droits réels**

- Absence de fondement, 19 et s.
- Absence de justification, 24 et s.

### ***Numerus clausus* des sûretés réelles**

- Caractère relatif, 32 et s.
- Défaveur jurisprudentielle, 56 et s.
- Fondement, 20 et s.
- Impérativité, 284 et s.
- Justification, 23 et s.
- Négation et dépassement, 39 et s.
- Territorialité, 165 et s.

## **-O-**

### **OHADA,**

- Inscription sur un registre, 354.
- Unification, 236, 456.

### **Opposabilité, 321 et s.**

- Automatique, 333, 354 et s.
- Assimilation, 368 et s.
- Et procédures collectives, 384 et s.
- Inscription, 330, 349 et s.
- Modalités temporelles, 338 et s.

### **Ordre juridique de référence**

- Difficultés de détermination, 74 et s., 271.

**Ordre public international**

- Caractère inopérant dans le contexte de la réception des sûretés étrangères, 5 et s., 269 et s.
- Reconnaissance des jugements étrangers, 229.

**-P-**

**Pacte comissoire** (v. *V*<sup>o</sup> « Attribution conventionnelle »).

**Période suspecte**

- Neutralisation du pouvoir de contrainte, 433.
- Nullité des sûretés constituées en, 316, 385 et s.

**Procédure civile d'exécution**

- Qualification des modes de réalisation alternatifs, 416 et s.
- Soumission du créancier étranger à la, 393 et s.

**Procédure collective**

- Attribution de rang, 451 et s.
- Neutralisation du pouvoir de contrainte, 428 et s.
- Période suspecte (v. ce mot).

**Propriétés-sûretés**

- Fiducie-sûreté (v. ce mot).
- Cession de créance (v. ce mot).
- Réserve de propriété (v. ce mot).

**Publicité, 349 et s.**

- Dépassement du *numerus clausus*, 42.
- Droit prospectif (v. ce mot).
- Registre (v. ce mot).
- Sûretés hypothécaires, 189 et s.

**-R-****Réalisation, 390 et s.**

- Alternative, 406 et s.
- Attribution conventionnelle (v. ce mot).
- Attribution de rang, 435 et s.

- Attribution judiciaire (v. ce mot).
- Et procédures collectives, 428 et s., 451.
- Pouvoir de contrainte, 391 et s.
- Saisie (v. ce mot).

**Reconnaissance, 13 et s.****Réserve de propriété**

- Délai d'adaptation, 344.
- Et procédures civiles d'exécution, 413.
- Refus de reconnaissance, 55, 118.
- Union européenne (v. ce mot).

**-S-****Saisie**

- Adjudication judiciaire du fonds de commerce, 403.
- Saisie-attribution, 397 et s.
- Saisie de brevets, 402.
- Saisie de droits d'associés et des valeurs mobilières, 400 et s.
- Saisie de comptes espèces, 404.

**Security interest**

- Opposabilité, 380 et s.
- Présentation, 327 et s.

**Sûreté locale de rattachement**

- Critère de détermination (v. *V*<sup>o</sup> « Identité du bien grevé »).

**Sûretés négatives, 33 et s.****-T-****Territorialité, 137 et s.**

- Corollaire du *numerus clausus* des sûretés réelles, 165 et s.
- Justification de la, 165.
- Localisation fictive, 168.
- Propriété industrielle, 194 et s.
- Propriété littéraire et artistique, 189 et s.
- Œuvres cinématographiques (spécificité), 193.

***Theory of the Filing System***, 330 et s.

**Trust**, 243 et s.

- Méthode conventionnelle, 244 et s.

-U-

**Unification**, 232 et s.

- Définition, 232.
- Droit matériel (v. ce mot).
- Union européenne, 233.

**Uniformisation**, 234 et s.

- Définition, 234.
- Droit matériel (v. ce mot).
- Garantie financière européenne (v. ce mot).
- OHADA (v. ce mot)

**Union européenne**

- Exception d'ordre public international, 7.
- Garantie financière européenne (v. ce mot).
- Harmonisation, 240.

