



HAL
open science

Les créances en droit international privé

Laurent Ruet

► **To cite this version:**

Laurent Ruet. Les créances en droit international privé. Sciences de l'Homme et Société. Paris 2 Panthéon-Assas, 1989. Français. NNT: . tel-04042785

HAL Id: tel-04042785

<https://hal.parisnanterre.fr/tel-04042785>

Submitted on 23 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Public Domain

Université de Paris II Panthéon-Assas

U.F.R. de Sciences Juridiques

Les créances en droit international privé

Thèse pour le Doctorat en Droit de l'Université de Paris II

préparée sous la direction de
M. le Professeur Yvon LOUSSOUARN

présentée et soutenue
le 7 novembre 1989
par

Laurent RUET

Président du jury

M. Yvon LOUSSOUARN
Professeur à l'Université de Paris II

Suffragants

M. Jacques FOYER
Professeur à l'Université de Paris II

Mme Hélène GAUDEMET-TALLON
Professeur à l'Université de Paris II

M. Georges KHAIRALLAH
Professeur à l'Université Paris-Sud

M. Paul LAGARDE
Professeur à l'Université de Paris I

Université de Paris II Panthéon-Assas

U.F.R. de Sciences Juridiques

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Vu et permis d'imprimer :
le Président de l'Université de Droit, d'Economie et de Gestion de Paris
M. Georges DURRY

INTRODUCTION

1.- Le droit de créance, droit personnel, expression d'une relation sociale (1), peut être envisagé sous des angles très divers (2). Les exemples de variété ne manquent pas, que l'on songe aux critères de présentation, selon l'origine légale ou conventionnelle du droit (3), et la qualification d'acte ou de fait juridique (4), la créance exprimant l'idée d'un assujettissement patrimonial (5) : on peut citer pêle-mêle le droit de réponse (6), le droit de fidélité (7), le droit de l'enfant à l'éducation (8), les pensions alimentaires (9), le droit à réparation (10), le droit à répétition (11), l'enrichissement sans cause (12), les créances contractuelles, innombrables (13), etc.

La présentation de la notion, de par la polysémie du terme « créance », et la diversité des sources, impose l'esquisse d'une classification, de droit interne, et son appréhension, en droit international privé. L'effort de classification n'est cependant pas l'unique préliminaire ; une difficulté de méthodes, spécifique du droit international privé, l'accompagne.

(1) V. F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits*, RTDCiv.82.705 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale*, 2ème éd., 1982, L.G.D.J., n° 187 et 219. Selon F. HAGE-CHAHINE, la classification des droits privés doit être l'expression juridique des relations sociales (v. p. 714) ; il caractérise le droit de créance par un lien d'assujettissement patrimonial (v. n° 44). V. aussi G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223.

(2) J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 224.

(3) F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*

(4) J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, vol. I, *L'acte juridique*, A. Colin, 3ème éd., 1986, n° 40 *sq.* ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2ème éd., 1988, t. I, *Les sources*, Sirey, n° 13 *sq.* ; G. ENDRÉO, *op. cit.*, p. 225.

(5) F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, n° 44.

(6) Art. 131 L. 29 juill. 1881.

(7) Art. 212 C. civ.

(8) Art. 371-2 C. civ.

(9) Art. 203, 205, 207, 342, 367, 915 al. 2 C. civ.

(10) Art. 1137, 1147 et 1382 C. civ.

(11) Art. 1235 C. civ.

(12) V. par exemple, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2ème éd., 1988, t. I, *Les sources*, n° 389 *sq.* ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 575 *sq.*

(13) En dresser une liste ne présente guère d'intérêt, aucun *numerus clausus* n'existant en matière de droits personnels. On observera les variantes entre *les droits de* et *les droits à*, dont on retrouve l'écho dans la « troisième génération des droits de l'homme ».

1. La question des classifications.

2.- L'effort de classification est double, tant sur le plan interne, traditionnel, que sur le plan international, à travers le classement des créances dans les catégories du for.

Dans l'ordre interne, le droit de créance (1) est classiquement distingué des droits réels (2). Les critiques formulées à l'encontre de cette distinction traditionnelle sont bien connues (3), et il n'est pas dans notre esprit de les reprendre. Il lui a tour à tour été adressé le grief d'être incomplète (4), ou relative (5), ou inexacte (6). La querelle apparaît de nos jours quelque peu

(1) Le droit de créance est fonction de la prestation du débiteur. En cela, il est médiat. V. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, *Introduction*, 1989, 9^{ème} éd., par F. CHABAS, Montchrestien, n° 159 sq. ; F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.* ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 213 ; A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, 3^{ème} éd., 1980, Dalloz, n° 243 sq.

(2) V. S. GINOSSAR, *Pour une meilleure définition des droits réels et des droits personnels*, RTDCiv.62.573 ; J. DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTDCiv.62.20 ; R. SAVATIER, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels*, RTDCiv.58.1.

(3) V. S. GINOSSAR, *Pour une meilleure définition des droits réels et des droits personnels*, RTDCiv.62.573 ; F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.* ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 217 sq. ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, *Introduction*, 1989, 9^{ème} éd., par F. CHABAS, Montchrestien, n° 165 sq.

(4) Cette opposition ne rend compte ni des droits extrapatrimoniaux, ni des droits potestatifs, ni des droits intellectuels. V. F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, n° 56 sq.

(5) Nous ne donnerons que quelques exemples. On a pu, au **Moyen Age**, soumettre les meubles à la loi personnelle de leur propriétaire, quelle que soit la nature du meuble. V. F. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, 1892, t. II, p. 262 sq. ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1989, n° 89 sq. ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Dr. international, v° Biens*. Les créances peuvent faire l'objet d'un **usufruit** ou d'une **indivision**. Ces deux institutions sont soumises, en droit international privé, à la *lex rei sitae*. Dans le droit des successions, on peut **convertir** l'usufruit du conjoint survivant en une rente viagère (art. 767 al. 2 C. civ.), v. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions, les libéralités*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1988, n° 201. L'évaluation des libéralités consenties au conjoint survivant peut conduire à une comparaison entre un droit réel et un droit personnel, ce qui est curieux. V. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions, les libéralités*, 2^{ème} éd., n° 199. Les créances peuvent faire l'objet d'un **trust** ; v. M. E. GOLDSMITH, *Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales*, DPCI.80.445. Les droits du bénéficiaire sont plus qu'un simple droit personnel, car ils sont opposables, sous certaines conditions, aux tiers, même si la chose leur aurait été transmise. Des créances matérialisées dans un titre peuvent constituer des **sûretés réelles**. La relativité de cette classification est également illustrée par la question de la qualification des clauses de **réserve de propriété** en droit allemand. (V. M. PÉDAMON, *La réserve de propriété en droit allemand et en droit français*, RJC, février 1982, p. 57), de la transmission du droit de **préemption** (pour la qualification de cession de créance, v. P. CHAUMETTE, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, RTDCiv.86.33, spéc. p. 44), de la nature de la **promesse synallagmatique** ou

vaine (1). Une idée émerge, en réalité, qui consiste à analyser les créances comme des valeurs (2), économiques (3), patrimoniales (4), voire sociales (5).

La créance, prise comme valeur économique, patrimoniale, sociale, est parfois perçue comme la concrétisation d'une relation au sein d'un milieu sociologique. L'idée, inversée, est celle désormais classique de la pénétration de valeurs sociologiques dans la règle de conflit de lois (6).

3.- Le thème n'est pas nouveau (7). On a ainsi déjà proposé de déterminer la loi applicable en fonction du milieu sociologique dans lequel s'insère l'acte ou le fait juridique litigieux, qu'il s'agisse de la prescription extinctive (8), des privilèges (9), de l'obligation alimentaire (10),

unilatérale de **vente** avant la levée de l'option, des baux emphytéotiques, de la propriété commerciale, etc.

(6) Par exemple, les droits de la personne, en principe en dehors de la classification des droits personnels et des droits réels, mais qui, en étant « patrimonialisés », se transforment en des droits de créance.

(1) V. A. PIÉDELIÈVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, Etudes de JUGLART, *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle*, p. 55, LGDJ., Monchrestien, Editions Techniques, 1986.

(2) V. A. PIÉDELIÈVRE, *op. cit.*, p. 61 ; v., pour un débat similaire, à propos des « biens informationnels », et de leur approche sous l'angle du statut des biens ou celui de valeur économique, MM. VIVANT, LE STANC, RAPP et GUIBAL, in *Lamy droit de l'informatique*, 1989, n° 5.

(3) V. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227, spéc. p. 289 *sq.*, qui estime qu'une dissociation fonctionnelle apparaît entre l'obligation et la source de l'obligation lorsque celle-là prend une valeur économique propre.

(4) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, spéc. p. 665 *sq.*

(5) Sur la fonction sociale du contrat, v. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, LGDJ., 2^e éd., 1988, p. 572, n° 516.

(6) V. Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP. 1980-1981, p. 43.

(7) V. A. BUCHER, *Grundfragen des Anknüpfungsgerichtigkeit im internationalen Privatrecht*, compte-rendu à la R.78.231 ; Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP. 1980-1981, p. 43 ; J. FOYER, qui envisage une « obligation de conformité » entre la loi désignée et le rapport juridique, in *Requiem pour le renvoi*, TCFDIP. 1980-1981, p. 105, spéc. p. 118. V. aussi P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI.1986.II.229.

(8) V. la jurisprudence antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1950 **Banque de Pétrograd**, D.50.216 note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, S.50.1.121 note J.-P. NIBOYET, JCP.50.II. 5541 note A. WEILL, R.50.415 note R. LENOAN. Sur cette question, v. *infra*, n° 741 *sq.*

(9) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 318 et 465.

(10) V. Mme SAUTERAUD-MARCENAC, *Du recouvrement des aliments franco-allemands et des difficultés d'application des Conventions de Bruxelles et de La Haye*, GP.83.I.doctr.58, qui estime que le fondement de l'obligation alimentaire est social en RFA., et principalement familial en France.

du contrat de travail (1), de la responsabilité délictuelle (2), du transport bénévole (3), du droit de la consommation (4), des droits de la personnalité (5), du trust (6), ou des contrats bancaires (7). La créance, valeur économique, sociale, patrimoniale, contient une coloration sociologique, ainsi que le montrent les exemples cités. Elle est un droit personnel, représentatif d'une valeur, expression d'une relation sociale insérée dans un milieu juridique.

(1) V. par exemple Paris 8 juill. 1981, J.83.132 note P. RODIÈRE, qui applique la loi américaine avec laquelle le contrat de travail présente les liens les plus étroits, compte tenu de l'intégration de la relation juridique dans le milieu sociologique américain, en dépit de l'exécution du travail sur le territoire français.

(2) V. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961 ; du même auteur, note sous Cass. 30 mai 1967, R.68.728 ; G. BEITZKE, *Les obligations délictuelles en droit international privé*, R.C.A.D.I.1965.II.61.

(3) V. P. BOUREL, note préc., qui se réfère à “*l'enracinement des faits [qui] se trouve moins au lieu de commission du délit qu'à l'ordre social dont dépendent les parties par leur nationalité ou leur domicile*” ; G. BEITZKE, préc., qui se réfère au “*lien social existant entre les participants du voyage*”.

(4) V. M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, J.84.765, n° 60 sq.

(5) Sur le débat, pour la négative, v. Cass. 13 avril 1988 *Jours de France*, R.88.546 note P. BOUREL, J.88.752 note B. EDELMAN ; v. E. GAILLARD, *Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux USA.*, R.84.1, n° 19-20 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1106. P. BOUREL, note préc., préconise une localisation juridique au domicile du créancier, en fonction de la dimension personnelle “*et surtout sociale*” des droits de la personnalité.

(6) V. B. OPPETIT, *Le trust dans le droit du commerce international*, R.73.1, spéc. n° 11.

(7) On propose en général de soumettre les contrats bancaires à la loi de l'Etat sur le territoire duquel le banquier a son établissement. V. *infra*, n° 98 sq. Selon M. GIULIANO et P. LAGARDE, in *Rapport relatif à la Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE., 1980, n° L 282, “*La conception de la prestation caractéristique permet en substance de rattacher le contrat au milieu socio-économique dans lequel il s'insère*”.

4.- Face à la diversité des origines des créances, légale ou conventionnelle, contractuelle ou extracontractuelle, des formes revêtues (à personne dénommée ou incorporation dans un titre), et des qualifications discutées (statut des biens, effets des contrats, responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle), le droit international privé éprouve une certaine difficulté à établir un classement homogène des créances dans les catégories du for. Les ouvrages de doctrine divergent ainsi quant à la présentation des créances en droit international privé, certains insistant sur la qualification de biens (1), d'autres sur la source de la créance, acte ou fait juridique (2), d'autres, enfin, renonçant à un classement unique (statut des biens ou statut des obligations), et ventilant les droits de créance selon le contenu des catégories juridiques de droit interne (droit des contrats, responsabilité délictuelle, droit patrimonial de la famille, régimes matrimoniaux, droit des successions) (3), avec des variantes possibles (4).

Dès lors, peut-on, en présence d'un tel éclatement, envisager un droit international privé des créances, ou doit-on se résigner à l'étude des créances en droit international privé ?

Il est en réalité nécessaire d'adopter une optique moins tranchée, favorisant une recherche en deux temps. Si, dans une première étape relative à la détermination des règles de conflit de lois en matière de créances, un effort de systématisation est utile, en revanche, au cours d'une seconde phase portant sur la mise en œuvre de la loi applicable, une approche plus analytique paraîtra nécessaire, qui tiendra compte des différentes catégories de classement du droit interne.

En d'autres termes, existe-t-il une loi propre à la créance, et quel peut être son domaine ? Poser la question introduit alors le débat des méthodes, spécifique du droit international privé.

(1) V. F. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, 1892, t. II, p. 262 sq. ; A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, Paris, 1912, 2ème éd., p. 425 sq. ; F. SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 7ème éd., 1925, n° 171 ; E. BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. III, Montchrestien, 1935, n° 374 ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 665 sq. ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd., n° 279.

(2) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 544 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, p. 577 sq. ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, p. 407 sq. ; comp. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 2, Paris 1934, n° 140 sq., qui retient une présentation distincte.

(3) D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987.

(4) Selon que l'on classe les successions et les régimes matrimoniaux dans le droit des contrats ou dans le droit patrimonial de la famille, ou que l'on dissocie ou non responsabilités contractuelle et délictuelle, etc.

2. *La question des méthodes.*

5.- La question des méthodes part de la recherche de la loi applicable. Plusieurs positions sont envisageables, qui admettent soit le jeu de l'autonomie de la volonté, soit l'existence d'une loi propre, soit le recours à la localisation de la créance.

6.- La difficulté tient à une série de controverses qu'il convient dans un premier temps d'exposer. Seront ensuite précisées certaines conditions propices à l'apparition de rivalités entre les méthodes analysées.

Le point de départ de la controverse est dû au fait, qu'en principe, on déduit la loi applicable du rattachement du rapport litigieux, c'est-à-dire du classement de ce dernier dans les catégories du for. Or, il existe des divergences affectant le classement des créances en droit international privé. La qualification de *bien* devrait conduire à la compétence de la *lex rei sitae*. La prise en compte de la source du droit, acte ou fait juridique, mènera normalement à la compétence de la loi de la source. L'absence d'un règlement spécifique obligera à appliquer des solutions d'emprunt. Enfin, l'accent mis sur le caractère personnel du droit de créance guidera vers le choix d'un critère de rattachement organisé autour de la personne (1).

(1) Exemples : loi nationale, loi du domicile, voire loi de la résidence, de la personne physique ou morale, créancière ou débitrice du rapport de droit. V. *infra*, n° 196 sq.

A regrouper les classements précédents, on note que trois types de rattachement se distinguent, qui procèdent chacun de prémisses différentes, aboutissant à un certain nombre de controverses. Aussi convient-il d'esquisser la teneur des prémisses et leurs conséquences sur le domaine de la loi compétente.

7.- Trois idées s'affrontent, qui ont pour objet le classement des créances.

Première proposition, les créances doivent être classées dans la catégorie des biens, et l'ensemble des biens, matériels comme immatériels, ont un *situs*, réel ou fictif. Le raisonnement mène ainsi à la compétence de la *lex rei sitae*.

Deuxième proposition, les créances, droits personnels, ne sont pas dissociables, détachables, de leur source, du moins à quelques exceptions près (1). Au motif qu'on ne peut scinder un effet de sa cause, les créances sont alors gouvernées par la loi de la source (2).

Troisième proposition, les créances sont étroitement dépendantes de l'attitude du débiteur, le droit ne portant pas directement sur une chose, et le lien ainsi reconnu jouit d'une force plus grande que celle qui existe entre la créance et sa source, acte ou fait juridique. Le siège de la personne sera ainsi tenu pour la localisation la meilleure de la créance.

Chacun des trois facteurs de rattachement cités présente une certaine globalité, une aptitude à fixer la loi applicable dans un grand nombre de cas. Et la volonté de parvenir à un critère suffisamment général pour pouvoir répondre à la diversité des créances explique ainsi l'existence de controverses.

Sont en effet contestés le fait de recourir à une fiction lorsque les créances sont localisées en fonction d'un *situs*, l'impossibilité de détacher les créances de leur source, et la valeur pertinente du lien entre la créance, droit personnel, et la personne, physique ou morale, qui en est la créancière ou la débitrice.

(1) Exemple : les créances incorporées dans un titre, et qui peuvent, dès lors, être localisées dans l'espace en fonction de la situation du titre. V. *infra*, n° 64 *sq.*

(2) On entend par loi de la source la loi qui s'applique à l'acte ou au fait juridique ayant donné naissance à la créance.

8.- Or, les divergences de solution obtenue, selon que l'on applique tel ou tel critère, ne sont pas négligeables. Des exemples l'attestent, soit à travers l'évolution d'un système donné - ainsi de la France sur de nombreux points (créances alimentaires, créances délictuelles, etc.) -, soit à travers la comparaison entre des systèmes qui procèdent d'une analyse de droit interne différente, transposée peu ou prou sur le plan des conflits de lois - ainsi des systèmes français, d'une part, allemand ou suisse de l'autre -. Cependant, les divergences de départ peuvent être érodées au gré de la modification des conceptions internes, au regard d'un désir d'harmonisation internationale des législations (1), ou plus simplement, à travers le constat, plus ou moins ponctuel, d'une coïncidence de résultats

9.- Selon le système retenu, il sera plus ou moins facile d'admettre l'existence d'une autonomie de la créance et d'un domaine spécifique de la loi de celle-ci. Enfin, l'apparition d'une concurrence de rattachements implique l'existence d'un élément d'extranéité, qu'il convient à présent de préciser.

10.- Soit la créance est soumise *ab initio* à un seul ordre juridique interne, et le caractère purement interne de la situation exclut le jeu du conflit de lois.

11.- Soit la créance présente un élément d'extranéité, qui conduit à s'interroger sur l'existence éventuelle d'un conflit de lois. Première branche de l'hypothèse, la créance est de nature extracontractuelle. Le caractère délictuel à l'origine du droit exclut le jeu éventuel de la loi d'autonomie (2) et son cortège de subtilités (3), quand bien même la recherche de la loi applicable demeure. En d'autres termes, la nature extracontractuelle du droit de créance ne rend pas nécessaire la définition d'une règle de seuil arrêtant les jeux respectifs du choix de la loi et des solutions à prôner en l'absence de choix exprimé, non plus que la définition d'une règle de désignation dans l'aménagement du rattachement, objectif ou subjectif, de la relation, en l'absence d'un tel choix.

(1) Le désir d'harmonisation est frappant, eu égard à la multiplication des conventions internationales, lesquelles peuvent paradoxalement freiner, de par leur enchevêtrement, l'accomplissement du désir initial.

(2) V. toutefois l'article 132 de la loi suisse du 18 décembre 1987, R.88.207, qui autorise dans certains cas l'élection de la loi applicable en matière de créances délictuelles. *Comp.* avec l'arrêt de Cass. 19 avril 1988 *Caron*, R.89.68 note H. BATIFFOL, qui reconnaît aux parties la possibilité d'écarter la compétence de la loi du lieu de commission du délit telle que prévue par la Convention de La Haye du 4 mai 1971, par un accord exprès en faveur de la loi nationale commune française, c'est-à-dire, en l'espèce, la *lex fori*.

(3) Exemples : la portée de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire la question du choix non exprimé de la loi applicable, de la volonté hypothétique, de la loi dite appropriée, du dépeçage, du changement de loi, de sa « contractualisation », et le sens de la dualité de la règle de conflit, à savoir les rattachements objectifs ou subjectifs, la localisation du contrat, etc. V. *infra*, n° 385 sq.

12.- L'accord sur une règle de seuil devient en revanche concevable lorsque l'on examine la seconde branche de l'hypothèse, constituée des créances contractuelles. C'est à ce stade que la question des méthodes apparaît concrètement.

En effet, la créance contractuelle tient sa nature d'une source, elle-même contractuelle, qui relève en principe de la loi d'autonomie (1) et, à défaut de choix, de règles de rattachement plus ou moins objectifs (2). Dès lors, la question porte sur le point de savoir si et comment la loi d'autonomie peut jouer à l'égard des créances contractuelles, si le contenu de la règle de seuil doit prendre en compte un choix exprès, tacite, ou hypothétique de la loi applicable (3), et, à défaut, si l'on doit s'accorder sur des rattachements objectifs (4) ou subjectifs (5).

13.- Est-il d'abord réaliste d'admettre directement le jeu de la loi d'autonomie à l'égard des

(1) V. H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Contrats et conventions* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 579 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 375 sq. ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 683 sq. ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1368 sq. ; v. l'article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I.1986.I.9 ; pour une critique de la loi d'autonomie, v. V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988.

(2) V. l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, la loi suisse du 18 décembre 1987, R.88. 207, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente d'objets mobiliers corporels, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la représentation volontaire ; v. P. LAGARDE, *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XX, 1968, p. 189 ; v. Cass. févr. 1972 *Atard*, R.73.77 note H. BATIFFOL, RTDCom.73.417 obs. Y. LOUSSOUARN. Le droit français admet la localisation souveraine du contrat par les juges du fond, avec cependant une « objectivation » de la volonté. V. Cass. 6 juill. 1959 *Fourrures Renel*, R.59.708 note H. BATIFFOL ; Cass. 25 mars 1980 *Soc. Mercator Press* R.80.576 note H. BATIFFOL ; v. *infra*, n° 385. *Comp.* avec l'article 7-1-h de la Directive CEE du 22 juin 1988, texte RTDE.88.730, commentaire de P. LAGARDE, R.89.145, sur la loi applicable en matière d'assurances non-vie. V. Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de droit des assurances et la directive communautaire du 22 juin 1988*, RGAT.89.291.