- Rapprochement des droits nationaux des sûretés, 55.
- Registre propre aux sûretés internationales, 361.
- Réserve de propriété, 240.
- Unification (v. ce mot).

**Universalité**

- Adjudication judiciaire du fonds de commerce (v. *V*<sup>o</sup> « Saisie »).
- Définition, 197.
- *Floating charge*, 299.
- Fonds de commerce (v. ce mot).
- Localisation, 218 et s.
- Priorité du rattachement particulier sur le rattachement général, 200.
- Propriété fiduciaire, 258 et s.

**Usufruit conventionnel**

- Incompatibilité de l'assimilation au trust, 253 et s.

-V-

**Valeurs mobilières**

- Saisie des (v. ce mot).



## Table des matières

---

Avertissement .....	3
Remerciements.....	7
Principales abréviations .....	11
Sommaire .....	15
Introduction .....	17

### **Partie I : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance**

.....	27
-------	----

#### **Titre I : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte**

tenu des obstacles techniques, politiques et jurisprudentiels .....	29
---	----

<b>Chapitre I : L'incompatibilité de la méthode de la reconnaissance avec le <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles .....</b>	<b>31</b>
---	-----------

##### *Section 1 : La réaffirmation du principe de *numerus clausus* des sûretés réelles*

.....	32
-------	----

1. Le fondement textuel du <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles.....	32
--	----

A. L'absence de fondement textuel du <i>numerus clausus</i> des droits réels .....	32
--	----

B. L'article 2285 du Code civil : fondement textuel explicite du <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles.....	33
--	----

2. Les éléments de justification du <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles .....	35
--	----

A. Le caractère infondé des éléments de justification du <i>numerus clausus</i> des droits réels principaux.....	35
--	----

B. La force des justifications du <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles .....	37
--	----

##### *Section 2 : Le respect du *numerus clausus* par l'assimilation de la sûreté*

<i>étrangère à une sûreté du for</i> .....	41
--	----

1. L’absence de caractère absolu du <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles :	
l’admission d’espaces de liberté contractuelle .....	41
A. Les sûretés négatives.....	42
B. Liberté des restrictions assumées volontairement par les tiers.....	43
C. Liberté d’aménager les effets des sûretés réelles sans aggraver la situation des tiers .....	44
2. Le contournement du <i>numerus clausus</i> par l’adaptation de la sûreté étrangère à l’ordre juridique du for .....	45
A. L’exclusion des propositions de négation et de dépassement de la règle du <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles.....	45
1) Quant à la négation du <i>numerus clausus</i> .....	45
2) Quant au dépassement du <i>numerus clausus</i> par une mesure de publicité.....	47
B. Le respect du <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles par la méthode de l’adaptation.....	48
<b>Chapitre II : La défaveur jurisprudentielle à l’égard de la méthode de la reconnaissance .....</b>	<b>51</b>
<b><i>Section 1 : Les causes de la défaveur jurisprudentielle .....</i></b>	<b>52</b>
1. Une défaveur jurisprudentielle d’origine technique.....	52
A. Le caractère sécuritaire des règles des procédures collectives et des règles de classement.....	52
B. La prééminence de la <i>lex rei sitae</i> comme règle de rattachement .....	54
2. Une défaveur jurisprudentielle d’origine politique .....	55
A. L’incompatibilité des droits des sûretés nationaux.....	56
B. Le <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles .....	57
<b><i>Section 2 : L’adaptation par assimilation comme remède à la défaveur jurisprudentielle .....</i></b>	<b>60</b>
1. L’inadéquation de la loi d’autonomie et des remèdes de droit matériel .....	60
A. La loi de l’autonomie .....	61
B. Les règles matérielles .....	63
2. Le traitement de la défaveur par l’adaptation .....	64
A. L’exclusion de « l’adaptation neutre ».....	64

B. La promotion de « l'adaptation fonctionnelle ».....	67
--	----

<b>Titre II : L'inadéquation de la méthode de la reconnaissance compte tenu des difficultés de détermination d'un ordre juridique de référence unique.....</b>	<b>71</b>
--	-----------