(3) Le droit français admet la recherche d'une volonté implicite. Il semble préférable toutefois de retenir les solutions posées par la Convention de Rome du 19 juin 1980, en son article 4. Le droit allemand, par une loi du 25 juillet 1986, a bien renoncé au système de la volonté hypothétique, conformément à la Convention de Rome.

(4) Exemple : la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique ; v. l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, et la loi suisse du 18 décembre 1987.

(5) Exemple : la localisation souveraine du contrat par les juges.

créances contractuelles ? Nous ne le pensons pas, essentiellement pour des raisons d'ordre pratique. Imagine-t-on un contrat dont les effets, c'est-à-dire les créances qui en découlent, seraient soumis par les parties, sur le fondement de la loi d'autonomie, à des lois multiples ? Un tel dépeçage ne se conçoit, en réalité, qu'envers le contrat lui-même, à supposer que l'on admette cette technique, et seulement envers le contrat, en raison du risque d'éparpillement des lois applicables.

14.- Est admissible, en revanche, l'idée d'une présomption de soumission des créances contractuelles à la loi de la source. Mais cette hypothèse laisse en suspens deux difficultés, d'une part la possibilité de rompre cette présomption, que le contrat soit ou ne soit pas expressément soumis à une loi, et, de l'autre, le contenu des règles de seuil et de désignation de la loi applicable. Nonobstant ces deux difficultés, il resterait à justifier une telle présomption (1).

15.- En réalité, la recherche du contenu des règles de seuil et de désignation de la loi applicable en matière de créance contractuelles bute sur une confusion entre la localisation du contrat et celle des créances. Seule la première nécessite la définition de ces règles. La localisation du contrat fait partie des règles de désignation de la *lex contractus*. En revanche, la localisation de la créance (2) constitue une opération indépendante et objective, que l'on peut qualifier d'« intellectuelle » ou de « fonctionnelle », mais qui n'aboutit pas nécessairement aux mêmes conclusions que celles qui ont été obtenues à partir de la localisation du contrat (3).

Réduite au rôle de simple indice de la loi compétente en l'absence de choix de celle-ci par les parties, lorsqu'on soumet la créance à la loi de la source, la localisation de la créance tient

(1) V. *infra*, n° 176 *sq.*

(2) V. *infra*, n° 28 *sq.* et 271 *sq.*

(3) V. par exemple la question des nationalisations ; v. *infra*, n° 193.

lieu de règle de désignation lorsque l'on écarte la présomption de soumission des créances à la loi de la source au profit d'autres rattachements (1).

En d'autres termes, la question de l'accord sur des règles de seuil et de désignation, difficulté méthodologique spécifique de la *lex contractus*, n'apparaît, envers les créances, que dans l'hypothèse où l'on admet une présomption de rattachement de celles-ci à la loi de la source. Mais, à supposer même que l'on opte pour cette règle de rattachement, la difficulté méthodologique soulevée relève de l'étude de la *lex contractus*, non de celle des créances.

16.- Qu'elle soit de nature contractuelle ou délictuelle, la créance ne peut créer un conflit de lois que dans la mesure où la relation juridique présente un élément d'extranéité. Mais les critères de l'internationalité de la créance varient selon sa nature, contractuelle ou délictuelle.

17.- Curieusement, la dimension internationale d'une relation juridique de nature délictuelle n'a jamais réellement engendré de controverses (2). En effet, l'extranéité résulte simplement de l'éparpillement des points de rattachement sur des territoires relevant de souverainetés différentes (3).

18.- En revanche, l'appréciation de l'internationalité d'un contrat donne classiquement lieu à des controverses. La querelle est connue, qui tient à l'opposition du critère juridique (4) et du

(1) Sur le compte desquels, v. *infra*, n° 196 sq.

(2) V. V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988.

(3) V. *infra*, n° 173 sq.

(4) V. l'article 1 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 (référence au conflit de lois) ; l'article 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; les Conventions de La Haye du 14 mars 1978 sur les régimes matrimoniaux et la représentation volontaire ; la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises, qui exclut la référence à la nationalité, en son article 1-3 ; sur la Convention de Rome du 19 juin 1980, qui subordonne le caractère international du contrat à l'existence du conflit de lois, MM. GIULIANO et LAGARDE, *in Rapport relatif à la Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE., 1980, n° L 282 / 10, font référence à des "situations qui comportent un ou plusieurs éléments d'extranéité donnant aux systèmes juridiques de plusieurs pays vocation à s'appliquer" ; en d'autres termes, le contrat est international, selon le critère juridique, lorsqu'il présente des liens avec plusieurs systèmes juridiques. V. Cass. 7 oct. 1980 *Tardieu*, R.81.313 note J. MESTRE ; Paris 9 nov. 1984, J.86.1039 note E. LOQUIN ; en matière d'arbitrage international, v. Paris 19 juin 1970 *Hecht*, R.71.692 note P. LEVEL, J.71.833 note B. OPPETIT, JCP.71.II.16927 note B. GOLDMAN, R. arb.72.67 note Ph. FOUCHARD ; St Denis de la Réunion 29 nov. 1975, RJC.86.312 note Ph. DELEBECQUE

critère économique (1), aux différences de résultats selon que l'on met en œuvre l'un ou l'autre des deux critères (2), querelle qui perdure en dépit des efforts d'analyse et de synthèse accomplis par la doctrine (3).

(1) V. la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises, article 1 ; la Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, article 2 ; l'article 1492 NCPC. en matière d'arbitrage international.

Le critère économique exige l'existence d'un élément matériel (implantation des domiciles des contractants sur des territoires différents, existence de flux et de reflux par dessus les frontières, mise en jeu des intérêts du commerce international). Ceci implique non seulement l'examen des éléments de rattachement de la relation juridique, mais aussi l'analyse de l'objet des obligations. Sur le **crédit-bail**, v. E. MOKHTAR BEY et Ch. GAVALDA, *Problématique juridique du leasing international*, GP.79.doctr.I.143. E. MOKHTAR BEY, *Le leasing international*, RJC.82.165. Sur le **paiement international**, v. J.-P. ECK, *Rép. Dalloz, Dr. international*, v° Paiement ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68 ; M. JACQUEMONT, *L'émission des euro-emprunts obligataires*, Litec, 1976, n° 18 sq. ; Cass. 17 mai 1927 *Pélissier du Besset*, DP.28.I.28 concl. Av. gal. MATTER, note H. CAPITANT ; TGI. Dijon 9 juin 1981, J.83.111 note Ph. FOUCHARD ; Toulouse 26 oct. 1982, J.84.103 note H. SYNDET ; Cass. 15 juin 1983, JCP.84.II.20123 note J. Ph. LÉVY, RTDCiv.84.721 obs. J. MESTRE. Sur le caractère international de l'**arbitrage**, v. Cass. 19 févr. 1930 et 27 janv. 1931 *Mardelé et Dambricourt*, S.33.I.41 note J.-P. NIBOYET ; Cass. 18 mars 1971 *Impex*, J.72.62 note B. OPPETIT, R.72.126 note E. MEZGER ; Paris 26 avr. 1985 *Soc. Aranella*, R. arb.85.311 note E. MEZGER.

(2) Les différences de résultats portent essentiellement sur l'admission ou le rejet du caractère international du contrat. La différence est très nette dans l'arrêt de Cass. 7 oct. 1980 *Tardieu*, R.81.313 note J. MESTRE, où l'application du critère juridique a conduit à l'exclusion du caractère international du contrat, alors que la mise en œuvre du critère économique aurait conduit au résultat inverse. Le critère économique pose par ailleurs un problème spécifique, tenant à la dématérialisation du reflux (reflux davantage juridique qu'économique dans le cas des paiements « électroniques » ; v. Paris 26 avr. 1985 *Soc. Aranella* préc.). De l'internationalité du contrat dépendent de nombreux enjeux : choix de la loi applicable (v. Cass. 19 janv. 1976 *Cipelletti*, R.77.503 note H. BATIFFOL, J.77.651), licéité et autonomie de la clause compromissoire, licéité des clauses monétaires, dépeçage du contrat, etc.

(3) V. par exemple M. E. LOQUIN, note préc., J.86.1039, qui distingue deux domaines. Il y aurait dualité des définitions du contrat international parce qu'il y aurait dualité d'effets produits par ces définitions. Le critère économique serait né de l'application des règles matérielles internationales, et serait purement fonctionnel. Le critère juridique permettrait, lui, de se prononcer sur le choix de la loi applicable. Selon V. HEUZÉ, thèse préc., la qualification internationale du contrat serait le critère d'application de la règle matérielle que constituerait la loi d'autonomie. L'auteur souligne, *a contrario*, l'absence de ces difficultés en matière d'obligations délictuelles, qui ne relèvent pas, en principe, de la loi d'autonomie. Selon un autre auteur, G. KHAIRALLAH, *Cours de doctorat Paris II, L'arbitrage international*, 1985-1986, l'appréciation plus rigoureuse de l'internationalité du contrat à l'aune du critère juridique s'expliquerait par l'importance des conséquences attachées à cette qualification (choix de la loi applicable, admission du dépeçage).

19.- La transposition des solutions rendues en matière de contrat international aux créances conduit ainsi à reconnaître l'internationalité de celles-ci soit lorsque les parties en présence ont leur domicile, leur siège ou leur résidence localisés sur des territoires relevant de souverainetés différentes, soit lorsqu'est mis en évidence un conflit de lois. Il nous semble raisonnable d'admettre, sous l'angle de la recherche de la loi applicable, le caractère international de la créance, dès lors que l'application de l'un ou l'autre des deux critères parvient à une telle qualification.

En définitive, une fois le caractère international de la créance établi, l'élucidation de la question de savoir s'il peut exister un droit international privé des créances nécessite une double épreuve. Il importe tout d'abord d'entreprendre la recherche de la loi applicable aux créances, quelle que soit leur nature. Le fruit de cette recherche devra ultérieurement donner lieu à sa mise en œuvre, qu'il s'agisse de la formation ou de la réalisation des créances.

PREMIERE PARTIE : *La recherche de la loi applicable aux créances.*

SECONDE PARTIE : *La mise en œuvre de la loi applicable aux créances.*

Première partie

**LA RECHERCHE DE LA LOI
APPLICABLE AUX CRÉANCES**

20.- La recherche de la loi applicable aux créances passe par l'identification des différents facteurs de rattachement. Leur diversité, tenant à la difficulté propre à la localisation des créances, jointe à la pluralité des règles tenant à l'origine des créances, aboutit à mettre en valeur, non pas une règle de conflit de lois, mais plusieurs, de sorte que l'existence d'une catégorie de classement « créances » ne suffit pas à dégager une unité de loi applicable.

De surcroît, à la pluralité des règles de conflit de lois s'ajoute, de manière toute particulière à l'égard des créances, en raison de leur spécificité, une pluralité de méthodes. En effet, les résultats parfois décevants de la démarche conflictuelle, la difficulté à élaborer une règle de conflit aux applications prévisibles, sont autant de raisons de nature à favoriser le recours à des méthodes différentes, donnant une large part aux règles matérielles, d'origine privée, unilatérale, ou conventionnelle.

Aussi bien, la recherche de la loi applicable aux créances sera-t-elle menée dans la double direction des règles de conflit de lois et des règles matérielles, caractérisées chacune par leur pluralité.

TITRE I

**LA PLURALITÉ DES RÈGLES
DE CONFLIT DE LOIS**

21.- La détermination de la règle de conflit de lois en matière de créances est une tâche ardue. Ardue par le fait de devoir localiser dans l'espace un bien qui est incorporel. Le droit de créance présente en effet la particularité de n'avoir pas de situation dans l'espace, ce qui complique l'élaboration d'un système de rattachement. Immatérielle, incorporelle, la créance ne se prête pas à une localisation spatiale, sauf par le biais d'une fiction. Dès lors, la variété des types de localisation est de nature à conduire à une pluralité des règles de conflit.

La créance n'obéit pas à un seul système de localisation, mais à plusieurs, la diversité des formes qu'elle est susceptible de revêtir concourant à un certain éparpillement des rattachements.

Mais la diversité des systèmes de localisation n'est pas seule en cause. En effet, la diversité des sources des créances, voire, leur multiplication, leur enchevêtrement, leur combinaison, ajoute une indéniable complication, qui n'est pas sans rejaillir sur la détermination de la loi applicable. Ceci est particulièrement net s'agissant des créances issues de groupes de contrats, nées de l'activité de groupes de sociétés, dont les ramifications multiplient les points de rattachement, ou encore, de l'incidence du temps, de la durée d'exécution des contrats, sur la résolution du conflit de lois.

Aussi distinguerons nous la pluralité des règles tenant à la localisation des créances (Chapitre I) de celle tenant à l'origine des créances (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA PLURALITÉ DES RÈGLES TENANT À LA LOCALISATION DES CRÉANCES

Le droit de créance est susceptible d'être l'objet de trois rattachement principaux, selon sa forme, la nature de sa source, ou les particularités de ses titulaires ou de ses débiteurs. L'exposé des trois éléments de rattachement sera mené dans une Section première.

Ces trois facteurs de rattachement sont, de plus, de nature à être combinés les uns avec les autres, au sein de règles de conflit complexes, dont la structure est d'être soit hiérarchisée, soit alternative, soit subsidiaire. La mesure de leur combinaison sera alors précisée dans une Section seconde.

SECTION I

L'EXISTENCE
DE TROIS ÉLÉMENTS DE RATTACHEMENT

La formulation des trois éléments de rattachement en matière de créances est simple d'apparence. La réalité est toutefois quelque peu rebelle à l'analyse juridique. Elle nécessite que soit définie avec précision la notion passablement abstraite de localisation juridique de la créance.

22.- Formulation. Enoncée dans sa pureté, la règle peut paraître simple : la créance est susceptible de connaître trois rattachements différents, soit au lieu de sa situation, soit à sa source, soit à la personne qui en est la titulaire ou la débitrice.

23.- Traditionnellement, la créance, bien que n'étant qu'un droit personnel (1), était soumise en droit international privé à la loi du lieu de sa situation (2), par analogie avec les biens mobiliers corporels (3). Pourtant, *“une créance n'a pas, au sens juridique et exact du mot, une situation, ce*

(1) V. la définition donnée par J.-P. NIBOYET, *in Traité de droit international privé*, t. IV, chap. VII, p. 626, Sirey, 1947, qui insiste sur le fait qu'il s'agit de biens qui n'ont pas une forme tangible.

(2) Sur ce point, v. F. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, F. Pichon, 1892, t. II, p. 262 à 278, qui est partisan d'appliquer aux créances la *lex rei sitae*, en leur attribuant une situation fictive dans l'espace. Pour POTHIER, cité par J.-P. NIBOYET, *in Traité de droit international privé*, t. IV, chap. VII, p. 668, il s'agissait d'une situation feinte. Quant à E. BARTIN, *in Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. I, Montchrestien, 1930, § 374, p. 31, il était également partisan de l'idée selon laquelle les créances ont une situation.

(3) Ce courant connu un large succès à la fin du XIX^e s., les auteurs cherchant alors à situer les créances dans l'espace. L'Ancien droit localisait les créances au domicile du créancier. V. F. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, F. Pichon, 1892, t. II, p. 262. Mais les auteurs se mirent à lui préférer le domicile du débiteur. V. F. LAINÉ, *op. cit.*, F. SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 7^e éd., 1925 ; selon R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2^e éd., il existerait même un **statut réel** des créances gouverné par la loi du domicile du débiteur. *Contra*, v. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, n^o 401 *sq.* V. D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Dr. international, v^o Cession de créance*. Sur la doctrine des **statutistes** soumettant les meubles à la loi du domicile du propriétaire, en vertu de la maxime *Mobilia personam sequuntur*, v. P. C. TIMBAL, *La contribution des auteurs et de la pratique coutumière au droit international privé du Moyen Age*, R..55.17 ; G. VAN HECKE, *Principes et méthodes en droit international privé*, R.C.A.D.I.1969.IV.409, spéc. p. 549 *sq.*

qui est le fait des seuls biens corporels ” (4). Mais l'habitude avait été prise de localiser les créances, aux fins de leur transmission et de leur mise en gage (5), par le détour d'une situation fictive (6), de sorte que les opérations relatives à la circulation des créances avaient le pas, sous l'angle de leur rattachement, sur les solutions applicables au moment de la naissance des droits.

24.- Préférant se focaliser sur le lien qui unit la créance à sa source, et donc de traiter celle-là comme un simple effet d'une situation juridique préexistante (acte ou fait juridique), la doctrine contemporaine privilégia le rattachement des créances à leur source sur le plan du conflit de lois. Ainsi, une créance contractuelle sera régie par la loi applicable au contrat dont elle découle, une créance délictuelle sera gouvernée par la loi applicable au fait dommageable qui lui a donné naissance, etc. (1). Mais alors, la détermination de la loi applicable à la créance n'est autre que celle du domaine de la loi régissant la source de la créance, acte ou fait juridique (2). La question

(4) J.-P. NIBOYET, *in Traité de droit international privé*, t. IV, chap. VII, sect. III, p. 665 sq. V. dans le même sens, B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227 : “*En ce qui concerne les obligations, qui n'occupent aucune place dans l'espace, on peut penser les rattacher par les événements matériels qui leur donnent immédiatement naissance : conclusion du contrat, survenance du délit. Telle a été la démarche historique* ”. Les créances sont alors localisées par leur source.

(5) V. J.-P. NIBOYET, *op. cit.* L'auteur relevait que les créances ont en droit interne une sorte de régime de propriété adapté à leurs caractères très particuliers ; d'où la nécessité d'un rattachement propre dans les relations internationales. V. aussi F. SURVILLE, *La cession de créance et la mise en gage des créances en droit international privé*, J.1897.671.

(6) V. l'analyse de J. PERROUD, note sous Cass. 12 mai 1931, J.32.387, selon laquelle la créance, meuble incorporel, est régie, quant à son régime de propriété, par la loi du lieu de sa situation fictive, c'est-à-dire par la loi du domicile du tiers saisi en matière de saisie-arrêt. Il y a donc transposition de la solution du conflit de lois en matière de meubles corporels à la détermination de la loi applicable aux créances.

(1) Pour un exemple en doctrine, v. B. GOLDMAN, *Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations, et le droit international*, J.82.320, n° 58 & 59 : “*La localisation des créances et des dettes non incorporées dans des titres ne paraît pas pouvoir être détachée de l'acte ou du fait juridique qui leur a donné naissance si bien qu'elle est fixée dans le pays de la loi qui gouverne cet acte* ”. V. aussi H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 538 sq. ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 121 sq.

(2) J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, p. 669, sq., l'a bien perçu, qui se prononce pour la loi de la source, afin d'éviter “*toute scission inutile* ”. Il part de l'idée que la créance ne se détache pas de ses sujets de droit comme peut le faire un bien corporel. En cela, “*la créance n'existe que parce que la loi de la créance l'a créée* ”. Il s'oppose donc à ce que le droit de créance puisse être dissocié de sa source.

V. dans le même sens, Ph. KAHN, note sous Paris 11 févr. 1969, J.69.918, R.70.459 note R. DAYANT, D.70.552 note Ch. LARROUMET, qui critique l'idée suivant laquelle il existerait “*une loi propre de la créance, indépendante de la source qui entraîne la naissance de cette créance* ”. Pour cet auteur, “*la pratique démontre qu'il y a un lien trop étroit entre la source de*

de la loi de la créance ne serait ainsi qu'un aspect du domaine de la loi de la source, l'obligation ne pouvant être prise comme autre chose qu'un simple effet de la source qui lui a donné naissance (3), et dont elle ne saurait être dissociée. Les fonctions du droit privé ne sont plus les mêmes ; l'aspect social du droit l'emporte sur son aspect formel. Aussi préfère-t-on rattacher les créances à l'institution qui leur a donné vie, plutôt que de les rattacher à une situation, réelle ou, le plus souvent, feinte.

25.- Enfin, une troisième conception existe, qui consiste à rattacher les créances à la personne qui en est la titulaire ou la débitrice (1). L'idée repose sur la structure même du droit de créance, relation médiate entre deux sujets de droit, l'un actif, l'autre passif (2). Une créance ne crée pas un rapport direct avec une chose, mais bien plutôt une relation médiate, tributaire d'une prestation, d'action ou d'abstention, d'une personne (3).

l'obligation et l'obligation elle-même, pour la détermination du régime juridique de cette dernière, pour qu'il soit utile de distinguer comme règle de principe entre l'une et l'autre ”.

Cependant, pour la reconnaissance d'une loi propre à la créance lorsque celle-ci prend une valeur économique propre, v. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit* , R.C.A.D.I.1984.III.227, spéc. p. 283.

(3) V. toutefois les remarques de F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets* , D.86.doctr.261 : “*La créance est un bien en soi, et en tant que telle, elle doit pouvoir être définie de manière indépendante des actes juridiques dont elle est l'objet* ”. L'auteur ajoute, à juste titre, qu' “*individualiser tel bien par tel contrat est prendre le problème à l'envers* ”. Une telle analyse, à laquelle nous souscrivons pleinement, ne peut pas rester sans incidence, s'agissant des conventions ayant pour objet des créances. V. *infra* , n° 599 sq.

(1) V. par exemple OGH. 6 juill. 1960, OJZ.1960.331, J.62.749 note I. SEIDL-HOHENVELDERN, aux termes duquel la créance est réputée sise au domicile du débiteur. V. la loi n° 1183 du 23 décembre 1985 du Paraguay, R.87.469, article 17 : “*Les droits de créance sont réputés situés au lieu où l'obligation doit être exécutée. Si on ne peut le déterminer, ils sont réputés situés au domicile qu'avait alors le débiteur* ”. La règle contient une hiérarchie de rattachements, le second rattachement étant assorti d'une précision temporelle afin d'éliminer les difficultés liées au conflit mobile. Les deux rattachements sont ouvertement tenus pour une fiction.

(2) Selon J. BONNECASE, in *La condition juridique du créancier chirographaire* , RTDCiv.1920.103, spéc. p. 146 sq., “*Les créances sont nécessairement des droits dérivés puisqu'elles supposent pour naître au profit de leur titulaire une deuxième personne du chef duquel elles proviennent et contre laquelle elles existeront désormais ... Le droit dérivé ne se définit dans sa portée qu'en fonction de l'activité de l'auteur sur son objet* ”.