<b>Chapitre I : Difficultés de localisation et rejet des solutions de rattachement inadéquates.....</b>	<b>73</b>
---	-----------

<i>Section 1 : Autonomie des biens incorporels .....</i>	<i>75</i>
--	-----------

1. Unité de situation des biens corporels et application de la <i>lex rei sitae</i> .....	75
---	----

A. Histoire et justification du rattachement à la <i>lex rei sitae</i> .....	76
--	----

B. La création d'un conflit mobile .....	78
--	----

2. Multiplicité de situation des biens incorporels .....	80
--	----

A. Absence de localisation naturelle .....	81
--	----

B. Solutions .....	83
--------------------	----

1) Principe de la localisation exogène : le rattachement à une situation préexistante objet d'un critère unique et objectif incompatible avec les sûretés réelles.....	84
--	----

2) Spécialité de la localisation endogène : la détermination d'une localisation fictive.....	85
--	----

3) Solution alternative sans localisation : rattachement juridique et accessoire ; rattachement autonome.....	88
---	----

<i>Section 2 : Exclusion de principe du rattachement à la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles.....</i>	<i>90</i>
--	-----------

1. L'exclusion définitive du rattachement total et inconditionnel à la loi d'autonomie : une inadéquation conceptuelle au droit des sûretés.....	91
--	----

A. Présentation du rattachement total et inconditionnel à la loi d'autonomie en matière de sûretés réelles .....	91
--	----

1) Avantages du rattachement de la sûreté réelle à la loi d'autonomie .....	92
---	----

2) Modalités de rattachement de la sûreté réelle à la loi d'autonomie .....	93
---	----

B. Rejet de cette théorie .....	98
---------------------------------	----

1) Conditionnement de la loi d’autonomie à l’effet relatif du rapport juridique.....	98
a) Domaine positif du rattachement à la loi d’autonomie .....	99
b) Domaine négatif du rattachement à la loi d’autonomie .....	102
2) Absence de protection des créanciers locaux .....	104
3) Contrariété aux règles essentielles du milieu juridique de réception .....	108
2. Opposition au rattachement à la loi de l’autonomie conditionné par le respect des règles impératives du milieu juridique de référence .....	108
A. L’autonomie de la volonté contrainte par le respect des lois de police .....	109
B. Opposition.....	111
1) Opposition théorique.....	111
2) Opposition pratique.....	113

## **Chapitre II : La territorialité comme solution aux conflits de lois en matière de sûretés sur biens incorporels .....**

115

<b><i>Section 1 : Principes généraux de rattachement .....</i></b>	<b>118</b>
1. Hétérogénéité des biens incorporels.....	118
A. Dualité des biens incorporels et constitution de droits réels sur des droits personnels.....	119
B. Le rapprochement des propriétés corporelles et incorporelles en droit international privé.....	123
1) Similarité des prérogatives .....	123
a) La propriété des biens incorporels .....	124
b) L’usufruit sur biens incorporels.....	130
2) Identités de régime entre sûretés sur biens corporels et sur biens incorporels .....	131
2. Conséquences en matière de conflits de lois : transposition conditionnée des solutions traditionnelles du droit des biens .....	132
A. Compétence de principe la <i>lex rei sitae</i> .....	133
1) Similarité de statut des biens corporels et incorporels .....	134
2) La territorialité : corollaire du <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles .....	135
B. Prise en compte des particularités liées aux sûretés sur biens incorporels	137
1) Le panachage des lois applicables .....	138