(3) La créance prise en tant que lien juridique entre deux personnes correspond à la conception traditionnelle du droit interne. Mais l'évolution de la notion a conduit à voir aussi dans la créance un lien juridique entre deux patrimoines, une valeur économique. Il est possible d'essayer de traduire cette évolution en associant, dans l'élaboration de la règle de conflit de lois, l'idée de lien entre deux personnes (compétence de la loi du domicile du débiteur), avec la référence à la prestation caractéristique (objet de l'obligation). Sur la conception du droit interne, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil* , t. III, *Les obligations, le contrat* , Economica, 1986, n° 27 et 30.

26.- La soumission de la créance à la loi du domicile de la personne, titulaire ou débitrice du droit (4), paraît constituer la solution la plus simple, la plus naturelle, car elle met en valeur le caractère personnel de la créance au sein même du rattachement, et aussi parce que le domicile d'une personne est le lieu où se matérialise la relation à autrui.

27.- Analyse. L'existence de trois facteurs de rattachement montre que la nature de la créance, sa structure, posent et continuent de poser la question de sa localisation en droit international privé. Non que le droit positif ne connaisse d'autres rattachements possibles, mais parce que les interrogations liées à la localisation de la créance procèdent aussi du constat qu'il est parfois possible de modifier, de permuter les rattachements sans pour autant que le résultat au fond s'en trouve changé. Un simple exemple permettra de s'en convaincre.

(4) V. C.A. Québec [1973] R.P.97 *Southern Pacific Cie vs. Botner & Sons. Inc.* , J.87.400 sq. note J.-G. CASTEL : “*Une créance est située là où elle est payable par le débiteur. Elle suit la personne qui la doit et se trouve située soit à son domicile, soit à sa résidence, soit à son siège social s'il s'agit d'une société* ”. Selon cette décision, c'est le rattachement à la personne du débiteur qui l'emporte, qui est complété par la référence au lieu de paiement, mais son intérêt est surtout de souligner qu'une dette ou une créance suit la personne. L'arrêt n'envisage cependant pas une difficulté liée à la nature de la créance. Il ne dit mot des conséquences de la qualification de créance portable, et du point de savoir si une telle qualification doit conduire à la compétence de la loi du domicile du créancier. Cette question commandant le jeu de la règle de conflit de lois, la qualification doit être tranchée *lege fori* .

Soit une société française qui émet des titres au porteur (1). Un Allemand domicilié en France souscrit quelques titres de cette société. Survient ultérieurement un litige entre l'actionnaire allemand et la société émettrice relatif au paiement des dividendes. Quel que soit le rattachement retenu, *lex rei sitae*, loi de la source, loi du domicile ou du siège du débiteur, la compétence échet à la loi française.

Le constat de recoupement des solutions obtenues à partir d'éléments de rattachement différents, que nous aurons l'occasion de retrouver ultérieurement (2), montre suffisamment la nécessité d'essayer de préciser les contours de la notion de localisation des créances, tenue par la doctrine pour déterminante (3).

(1) Nous ne tenons pas compte ici de l'incidence de la dématérialisation des valeurs mobilières sur le conflit de lois, décidée par une loi du 30 décembre 1981 ; v. *infra*, n° 88.

(2) V. *infra*, n° 183.

(3) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 538 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 121 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 690 ; B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227, spéc. p. 272 *sq.*, selon qui l'opération de localisation connaîtrait une certaine dématérialisation, qui permettrait de la rendre fonctionnelle.

28.- Notion de localisation. Nous commencerons par décrire les aspects de la notion, avant d'en proposer une synthèse.

La créance n'occupe, en principe, aucune place dans l'espace (1). Cette donnée est de taille à perturber la mise en œuvre de la méthode conflictuelle. En effet, celle-ci consiste à déterminer le siège du rapport de droit, au sens de la méthode savignienne (2), après en avoir dégager la qualification, la nature, afin d'en déduire la loi applicable. Ainsi, une vente est une relation contractuelle dont le siège, en l'absence de choix de la loi applicable, est le lieu d'exécution de l'obligation ; elle sera de la sorte régie, en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, par la loi du lieu d'exécution du contrat (3). Or, un tel raisonnement est difficile à mettre en œuvre à l'égard des créances, car celles-ci n'ayant pas de situation dans l'espace (4), la notion de siège du rapport de droit, au sens savignien, paraît faire défaut.

D'une telle caractéristique peuvent être dégagées plusieurs conséquences, liées les unes aux autres.

29.- La créance n'occupant pas de place dans l'espace (5), sa matérialisation peut découler de l'exécution d'actes concrets, tels l'accomplissement de prestations, le paiement du prix, du moins lorsqu'il s'agit d'obligations de faire. L'obligation de ne pas faire imposant une abstention

(1) V. W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, spéc. p. 189 : “*Il est évidemment impossible de fixer la situation du droit par référence à la situation de la chose*”.

(2) V. F. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduction de C. GUENOUX, t. VIII, 2ème éd., Paris, 1860.

(3) Toutefois, le lieu d'exécution du contrat n'est plus aussi prédominant que par le passé en tant que critère de localisation de la vente, la jurisprudence et les Conventions internationales, lui préférant le lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. V. par exemple les Conventions de La Haye du 15 juin 1955 et de Rome du 19 juin 1980. Mais la Cour de cassation continue de se référer au lieu d'exécution lorsque celui-ci n'est pas contredit par une série d'indices convergents désignant une loi différente. V. Cass. 22 juill. 1986 *Soc. Lingemann*, R.88.56 note H. BATIFFOL.

(4) Ce qui démontre suffisamment que la notion de territorialité n'est pas adaptée aux droits de créance. V. J. GROUX, *Territorialité et droit communautaire*, RTDE.87.5, qui discerne parmi les sens du mot « territorialité » celui que l'on emploie pour indiquer “*l'espace dans lequel doit se situer le lieu caractéristique de l'élément dont dépend l'application de la norme*”.

Sur le fait que les créances n'ont pas de situation dans l'espace, v. aussi B. KLEINER, *Le droit privé des obligations monétaires*, n° 22-34.

(5) Dans son arrêt du 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH, la Cour de cassation a clairement rejeté l'idée d'une localisation spatiale de la créance, lui préférant le rattachement à l'ordre juridique sous l'empire duquel elle est née.

continue, aucun acte concret n'est susceptible de matérialiser son exécution, la localisation la meilleure paraissant bien devoir être effectuée au lieu du domicile du débiteur. L'obligation de ne pas faire développe, le plus souvent, ses effets sur une aire géographique déterminée et délimitée, qui a pour centre le domicile soit du débiteur, soit du créancier. Aussi bien, et de manière quelque peu paradoxale, l'obligation de ne pas faire présente-t-elle une « territorialité » absente des obligations de faire, l'élément de référence n'étant pas alors l'acte concret d'exécution, mais l'aire permanente d'inaction, dont le centre est le domicile du créancier ou du débiteur.

30.- Parce que la créance à personne dénommée n'occupe pas de place dans l'espace (1), il est inexact d'employer l'expression de « situation » de la créance (2). Si elle peut résulter d'une « situation juridique » (3), la créance n'a pas, pour autant, de situation. Elle est dépourvue de *situs*, au contraire des biens corporels, mobiliers ou immobiliers (4). Il est ainsi préférable de recourir au terme de localisation, opération intellectuelle, voire « dématérialisée » (5), plutôt qu'au terme de situation de la créance, source d'ambiguïté et de confusions (6).

(1) V. G. VAN HECKE, *Principes et méthodes en droit international privé*, R.C.A.D.I.1969.IV.409, spéc. p. 549 *sq.*, selon lequel les biens incorporels n'ont pas de véritable situation. Et de citer W. NIEDERER, *in Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalanen Privatrechts*, Zurich, 1961, p. 180 et 181, qui distingue les droits réels qui sont localisés par l'objet sur lequel ils portent et les droits de créance qui sont localisés au domicile du débiteur.

(2) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 665 *sq.*, n'est pas sans ambiguïté lorsqu'il estime que la *lex rei sitae* est la seule loi qui permette la certitude du rattachement, « certitude du droit indispensable », tout en reconnaissant qu'il fait appel à une situation fictive. *Comp.* avec ce qu'il écrit p. 669 sur la technique de transmission des créances, où il estime qu'il est artificiel de situer la créance chez le débiteur ou chez le créancier, en raison de son absence de situation. Il va même jusqu'à traiter cette conception d'« archaïque ».

(3) V. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situation juridique*, Dalloz, 1963.

(4) Toutefois, le bail portant sur un immeuble est soumis, en droit international privé, à la *lex rei sitae* de l'immeuble, alors que le bail ne confère aucun droit réel. Sur la question, v. J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, 1952. V. *infra*, n° 91.

(5) V. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227, spéc. p. 272 *sq.*, selon qui l'opération de localisation connaîtrait une certaine dématérialisation.

(6) V. W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, spéc. p. 189, selon qui « Le mot « situation d'un droit » sert souvent à dissimuler le manque de clarté, voire l'absence d'idées ».

31.- Replacée dans une perspective historique, l'utilisation d'un *situs* en matière de créances reposait sur une fiction, devenue une habitude de raisonnement. Elle avait, avec les statutistes médiévaux, d'illustres antécédents, et l'idée de soumettre les créances à la loi du lieu de leur situation correspondait à une conception territorialiste du droit (1). Elle se justifiait aussi et surtout par sa commodité, sa simplicité. Et jusqu'à la fin du XIX^{ème} s., les droits mobiliers, et, *a fortiori*, les créances, étaient tenus pour secondaires (2) par rapport aux immeubles, ce qui n'incitait pas, du moins pour les créances, à tenter de leur conférer un rattachement propre, et non une solution reposant sur une analogie.

32.- L'essor important de la valeur économique des créances, que l'on peut dater de la révolution industrielle du XIX^{ème} s., n'a pas suffi, en soi, à remettre en cause la tradition et l'habitude d'attribuer aux créances un *situs*, quelle que soit leur forme. Il faudra attendre la doctrine contemporaine pour que se dessine, puis s'affirme, une critique de l'idée que les créances ont un *situs*.

33.- Parce que la créance n'a pas de situation dans l'espace, toute référence à une « situation » en matière de créances ne peut qu'être une fiction (3), sur le fondement de laquelle il peut paraître contestable d'asseoir la règle de conflit de lois. Et le recours à une fiction semble contraire à l'évolution de la règle de conflit de lois, qui tend à revêtir un aspect « fonctionnel ».

(1) Pourtant, même à la Renaissance, l'idée ne ralliait pas toutes les voix. B. D'ARGENTRÉ (1519-1590), pourtant territorialiste, soumettait les meubles à la loi personnelle de leur propriétaire. V. sa glose *De statutis personalibus et realibus*, sous l'article 218 de la Coutume de Bretagne V. P. LOUIS-LUCAS, *J-Cl. Droit international, fasc. 530-A, Les systèmes statutaires*.

(2) *Comp.* avec F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975, qui considère que l'idée de localisation « naturelle » des créances est factice, et citant, W. WENGLER, remarque que les biens incorporels n'ont de valeur que susceptibles d'être mises en œuvre.

(3) Pourtant, une partie de la doctrine contemporaine n'a pas hésité à recourir à la technique de la fiction. Ainsi de P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (sur son système, v. Y. LOUSSOUARN, note sous TGI. Seine 12 janvier 1966 *Stroganoff-Scherbatoff*, R.67.120), qui entendait soumettre l'ensemble des successions, mobilières et immobilières, à un seul rattachement, ce qui aboutissait à affecter les créances d'une situation, afin de pouvoir leur appliquer la *lex rei sitae*.

34.- Est-il dès lors possible de reconnaître aux créances le bénéfice d'une loi propre (1), alors que l'on considère qu'elles ne peuvent avoir de situation, l'usage d'une fiction (2) étant considéré ici comme critiquable ? Pourtant, l'absence de situation de la créance ne suffit pas à régler la question de la détermination de son siège, nécessaire dans la méthode savignienne, de manière négative. Il demeure concevable de rattacher la créance à un rapport juridique ou à la personne qui en est la titulaire ou la débitrice, dont le siège conduira à la loi applicable (3). Ainsi, la détermination de la loi applicable à telle créance contractuelle peut être effectuée en considération du contrat qui lui a donné naissance (4).

35.- Enfin, la dernière conséquence qu'il convient de déduire de l'absence de situation dans l'espace des droits de créance est que l'on doit procéder par rattachement indirect (5). La créance

(1) Pour la négative, v. Ph. KAHN, note sous Paris 11 févr. 1969, J.69.918.

(2) Sur cette notion, v. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les fictions en droit privé*, Arch. phil. droit, t. 20, 1975, p. 273.

(3) V. C.A. fédérale 18 mars 1985 *Allied Bank International*, in D. CARREAU, *La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales*, J.86.123, relatif au remboursement d'un prêt octroyé par des banques nord-américaines au Gouvernement du Costa-Rica. La créance de remboursement a été localisée dans l'Etat de New York, en considération d'une série d'indices (proper law, lieu et monnaie de paiement), de sorte qu'était écartée la loi du domicile du débiteur, soit la loi costa-ricaine, au profit de la loi des créanciers new yorkais. L'absence de *situs* n'a pas fait obstacle à la détermination de la loi applicable à la créance de remboursement.

Comp. Court of appel [1981] 2 LL R 394 Power Curber international vs. National Bank of Kuwait SAK., DPCI.83.179, chronique de jurisprudence anglaise, décision dans laquelle les juges estimèrent qu'une créance née d'un crédit documentaire est localisée juridiquement à l'endroit où elle est payable, par dérogation à la règle habituelle suivant laquelle une dette est située au domicile du débiteur. Dans les deux affaires citées, les considérations économiques et politiques ne furent pas sans incidence sur l'exception ainsi apportée à la règle de conflit de lois en principe applicable.

(4) V. pour un autre exemple de localisation des créances, afin d'apprécier la portée à l'étranger qu'il convient de reconnaître aux mesures de nationalisation issues des lois françaises de février 1982, Trib. com. Namur 12 août 1982 *Glacieries de St Roch*, R.soc.83.128 note J. G., qui localise des créances incorporées dans des actions nominatives au lieu où le registre est tenu.

Certains types de contrats sont toutefois difficiles à localiser de manière objective. Ainsi des contrats de **propriété industrielle**, en raison du caractère incorporel de leur objet. V. M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, Litec, 1986, n° 16, qui prône le critère de l'exploitation du droit, au détriment des notions de prestation caractéristique (n° 24) ou de localisation (n° 25).

(5) Ce qui n'est pas nécessairement source de simplicité. V. C.M. 28 févr. 1986 *Air Afrique*, J.86.992 note P. RODIÈRE, qui préfère à un rattachement propre à chaque pilote de la Compagnie, un rattachement d'ensemble du personnel navigant au lieu d'immatriculation des avions, afin de décider de l'application ou de l'exclusion du droit français relatif à la représentation du personnel au sein du comité d'entreprise.

sera soumise à un rattachement de substitution, censé être plus aisé à déterminer. Le rattachement indirect s'effectuera souvent en fonction de la forme revêtue par la créance. Ainsi, une créance incorporée dans un titre aura pour rattachement celui de la situation du titre ; une créance contractuelle dépendra soit de la loi applicable à sa source, soit de la loi du domicile d'une des parties au contrat, créancière ou débitrice.

36.- Il apparaît ainsi que localiser une créance ne revient pas à lui attribuer une situation, réelle ou fictive, mais à l'affecter d'un rattachement de substitution, déduit du rapport juridique dont elle procède, ou de la personne dont elle émane (1).

Définie de la sorte, l'opération de localisation juridique des créances (2) doit permettre de combler la lacune entraînée par leur particularité dans le processus conflictuel de détermination de la loi applicable (3).

37.- Néanmoins, dans certaines hypothèses, la créance peut se prêter à une localisation multiple, source de complexité supplémentaire. On distingue en effet une localisation principale des créances, liée soit à la source de la créance, soit à la personne, débitrice ou titulaire du droit, et des localisations subsidiaires, liées, par exemple, soit à l'assiette d'une saisie-arrêt, soit aux biens affectés à la garantie de la créance, soit à la diversification des lieux de réalisation du dommage

(1) V. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Genève, 1985, selon lequel la notion de localisation est ambiguë. Elle signifierait à la fois le **motif** d'application d'une loi en raison du lien non nécessairement géographique entre une situation et un Etat, et le **résultat** du rattachement qui entraîne l'application de la loi correspondant à cette localisation. Il propose alors de réserver le terme de localisation au seul motif de la compétence de la loi.

(2) Selon H. BATIFFOL, note sous Cass. 20 févr. 1979 *Soc. Sonatrach*, R.79.803, "La localisation ... n'est qu'une image qui se ramène à la soumission de ces droits à une loi donnée". On retrouve la même idée chez B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227, spéc. p. 273 : "De même que la notion de siège du rapport de droit n'était qu'une image, celle de localisation peut se dématérialiser pour indiquer un lien intellectuel".

(3) Il arrive parfois que la jurisprudence française s'abstienne de localiser la créance litigieuse au motif que la créance alléguée n'existe pas. V. Cass. 20 févr. 1979 *Soc. Sonatrach*, R.79.803 note H. BATIFFOL. En l'espèce, les créances alléguées par l'Etat algérien ne correspondaient qu'à des règlements dus par la société-mère à l'une de ses succursales algériennes nationalisées.

dans le cadre des délits ou quasi-délits. Quelle peut être alors l'incidence de ces localisations multiples sur l'élaboration de la règle de conflit de lois ?

Certains auteurs ont considéré que l'hypothèse envisagée conduisait à “*l'ubiquité des droits*” (1). Ainsi, alors que les créances sont normalement mises en œuvre au domicile du débiteur (sans prendre en compte pour l'instant la question de savoir si la créance est quérable ou portable), rien ne s'opposerait à ce qu'elles soient également mises en œuvre dans d'autres Etats, où le débiteur posséderait des biens, susceptibles d'être saisis (2). Il existerait donc une localisation principale (loi de la source, loi du domicile de la personne débitrice ou titulaire de la créance, *lex rei sitae*), et une, voire plusieurs, localisations subsidiaires (lieux de saisie, lieux de réalisation des dommages multiples, etc.) (3).

38.- La reconnaissance de localisations subsidiaires ne peut dès lors manquer de poser la question de la fixation de leur part dans l'élaboration de la règle de conflit de lois (4). Selon Monsieur

(1) V. W. WENGLER, *La situation des droits* , R.57.185. Il cite à l'appui de son idée l'article 23 du Code de procédure civile allemand qui admet, “*pour les actions contre une personne n'ayant pas de résidence en Allemagne, la compétence du Tribunal dans le ressort duquel se trouvent les biens du défendeur*”. L'auteur ajoute : “*L'alinéa 2 de l'article 23 donne une définition légale du lieu de situation pour certains droits qui ne portent pas sur des choses corporelles : les créances sont réputées situées à la fois au domicile du débiteur et au lieu où se trouvent des choses objets d'un droit de gage pour la créance*”.

Sur l'ubiquité des droits de propriété industrielle, v. M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle* , Litec, 1986, n° 47, 48 et 340 *sq.*

(2) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé* , t. II, 1983, LGDJ, n° 710, qui admettent l'existence d'une loi propre à la créance lorsque celle-ci est exercée en tant que droit de gage. En matière de saisie, la répartition, qui ne peut qu'être unitaire, implique une localisation fictive, car on ne “*peut respecter les différentes lois sous l'empire desquelles les créances ont pris naissance*”.

(3) V. G. VAN HECKE, *Principes et méthodes en droit international privé* , R.C.A.D.I.1969.IV.409, spéc. p. 549 *sq.* ; W. WENGLER, *La situation des droits* , R.57.185.

(4) Selon P. LAGARDE, note sous Paris 19 janv. 1976 **Davis** , R.77.126, cette part peut être très importante, étant précisé que l'auteur fait alors dépendre la localisation de la créance de la période que celle-ci traverse (naissance, cession, saisie, etc.), c'est-à-dire de son moment. Sur cette notion, v. *infra* , n° 356 *sq.* M. P. LAGARDE fait remarquer, à propos de l'arrêt **Davis** , relatif à l'opposabilité en France d'une *floating charge* constituée à l'étranger, que “*la localisation de la créance se confond avec celle de la saisie*”, ce qui revient à admettre l'ubiquité des créances. Enfin, l'auteur distingue **la loi de la créance**, qui est celle de la source, de **la loi de la situation de la créance**, qui est celle du lieu où la créance peut être saisie, c'est-à-dire la loi du domicile du tiers saisi. *Rappr.* l'analyse de J. PERROUD, note sous Cass. 12 mai 1931, J.32.387, citée *supra* , p. 19 note 6. V. aussi P. LAGARDE, *La sous-traitance en droit international privé, in La sous-traitance de marchés de travaux et de services* , Economica, 1978, p. 186. V. *infra* , n° 252 *sq.*

Wengler (1), il n'existerait pas de réponses uniformes, la localisation passant par “*le but de la norme dont l'application crée le problème de localisation* ”, ce qui est passablement abstrait, et revient à régler la difficulté par une analyse téléologique de la norme (2). La question soulevée n'étant pas spécifique de la définition de la localisation des créances, mais ressortissant davantage aux caractéristiques de la règle de conflit de lois applicable aux créances, sera abordée ultérieurement, lors de l'étude de la combinaison des trois éléments de rattachement (3).

39.- La notion de localisation ayant été ainsi définie et précisée, il est à présent possible d'entreprendre l'analyse des trois éléments de rattachement des créances, qu'il s'agisse du lieu (§ 1), de la source (§ 2), ou de la personne (§ 3).

§ 1.- Le lieu.

40.- Le terme de « lieu » peut surprendre par sa généralité. En réalité, lorsqu'elle est possible, la localisation des créances en fonction d'un lieu, de paiement, d'émission, ou de situation, n'est pas suffisante à elle seule. Par exemple, l'indice du lieu d'exécution ne suffit plus, en général, et par lui-même, à fixer la loi applicable. Il intervient comme un indice complémentaire d'autres éléments de rattachement. Aussi importe-t-il d'apprécier la part du lieu prise, comme élément de rattachement des créances, dans l'élaboration de la règle de conflit de lois, à travers l'étude des lieux de paiement et d'émission d'une part, et du lieu de situation, de l'autre.

(1) V. *op. cit, loc. cit.*

(2) Pour l'application de ce type d'analyse téléologique aux conflits de lois dans le temps, v. P. GRAULICH, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Conflit de lois dans le temps* et P. COURBE, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, thèse, 1977.

(3) V. *infra*, n° 251 sq.

(a).- LIEU DE PAIEMENT ET LIEU D'ÉMISSION

41.- Lieu de paiement et lieu d'émission sont des indices de localisation qui se caractérisent par leur classicisme. L'un correspond à l'un des aspects du lieu d'exécution ; l'autre, à l'expression modifiée du lieu de conclusion. On reconnaît ainsi à travers ces deux indices les traditions germanique et italienne.

Le dessein que nous nous proposons est de déterminer la part qu'ils occupent dans la construction de la règle de conflit de lois. En l'occurrence, quels sont les types de créance le plus susceptibles d'être régis par la loi du lieu de paiement ou la loi du lieu d'émission ?

42.- La référence au lieu d'émission évoque les créances dont la source est un contrat d'émission, émission d'effets de commerce, émission d'obligations, etc., de sorte que sont nécessairement exclues les créances à l'égard desquelles la notion d'émission est dépourvue de vertu localisatrice : créances alimentaires, créances délictuelles, créances nées d'un contrat de vente, etc.

43.- Mais il paraît nécessaire d'ajouter qu'un rattachement spécifique en fonction du lieu d'émission ne peut se concevoir que dans la mesure où l'émission cristallise et matérialise les intérêts variés, voire opposés, des parties, des tiers, de la sécurité du crédit, et les intérêts des Etats attachés à l'émission des créances.

44.- Parallèlement, l'utilisation du lieu de paiement, variante du lieu d'exécution d'une obligation, comme élément de rattachement des créances, implique que le paiement monétaire doit constituer le facteur de rattachement le plus significatif, c'est-à-dire la prestation caractéristique de l'opération analysée. La traduction concrète et matérielle de la créance, son prolongement dans l'ordre matériel, doivent être essentiellement un paiement, qui est accompli en un lieu (1). Le lieu de paiement ne peut ainsi avoir de fonction localisatrice qu'à l'égard des créances dont l'objet de la prestation caractéristique est un paiement monétaire, soit les créances monétaires (2). Enfin, le lieu du paiement doit exercer un rôle centralisateur des différentes prestations et des recours après paiement, rôle qui apparaît tout particulièrement en matière d'effets de commerce.

(1) L'origine de la notion de prestation caractéristique est la doctrine suisse. V. A. SCHNITZER, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, R.C.A.D.I.1968.I.541. Les idées formulées par cet auteur ont été reprises par la jurisprudence suisse, puis se sont diffusées, jusqu'à être consacrées par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (v. l'article 4). V. aussi la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987, R.88.409, article 117 al. 3, qui applique la notion de prestation caractéristique en matière de contrat, à défaut d'élection de la loi applicable par les parties.

(2) D'autres points de rattachement sont cependant concevables en matière d'obligations monétaires, notamment pour les prêts ou dépôts bancaires, en faveur de la loi de l'établissement de crédit (en matière de prêts, la banque gère le crédit, détermine l'échéancier d'amortissement, calcule le T.E.G., dans le cadre de la loi française, et, en matière de dépôts bancaires, elle est débitrice de l'obligation de restitution).

45.- Des différentes conditions exposées pour que le lieu de paiement ou d'émission exerce une fonction localisatrice, il résulte que sont susceptibles d'être localisées de la sorte les créances issues d'effets de commerce (chèque et lettre de change), des anciennes factures protestables, et de l'enrichissement sans cause, s'agissant du lieu de paiement (1), et des créances issues d'effets de commerce s'agissant du lieu d'émission. Or, une distinction très nette apparaît, qui dépasse l'opposition entre lieu d'émission et lieu de paiement, et qui tient à l'origine des règles appréhendant les diverses créances citées. Autant le chèque et la lettre de change relèvent de sources internationales, autant l'ancienne facture protestable et l'enrichissement sans cause ne sont gouvernés que par des règles de conflit de lois d'origine interne.

Aussi bien, la mesure de la part prise par les lieux de paiement et d'émission dans la règle de conflit de lois sera-t-elle appréciée selon l'origine des règles, internationale ou nationale, et non directement en fonction des créances étudiées, issues d'effets de commerce, de factures protestables ou d'un enrichissement sans cause.

1. Sources internationales

46.- Le régime du chèque et de la lettre de change a fait l'objet de deux Conventions internationales portant lois uniformes signées à Genève, le 7 juin 1930 en matière de lettre de change, et le 19 mars 1931 en matière de chèque (2). Les deux Conventions de Genève font actuellement l'objet d'une procédure de révision devant la C.N.U.D.C.I. (3). L'angle qui nous retiendra est de déterminer l'utilisation qui est faite du lieu de paiement ou d'émission dans les règles de conflit de lois relatives aux chèques et aux lettres de changes.

(1) Certains auteurs proposent également le lieu de paiement comme critère de rattachement des contrats internationaux d'**assurance**. V. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 6ème éd., Dalloz 1988, n° 29- 18 sq. La directive CEE. du 22 juin 1988 organise cependant une série de rattachements, en matière d'assurances non-vie et d'assurances-vie, reposant sur le lieu de **résidence du preneur** et / ou sur le lieu de situation du risque (art. 7-1 s.). V. C.-J. BERR, *Droit européen des assurances : la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation des services*, RTDE.88.655.

(2) La Convention de Genève du 19 mars 1931 comprend quatre documents, elle a été introduite en France par le décret-loi du 30 octobre 1935. La Grande-Bretagne et les U.S.A. ne l'ont pas ratifiée. Elle comporte 22 réserves sur un nombre de 27 articles. La France en a utilisées 21.

(3) V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 52. Projet CNUDCI., document des Nations Unies, A / CN.-9 / 211. V. aussi P. BLOCH, *Le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre*, J.79.770.

47.- Le chèque (1) et la lettre de change (2) obéissent en droit international privé à un régime qui règle dans l'ensemble, et de manière impérative, les deux titres. Il n'est pas douteux que chacun des deux instruments, l'un constituant seulement un moyen de paiement, l'autre réunissant les fonctions de paiement, de change et de crédit, puisse bénéficier d'une loi propre (3), pouvant être différente de celle qui régit le contrat de base (par exemple, la loi régissant un billet à ordre constatant des créances nées de contrats à l'exportation pourra être différente de celle sous l'empire de laquelle les créances sont nées). Mais quelle est-elle ?

48.- La solution présentant les mérites de sécurité, de simplicité, et de centralisation des différentes difficultés consiste à choisir la compétence d'une loi unique, qui doit être celle du lieu de paiement (4), tant en matière de chèque que de lettre de change. La justification que l'on peut en donner est que la prestation caractéristique, tant de l'un que de l'autre, est constituée d'un paiement (5). L'incorporation de la créance dans le titre a pour finalité d'accroître l'efficacité de sa

(1) Selon G. RIPERT et P. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11ème éd., LGDJ, 1988, n° 2151, le chèque est un titre tiré sur une banque pour obtenir le paiement au profit du porteur d'une somme d'argent qui est disponible à son profit. C'est un titre en la forme. Le conflit de lois peut prendre naissance soit lorsque le chèque est tiré de France sur l'étranger, soit lorsqu'il est tiré de l'étranger sur l'étranger, avec endossement ou aval en France.

(2) Selon J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, t. II, 1967, Dalloz, n° 1650 *sq.*, c'est "un titre négociable dans lequel s'incorpore une créance de somme d'argent en vue de permettre au créancier l'obtention d'un crédit ou la réalisation d'un paiement". La créance incorporée doit être une créance de somme d'argent, certaine, à court ou moyen terme, liée à une opération déterminée.

(3) V. en ce sens, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 547. Le fait que le titre soit abstrait, afin de faciliter sa circulation, justifie l'existence d'une loi propre.

La reconnaissance d'une loi propre facilite ainsi la circulation des créances. Sur cette idée, v. *infra*, n° 598 *sq.*

(4) Sont partisans du rattachement au lieu de paiement : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 547-6 ; R. CHÉMALY, *Conflits de lois en matière d'effets de commerce (lettres de change, billets à ordre, chèques)*, thèse Paris II, 1981, n° 469 *sq.* ; du même auteur, *Conflits de lois en matière d'effets de commerce*, RCADI.1988.II.349 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 97 ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Effets de commerce*, n° 51.

(5) En ce sens, R. CHÉMALY, *Conflits de lois en matière d'effets de commerce (lettres de change, billets à ordre, chèques)*, thèse Paris II, 1981 ; H. BATIFFOL, *Crédit et conflits de lois*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 223, Dalloz-Sirey, résume ainsi l'idée de M. CHÉMALY selon laquelle la prestation caractéristique d'un effet de commerce est le paiement : "La vérification s'en trouve ... dans le fait que le montant et le lieu de paiement font partie des éléments formels nécessaires à la validité du titre à ordre. Or, le formalisme inhérent à ces titres, en ce qu'ils font abstraction - dans une mesure d'ailleurs à

circulation et de son paiement. La prestation caractéristique (1) d'une obligation essentiellement monétaire est ainsi intimement liée au paiement lui-même, lequel doit logiquement commander la détermination de la loi applicable (2).

49.- Néanmoins, et en dépit des arguments convaincants militant en faveur de la compétence d'une loi unique, et, plus précisément, de la *lex loci solutionis*, les négociateurs des Conventions de Genève ont mis en place un système dualiste, combinant les compétences des lois du lieu d'émission (3) et du lieu de paiement, en se fondant sur l'idée que le principe de droit interne de l'indépendance des signatures devait être transposé dans l'ordre international grâce à une pluralité

préciser - du rapport dit fondamental dont ils sont issus, appelle de soi une loi unique pour gouverner les relations multiples qu'ils engendrent ”.

(1) Sur la notion de **prestation caractéristique**, issue de la doctrine et de la jurisprudence suisses, v. A. SCHNITZER, *La loi applicable aux contrats*, R.55.459 ; du même auteur, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, R.C.A.D.I.1968.I.541 ; J.-F. AUBERT, *Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses*, R.62.22. Pour une application en France de la notion, v. Paris 27 janv. 1955, R.55.330 note H. MOTULSKY.

Pour J. FOYER, *L'avant-projet de convention CEE. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, J.76.555, n° 122, p. 610, “*La notion est plus facile à sentir qu'à définir* ”. Il s'agit de la prestation qui permet d'identifier un contrat et de le distinguer des conventions voisines. L'obligation de payer ne peut être ainsi la prestation caractéristique que des opérations strictement monétaires.

Sur la notion de prestation caractéristique en matière d'opérations bancaires, v. F. BONELLI, *La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires*, RDAI.85.389.

(2) J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-B, Chèque*, mise à jour par P. BLOCH, n° 50, fait observer qu'en matière de chèque, la *lex loci solutionis* s'identifie avec la loi du domicile du tiré, et souligne “*un mouvement important [qui] considère la loi du domicile du débiteur comme normalement compétente pour régler le mécanisme de la cession de créance* ”.

(3) Selon M. CHÉMALY, *Conflits de lois en matière d'effets de commerce (lettres de change, billets à ordre, chèques)*, thèse Paris II, 1981, la compétence de la loi du lieu d'émission en matière de chèque, de billet à ordre et de lettre de change s'explique par le fait qu'à l'époque, la loi du lieu de conclusion, à laquelle correspond la loi du lieu d'émission, gardait encore tout son prestige, sous l'influence notamment de la doctrine italienne. V. aussi H. BATIFFOL, *Crédit et conflits de lois*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 223, Dalloz-Sirey.

des rattachements (1). Ainsi, en matière de lettre de change, chaque engagement est soumis à une loi propre, celle du lieu où il a été consenti (v. l'article 4 al. 2 de la Convention de Genève du 7 juin 1930). La Convention de Genève du 19 mars 1931 relative aux chèques ménage toutefois davantage la compétence de la loi du lieu de paiement. Le traitement différent réservé au chèque et à la lettre de change ne peut être explicité qu'en examinant successivement l'un et l'autre de ces effets de commerce. Une constante prédomine néanmoins, qui déduit de l'incorporation de la créance dans le titre la compétence de la loi du lieu, de paiement ou d'émission.

.- Chèque

50.- La Convention de Genève du 19 mars 1931 traite de la capacité active et passive (v. articles 2 et 3), de la forme du chèque (article 4), des effets des obligations (article 5), des délais de recours (article 6), des protêts (article 8), et de certains aspects touchant au paiement (article 7 : monnaie de paiement, lieu de présentation) (2). La capacité et la forme échappent à la compétence de la loi du lieu de paiement ou d'émission, mais il ne s'agit là que de l'application de principes traditionnels (3).

51.- La loi du lieu de paiement jouit d'une compétence plus vaste qu'en matière de lettre de change. Elle a principalement à connaître de la provision (article 7 al. 6), de la nature du droit du porteur du chèque sur la provision. De même, parce que les liens sont extrêmement étroits entre d'une part l'opposition à paiement et la révocation du chèque, et d'autre part, le paiement lui-même, la loi du lieu de paiement appréhende également le sort de la révocation du chèque ainsi

(1) V. en ce sens, J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. V, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris, p. 86 ; P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, t. II, Paris, Rousseau, 1953, n° 1071 ; sur l'analyse critique de la justification d'un tel rattachement, v. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 50. Une telle conception conduit à considérer distinctement l'obligation cambiaire de chaque signataire.

(2) Les questions non traitées par la Convention (conflit de lois fiscales, pénales, certaines questions relatives à la provision du chèque) continuent d'être réglées en vertu du système antérieur. V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 22 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 48.

(3) On peut ajouter que l'application de la loi d'autonomie demeure possible pour la cause et le consentement. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 547-5. La capacité est en principe régie par la loi nationale (article 2), sous réserve de l'admission du renvoi *in favorem*. Cependant, la capacité du tiré est régie par la loi du lieu de paiement (article 3), solution qui peut être rattachée à la jurisprudence *Lizardi* (Cass. 16 janv. 1861, S.1861.I.305 note MASSÉ, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 5 ; en ce sens, v. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 135.), ou s'expliquer par l'apparence ainsi créée (v. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé, Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ., 1984, n° 158 sq.).

que son opposition (1).

52.- En considération de la nécessaire unité du régime de la provision, qui ne peut être assurée que par l'application d'une loi unique, il paraît souhaitable que les questions non traitées par la Convention de Genève du 19 mars 1931 (exemples : antériorité de la provision par rapport à la date d'émission du chèque, disponibilité de la provision) le soient en contemplation de la loi du lieu de paiement (2).

53.- D'autres aspects du chèque, liés à sa fonction de paiement, sont également gouvernés, aux termes de l'article 7 de la Convention de Genève, par la *lex loci solutionis*. Il en est ainsi des délais à vue, de présentation, de la certification, du régime du paiement partiel, du vol du chèque et du protêt (3).

54.- Toutefois, la compétence de la *lex loci solutionis* souffre l'intervention de lois concurrentes. Ainsi, l'article 5 énonce que les effets du chèque sont soumis à la loi du lieu de souscription, en vertu du principe de la pluralité des rattachements, corollaire de l'indépendance des signatures. Cette dérogation a été vigoureusement critiquée (4), au nom de l'unité souhaitable de la compétence législative, et parce qu'il est illogique qu'un porteur ait pour une même dette des garants tenus selon des lois différentes dès lors que le titre a franchi les frontières, et que les différents lieux d'endossement diffèrent. La dérogation apportée à la compétence de la loi du lieu de paiement est d'autant plus forte que le caractère impératif de l'article 5 exclut tout correctif

La forme obéit à la règle *Locus regit actum* (article 4), exceptées les formes habilitantes qui relèvent de la loi nationale, en ce que cette question touche à la capacité. V. R. GÉNIN-MERIC, *La maxime locus regit actum Nature et fondement*, thèse, LGDJ., 1976, p. 295 sq

(1) Toutefois, sur ce point, J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, t. II, 1967, Dalloz, n° 1534-A, se prononçaient pour la compétence de la loi du lieu d'émission ; dans le même sens, v. P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, t. II, Paris, Rousseau, 1953, n° 1106.

(2) V. en ce sens, Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 22 et 65 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 48 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-B, Chèque*, mise à jour par P. BLOCH, n° 49.

(3) V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-B, Chèque*, mise à jour par P. BLOCH, n° 46, qui décrit l'article 7 comme "un catalogue de neuf questions, toutes gouvernées par la *lex loci solutionis*". La compétence large ainsi reconnue à la loi du lieu de paiement est justifiée par M. Schapira, *op. cit, loc. cit.*, par un souci de sécurité.

(4) V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 51 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-B, Chèque*, mise à jour par P. BLOCH, n° 17, 34.

procédant de l'autonomie de la volonté (1).

55.- Echappent également à la compétence de la loi du lieu de paiement les délais de l'action en recours ainsi que son exercice, lesquels, en vertu de l'article 6, sont gouvernés, à l'égard de l'ensemble des signataires, par la loi du lieu de création du titre. La compétence d'une loi unique, s'agissant des délais de recours, provient de la nécessité de traiter de façon identique tous les signataires du titre, encore que leur engagement relèverait de lois différentes en vertu de l'article 5, mais les oblige à prendre connaissance du contenu des dispositions de la loi du lieu de création du titre (2).

Il apparaît, en définitive, que les négociateurs de la Convention de Genève du 19 mars 1931 n'ont pu éviter un certain éclatement de la compétence législative, principalement répartie entre la loi du lieu de création du titre (délais de recours, article 6), la loi du lieu de chaque souscription (effets du chèque, article 5), et la loi du lieu de paiement (liste de l'article 7, dont les droits sur la provision, et forme du chèque, si l'option de l'article 4 est exercée) (3). En d'autres termes, si elle favorise la reconnaissance d'une loi propre, l'incorporation de la créance dans le titre ne suffit pas à empêcher la pluralité des rattachements, conséquence du principe de l'indépendance des signatures. L'éparpillement des lois applicables, déjà perceptible à propos du chèque, devient manifeste en présence d'une lettre de change.

_- Lettre de change

56.- La Convention de Genève du 7 juin 1930 a prévu un système de détermination de la loi applicable à la lettre de change largement décrié par la doctrine (4). Elle distingue arbitrairement entre le souscripteur et l'accepteur de la lettre, qui sont soumis à la loi du lieu de paiement (article 4 al. 1), et l'effet des signatures des autres coobligés, gouverné par la loi du lieu d'émission de chaque signature (article 4 al. 2). Le système ainsi mis en place repose sur la transposition dans l'ordre international du principe de l'indépendance des signatures, concrétisé par la pluralité des rattachements.

(1) L'article 5 est considéré comme un texte impératif par la doctrine. V. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, n° 212 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-B, Chèque*, mise à jour par P. BLOCH, n° 35.

(2) Sur le commentaire critique de cette règle, v. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Effets de commerce*, n° 85.

(3) Sur l'option ménagée par l'article 4 entre la loi du lieu de l'engagement et la loi du lieu d'exécution, correspondant à la solution classique du conflit de lois en matière de formes des actes juridiques, v. R. GÉNIN-MERIC, *La maxime locus regit actum Nature et fondement*, thèse, LGDJ., 1976, p. 296.

(4) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 547, qui estiment que les engagements du droit cambiaire sont méconnus (ordre des recours), que le lieu d'endossement n'apparaît pas toujours sur le titre, et qu'il y a "*danger à vouloir protéger chaque débiteur endosseur par sa loi*".

V. aussi J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 92, selon qui le système de la pluralité des rattachements compromet la sécurité du titre.

57.- La pratique bancaire essaye de contourner un tel résultat, notamment lorsque la lettre de change constate un crédit par caisse ouvert lors du financement d'un marché à l'exportation, en procédant à une stipulation de la loi applicable, assortie d'une domiciliation du paiement du titre auprès du banquier escompteur. Ainsi, "*La même loi, celle du banquier, régit ses rapports avec le tiré comme avec son client endosseur pour escompte*" (1), ce qui permet d'éviter, pratiquement, la compétence de deux lois concurrentes, selon qu'on envisage les rapports du tiré ou ceux d'un autre coobligé (2).

58.- Il est également possible de limiter les cas d'apparition du conflit de lois en tirant parti du fait que les lettres de change tirées sur l'étranger circulent peu (cas des traites dites *pro forma*) (3), et de la possibilité de domicilier l'effet cambiaire chez le banquier escompteur (4). M. J. Schapira note ainsi l'utilisation faite par les banques des règles cambiaires conflictuelles, à travers la soumission à la loi française des titres matérialisant des créances sur l'étranger, et des règles cambiaires internes, à travers l'incorporation de la créance de la banque, mobilisant celles de l'exportateur sur l'étranger, dans les effets financiers (5).

59.- La finalité de l'opération est d'établir un lien entre les effets financiers et le financement des exportations réalisé par la banque. La lettre de change matérialise la créance du banquier, et l'incorporation ainsi effectuée confère un *situs* à cette dernière, laquelle sera donc localisée au lieu de paiement du titre, chez le banquier mobilisateur.

60.- Le paradoxe de la Convention de Genève du 7 juin 1930 auquel la pratique essaye ainsi d'échapper est que la transposition au plan international du principe de l'indépendance des signatures, conçu en droit interne pour renforcer la sécurité du titre, aboutit, à travers le principe de la pluralité des rattachements (articles 3 et 4), à faire prévaloir la protection du débiteur sur la sécurité du titre ! En effet, la mise en œuvre de la pluralité des rattachements conduit à la compétence de lois multiples. Le porteur d'une lettre doit alors vérifier leur contenu afin de savoir exactement de quelle manière sont tenus les différents garants du titre. L'ensemble de la doctrine s'accorde à reconnaître les complications excessives et l'insécurité du porteur du titre créées par la

(1) V. P. BLOCH, *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales*, thèse Dijon, 1982, n° 113 sq. ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

(2) On peut toutefois s'interroger sur la validité d'un tel procédé, les règles de rattachements de la Convention de Genève étant impératives. V. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, n° 150 ; sur ce débat, v. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 149.

(3) V. en ce sens, B. BOULOC, *La mobilisation des créances nées sur l'étranger en l'absence d'effets signés par l'acheteur étranger*, JCP.69.I.2258. Il s'agit de créances sur l'étranger matérialisées dans une lettre de change qu'il est convenu de ne pas présenter à l'acceptation du tiré.

(4) V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 65 sq.

(5) J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 63 sq.

Convention de Genève. La fiabilité et la sécurité du titre appelaient une compétence d'ensemble de la *lex loci solutionis*, prise en tant que loi du lieu de réalisation de la prestation caractéristique de la lettre de change, c'est-à-dire “*le paiement au porteur du titre cambiaire*” (1), éventuellement assortie de quelques exceptions. Il a été également fait observé que la soumission des effets de l'engagement cambiaire à la loi du lieu de souscription ou du lieu de l'endossement (article 4) conduit à une impasse lorsque le titre ne mentionne pas le lieu où la signature a été apposée (2).