2) Le rattachement au lieu de réalisation .....	139
---	-----

<b><i>Section 2 : Applications particulières de rattachement : distinction entre les sûretés hypothécaires et les sûretés non-hypothécaires</i></b> .....	143
1. Les sûretés sur choses incorporelles ou « les sûretés hypothécaires » sur biens incorporels : principes communs de localisation et de rattachement.....	147
A. Points communs .....	148
1) Des richesses immatérielles sans débiteur .....	148
2) Supériorité des sûretés hypothécaires .....	149
B. Localisation et rattachement .....	150
1) Sûretés sur des biens isolés : l'exemple des propriétés intellectuelles...	150
a) Propriété littéraire et artistique : territorialité par publication ou par publicité en cas de films cinématographiques .....	151
b) Propriété industrielle : territorialité par publicité .....	155
2) Sûretés sur des universalités de biens : l'exemple des fonds d'exploitation .....	157
2. Les sûretés sur droits incorporels ou « les sûretés non-hypothécaires » sur biens incorporels : principes communs de localisation et de rattachement.....	160
A. Points communs .....	161
1) Des richesses immatérielles fondées sur un rapport d'obligation .....	162
2) Infériorité des sûretés non-hypothécaires .....	166
B. Localisation et rattachement .....	167
1) Sûretés sur des biens isolés : l'exemple des créances .....	167
2) Sûretés sur des universalités de biens : l'exemple des droits détenus en compte .....	171
a) Le portefeuille de valeurs mobilières .....	171
b) Les comptes bancaires .....	174

## **Partie II : La pertinence de la méthode de l'adaptation ..... 181**

### **Titre I : Théorisation de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels ..... 183**

#### **Chapitre I : La légitimité de la méthode de l'adaptation pour la réception des sûretés étrangères sur biens incorporels ..... 185**

##### ***Section 1 : La justification pratique. L'échec du droit matériel ..... 188***

1. L'échec des tentatives d'unification ..... 189
2. L'échec des tentatives d'uniformisation ..... 190
3. L'échec des tentatives d'harmonisation ..... 193

##### ***Section 2 : La justification historique. L'échec prometteur de la réception non conventionnelle du trust ..... 198***

1. Solution conventionnelle de réception ..... 199
2. Inefficacité de la méthode de l'adaptation ..... 202
  - A. Évidence de l'échec avant l'adoption de la fiducie en droit français ..... 203
    - 1) Adaptation partielle du trust ..... 203
    - 2) Adaptation globale du trust à l'usufruit conventionnel ? ..... 206
  - B. Persistance de l'échec après l'adoption de la fiducie en droit français ..... 209
    - 1) Propriété fiduciaire contre *legal ownership* ..... 210
    - 2) Exclusion de la fiducie-libéralité en droit français et intervention des  
règles impératives de la fiducie ..... 212

#### **Chapitre II : Le droit commun de la méthode de l'adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels ..... 215**

##### ***Section 1 : Champ d'application de la méthode de l'adaptation ..... 216***

1. Application de la méthode dans un cadre contentieux ..... 216
2. Conflit de lois : indifférence de la loi applicable à la sûreté étrangère  
réceptionnée par l'intervention des lois de police ..... 217
  - A. Mécanisme des lois de police ..... 218

1) Caractère inopérant de l’exception d’ordre public international dans le contexte de la réception des sûretés étrangères .....	219
2) Critère de détermination d’une loi de police .....	221
B. Neutralisation de la sûreté étrangère non assimilée par l’intervention des lois de police.....	224
1) L’atteinte portée aux droits des tiers par la constitution d’une sûreté réelle .....	224
2) Caractère impératif des dispositions protectrices des tiers et contournement par la méthode de l’adaptation.....	230

### ***Section 2 : Étendue de l’assimilation de la sûreté étrangère à la sûreté locale***

.....	232
1. Détermination de la sûreté de rattachement pertinente .....	232
A. Utilisation de l’assimilation en droit interne .....	233
B. Critère de détermination de la sûreté de rattachement pertinente. Identité du bien objet de la sûreté .....	237
2. Assimilation des règles impératives de la sûreté de rattachement.....	243
A. Principe de l’assimilation relative .....	243
B. Détermination des règles impératives par l’objectif législatif de protection de l’ordre juridique français .....	246
1) Défaut d’impérativité internationale des règles de constitution.....	247
2) Impérativité des règles d’opposabilité .....	249
3) Impérativité des règles de réalisation .....	250