61.- Amputée, la *lex loci solutionis* l'est ainsi indéniablement par le système de la pluralité des rattachements. Elle est néanmoins déclarée applicable à un certain nombre de points par la Convention de Genève, tels que le paiement de l'effet (articles 4, 7 et 9) (3), le paiement partiel (article 7), ou anticipé (article 7) (4), la monnaie de paiement (article 41), l'exécution par le tiré de son obligation (article 4 al. 1) (5), la disparition du titre (article 9) (6), et l'opposition à saisie-arrêt (article 9). Le souscripteur se voit également soumis à la compétence de la loi du lieu de paiement (art. 4), et, par application du droit commun aux questions non réglées par la Convention, la *lex loci solutionis* embrasse la question de la cause de l'engagement cambiaire

(1) *Ibid.*, n° 97.

(2) V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Effets de commerce*, n° 44 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 119 ; R. GÉNIN-MERIC, *La maxime locus regit actum Nature et fondement*, thèse, LGDJ., 1976, p. 295. Le lieu est compris comme étant celui où la signature a été effectivement apposée. En cas de localisation fictive, les tiers, même de bonne foi, ne peuvent invoquer la localisation apparente, solution qui va à l'encontre des principes relatifs à la simulation des actes.

(3) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 548-1, 7ème éd. Afin d'éviter tout dépeçage inutile, les systèmes entendant soumettre l'appréciation de la date d'échéance du paiement à une loi autre que la *lex loci solutionis* doivent être rejetés. V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Effets de commerce*, n° 70 et 71. *Contra*, se prononçant pour l'application combinée de la *lex loci solutionis* et de la loi du lieu d'émission, v. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, n° 186 ; P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, t. II, Paris, Rousseau, 1953, n° 1098.

(4) Le paiement anticipé est assimilé par l'article 7 au paiement partiel.

(5) P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, n° 171, proposait de détacher la question du pouvoir du tiré d'accepter ou non la lettre de change de la compétence de la loi du lieu de paiement, pour la soumettre à celle qui régit le contrat de base. La distinction paraît artificielle, portant atteinte à l'unité nécessaire du régime du titre, et contredit quelque peu la reconnaissance d'une loi propre à l'obligation cambiaire. Pour la critique de cette idée, notamment en raison de ses inconvénients pratiques (il sera le plus souvent impossible aux tiers de connaître la teneur du contrat de base entre le tireur et le tiré), v. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Effets de commerce*, n° 57 et J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 191.

(6) La destruction est assimilée à la perte. *Contra*, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. V, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris, n° 1400 *sq.*, qui se prononçait pour la compétence de la loi du titre disparu. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit*

et celle de son existence (1). La compétence de la *lex loci solutionis* absorbe ainsi deux séries de questions, les obligations du souscripteur et de l'accepteur (article 4) d'une part, et l'exécution du paiement (article 4, 7 et 9), de l'autre.

62.- Mais lui échappent, outre la capacité (2), le transfert de la provision (article 6) (3), l'endossement en blanc (4), le sort des délais de recours (soumis, en vertu de l'article 5, à la loi du lieu de création du titre, quelle que soit la personne qui exerce le recours), la présentation au paiement (soumis, en vertu de l'article 8, à la loi locale), et, plus généralement, l'effet des signatures de tout autre coobligé (application, en vertu de l'article 4, de la loi du lieu d'émission de

international, v° *Effets de commerce*, n° 73, se prononcent contre l'assimilation de l'opposition à paiement résultant d'une saisie-arrêt à l'opposition pour vol. Ils estiment que la première relève de la compétence de la loi du domicile du tiers saisi. Il est certain que la loi de la saisie peut avoir à intervenir, alors même qu'elle serait différente de la loi du lieu de paiement.

(1) Les droits français et allemand ont sur ce point une conception opposée. Alors que le droit français exige la présence d'une cause licite, le droit allemand qualifie la lettre de change d'engagement abstrait. Il reviendra ainsi à la loi du lieu de paiement de dire si l'engagement est valable ou non, indépendamment de sa cause. V. Paris 28 févr. 1935, R.35.748, pourvoi rejeté par Cass. 7 juill. 1938, R.39.116. V. v. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 37 et J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 567-A, *Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 160. L'existence de la cause permet d'illustrer les rapports entre la loi de la créance incorporée dans la lettre de change et la loi de la créance originaire. La validité et la licéité de chacune des deux obligations, cambiaire et de droit commun, seront appréciées selon leur propre loi.

(2) A l'instar du chèque (articles 2 et 3), la capacité est régie par la loi nationale (article 2), sous réserve du renvoi *in favorem*. La Convention de Genève ne traite d'ailleurs de la capacité que sous l'angle de la validité de l'engagement (v. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 24, 27 et 28). De plus, l'article 2 al. 2 admet la compétence concurrente de la loi du lieu de souscription, mais la France a exercé la réserve prévue à l'alinéa 3 de l'article 2, permettant d'écarter la compétence de la loi locale. Sur le système de l'article 2, v. l'expression de J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 567-A, *Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 136 : "... de principe en exception, et d'exception en réserve, on aboutit à un imbroglio".

La **forme** obéit à la règle *Locus regit actum* (article 3), assortie d'une exception *in favorem*, appréciée en fonction des engagements ultérieurs. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 567-A, *Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 113 sq. et 123 sq. La jurisprudence n'a pas repris la distinction initialement proposée par M. J. Schapira (sur laquelle, v. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 48), entre règles de forme extrinsèques, soumises à la *lex loci actus*, et règles de forme intrinsèques, soumises à la loi du fond, même en matière d'endossement en blanc. La mise à l'écart de la *lex loci solutionis* n'est pas toujours très heureuse. En effet, la régularité de la chaîne des endossements peut être fragilisée, selon que la loi du lieu d'endossement se contente de la signature de l'endosseur (cas du droit français), ou exige, de surcroît, la remise de la « valeur » (cas du droit anglais). V. en ce sens, J. SCHAPIRA, *op. cit.*, n° 129.

chaque signature) (1).

63.- En définitive, la part du rattachement à la loi du lieu de paiement, combinée à la loi du lieu d'émission, en matière de créances incorporées dans un titre, se révèle relativement importante, mais doit être assortie d'une réserve. En effet, l'incorporation de la créance dans le titre n'a pas permis d'éviter l'éparpillement des rattachements dû à la règle de la pluralité des rattachements. Il en est ainsi parce que chaque obligation cambiaire née de l'endossement du titre est localisée au lieu où elle a été donnée, de sorte que la pluralité des règles tient effectivement à la localisation multiple des différentes créances.

64.- De surcroît, on peut s'interroger sur les répercussions du mouvement croissant de dématérialisation des titres sur la mise en œuvre des facteurs de rattachement au lieu de création, d'endossement, ou de paiement du titre, qui n'ont de sens qu'en considération de la situation matérielle du titre dans l'espace. Les lettres de change magnétiques, dites lettres de change-relevé, ou L.C.R., qui se résument à des jeux d'écritures électroniques entre des comptes distincts (2), se prêtent mal à une localisation spatiale (3). Le lieu d'émission ou de paiement est alors

(3) La détermination de la loi gouvernant la provision est une question extrêmement controversée, qu'il s'agisse de son existence, de sa consistance, ou de son transfert. V. J. SCHAPIRA, *op. cit.*, n° 206. V. *infra*, n° 528 sq.

(4) La valeur de l'endossement en blanc est déterminée par la loi du lieu où il a été donné. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 549, 7ème éd.

(1) Ce qui était également la solution de A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, Paris, Sirey, 1924, n° 765, mais qu'il fondait sur la théorie des droits acquis. V. aussi J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 173.

(2) V. par exemple A. PIÉDELIÈVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, Etudes de JUGLART, *Aspects du droit privé en fin du 20è siècle*, p. 55, LGDJ., Monchrestien, Editions Techniques : "L'écriture comptable devient prépondérante. Il faut dès lors constater une évolution très nette : de la réalité du métal en passant par le concret du billet on en arrive au pur symbolisme des chiffres figurant sur un compte. Le support papier tend à disparaître, l'inscription en compte devient essentielle, d'autant que les moyens informatiques permettent à l'évidence un retour facile à l'incorporation ; que l'on songe seulement à la LCR. et aux règlements par ordinateur de compensation".

En ce sens, la réforme en cours des circuits d'échanges des effets de commerce vise à généraliser l'usage des circuits d'échange informatiques à tous les effets de commerce. V. par exemple G. SUANT, *La réforme des circuits d'échange des effets de commerce*, JCP.87.CI.I.16860. Depuis le 3 novembre 1987, tous les effets classiques peuvent être traités comme des LCR. ou des BOR., sauf les effets endossés ou protestables.

(3) Sur les difficultés posées par les **paiements électroniques**, v. E. BERGSTEN, *Les aspects juridiques des transferts de fonds internationaux effectués par des moyens électroniques*, RDAI.87.649 ; sur la dimension européenne de la difficulté, v. Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, n° 404 (... / ...).

susceptible de n'être plus qu'une convention intellectuelle, une fiction, nécessaire au fonctionnement de la règle de conflit de lois. Le caractère international des règles de conflit n'a donc pas constitué une protection efficace contre les risques d'éparpillement des lois applicables.

Certaines règles de conflit d'origine nationale attribuent également compétence à la loi du lieu de paiement, celui-ci matérialisant le mieux les différents intérêts en présence.

2. Sources nationales

Deux types de créances se prêtent facilement à la compétence de la *lex loci solutionis*, celles qui sont incorporées dans une facture protestable, d'une part, et celles qui résultent d'un enrichissement sans cause, de l'autre. Dans le premier cas, l'incorporation de la créance lui confère un *situs*, dans le second, le lieu du paiement permet de localiser le fait juridique donnant naissance à la créance de restitution.

_- Facture protestable

65.- L'étude de la facture protestable offre surtout un intérêt purement théorique, lesdites factures ayant été créées par une ordonnance mort-née n° 67-838 du 28 septembre 1967 (1). Le

Sur la détermination de la loi applicable au paiement effectué avec une **carte de paiement**, v. M. VASSEUR, *Droit des affaires, maîtrise*, Les Cours du droit, 1988-1989, p. 747, qui se prononce pour la compétence de la loi de la banque émettrice, et, dans l'hypothèse du retrait d'argent réalisé avec la carte, pour la compétence de la loi du banquier payeur, solutions qui correspondent à l'application de la loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique. L'importance prise par ces questions a justifié l'inscription à l'ordre du jour de la seizième session de la **Conférence de La Haye** de l'étude des problèmes liés à l'utilisation des procédés électroniques en droit commercial ; v. R.88.806.

(1) Décret d'application du 22 décembre 1967. V. E. BECQUÉ, M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, *Les factures et bordereaux protestables*, JCP.68.I.2131 ; F. KONDER COMPARATO, *Les factures protestables. Etude comparative de droits français et brésilien*, RTDCom.68.23 ; v. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 9ème éd., LGDJ., 1981, n° 2127 sq.

régime prévu n'a, en effet, pratiquement jamais été appliqué. Tirant les leçons de cet échec, le législateur a abrogé l'ordonnance du 28 septembre 1967 par la loi du 2 janvier 1981, relative au bordereau de cession de créances professionnelles, dit « bordereau Dailly » (1). En dépit de son abrogation, la facture protestable demeure intéressante à analyser sous l'angle des conséquences attachées à l'incorporation de la créance dans le titre. Juridiquement, il s'agit d'un titre qui constate la créance d'un vendeur sur l'acquéreur. L'utilité de la facture protestable était de permettre au vendeur de se refinancer, de mobiliser son crédit avant l'échéance auprès d'un établissement de crédit. Elle pouvait notamment trouver à s'illustrer avec la mobilisation des créances nées à l'exportation.

66.- L'une des particularités majeures de cette facture était de revêtir un caractère transmissible et protestable, dès lors que son destinataire ne l'avait pas refusée ou formulé des réserves dans les quinze jours suivant son émission (v. article 2 de l'ordonnance, article 2 du décret), de sorte que le silence valait acceptation (2), et transformait une facture banale en une obligation cambiaire (3), même dans les échanges internationaux.

67.- On constate ainsi que la facture protestable réunissait deux fonctions, de paiement et de crédit. La créance incorporée dans la facture se métamorphosait en un titre autonome, susceptible d'être régi par une loi propre, distincte de la loi régissant le contrat de base. Ainsi que le notait M. P. Lagarde, la facture protestable constituait un titre nouveau à effets particuliers (4). Elle se détachait du rapport originaire, et déployait des conséquences propres et singulières.

Elle justifiait en cela l'attribution d'une loi propre, différente de celle qui régissait la créance issue du contrat de base.

(1) Sur lequel, v. *infra*, n° 636 *sq.*

(2) V. P. LAGARDE, *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XX, 1968, p. 189.

(3) V. E. BECQUÉ, M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, *Les factures et bordereaux protestables*, JCP.68.I.2131, n° 17 : “*Le silence du débiteur en présence de la facture protestable confirme le caractère coercitif de ce titre et apparaît, si la facture est stipulée transmissible, comme le fait générateur d'une obligation analogue à l'obligation cambiaire*”.

(4) V. P. LAGARDE, *Les modes non formels d'expression de la volonté*, précité.

68.- Deux rapports d'obligations se superposaient alors, ainsi que la compétence de deux lois, l'une gouvernant la créance initiale, quelle qu'elle fût, et l'autre appréhendant le titre nouveau, séparé et ajouté, ayant vocation à naître ainsi sous l'empire d'une loi nouvelle. Et M. P. Lagarde (1) d'ajouter : “*La facture, tout comme le titre à ordre, est soumise à une loi propre qui ne peut être que celle du lieu d'émission ou celle du lieu de paiement* ” (2).

69.- En dépit d'une hésitation possible entre la compétence de la loi du lieu d'émission et celle de la *lex loci solutionis* , nous pensons que le paiement, constitutif de la prestation caractéristique, incline à soumettre le titre à la compétence de la loi du lieu où il est réalisé, lieu où les effets de la facture se manifestent avec le plus d'énergie. La soumission à la loi du lieu de paiement se conçoit à la fois parce que la créance est incorporée dans un titre, et qu'elle s'est métamorphosée, au-delà de l'incorporation, en une créance purement monétaire.

L'incorporation de la créance dans un titre de paiement la soumettait ainsi tout naturellement à la compétence de la loi du lieu où ce dernier était réalisé.

L'attraction du lieu de paiement, où s'agglutinent les différents intérêts en présence, explique également sa prédominance en matière d'enrichissement sans cause.

_- Enrichissement sans cause

70.- On peut songer à localiser naturellement l'enrichissement sans cause par le fait juridique qui lui donne naissance, à savoir le paiement (3). Ainsi, en matière d'effets de commerce, l'annulation d'une lettre de change ayant circulé peut entraîner, en cas de restitution, un problème d'enrichissement sans cause. La doctrine se montre alors favorable à la compétence de la *lex loci*

(1) V. P. LAGARDE, *Les modes non formels d'expression de la volonté* , précité.

(2) Sur le titre à ordre, *comp.* , dans le même sens, avec H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé* , t. II, 1983, LGDJ, n° 547, 7ème éd.

(3) La compétence de la loi du lieu de paiement repose sur le rattachement de l'enrichissement sans cause au lieu de réalisation de l'enrichissement, et non au lieu où l'appauvrissement est subi. V. H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé* , LGDJ., 1959, n° 560 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé* , 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 356. En présence d'une **dissociation** des éléments de rattachements, la compétence de la loi du lieu de paiement est maintenue. V. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles* , thèse, LGDJ., 1961, p. 89 *sq.* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé* , t. II, 1983, LGDJ, n° 564, 7ème éd. ; P. MAYER, *Droit international privé* , 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 681-682. V. Civ.1 1er juin 1976, J.77.91 note B. AUDIT. V. aussi la loi suisse du 18 décembre 1987 préc., article 128 al. 2.

solutionis (1).

71.- C'est en effet en ce lieu que le fait générateur de l'enrichissement sans cause s'est produit, et l'Etat sur le territoire duquel le paiement indu a été réalisé peut avoir un intérêt légitime à connaître la situation.

72.- Néanmoins, un tel rattachement est parfois contesté, soit ponctuellement, relativement à une question précise dont on considère qu'elle doit échapper au domaine de la *lex loci solutionis*, soit plus radicalement, la compétence de cette dernière étant critiquée dans son principe. Ainsi, certains auteurs considèrent que l'action en restitution doit être gouvernée par la loi à l'origine de la nullité du rapport de droit (2). D'autres proposent de déterminer la loi applicable grâce au

(1) En ce sens, v. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH., n° 166 sq. Pour l'application de la loi du lieu de paiement indu, v. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 253 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 564. *Contra*, W. NIEDERER, cité par Ph. FRANCESKAKIS, note sous Paris 7 juillet 1954 *Patino*, R.54.552, qui optait pour une **dissociation** de l'admissibilité même de l'action *de in rem verso*, de l'appréciation de la cause de l'enrichissement ou du paiement, soumise à la *lex causae*.

(2) V. pour un exemple de discussion, l'affaire assez curieuse tranchée par Paris 7 juillet 1954 *Patino*, R.54.552 note Ph. FRANCESKAKIS ; pour l'application de la même idée, en matière contractuelle, v. l'article 10 §1-e de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; v. aussi G. de LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullité*, Paris, Dalloz, 1967, n° 312 sq. ; Ph. DRAKIDIS, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Enrichissement sans cause*, n° 43, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Gestion d'affaires*, n° 13. V. aussi l'article 128 al. 1 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

Principe de proximité (1), de sorte que l'enrichissement sans cause relèverait de la loi présentant les liens les plus étroits avec la cause. Une démarche voisine, mais relevant davantage de la *proper law*, peut être illustrée avec l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Amsterdam le 8 janvier 1960 (2), qui écarta la loi du lieu du paiement indu au profit d'une loi désignée grâce à la méthode du groupement des points de contact. En l'espèce, une banque allemande avait, par le jeu du crédit d'un compte en deutch-mark, réalisé un paiement indu en Allemagne, sur l'ordre d'un Néerlandais domicilié aux Pays-Bas, et au détriment d'un autre Néerlandais, lui aussi domicilié aux Pays-Bas. Aux yeux du juge saisi, l'affaire parut davantage liée à la sphère juridique des Pays-Bas, qu'à celle de l'Allemagne, pourtant lieu de réalisation du paiement indu. La mise à l'écart de la *lex loci solutionis* pouvait s'expliquer par le fait que l'enrichi et l'appauvri avaient nationalité et domicile communs, constitutifs d'un indice prépondérant de rattachement.

Le principe de proximité permet également de fonder la compétence de la *lex contractus* lorsque l'enrichissement sans cause s'est produit à l'occasion de la relation contractuelle (3). Ceci conduit d'ailleurs à priver l'enrichissement sans cause d'une loi propre, le rattachement ne s'effectuant plus selon le lieu de paiement, mais en fonction de la source initialement contrac-

(1) Sur cette notion, v. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I.1986.I.9. V. Trib. féd. suisse 1er nov. 1952, R.53.401 note G. HOLLEAUX. V. aussi, l'article 13 du **projet CEE**. en matière d'obligations contractuelles et extra-contractuelles : “*Les obligations non contractuelles dérivant d'un fait autre qu'un fait dommageable sont régies par la loi du pays où il s'est produit. Toutefois, si, en raison d'un élément de rattachement commun aux parties intéressées, il existe une connexion prépondérante avec la loi d'un autre pays, cette loi est applicable*”. Sur ce texte, v. R. VANDER ELST, *Projet de convention CEE. sur la loi applicable. Obligations non contractuelles*, RTDE.75.187.

La question peut revêtir une autre tournure dans le cas d'un paiement indu effectué par une **banque**. Deux situations doivent être distinguées. Soit les deux personnes, enrichie et appauvrie, sont clientes de la banque à l'origine de l'erreur. La loi de la banque doit alors être déclarée compétente, tous les indices de rattachement coïncidant. Soit *l'accipiens* a son compte ouvert dans une banque distincte de celle de l'appauvri. La loi compétente sera alors celle de la banque de *l'accipiens*, débiteur de l'obligation de restitution. Toutefois, il est concevable de retenir l'application de la loi de la banque *solvens*, notamment à l'appréciation de l'erreur par elle commise.

(2) V. J.69.986 obs. R. D. KOLLEWYJN. V. aussi *infra*, n° 497.

(3) V. R. VANDER ELST, *Projet de convention CEE. sur la loi applicable. Obligations non contractuelles*, RTDE.75.187, qui estime, à propos de la répétition de l'indu concernant les sommes versées en exécution d'un contrat nul, que le contrat constituant un élément de rattachement commun aux parties intéressées, **la loi du contrat annulé** doit être appliquée à la répétition.

tuelle de la créance (1).

73.- En définitive, la part prise par le lieu de paiement dans l'élaboration de la règle de conflit de lois suppose la présence de plusieurs conditions : la créance est incorporée dans un titre, ce qui la rend autonome par rapport à sa source ; elle est monétaire, ce qui explique, dans une analyse fonctionnelle, l'attraction de la loi du lieu de paiement. Mais quand bien même ces caractéristiques seraient-elles réunies, les transformations en cours affectant les modes de paiement jettent une ombre sur le sens d'un tel rattachement.

La dématérialisation des valeurs mobilières constitue à cet égard un précédent non négligeable, illustrant le très net recul de la *lex rei sitae*, le lieu de situation subissant une remise en cause de sa fonction localisatrice dès lors que le support dans lequel la créance a été incorporée est dématérialisé.

(b).- LIEU DE SITUATION

74.- *A priori*, l'admission de la compétence de la *lex rei sitae* en matière de créances repose sur un raisonnement par analogie, ayant pour socle l'assimilation des créances à la catégorie des biens mobiliers. Les biens mobiliers corporels ont une situation dans l'espace qui permet de les localiser. Les créances incorporées dans un titre ont également un *situs*, et, pour les créances à personne dénommée, il suffit de leur attribuer une situation fictive (2).

(1) Cependant, il importe de souligner que la jurisprudence retient une solution difficilement compatible avec une telle analyse. En effet, en droit interne, le **fait générateur** de la créance se réalise au fur et à mesure des enrichissements successifs. Pour la répétition, la dette de restitution naît au moment de la réception de l'indu. La date retenue est ainsi la date de commission du paiement indu, et non la date de naissance de la source contractuelle. Ceci montre suffisamment que la localisation de la créance est celle du fait juridique, et non celle de la source contractuelle. V., en droit interne, Cass. 18 janv. 1937, DH.37.145, S.37.I.89 note Ch. ROUSSEAU ; Com. 3 mai 1976, Bull.civ.IV.n° 143 ; Com. 7 juin 1979, D.80.IR.7 obs F. DERRIDA ; Com. 22 nov. 1982, D.83.38 note F. DERRIDA.

(2) Pour la critique de ce raisonnement, v. *supra*, n° 23 *sq.* . V. G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 5 : “*En principe, la loi du lieu de situation s'applique même aux biens incorporels. Mais ceux-ci étant par nature immatériels, n'occupent pas réellement une place dans l'espace : les soumettre à la loi de leur situation n'est en conséquence nullement évident...*”

75.- Critiquable par le recours à la fiction qu'il comporte, ce raisonnement l'est aussi en ce qu'il semble ignorer le partage existant entre le statut réel et la catégorie des actes ou des faits juridiques. En effet, le statut réel, dont le symbole est la compétence de la *lex rei sitae*, ne s'accorde pas nécessairement avec la catégorie des actes juridiques, obéissant à la loi d'autonomie. Or, des droits de créance naissent le plus souvent de ces actes. Comment, dès lors, faire le départ entre la *lex contractus*, applicable au contrat, et la *lex rei sitae*, applicable aux créances qui en découleraient (1) ?

Le principe de la territorialité des créances, nécessairement lié à l'application de la *lex rei sitae*, semble donc difficilement acceptable (2).

76.- Que les immeubles soient soumis à la *lex rei sitae* ne fait qu'exprimer l'attraction du lieu de situation de l'immeuble, en raison de sa fixité, et donc, de sa certitude (3). L'attraction de la *lex rei sitae* perd de sa force et s'estompe déjà vis-à-vis des meubles, en raison de leur mobilité qui rend leur situation moins significative, plus accidentelle, et donc plus fortuite.

Mais alors, par quel biais la compétence de la *lex rei sitae* peut-elle s'introduire, se glisser dans le règlement du conflit de lois en matière de créances ?

77.- Une première réponse pourrait être recherchée dans les thèses qui assignent à la *lex rei sitae* une fonction de loi de police. De ce fait, toute question impliquant la sécurité du crédit

(1) Sur une telle interrogation, s'agissant, non des créances, mais des **sûretés** réelles mobilières, v. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

(2) Pour une application erronée de la *lex rei sitae* à une créance de restitution d'un **dépôt** de fonds en banque, v. TGI. Paris 8 et 12 mars 1985, D.85.IR.500 obs. B. AUDIT, B.85.409 note J.-L. RIVES-LANGE. En effet, l'idée d'un lieu où les sommes déposées seraient conservées est dépourvue de signification dès lors que les sommes, par nature fongibles, se sont fondues dans le patrimoine du dépositaire.

(3) V. H. BATIFFOL, *Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, Mélanges R. D. KOLLEWYJN et OFFERHAUS, Leyde, 1962, p. 55, et *Choix d'articles*, LGDJ., 1976, p. 303, spéc. p. 305.

pourrait, en tout ou partie, être appréhendée par la *lex rei sitae* (1). Ainsi, une créance liée à une opération de crédit ou de financement pourrait être assujettie à la compétence de la *lex rei sitae*, prise en tant que loi de police, dès lors qu'il existerait un lien de rattachement avec le for.

78.- On remarquera que cette démarche ne consiste plus à partir de la « situation » de la créance pour remonter vers la loi applicable (2), mais à délimiter le champ d'application de la norme qualifiée de loi de police, au sein duquel toute immixtion d'une loi concurrente serait impitoyablement rejetée. La fonction impartie à la *lex rei sitae* serait de contribuer à la protection des intérêts des tiers, s'agissant notamment de l'opposabilité des droits résultant, par exemple, d'une cession de créance. Son intervention traduirait ainsi des préoccupations liées à la sécurité du crédit.

Cependant, une telle conception se heurte à des difficultés multiples qui la rendent impraticable.

79.- D'une part, toute loi de police, indépendamment du point de savoir si la *lex rei sitae* peut appartenir à cette catégorie de normes, nécessite, pour sa mise en œuvre, un élément de rattachement avec le for (3), de sorte que la créance devrait de toutes les manières être localisée.

D'autre part, la protection des tiers, qu'il convient d'assurer, notamment dans le cadre des conditions d'opposabilité des droits résultant d'une cession de créance, peut être effectuée par des voies différentes (4), qui n'appartiennent pas à la méthode des lois de police.

(1) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 637 sq. ; du même auteur, v. *Les lois de police étrangères*, J.81.277 ; sur la question, v. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, n° 5 : “*Tout se passe comme si, dès le départ, on assignait à la lex rei sitae un domaine qui ne peut en aucun cas être troublé par l'intervention d'une quelconque autre loi*”. L'auteur souligne, n° 64, que chez J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1217, l'idée évolue d'une *lex rei sitae* prise en tant que **loi d'ordre public**, à une *lex rei sitae*, prise en tant que loi de police, affectant les règles d'opposabilité des droits ou de protection de l'intérêt des tiers.

(2) V. *supra*, n° 23 sq.

(3) V. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 126 sq.

(4) V. *infra*, n° 579.

Enfin, l'idée même que la *lex rei sitae* puisse répondre à des préoccupations communes aux lois de police nous semble ici contestable, dans la mesure où il n'est pas certain que la protection de l'intérêt des tiers réponde à de tels objectifs (1).

80.- En réalité, la part prise par le lieu de situation dans la règle de conflit de lois doit être recherchée dans une direction différente, qui ne regarde pas tant la fonction de la *lex rei sitae* que les formes revêtues par la créance (2). Leur prise en compte montre en effet que la *lex rei sitae* intervient de manière non négligeable, soit lorsque la créance a été incorporée dans un titre, soit lorsque l'objet sur lequel porte le droit de créance est un immeuble.

1. Créances incorporées dans un titre

81.- L'intérêt de l'incorporation de la créance dans un titre est de lui conférer un *situs*, et de permettre de la traiter comme un bien mobilier corporel, de sorte que le classement ainsi opéré justifie la compétence de la *lex rei sitae*. Entrent dans une telle analyse les titres au porteur et le warrant. Toutefois, nous avons précédemment montré que la loi du lieu de paiement, combinée à la loi du lieu d'émission, était compétente, et non la *lex rei sitae*, en dépit de l'incorporation

(1) V. en ce sens, G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, n° 162 *sq.*. Ainsi que le note cet auteur, la difficulté provient de ce que le caractère de police "doit être décelé dans le contenu substantiel de chaque texte". V. cependant, *infra*, n° 92 *sq.*

(2) V. cependant la localisation des contrats d'**assurance** organisée par la directive CEE. du 22 juin 1988, RTDE.88.730, autour du **lieu de situation du risque** et / ou du **lieu de la résidence** du preneur (article 7-1 *sq.*). La conception du lieu de situation du risque est extensive : situation des immeubles, lieu d'immatriculation des véhicules, lieu de souscription du contrat de courte durée, lieu de résidence du preneur. Le système mis en place est assez complexe. En effet, si l'on estime que les créances doivent être rattachées à la source, la règle de conflit de lois applicable à cette dernière renvoie à la loi du lieu de situation du risque et / ou à la loi du créancier, ou encore à la loi du for (article 7-2 al. 1). De surcroît, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 fait dépendre, dans le cadre de l'exercice de l'action directe découlant du contrat d'assurance, la compétence judiciaire de la compétence législative (article 10). Sur la directive CEE. du 22 juin 1988, v. Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de droit des assurances et la Directive communautaire du 22 juin 1988*, RGAT.89.291 ; M. FALLON, *La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988*, RGAT.89.242 ; C.-J. BERR, *Droit européen des assurances : la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation des services*, RTDE.88.655.

de la créance dans le titre, lorsque ce dernier avait essentiellement pour fonction de poursuivre un paiement (chèque, lettre de change, facture protestable) (1). S'il imprime ainsi à la créance une autonomie incontestable par rapport à la source de celle-ci, de sorte que la compétence d'une loi propre est fondée, le titre ne suffit pas, à soi seul, à déclencher l'application de la *lex rei sitae*. Encore faut-il que l'incorporation n'ait pas essentiellement pour fonction de faciliter le paiement et d'accroître sa fiabilité.

_- Titres au porteur

82.- Les titres au porteur appartiennent à une catégorie juridique plus vaste, les valeurs mobilières, qui est une notion typiquement française (2). Le titre constate le droit du porteur contre la société émettrice ; il peut être transmis dans l'anonymat, par simple tradition, sans que celle-ci en ait connaissance (3), au contraire des actions nominatives, inscrites sur le registre de la société émettrice.

83.- La créance incorporée dans le titre a fondamentalement un régime ambigu, partagé entre le droit des obligations et le statut réel. Si l'on fait prévaloir le côté réel du titre, la soumission à la *lex rei sitae* doit primer (4). Si, au contraire, on insiste sur son aspect personnel, la loi de la

(1) V. *supra*, n° 40 *sq.*

(2) V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 3 : les valeurs mobilières “*sont des titres émis par des personnes morales publiques ou privées, et susceptibles de cotation et de négociation en bourse*”. Le caractère de meuble ou d'immeuble du titre (exemple : les actions de la Banque de France entre 1808 et 1936) pose un problème de qualification en sous-ordre. Celle-ci doit dès lors être tranchée par la *lex causae*. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 9.

(3) V. cependant la loi du 17 juin 1987 qui a créé le **titre au porteur identifiable** (article 263 al. 1 L. 24 juill. 1966). Et la dématérialisation des valeurs mobilières issue de la loi du 30 décembre 1981 a entraîné la disparition du titre au porteur vif.

(4) Cette conception est systématiquement critiquée par Ph. FRANCESKAKIS, note R.66.238, spéc. p. 258, sous Cass. 25 janv. 1966 **Royal Dutch**, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN, J.66.631 note J.-D. BREDIN ; dans le même sens, v. J. FOYER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Valeurs mobilières*, n° 7. Pour Ph. FRANCESKAKIS, il y a absence d'appartenance du titre au porteur au droit des biens. Sur cette question, v. J.-L. BISMUTH, note sous Cass. 17 oct. 1972 **Royal Dutch**, Rev.soc.74.127.

société émettrice l'emportera (1). Il se peut également que la règle de conflit de lois diffère d'un Etat à l'autre, selon que tel ou tel aspect du titre est préféré sous l'angle de sa localisation. Ainsi, alors que les droits français et allemand admettent la compétence de la *lex rei sitae*, les droits anglo-américains la rejettent résolument au profit de la compétence de la seule *lex societatis* (2). Parallèlement, une codification récente de droit international privé soumet à la *lex rei sitae* les créances incorporées dans un titre : “*Les titres qui les représentent et sont transmissibles par simple tradition sont réputés situés au lieu où ils se trouvent*” (3). On remarque que ce texte fait partiellement dépendre l'application de la *lex rei sitae* de la possibilité de transmettre le titre par simple tradition. *A contrario*, un mode de transfert différent - transfert informatisé des actions - pourrait emporter la compétence d'une loi différente, soit la *lex societatis*, soit la loi du marché sur lequel la transaction est opérée.

84.- La compétence de la *lex rei sitae* repose donc essentiellement sur l'aspect réel du titre (4). Et cependant, elle est susceptible d'être primée par la compétence de la *lex societatis*, selon la nature des relations envisagées (5).

(1) V. en ce sens, Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 113 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 40.

(2) V. P. VAN OMNESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, 1960, n° 10, 11 et 32 ; J. DABIN, *Fondements du droit cambiaire allemand*, Liège, 1959, n° 90, 147 à 162. Le droit anglais distingue le droit du titre. La qualité d'actionnaire s'acquiert ou se transmet par l'inscription sur les registres de la société émettrice. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 41. Selon G. RIPERT et P. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11ème éd., LGDJ., 1988, n° 1738 *sq.*, le titre n'est pas complètement assimilé aux biens meubles. Dans l'hypothèse d'une nationalisation, il a été jugé aux USA. que les valeurs mobilières sont réputées situées au siège de la collectivité émettrice. V. Cour d'appel des Etats-Unis 2ème circuit 21 janv. 1953, R.55.510 note M. VIRALLY. La nationalisation des actions d'une filiale cotée en bourse d'une société-mère étrangère n'entraîne pas la nationalisation de cette dernière. L'inverse semble toutefois possible. V. *infra*, n° 240 et 588.

(3) Loi n° 1183 du 23 décembre 1985 portant promulgation du Code civil de la République du Paraguay, article 17 ; v. R.87.469.

(4) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1304 ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, n° 133 ; Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse, Rennes, 1949, n° 179 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 551, 7ème éd.

(5) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *op. cit.*, n° 140 à 143.

85.- On considère en effet que les rapports entre le porteur et la société émettrice restent dans la dépendance de la *lex societatis* (1). Car ils conditionnent l'organisation de la société elle-même et de ses relations internes. De manière plus précise, la soumission de la créance incorporée dans le titre à la *lex societatis*, s'agissant des rapports entre cette dernière et les porteurs, semble correspondre à la compétence de la loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique, dont l'objet est l'émission, la gestion et le suivi des titres. Logiquement, les autres relations, et notamment celles qui mettent en présence les porteurs successifs du titre, devraient continuer à être gouvernées par la *lex rei sitae*. Pourtant, cette répartition des compétences a été battue en brèche, en fonction de trois raisons différentes.

86.- Tout d'abord, le titre peut émaner d'une émission à l'égard de laquelle la société émettrice a expressément choisi la loi applicable (2). Dès lors, et en dépit de son incorporation dans le titre, la créance n'est plus autonome (3), son existence est tributaire des décisions prises par les assemblées d'actionnaires (4), et il serait fâcheux de permettre une atomisation du régime des

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, LGDJ, n° 551, 7ème éd., à propos de Cass. 25 janv. 1966 *Royal Dutch*, R.66.238 note Ph. FRANCESKAKIS, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN, J.66.631 note J.-D. BREDIN : “il ne reste plus entre les mains du porteur qu'un papier sans valeur - par où il apparaît qu'il s'agit proprement d'un bien incorporel lequel n'est traité comme corporel qu'à un point de vue subordonné”. Dans le même sens, v. J. FOYER, *Rep. Dalloz, Droit international, v° Valeurs mobilières*, n° 143. Selon M. Y. LOUSSOUARN, note préc., la question n'était pas de savoir “si la loi de la collectivité émettrice s'appliquait aux actionnaires étrangers, mais de rechercher si cette disposition qui, d'une manière ou d'une autre, accroît ou réduit les droits des porteurs, devait être considérée comme une loi régissant les relations de la société avec ses membres”. La qualification des lois doit alors s'effectuer, selon M. Y. LOUSSOUARN, non en fonction des raisons invoquées par leurs auteurs, mais selon leurs résultats.

(2) Il est toutefois rare que le titre contienne la désignation de la loi applicable à l'émission. La C.C.I. se prononce en faveur de la compétence de la loi autorisant l'émission, sous réserve de sa combinaison avec la *lex loci solutionis*. Ce rattachement se manifeste avec vigueur lorsque la personne morale émettrice est une personne de droit public. Il en est différemment lorsque l'émission est assurée, placée et gérée par un pool bancaire. Enfin, le titre relève toujours d'une loi nationale. V. en ce sens Cass. 21 juin 1950 *Messageries maritimes*, D.51.749 note J. HAMEL, R.50.609 note H. BATIFFOL, JCP.50.II.5812 note J. Ph. LÉVY, S.52.I.1 note J.-P. NIBOYET.

(3) La loi organique est compétente à l'égard de la procédure d'émission. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 22. Il est nécessaire, en effet, que l'émission ait une unité, ce qui rend inconcevable l'application, en la matière, du système de la pluralité des rattachements propre aux lettres de change.

(4) Il est possible que la *lex societatis* prévoie des formalités supplémentaires, s'agissant de la cession par tradition, en imposant une notification, qui doit lui être adressée. V. Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse, Rennes, 1949, n° 179 ; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 136 sq. ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 48.

titres, en rendant celui-ci tributaire de l'aléa résultant du franchissement des frontières.

87.- Ensuite, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'annulation des titres décidée par la collectivité émettrice montre non seulement que la *lex rei sitae* a été écartée au profit de la *lex societatis*, mais aussi et surtout que la *lex rei sitae* n'assume aucune fonction de loi de police. Pourtant, l'application de la loi de situation du titre, associée à la réglementation des investissements étrangers (1), pourrait effectivement comporter une mission de police du marché boursier. Cette hypothèse était d'ailleurs traditionnellement enseignée, et la créance incorporée dans le titre ayant un *situs*, l'existence d'un lien de rattachement avec le for, condition de mise en œuvre des lois de police, ne risquerait pas de faire défaut.

Néanmoins, la Cour de cassation a condamné une telle analyse par son arrêt *Royal Dutch* du 25 janvier 1966 (2). Elle accepta en effet que fussent appliqués à des titres au porteur situés en France les arrêtés royaux E. 100 entraînant l'annulation des titres qui n'auraient pas été présentés à la société émettrice, passé un certain délai, en tant que dispositions de la *lex societatis*.

(1) Dont le contenu a été considérablement allégé depuis la circulaire du 27 mai 1987. V. *infra*, n° 424 *sq.* Sur la réglementation relative à l'introduction en France de titres émis par des sociétés étrangères, dont le siège est situé sur le territoire d'un Etat étranger, v. le décret du 4 août 1949, section III ; v. G. RIPERT et P. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11ème éd., LGDJ., 1988, n° 1744. En cas d'appel public à l'épargne s'adressant à des personnes résidant en France, des conditions rigoureuses de publicité doivent être respectées (par exemple, publicité au BALO.), en raison de l'uniformité nécessaire des conditions de bourse. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 31. Sur l'admission des valeurs étrangères en SICOVAM., v. aussi O. MOREAU-NÉRET, *Les valeurs étrangères*, Sirey, 1956, spéc. n° 232 ; R. HOUIN, *La revendication des titres en SICOVAM. en cas de faillite*, RTDCom.61.41. Le Code *Bustamante* de 1928 comportait un système similaire (article 250). Sur ce Code, v. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 36.

(2) Cass. 25 janv. 1966 *Royal Dutch*, R.66.238 note Ph. FRANCESKAKIS, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN, J.66.631 note J.-D. BREDIN ; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 43, 44 et 143. V. aussi, sur l'appréhension des mesures d'expropriation étrangères, Y. LOUSSOUARN, *Du nouveau dans la protection des actionnaires français victimes des mesures de dépossession algériennes*, D.64.doctr.279. Les mesures néerlandaises éliminaient le jeu classique de la règle de conflit de lois, en raison de leur caractère, en réalité, unilatéral.

Il est indéniable que le litige touchait à l'organisation interne de la société, la composition de son capital, et ses relations avec ses actionnaires. Cependant, il eût été possible de paralyser le jeu de la loi néerlandaise, non en recourant à la technique de l'ordre public international, mais en reconnaissant à la loi française, prise en tant que *lex rei sitae* des titres, compétence pour fixer leur sort. La loi française aurait ainsi pu être opposée aux mesures néerlandaises entraînant l'annulation des titres, en ce que celles-ci perturbaient la sécurité du crédit sur le territoire français.

Or, on peut déduire de l'arrêt *Royal Dutch* de la Cour de cassation en date du 25 janvier 1966, en ce qu'il a appliqué purement et simplement les arrêtés royaux E. 100, le rejet de la thèse selon laquelle la compétence de la *lex rei sitae* s'expliquerait par sa fonction de loi de police (1).

88.- Enfin, la compétence de la *lex rei sitae* est contestable, voire remise en cause, lorsque le titre dans lequel la créance était incorporée, est dématérialisé (2), et privé de la sorte de tout *situs*. Excepté le cas des titres émis par des sociétés étrangères dont la loi continue de connaître les titres au porteur vifs, et des certificats représentatifs d'actions au porteur exclusivement des-

(1) Sur cette conception, v. *supra*, n° 77 sq.

(2) V. A. PIÉDELIÈVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, Etudes de JUGLART, *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle*, p. 55, LGDJ., Monchrestien, Editions Techniques. V. aussi Jean FOYER, *La dématérialisation des valeurs mobilières en France*, Etudes G. FLATTET, Payot, Lausanne, 1985, p. 21. La dématérialisation des valeurs mobilières a été décidée par une loi du 30 décembre 1981. Le support papier est ainsi mis à l'écart. Seule, une inscription en compte peut attester, en tant que preuve, l'existence du titre. L'action « au porteur » est anonyme en ce que l'inscription sur le registre de la société ne mentionne pas le nom du titulaire. Sur le titre au porteur identifiable, v. l'article 263 al. 1 L. 24 juill. 1966. La loi du 30 décembre 1981 a ainsi parachevé le mouvement commencé avec les lois du 2 février 1941 et des 14 février et 8 mars 1942, ayant prévu le dépôt obligatoire à l'ancienne CCDVT., remplacée avec le décret du 4 août 1949 par la SICOVAM., des actions au porteur cotées en bourse. Cependant, continuent d'**échapper** à la dématérialisation : les actions des sociétés qui seraient radiées de la cote, ou qui cesseraient de figurer sur la liste du hors cote (v., dans un tel cas, l'art. 111-1 L. fin. pour 1984, complétant l'art. 94-I L. 30 déc. 1981 - al. 5, qui prévoit un délai de six mois pour procéder à la conversion, suivi d'un délai d'un an pour effectuer la vente), et, surtout, les **certificats** représentatifs destinés à l'étranger (article 7 Décret du 2 mai 1983), la décision de création de tels certificats appartenant à la SICOVAM., à la demande des sociétés dont les titres sont cotés sur une place étrangère, ou dont les titres circulent en nombre appréciable à l'étranger.

tinés à circuler à l'étranger (article 7 Décret du 2 mai 1983) (1), qui, parce qu'ils ne sont pas dématérialisés, continuent de relever de la compétence de la *lex rei sitae* dans les rapports entre les cessionnaires successifs, la disparition du *situs* rend la mise en œuvre de la loi du lieu de situation artificielle, voire impossible. Nous retrouvons ainsi la difficulté précédemment soulevée à propos des lettres de change-relevé (2) ou de l'enrichissement sans cause résultant de virements informatiques de compte à compte (3). Le mouvement de dématérialisation prive de signification concrète le rattachement au lieu, de paiement ou de situation. Il paraît préférable de lui substituer le rattachement au lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, à savoir, en matière d'action au porteur, le lieu du siège de la collectivité émettrice, en matière de lettre de change-relevé, le lieu du siège du banquier payeur et, en matière d'enrichissement sans cause dû à des erreurs de virements informatisés, le lieu du siège de la banque débitrice de l'obligation de restituer. La solution proposée présente de surcroît l'intérêt d'éliminer les rivalités entre la *lex rei sitae* et la *lex societatis*, source de dépeçage de l'action au porteur (4).