## **Titre II : Mise en pratique de la méthode de l’adaptation des sûretés étrangères sur biens incorporels.....257**

### **Chapitre I : Opposabilité de la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l’ordre juridique français.....259**

#### ***Section 1 : Conditions de l’opposabilité de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté locale.....260***

1. Condition préalable : le respect des conditions d'opposabilité dans le pays de constitution.....	260
A. Limitation des risques de fraude.....	260
B. Exemple : opposabilité d'une sûreté sur bien incorporel en droit américain .....	262
1) Principe : opposabilité par inscription de la sûreté .....	265
2) Exceptions : opposabilité par contrôle et opposabilité automatique .....	267
2. Respect des règles d'opposabilité de la sûreté française de rattachement .....	268
A. Modalités temporelles .....	268
1) Moment d'accomplissement de la mesure d'opposabilité .....	269
2) Instauration d'un délai d'adaptation au bénéfice du créancier nanti d'une sûreté étrangère .....	271
B. Modalités matérielles .....	273
1) Opposabilité des sûretés sur biens incorporels en droit français.....	273
a) Opposabilité par inscription.....	274
b) Opposabilité automatique .....	278
2) <i>De lege ferenda</i> . Correctifs liés à la situation internationale.....	281
a) Correctif visant à pallier le caractère épars des différents registres : instauration d'un registre propre aux sûretés internationales .....	281
b) Correctif visant à pallier le rattachement à une sûreté locale occulte : obligation du débiteur d'informer les tiers bénéficiant de droits sur le bien objet de la sûreté.....	286

***Section 2 : Effets de l'opposabilité de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté locale*** .....

1. Effets en dehors d'une procédure collective.....	290
A. Opposabilité de la sûreté étrangère dans les mêmes conditions que dans l'ordre juridique de constitution .....	290
1) Opposabilité des sûretés clandestines .....	290
2) Opposabilité des sûretés soumises à publicité.....	294
B. Exemple de mise en œuvre de la méthode de l'adaptation au stade de l'opposabilité : la réception des <i>security interests</i> de droit américain .....	297

1) Opposabilité soumise à une mesure de publicité : assimilation de la <i>security interest in general intangible</i> portant sur un <i>patent</i> au nantissement de brevet .....	297
2) Opposabilité automatique : assimilation de la <i>security interest in deposit account</i> au nantissement de créance .....	298
2. Effets de l’ouverture d’une procédure collective pour l’opposabilité de la sûreté étrangère .....	299
A. Nullité de la constitution de sûretés pendant la période suspecte : la mise en péril de l’adaptation par les sûretés clandestines .....	299
B. L’arrêt des inscriptions postérieurement au jugement d’ouverture : la mise en péril de l’adaptation par les sûretés soumises à publicité .....	301

## **Chapitre II : Réalisation de la sûreté étrangère sur bien incorporel dans l’ordre juridique français.....303**

### ***Section 1 : L’exercice du pouvoir de contrainte du créancier nanti d’une sûreté étrangère dans les conditions fixées par les règles applicables à la sûreté locale de rattachement.....305***

1. Encadrement du pouvoir de contrainte du créancier en dehors des procédures collectives .....	305
A. Caractère restrictif des modes de réalisation.....	306
1) Le mode traditionnel de réalisation : la saisie du bien grevé.....	306
a) La réalisation des sûretés assimilées au nantissement de créance : l’attribution exclusive de la créance nantie au créancier.....	308
b) La réalisation par la saisie des droits d’associé et des valeurs mobilières : saisie de principe des biens incorporels .....	311
c) Les saisies spéciales .....	312
2) Les modes alternatifs de réalisation : l’attribution de la propriété du bien grevé .....	315
a) Attribution judiciaire .....	316
b) Attribution conventionnelle (pacte comissoire).....	318
B. Caractère impératif des règles des procédures civiles d’exécution .....	320
1) Qualification des modes de réalisation de la sûreté en voies d’exécution .....	320