En somme, la *lex rei sitae* ne tient plus qu'un rôle subsidiaire, en dépit de l'incorporation initiale de la créance dans le titre, tant en fonction du mouvement de dématérialisation, qu'en raison de la compétence élargie de la *lex societatis*, l'aspect collectif de l'émission prévalant sur la situation individuelle du porteur du titre.

En revanche, la *lex rei sitae* garde une compétence certaine envers les créances incorporées dans un warrant.

(1) Du moins tant qu'ils ne sont pas rapatriés en France, car une telle opération conduit soit à leur inscription en compte, soit à leur disparition faute d'inscription.

(2) V. *supra*, n° 64.

(3) V. *supra*, n° 72.

(4) La compétence d'une loi unique paraît préférable, car elle permet d'éviter le dépeçage du titre. Mais les divergences apparaissent lorsqu'il faut trancher entre la *lex rei sitae* et la *lex societatis*. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1304, se prononçait, par exemple, pour la compétence d'ensemble de la *lex rei sitae*. Au contraire, Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse, Rennes, 1949, n° 148-149, lui préfère la compétence de la *lex societatis*. Cette dernière présente en effet l'avantage de cumuler les titres de compétence : en tant que loi de la source et loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique. De surcroît, la *lex rei sitae* permet plus facilement que la *lex societatis* le conflit mobile.

_- Warrant

89.- Le warrant est un titre de nature cambiaire qui constate l'incorporation d'une créance liée à la mise en gage de biens mobiliers (1). Il possède une nature hybride qui le fait osciller entre effet de commerce et gage. L'endossement du warrant transmet la créance incorporée dans le titre, à l'instar de l'endossement d'une lettre de change. Mais l'endossement du warrant transfère, de surcroît, un droit réel constitutif d'un gage. La créance peut dès lors être susceptible de connaître des lois différentes. L'aspect réel du warrant mène à l'application de la *lex rei sitae*, alors que sa nature cambiaire laisse une certaine place à la *lex loci solutionis* et à la loi d'autonomie, dans la mesure où les Conventions de Genève de 1930 et 1931 ne traitent pas du warrant (2).

90.- La forme du titre impose enfin un départ délicat entre la *lex rei sitae* (notamment au sujet de la protection des tiers, la *lex rei sitae* étant susceptible d'assurer une fonction d'information), et la *lex loci actus* (s'agissant des formes intrinsèques de l'acte) (3).

En somme, la compétence de la *lex rei sitae* tient à la fois à l'incorporation de la créance dans le titre, et aussi à la fonction d'information des tiers qu'elle est susceptible de réaliser, contribuant de la sorte à la protection et à la sécurité du crédit. Le mécanisme de l'incorporation permet ainsi de reconnaître à la créance une autonomie, dont la mise en œuvre est toutefois tributaire du respect d'autres intérêts (intérêt des tiers, protection du crédit). A l'instar de ce que nous avons montré précédemment en matière d'effets de commerce et de titres au porteur, le ti-

(1) V. J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Warrant* ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 704 sq. Cet auteur proposait d'appliquer au warrant le même raisonnement qu'en matière de biens mobiliers corporels (v. n° 1166, 1179, 1196 et 1306).

(2) V. J.-D. BREDIN, *op. cit.*, n° 3, qui propose d'aligner le droit commun sur le droit conventionnel des effets de commerce, notamment quant à l'étendue de l'obligation des divers signataires (loi du lieu de déclaration), au protêt (*Lex loci actus*), et aux modalités de paiement (*lex loci solutionis*).

(3) V. J.-D. BREDIN, *op. cit.*, n° 5.

tre ne suffit pas, à soi seul, à déclencher l'application de la *lex rei sitae* (1).

Enfin, et bien qu'il n'y ait pas d'incorporation de la créance dans un titre, la *lex rei sitae* est considérée comme compétente à l'égard des créances nées d'un bail immobilier.

2. Créances portant sur un immeuble

91.- L'hypothèse envisagée est d'abord celle du bail immobilier. Bien que le droit du preneur soit en principe un droit de créance, un droit personnel, dont la jouissance est tributaire du bailleur, on considère, en raison de la force d'attraction du lieu de la situation de l'immeuble, qu'il convient d'appliquer la *lex rei sitae* (2), l'emplacement de l'immeuble tenant lieu de *situs* de la créance. L'immeuble loué constitue l'élément essentiel du contrat de bail, permet la localisation de la créance sans la moindre hésitation, et rend impossible tout conflit mobile.

Si l'on compare ce rattachement avec celui de la source de la créance ou celui du débiteur de la prestation caractéristique, on remarque que le critère de la source, en l'absence de choix de la loi applicable, conduit au même résultat (3), alors que la référence au domicile du débiteur de la prestation caractéristique, en l'espèce, le bailleur (4), est susceptible de mener à une solution différente, lorsque le bailleur a son domicile ou son siège sur le territoire d'un autre Etat.

(1) V. *supra*, n° 81.

(2) V. A. SCHNITZER, *La loi applicable aux contrats*, R.55.459, n° 24 ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 2, 3ème éd., Paris, 1958, n° 107 ; R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*, n° 42 sq .

(3) Selon la jurisprudence (v. par exemple Cass. 22 juill. 1986 *Soc. Lingemann*, R.88.56 note H. BATIFFOL), et en l'absence de dispositions conventionnelles, le contrat est localisé par le juge au lieu d'exécution des obligations. Or, celui-ci est centralisé au lieu de situation de l'immeuble. V. en ce sens, Cass. 31 mai 1932 *Carathéodory*, S.33.I.17 note J.-P. NIBOYET, R.34.909. Cet arrêt était relatif à un bail d'immeuble situé à Constantinople et consenti à l'Etat français par un sujet ottoman. Les juges du fond avaient déclaré applicable la loi française au motif que toute personne privée qui traite avec un Etat souverain se soumet par là-même aux lois de cet Etat. Il s'agissait donc d'un **contrat d'Etat** dont l'objet était un bail immobilier. V. aussi E. MOKHTAR BEY et Ch. GAVALDA, *Problématique juridique du leasing international*, GP.79.doctr.I.143, n° 12. Sur les contrats d'Etat, v. *infra*, n° 370 sq .

(4) En ce sens, A. SCHNITZER, *La loi applicable aux contrats*, R.55.459, n° 24 ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 2, 3ème éd., Paris, 1958, n° 107 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 576.

92.- Une telle hypothèse est parfaitement concevable s'agissant d'un bailleur dit « institutionnel » (1), ayant un parc immobilier important à travers le monde. Il semble toutefois préférable d'éviter l'application d'une loi autre que celle du lieu de situation de l'immeuble, la loi locale pouvant contenir des dispositions impératives, de nature à être qualifiées de lois de police. Si le bailleur est en réalité une filiale appartenant à un groupe de sociétés, la loi de son siège coïncidera avec celle du lieu de situation de l'immeuble. Il existe ainsi un intérêt évident à faire coïncider la *lex contractus* avec la *lex rei sitae*, sous peine de voir le jeu de la loi d'autonomie paralysé par l'intervention des mesures de police du lieu de situation de l'immeuble.

La fonction de police assignée à la *lex rei sitae* par certains auteurs (2), déniée implicitement par la jurisprudence en matière de titres au porteur (3), réapparaît ainsi avec les créances issues de baux immobiliers.

93.- L'attraction de la loi de situation de l'immeuble s'étend ensuite aux créances issues, non d'un bail immobilier, mais d'un contrat d'entreprise ayant pour objet un immeuble (4). En effet, la loi d'autonomie risque, là encore, de se heurter aux dispositions de police du lieu de situation de l'immeuble. Enfin, la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique ne coïncidera pas avec la *lex rei sitae*, dès lors que le *locator operis* (5) aura son siège sur le territoire d'un

(1) Exemples : groupe d'assurance, établissement de crédit, etc.

(2) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 637 sq. ; du même auteur, v. *Les lois de police étrangères*, J.81.277 ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1217 ; v. *supra*, n° 77.

(3) V. *supra*, n° 87.

(4) V. R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*, n° 50 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 586, qui considèrent que la présomption de soumission à la loi du lieu de situation de l'immeuble vaut aussi pour les contrats non créateurs de droits réels. *Contra*, Rabat 17 mai 1930, J.31.672, ayant écarté l'application de la *lex rei sitae* à un contrat d'entreprise ayant pour objet un immeuble, en se fondant sur l'interprétation de la volonté des parties. Par la suite, la Cour de cassation a soumis à la *lex rei sitae* tout ce qui touche au droit réel, laissant le reste au jeu de la loi d'autonomie. V. Civ.1 21 juill. 1987, D.88.Somm. obs. B. AUDIT. Enfin, la jurisprudence récente localise le contrat d'entreprise portant sur un immeuble en fonction du lieu de celui-ci, qui correspond au lieu d'exécution. V. Paris 22 nov. 1980, J.81.585 note Ph. KAHN ; Civ.1 15 juin 1982, D.83.150 note B. AUDIT.

(5) Qui est le débiteur de la prestation caractéristique ; v. R. DAYANT, *op. cit.*, n° 50.

Etat différent de celui du lieu de situation de l'immeuble.

En somme, le motif de la compétence de la *lex rei sitae* en matière de créances issues de contrats portant sur des immeubles a quelque peu évolué. Traditionnellement lié à la force d'attraction de la situation de l'immeuble, il dépend davantage, actuellement, de la teneur des lois applicables, par où il apparaît que la *lex rei sitae* est susceptible, en l'espèce, de réaliser des fonctions assignées aux lois de police.

94.- Conclusion du paragraphe. La part prise par le lieu, d'émission, de paiement ou de situation, dans l'élaboration de la règle de conflit de lois, se révèle assez décevante, alors que, traditionnellement, on considérait que les créances, par analogie avec les biens mobiliers corporels, devaient obéir à la *lex rei sitae* (1).

Certes, l'incorporation de la créance dans un titre lui confère un *situs*, et lui assure une certaine autonomie par rapport à la source. Mais l'autonomie ainsi conquise ne conduit pas nécessairement à la compétence de la *lex rei sitae*, en dépit de ce que commanderait l'assimilation partielle, induite de l'incorporation, avec les biens mobiliers corporels.

D'une part, la *lex rei sitae* est évincée au profit de la compétence concurrente de la loi du lieu d'émission et de la *lex loci solutionis*, lorsque le titre a essentiellement une fonction de paiement (2).

De l'autre, son déclin est étroitement lié au processus de dématérialisation des valeurs mobilières, de sorte que les actions au porteur obéissent à la *lex societatis*, quelles que soient les relations analysées (3). La *lex rei sitae* ne se voit reconnaître qu'une compétence résiduelle, limitée aux hypothèses où la loi tolère, exceptionnellement, le maintien de titres au porteur vifs.

Enfin, continuent d'être gouvernées par la *lex rei sitae* les créances nées de contrats por-

(1) V. *supra*, n° 23.

(2) V. *supra*, n° 73.

(3) V. *supra*, n° 88.

tant sur des immeubles (louage de chose et louage d'ouvrage), en dépit de l'absence de toute incorporation de la créance dans un titre, mais en considération, traditionnellement, de la force d'attraction de l'immeuble et, actuellement, de la teneur des lois du lieu de situation de l'immeuble, la *lex rei sitae* pouvant concourir à assurer une fonction de loi de police (1).

On constate donc que l'application de la *lex rei sitae* est détachée de l'incorporation de la créance dans le titre, l'idée d'un statut réel des créances paraissant dès lors révolue (2).

Au vide ainsi laissé par le lieu de situation, a été substituée, en tant que règle générale, la compétence de la loi de la source.

§ 2.- La source

95.- La source de la créance, prise en tant que solution du conflit de lois, doit être identifiée. L'identification du principe permet de délimiter son champ d'application. Mais elle annonce également, par l'exposé de sa structure, un certain nombre de difficultés.

96.- Identification. La règle est simple à formuler : pour connaître la loi applicable à une créance, il suffit de déterminer celle qui gouverne sa source. Ainsi, la créance née d'un contrat sera soumise à la *lex contractus* (3). Le rattachement de la créance à sa source permet de pallier son absence de situation dans l'espace, la méthode savignienne commandant néanmoins de déterminer le siège du rapport de droit dans l'espace afin d'en déduire la loi applicable (4). Il serait de plus respectueux de l'idée selon laquelle on ne peut séparer une créance de sa source.

(1) V. *supra*, n° 91 *sq.*

(2) Sur cette idée, v. *supra*, n° 23.

(3) La soumission de la créance à la loi de la source rend nécessaire le choix entre les méthodes objective ou subjective de détermination de la loi applicable au contrat. Sur cette question, v. *supra*, n° 12.

(4) V. *supra*, n° 28.

En effet, il peut paraître artificiel de dissocier l'effet de sa source (1). Ceci entraîne deux séries de conséquences, négative et positive, sur le plan du droit international privé. D'une part, le refus d'une loi propre à la créance ; de l'autre, l'affirmation de la compétence de la loi de la source.

Identifié, le principe doit être alors délimité.

97.- Délimitation. Le droit international privé français contemporain, sous l'influence de la doctrine (2), soumet de multiples créances à la loi de leur source. La position de la France est toutefois relativement isolée dans la mesure où d'autres systèmes retiennent la compétence de la loi du domicile du débiteur (3).

Un arrêt *Total Afrique* rendu par la Cour de cassation le 1er juillet 1981 (4) a formulé, de manière générale, le principe de l'application aux créances de la loi de leur source. La loi de la source a ainsi été déclarée applicable aux créances issues d'un cautionnement (5), d'un contrat de louage de chose (6), d'un crédit-documentaire (7), d'une garantie à première demande (8),

(1) V. *supra*, n° 24 ; v. en ce sens, J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, chap. VII, sect. III, p. 669 ; Ph. KAHN, note sous Paris 11 févr. 1969, J.69.918, R.70.459 note R. DAYANT, D.70.552 note Ch. LARROUMET.

(2) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, chap. VII, sect. III, p. 670 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 539 *sq.* ; E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Nationalisation*, n° 39 ; H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 3 ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 4 *sq.* ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 111.

(3) V. *infra*, n° 196 *sq.*

(4) Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH. M. P. LAGARDE estime toutefois, *in note préc.*, que la créance doit être considérée “*comme localisée, de ce point de vue, dans chacun des pays où le débiteur a des biens saisissables*” (v. n° 11), ce qui mène à l'ubiquité des créances. Sur cette notion, v. *infra*, n° 252 *sq.*

(5) V. Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique* *préc.* ; Cass. 15 févr. 1972 *Atard*, R.73.77 note H. BATIFFOL, RTDCom. 73.417 obs. Y. LOUSSOUARN ; Abidjan 7 janv. 1966, J.72.882 note Ph. FRANCESKAKIS. V. cependant Cass. 2 mars 1970 *Tenouji*, R.71.251 note H. BATIFFOL, qui admet que le contrat de cautionnement puisse obéir à une loi distincte de celle qui gouverne la créance garantie. Pour l'admission d'une loi propre au cautionnement, v. Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cautionnement*, n° 5 *sq.* ; Ph. SIMLER, *Le cautionnement*, Litec, 1982, n° 48 et 875.

(6) V. E. MOKHTAR BEY, *Le leasing international*, RJC.82.165.

(7) La créance du bénéficiaire est régie par la loi de la source immédiate, c'est-à-dire la loi de la banque apéritrice. V. l'article 10 des Règles uniformes de la CCI. V. aussi J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, Paris, 1957, n° 115.

d'une convention d'affacturage (1).

98.- Ont, de même, été soumises à la loi de leur source les créances incorporées dans des titres au porteur (2), se rattachant au fait juridique que constitue le décès d'une personne (3), ou issues d'un contrat de travail (4), de mariage (5), de vente (6), d'Etat (7), de représentation commerciale (8),

(8) V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, RTDCom.80.1 ; Y. POULLET, *Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers*, in *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Colloque de Tours, Feduci, 1980 ; M. VASSEUR, *Rapport de synthèse, ibidem*, p. 337, n° 12 ; G. KEGEL, *Les opérations de banque en droit international privé allemand*, in *Mélanges R. SCHMIDT*, p. 646 ; J. STOUFFLET, *La garantie bancaire à première demande*, J.87.265.

La créance du bénéficiaire est régie par la loi de sa source immédiate, c'est-à-dire la loi de la garantie elle-même, et non la loi de l'opération garantie. V. *infra*, n° 130.

(1) Les créances de la société d'affacturage et de l'adhérent à l'encontre de celle-ci sont régies par la loi de la convention d'affacturage. V. B. CASSANDRO-SULPASSO, *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?*, RTDCom.84.639. V. aussi Trib. com. Paris 15 janv. 1975, RTDCom.75.889 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, RJC.75.305 note Y. DESDEVISES ; Trib. com. Paris 10 déc. 1976, RJC.78.45 note Y. DESDEVISES ; Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring*, n° 9 sq. La loi applicable sera donc, à défaut de choix, celle du lieu où la société d'affacturage a son siège. V. *infra*, n° 665.

(2) V. Cass. 25 janv. 1966 *Royal Dutch*, R.66.238 note Ph. FRANCESKAKIS, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN, J.66.631 note J.-D. BREDIN et Cass. 17 oct. 1972, R.73.520 note H. BATIFFOL, Rev.soc.74.127 note J.-L. BISMUTH ; v. *supra*, n° 85.

(3) Dans la mesure où l'on soumet la succession mobilière à la loi du lieu où le fait juridique du décès est survenu. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 637 ; sur la signification de ce rattachement, v. J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, *Economica*, 1986, n° 124 sq. ; v. *infra*, n° 547 sq.

(4) V. l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; v. H. GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international européen des contrats*, RTDE.81.215 ; du même auteur, *La loi applicable au contrat de travail international*, in *La Semaine juridique*, n° 28 / 29, 17 juillet 1986, *Les relations internationales de travail*, Cahiers de droit de l'entreprise ; P. FIESCHI-VIVET, *La règle de conflit de lois applicable au contrat de travail international*, D.87.chron.255, qui se prononce pour une règle de conflit de lois unitaire associant la loi d'autonomie à celle du lieu d'exécution ; sur le contrat de travail, v. *infra*, n° 231, 304 et 514.

(5) Le contrat de mariage, depuis la consultation de Ch. DUMOULIN le classant parmi les contrats, relève de la loi d'autonomie et, à défaut de choix, est soumis à la loi du premier domicile conjugal. V. Cass. 5 mai 1953 *Dulles*, R.53.789 note H. BATIFFOL, J.53.658 note J.-B. SIALELLI ; Cass. 31 janv. 1968 *Degano*, R.68.680 note A. PONSARD ; v. *infra*, n° 559 sq.

(6) V. la Convention de La Haye du 15 juin 1955 relative à la loi applicable à la vente d'objets mobiliers corporels ; v. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, in *Mélanges L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, 1964, p. 313. V. *infra*, n° 504.

ou encore, se rattachant au fonctionnement d'une convention d'ouverture de crédit (1), ou d'une convention de dépôt bancaire (2). La même solution a été appliquée aux créances délictuelles ou quasi-délictuelles (3), et, par le passé, aux créances alimentaires (4).

(7) V. Cass. 31 mai 1932 *Carathéodory*, S.33.I.17 note J.-P. NIBOYET, R.34.909 ; J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 44 sq. V. *infra*, n° 370 sq.

(8) V. Versailles 17 sept. 1986, RJC.87.149 note P. de FONTBRESSIN : “*S'agissant de la loi applicable à un contrat de représentation commerciale, il ne saurait être possible de se fonder exclusivement sur la pratique commerciale. En l'absence d'écrit, donc de rattachement formel à un ordre juridique donné, il y a lieu de déduire des indices de localisation retenus que les parties se sont rattachées à la législation du domicile du représenté, plutôt qu'à celle du lieu d'exécution de l'activité du représentant, solution au demeurant conforme à la tendance actuellement dominante en droit international* ” (!) ; *contra*, v. la Convention de La Haye du 14 mars 1978 relative à la loi applicable aux contrats de représentation.

V. aussi H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 603, qui proposent de soumettre à une même loi le mandat et l'acte qui sera formé en vertu du pouvoir de représentation ; *contra*, v. R. de QUÉNAUDON, *Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire*, R.84.413, qui défend l'autonomie de la représentation volontaire.

Du point de vue de leur localisation, sont assimilés aux contrats de louage ou de vente, par la doctrine, les contrats de propriété industrielle ; v. M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, Litec, 1986, n° 287 et 332 sq., qui critique cette classification, et préfère se fonder sur la notion d'exploitation du droit.

(1) V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, RTDCom.80.1 ; M. VASSEUR, note sous Com. 18 mars 1986 et Paris 26 mars 1986, D.86.374, n° 16.

(2) V. TGI. Paris 8 et 12 mars 1985, B.85.409 note J.-L. RIVES-LANGE.

(3) Les créances délictuelles sont localisées en fonction du lieu de survenance du fait juridique. V. Cass. 25 mai 1948 *Lautour*, R.49.89 note H. BATIFFOL, D.48.357 note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, S.49.I.21 note J.-P. NIBOYET, JCP.48.II.4532 note M. VASSEUR. V. dans le même sens, l'article 10 al. 1 du projet de Convention CEE. sur les obligations extracontractuelles : “*Les obligations non-contractuelles dérivant d'un fait dommageable sont régies par la loi du pays où ce fait s'est produit* ”. Sur ce texte, v. R. VANDER ELST, *Projet de convention CEE. sur la loi applicable. Obligations non contractuelles*, RTDE.75.187. *Contra*, v. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 46, qui estime, à propos des créances extracontractuelles, qu'on “*doit écarter le principe de rattachement " indirect " à la loi de la relation juridique sous-jacente* ”. V. *infra*, n° 150 sq.

Sur l'enrichissement sans cause, v. *supra*, n° 70 sq.

(4) V. J. DEPREZ, *Les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires*, R.57.371, spéc. p. 383, n° 16, qui rejette l'idée d'une conception individualiste du lien alimentaire. Il rattache les créances alimentaires à la loi de leur source, c'est-à-dire à la loi des effets du mariage, la “*loi familiale*” pour la famille légitime, la loi de la filiation pour la famille naturelle et la loi de l'adoption pour la famille adoptive. V. aussi M. SIMON-DEPITRE, *L'obligation alimentaire en droit international privé*, Paris, 1983. Pour l'**autonomie** de la créance alimentaire, v. Cass. 28 oct. 1986, R.87.745 note M. SIMON-DEPITRE ; v. *infra*, n° 220 et 540.