2) Application des principes des procédures civiles d'exécution au créancier nanti d'une sûreté étrangère.....	323
a) Liberté du créancier dans le choix du mode de réalisation.....	323
b) Encadrement des conditions de mise en œuvre .....	326
2. Neutralisation du pouvoir de contrainte du créancier dans le cadre des procédures collectives .....	328
A. Neutralisation <i>a priori</i> du pouvoir de contrainte .....	330
B. Neutralisation <i>a posteriori</i> du pouvoir de contrainte .....	332
<b><i>Section 2 : L'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère selon les règles applicables à la sûreté locale de rattachement.....</i></b>	<b>334</b>
1. L'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère dans les conditions fixées par le droit des sûretés.....	334
A. L'attribution du rang selon les règles de classement du droit français.....	335
1) Détermination politique du classement des créanciers en concours.....	335
a) Classement suivant l'importance sociale du créancier .....	335
b) Intervention de l'ordre chronologique.....	336
2) Éviction de la technique du classement par l'exercice de droits exclusifs : exemple de la réalisation du nantissement de créance.....	337
B. Particularité de l'attribution de rang dans le cadre de la propriété-réalisation : rejet de l'exclusivité de l'attribution .....	338
1) La faculté du créancier nanti d'une sûreté étrangère de procéder à une propriété-réalisation indépendamment de son classement .....	338
2) L'effet de l'attribution du bien grevé en propriété .....	340
2. L'attribution du rang du créancier nanti d'une sûreté étrangère dans les conditions fixées par le droit des procédures collectives .....	342
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>347</b>
<b>Jurisprudence citée.....</b>	<b>353</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>357</b>
<b>Index alphabétique .....</b>	<b>365</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>371</b>



**Résumé :**

Dans le monde actuel, l'active circulation des hommes et des marchandises conduit à une importante utilisation des sûretés réelles – notamment sur biens incorporels (créances, droits de propriété intellectuelle, titres financiers, *etc.*) – en garantie d'opérations de crédit international. Dans l'ordre international, il n'existe pas (encore ?) de sûreté sur bien incorporel uniforme, doté d'un régime commun pour tous les pays ; les garanties réelles restent adossées à des ordres juridiques de référence. L'enjeu consiste donc à déterminer de quelle manière il conviendrait de donner effet, dans l'ordre juridique français, aux sûretés sur biens incorporels constituées à l'étranger. Si la méthode de la reconnaissance semble disqualifiée en raison d'obstacles techniques, politiques et jurisprudentiels trop importants et des difficultés de détermination d'un ordre juridique de référence unique, celle de l'adaptation de la sûreté étrangère par assimilation à une sûreté locale de rattachement paraît la plus pertinente, au regard notamment de la protection des intérêts de chacun – créanciers, étrangers et nationaux, et débiteurs.

**Descripteurs :**

Sûretés réelles – Bien incorporel – Conflit de lois – Reconnaissance – Adaptation – Lois de police – Numerus clausus – Nantissement – Opposabilité – Réalisation – Procédures collectives.

**Title and Abstract: *Reception of Security Interests in Intangible Collaterals in International Law***

In today's world, the active movement of people and goods leads to an equally important use of security interests – particularly in intangible assets (receivables, intellectual property rights, financial securities, *etc.*) – as collateral for international credit transactions. There is (as yet?) no uniform security interest on intangible collateral with a common regime for all countries. In the International Law, security interests remain attached to a national legal system. The issue is therefore to determine how it would be appropriate to give effect, in France, to those security interests in intangible assets. While the method of recognition seems to be disqualified because of excessive technical, political and judicial obstacles and the lack of unicity of the applicable laws, the method of adapting the foreign security right by assimilation to a local security right seems the most relevant, particularly with regard to the protection of the interests of each party – creditors, foreign or domestic, and debtors.

**Keywords:**

Security interests – Intangible collateral – Conflict of Laws – Recognition – Adaptation – Mandatory rules – Numerus clausus – Lien – Perfection – Seizure – Bankruptcy.