99.- Ce bref inventaire confirme l'idée que la loi de la source constitue, en droit international privé français, le principe général de détermination de la loi applicable aux créances, quelle que soit leur nature, contractuelle ou extracontractuelle. Certes, la forme de la créance, ou la finalité du titre auquel elle est incorporée, infléchissent parfois la compétence de la loi de la source, au profit de rattachements propres (1). Mais cela ne constitue qu'un nombre restreint de solutions divergentes, de telle sorte que celles-ci restent de simples exceptions apportées à la compétence de principe de la loi de la source.

Toutefois, en dépit de la généralité du rattachement des créances à la loi de leur source, et de son succès rencontré en droit international privé français, l'analyse de la structure du rattachement conduit à s'interroger sur sa simplicité, plus apparente que réelle.

100.- Structure. Dire que la loi de la source est applicable aux créances sans autre précision n'est pas déterminatif, à soi seul, de la loi applicable (2). L'idée évoque une direction, esquisse une solution, mais, surtout, conduit à déplacer la difficulté d'un cran. Quelle sera la loi de la source ?

On pourrait, en un sens, considérer qu'il s'agit d'une fausse règle de conflit de lois, exprimant la négation d'une loi propre applicable aux créances. Or, l'existence d'une règle de rattachement implique toujours, pour le rapport de droit considéré, la possibilité d'être régi par une loi spécifique. A la négation d'une loi propre correspond celle d'une règle de conflit de lois spécifique. La question de la loi applicable aux créances n'est, en réalité, que celle du domaine de la loi de la source, la détermination de celle-ci restant en suspens. Ainsi que l'écrivait M. Hage-Chahine, "*Une vraie règle de conflit de lois est celle qui contient une indication* " (3).

101.- Aux critiques d'ordre méthodologique ainsi formulées doivent, de surcroît, être ajoutées des réserves liées à l'analyse du rattachement des créances à la loi de leur source.

Le rattachement des créances à leur source suppose connus deux éléments :

(1) Exemples : les effets de commerce, les factures protestables, les titres au porteur vifs ; v. *supra* , n° 46 *sq* .

(2) Selon J.-L. BISMUTH, note sous Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique* , R.soc.82.878 *sq* ., le rattachement des créances à la loi de leur source peut donner aux parties l'occasion de réaliser une fraude à la loi lorsqu'un Etat nationalisant entend appréhender lesdites créances, en les considérant localisées sur son territoire, en fonction, non de la loi de la source, mais du lieu du siège du débiteur. Sur les nationalisations, v. *infra* , n° 238 *sq* .

(3) F. HAGE-CHAHINE, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, spéc. p. 316, n° 17.

- o la source à laquelle il convient de rattacher la créance ;
- o le mode de détermination de la loi de la source.

Certes, il est des cas où la détermination de la source à laquelle il convient de rattacher la créance ne pose pas de difficultés sérieuses. Par exemple, la créance découle d'un contrat de vente banal, exécuté en un trait de temps, qui ne s'insère pas dans un ensemble contractuel complexe, comprenant une convention cadre assortie de contrats annexes d'exécution, de garantie et de financement. Ou bien la créance, d'origine délictuelle, procède d'un délit dont la localisation correspond également à celle du dommage subi par la victime.

Néanmoins, l'imaginaire juridique élabore sans fin des formules contractuelles de plus en plus complexes, notamment dans le cadre du commerce international, et il est parfaitement concevable que des créances, issues de sources formellement ou matériellement distinctes, participent d'une même opération d'ensemble.

102.- Soit le cas d'un ensemblier qui s'engagerait à fournir à une société publique d'un Etat en voie de développement l'édification et la mise en fonction d'un complexe industriel ou commercial. Il se protégerait contre le risque d'insolvabilité de l'acquéreur en lui demandant de contracter un crédit-acheteur. Parallèlement, la société publique, ayant grand intérêt à la bonne réalisation du contrat d'entreprise, exigerait de la part de son cocontractant qu'il conclût une garantie à première demande. En présence d'un tel montage contractuel, la question de savoir à quelle source conviendrait-t-il de rattacher la créance de l'acheteur issue de la garantie à première demande ne manquera pas de se poser. Doit-on, afin de connaître la loi applicable, rattacher la créance au contrat d'entreprise ou à la garantie à première demande ? Et dans l'hypothèse où la garantie serait en réalité un cautionnement, pourrait-on dire que celui-ci est, sur le plan du conflit de lois, autonome, dès lors dissociable du reste des relations contractuelles et, principalement, de la loi applicable au contrat d'entreprise ou, au contraire, qu'il importe d'appliquer la loi régissant l'opération garantie ?

103.- Une première réflexion peut laisser penser que la réponse réside dans le critère de l'accessoire. Selon cette théorie, l'accessoire doit suivre le même régime que celui qui est applicable au principal, de sorte que la garantie, contrat accessoire à la créance issue du contrat principal, doit être gouvernée par la loi du contrat principal.

Or, s'il est un point sur lequel la doctrine et la jurisprudence s'accordent, c'est bien celui qui consiste à écarter un tel raisonnement en matière de garantie à première demande (1). En revanche, ce procédé est admis, en son principe, s'agissant du cautionnement (2). Dès lors, le critère fondé sur la distinction du principal et de l'accessoire ne paraît pas suffisamment opératoire.

L'exemple tiré du contrat d'entreprise ayant pour objet la livraison d'un ensemble clé ou produit en mains, complété par des contrats annexes (garanties, etc.), n'est pas isolé. Le même constat peut être dressé à propos des contrats de crédit-bail immobilier (3), à exécution successive (4), des contrats d'Etat (5), d'émission d'emprunts internationaux confiée à un pool bancaire (6), etc.

104.- Le rattachement de la créance à la loi de la source, justifié en partie par l'idée qu'on ne pourrait soumettre à des lois différentes des créances distinctes issues d'un même contrat, ne

(1) La solution est dictée par le caractère autonome de la garantie à première demande par rapport à l'opération garantie. La dissociation des causes permet d'en renforcer l'efficacité. Sur la question, v. *infra*, n° 328.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, obs. sous Cass. 15 févr. 1972 *Atard*, RTDCom.73.417 : “*La Cour suprême reprend la tendance pleinement justifiée consistant à tenir compte du lien existant entre deux contrats pour soumettre le contrat accessoire à la loi régissant le contrat principal. En l'espèce, elle détermine la loi du cautionnement en se référant à la loi régissant la dette principale qu'il avait pour objet de garantir*”.

Cette solution conduit à soumettre à une même loi les créances issues des contrats accessoire et principal. V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 14.

Est ainsi appliquée à la créance la loi de la source **médiate**, la raison d'être de cette règle pouvant être expliquée de la façon suivante : le fait générateur de la créance issue du cautionnement est lié à l'exécution défectueuse du contrat principal.

(3) V. *infra*, n° 124.

(4) V. *infra*, n° 347.

(5) V. *infra*, n° 370.

(6) V. *infra*, n° 333.

permet pas, en réalité, d'éliminer le dépeçage (1).

De plus, l'unité de loi applicable qui semble résulter du rattachement des créances à leur source ne constitue qu'une simple apparence. Une première analyse pourrait laisser croire que la compétence de la loi de la source assure l'unité de rattachement, quelles que soient la forme de la créance et la nature de la source, contractuelle ou délictuelle. Mais l'unité législative des créances est tributaire tant de l'unité de la source que de l'unité législative de la source (absence de dépeçage). Le vœu d'unité législative est rompu dès lors que la source est en réalité multiple ou bien que les lois applicables à la source sont multiples (hypothèse du dépeçage). Ainsi, la loi de la source, selon que celle-ci corresponde à une société, dont l'activité est à l'origine de la créance, à une vente, à un fait entraînant une obligation à réparation, ne sera pas la même, mais soit la *lex societatis*, la *lex contractus* ou la *lex loci delicti commissi*. Nous verrons ultérieurement que la détermination exacte de la source de la créance peut se révéler dès plus ardue (2).

D'autres réserves doivent être formées, qui tiennent au mode de détermination, non de la source elle-même, mais de la loi applicable à la source.

105.- Dire que la loi de la créance n'est autre que celle de sa source ne règle pas sa détermination. Encore faut-il connaître la loi applicable à la source. M. Hage-Chahine a judicieusement souligné que "*la loi de la source de l'obligation ne présente pas les avantages qu'on lui a attribués*" (3). Constituent un mérite, conforme à la justice de droit international privé, abstraite, détachée du fond du litige, la certitude et la prévisibilité du rattachement, de la règle de droit applicable, au contraire de la méthode de la "*justice dans chaque cas*" ou de la technique de la loi dite "*appropriée au contrat*" (4). Lorsque les parties ont omis d'exercer leur faculté de choix de la

(1) V. *infra*, n° 125.

(2) V. *infra*, n° 111 et 316 *sq.*

(3) V. F. HAGE-CHAHINE, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, spéc. p. 317, n° 17.

(4) V. H. BATIFFOL, *La loi appropriée au contrat*, *Etudes offertes à B. GOLDMAN*, p. 1, Litec, 1982.

loi applicable, il est bien connu que la détermination de la loi compétente est susceptible de ménager des surprises (1). De même, la détermination de la *lex societatis* fait l'objet d'un certain nombre de controverses, selon qu'il s'agit de retenir comme élément de rattachement soit le lieu d'incorporation, soit le lieu du siège social statutaire, soit le lieu du siège social réel (2). La même observation peut être effectuée à l'égard de la loi applicable aux régimes matrimoniaux, ou de la loi applicable à une créance délictuelle issue d'un fait dont les éléments de réalisation sont éclatés sur les territoires de plusieurs Etats (3).

106.- La difficulté liée à la détermination de la loi applicable à la source peut être illustrée par un exemple simple, dont la finalité n'est pas tant de critiquer les méthodes de détermination de la loi applicable (4), que d'insister sur le fait que le principe de soumission des créances à la loi de leur source ne présente pas les avantages dont on le pare.

Soit l'hypothèse de la détermination de la loi applicable à un contrat en l'absence de clause d'*electio juris*. L'étude de la localisation du contrat en jurisprudence montre que l'évolution est allée de l'idée d'un rattachement au lieu d'exécution, à celle de la compétence de la loi entretenant les rapports les plus étroits avec le contrat (5), en passant par une période de localisation du rapport de droit selon "*les circonstances de la cause*" (6). Des rattachements souples ont été

(1) V. pour le passé, Cass. 29 oct. 1974 *Jean Lefèbvre*, J.75.314 note Ph. FOUCHARD, R.76.91 note H. BATIFFOL ; pour le présent, la multiplication des clauses d'exception ; v., par exemple, l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

(2) Sur la question, v. Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse, Rennes, 1949 ; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés* ; L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, thèse, LGDJ., 1984.

La *lex societatis* peut tenir le rôle de la loi de la source, en l'absence de choix de la loi applicable, lorsque la créance naît de et se trouve rattachée à l'activité de la société.

(3) Sur cette question, v. *infra*, n° 173 sq.

(4) V. V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988.

(5) V. par exemple l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; v. les observations d'H. BATIFFOL sous Cass. 22 juill. 1986 *Soc. Lingemann*, R.88.56.

(6) Les trois phases citées peuvent être illustrées dans l'ordre chronologique par Cass. 5 déc. 1910 *American Trading*, R. 1911.395, J.1912.1156, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 11, par B. ANCEL et Y. LEQUETTE ; Cass. 6 juill. 1959 *Fourrures Renel*, R.59.708 note H. BATIFFOL, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 36, par B. ANCEL et Y. LEQUETTE ; Cass. 25 mars 1980 *Soc. Mercator Press*, R.80.576 note H. BATIFFOL, J.80.650 note Ph. KAHN.

ainsi substitués au critère plus rigide du lieu d'exécution, l'indice de localisation des contrats en fonction du lieu d'exécution ayant lui-même connu une évolution, allant d'un sens ponctuel, tel le lieu de livraison, à un affinement reposant sur la notion de " prestation caractéristique " du contrat (1). La jurisprudence s'est ainsi orientée vers une conception objectivée de la localisation du contrat, commandant la détermination de la loi applicable. Si les parties localisent leur relation juridique, il appartient au juge d'en déduire la loi compétente (2).

Certes, la méthode de localisation du contrat a été affinée par H. Batiffol, qui distinguait trois stades dans la localisation du contrat, en fonction de trois sortes d'indices (3) :

- o les indices particuliers qui révèlent un rattachement " *caractérisé avec un système juridique déterminé* " ;
- o les indices subsidiaires, ayant un lien avec les contractants ;
- o les indices généraux (4), qui sont constitués par le lieu d'exécution et le lieu de conclu-

(1) V. A. SCHNITZER, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, R.C.A.D.I. 1968.I.541. Ce rattachement est l'expression " *la meilleure des liens les plus étroits d'un contrat avec un ordre juridique* ". La notion a été consacrée par Trib. féd. suisse 11 mai 1966, ATF. 92.II.111, J.70.418 note P.-A. LALIVE ; Trib. féd. suisse 1er oct. 1968, ATF.94.II.335, J.76.692 note P.-A. LALIVE. Dans ces deux arrêts a primé le rattachement du rapport de droit au domicile de la partie débitrice de la prestation caractéristique.

Sur la détermination du débiteur de la prestation caractéristique en présence d'une succursale, v. Ch. GAVALDA, *Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire*, DPCI.85.425 ; les observations d'H. BATIFFOL sous Cass. 22 juill. 1986 *Soc. Lingemann*, R.88.56 ; v. *infra*, n° 136.

A défaut de choix de la loi applicable par les parties, la notion de prestation caractéristique est très largement utilisée par la loi suisse du 18 décembre 1987, R.88.409. V. sur ce texte, S. STOJANOVIC, *Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé*, R.88.261, n° 31 à 37.

Sur la critique de l'application de la loi d'autonomie aux contrats, v. V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988.

(2) V. en ce sens, Cass. 25 mars 1980 *Soc. Mercator Press*, R.80.576 note H. BATIFFOL, J.80.650 note Ph. KAHN.

(3) V. H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Contrats et conventions* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 573 *sq.*

(4) La loi suisse du 18 décembre 1987 retient une structure similaire en matière de détermination de la loi applicable au contrat. Elle pose un principe général (compétence de la loi entretenant les liens les plus étroits avec le contrat), assorti d'un système de présomptions rigides (prestation caractéristique), et de rattachements spéciaux (contrats de travail, de consommation). V. S. STOJANOVIC, *op. cit.*, R.88.261, n° 34-35.

Dans cette optique, le principe de l'autonomie de la volonté ne serait plus qu'un indice de localisation du contrat. V. B. GOLDMAN, note sous Paris 29 avr. 1959, J.60.128 ; E. MOKHTAR BEY, *Le leasing international*, RJC.82.165. Sur la théorie de la localisation du contrat, v. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 44 *sq.* ; du même auteur, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, Mélanges J. MAURY, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, p. 39 ; P. GOTHOT, note sous Cass. Belgique 27 nov. 1974, R.76.665.

sion, auquel il est fait recours lorsque le lieu d'exécution mène à une impasse (1).

107.- Des guides à destination des professionnels ont été élaborés, qui posent des présomptions de rattachement du contrat, ainsi des Recommandations de la Commission économique pour l'Europe, dans ses trois Guides relatifs à la rédaction des contrats d'Etats (2). Le Guide sur la rédaction des contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels propose de soumettre le contrat à la loi du pays de l'opérateur, sous réserve de l'application des lois de police du pays d'accueil, ou à la loi du lieu de situation de l'installation, ou encore d'organiser le dépeçage du contrat.

108.- Une autre voie menant à la connaissance de la loi applicable au contrat consiste, pour les parties, à s'en remettre à la décision de l'arbitre international. Les Conventions de New York du 10 juin 1958, ou de Genève du 21 avril 1961, le règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. (3), ou le décret du 12 mai 1981 (4) relatif à l'arbitrage (articles 1492 *sq.* N.C.P.C.), confient aux arbitres le soin de rechercher la loi applicable, à défaut de choix de celle-ci par les parties.

(1) Certains auteurs estiment qu'il n'existe pas en pratique de lieu d'exécution du contrat ; l'expression serait dépourvue de références sémantiques concrètes. V. en ce sens O. KAHN-FREUND, *General problems of private international Law*, RCADI.74.3.139. Il y aurait en réalité plusieurs lieux où seraient exécutées les différentes prestations. La notion d'exécution du contrat ne pourrait donc être isolée. V. en ce sens, J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, LGDJ., 2ème éd., 1988, n° 509 *sq.* Selon HORACIO A. GRIGERA NAON, DPCI.81.427, le lieu d'exécution serait "la simple localisation objective de tous les éléments du rapport contractuel". En l'absence de synthèse possible de ces différents éléments, cet auteur conseille d'appliquer la loi du lieu de conclusion, voire celle du domicile du débiteur (v. article 1212 *sq.* C. civ. argentin).

(2) Sur ces Guides, v. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 176 *sq.*

(3) V. Ph. FOUCHARD, *La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international*, J.87.861.

(4) Sur ce texte, v. Ph. FOUCHARD, *La spécificité de l'arbitrage international*, R.arb.81.449 ; du même auteur, *L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981*, J.82.374 ; E. MEZGER, *L'arbitrage international dans le Nouveau code de procédure civile*, R.81.611 ; J. ROBERT, *L'arbitrage international*, D.81.chron.209.

109.- Donne également une idée de la flexibilité des rattachements, en matière de détermination de la loi applicable au contrat, l'introduction en droit allemand des dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (1). L'article 28, relatif à la détermination de la loi applicable, à défaut de choix, énonce :

“1) Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 27, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ...

2) Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale ...

5) Les présomptions des alinéas 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ”.

Le texte cité reproduit fidèlement l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, qui traduit l'influence de la doctrine suisse en matière d'obligations contractuelles, à travers la consécration de la notion de " prestation caractéristique ".

Les développements qui précèdent montrent combien la détermination de la loi applicable au contrat, c'est-à-dire de la loi de la source en matière de créances contractuelles, à défaut de son choix par les parties, n'est ni simple, ni exempte d'incertitudes dans sa mise en œuvre.

110.- Le tableau ainsi brossé prend, de surcroît, un aspect enchevêtré lorsque la Cour de cassation entend donner compétence à la loi française plus que de raison. Un exemple peut être fourni avec l'arrêt *Société l'Abeille* du 8 juillet 1981 (2), maintenant la décision rendue par la cour d'appel

(1) Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé, BGB. 30 juill. 1986, n° 37, p. 1142, R.87.170 ; v. H. S. SONNENBERGER, *Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986*, R.87.1.

(2) Cass. 8 juill. 1981 *Soc. l'Abeille*, R.83.267 note M. SANTA-CROCE, D.82.IR.73 obs. B. AUDIT. La motivation de la Cour de cassation démontre que si elle n'a pas entendu casser l'arrêt d'appel, la Haute juridiction ne l'approuve pas, s'agissant de la démarche du raisonnement. En effet, elle énonce que “*retenant souverainement de l'ensemble de ces constatations la commune intention des parties de localiser leur convention en France, la Cour d'appel a pu décider que la loi applicable au contrat était la loi française* ”. L'attendu reprend presque mot pour mot celui de l'arrêt de Cass. 25 mars 1980 *Soc. Mercator Press*, R.80.576 note H. BATIFFOL, J.80.650 note Ph. KAHN.

de Metz le 31 janvier 1979, qui avait appliqué la loi française à un contrat de commission conclu entre une société française et une société néerlandaise, au motif “*que tout ce qui avait d'essentiel devait être exécuté en France* ”, alors que, bien au contraire, le lieu de livraison était situé en Belgique. Pour fonder la compétence de la loi française, la Cour d'appel retint le lieu de conclusion du contrat, situé en France, la correspondance, rédigée en français (1), et la monnaie de paiement, française (2). Il eût été plus simple de fonder la compétence de la loi française sur le lieu de l'établissement principal du débiteur de la prestation caractéristique, situé en France.

L'analyse de la structure du rattachement des créances en fonction de leur source montre ainsi que ce principe masque un certain nombre de complications, qui tiennent tant à l'identification de la source qu'à la détermination de la loi applicable à celle-ci. Cette structure présente une dualité, selon que la source est contractuelle ou extracontractuelle, de nature à créer des incidents de frontière. Aussi bien, l'étude de la compétence de la loi de la source commande-t-elle de distinguer les deux grandes catégories de sources, contractuelles ou extracontractuelles.

(a).- SOURCES CONTRACTUELLES

Les sources contractuelles des créances sont caractérisées par leur multiplicité. Il est néanmoins possible de les regrouper autour de deux axes, en opposant droit des contrats et droit des sociétés. L'organisation et le fonctionnement des sociétés, par leur spécificité, autorisent en effet cette opposition. Dans l'un et l'autre cas, le rattachement des créances à leur source bute sur un certain nombre de difficultés, qui permettent de douter des avantages prêtés à ce rattachement.

1. Difficultés issues du droit des contrats

Le rattachement des créances à leur source afin d'en déduire la loi applicable trouve ses limites avec l'examen des créances futures, du contrat d'échange, de la location financière internationale et du dépeçage.

_- Le conflit de lois sur les créances futures

111.- La recherche de la loi applicable aux créances futures illustre avec netteté les limites des avantages prêtés à la loi de la source. Comment peut-on, en effet, connaître la loi de la source, en principe applicable aux créances futures, dès lors que les contrats qui doivent leur donner naissance demeurent à l'état de projet ? Le rattachement de la créance à sa source défaille, car il ne permet pas d'anticiper sur le futur.

(1) Indice pourtant de valeur médiocre, compte tenu de ce que la langue française était également celle du lieu d'exécution (Belgique).

(2) *Comp* . avec Cass. 22 juill. 1986 *Soc. Lingemann* , R.88.56 note H. BATIFFOL, où a été appliquée la loi du siège du concessionnaire, correspondant au lieu d'exécution du contrat, au détriment de la loi allemande, vers laquelle convergeaient les indices tirés de la langue du contrat, du lieu des négociations et de la nationalité des avocats.

Or, la détermination de la loi applicable aux créances futures présente un intérêt pratique considérable. En effet, les créances futures, éventuelles, peuvent être l'objet d'opérations juridiques, souvent spéculatives, telles les cessions (1), avant même leur naissance. La possibilité de prévoir quelle sera la loi applicable à la créance future offre donc un intérêt indéniable, d'autant plus important que l'opération projetée est spéculative.

112.- Essayer de résoudre cette question par référence à la loi de la source même avec évidence à une impasse, tant il est vrai que la source et sa loi restent probablement indéterminées. Ainsi, et alors même que le droit français tend graduellement à admettre la cession de créance future (2), il arrive parfois à la jurisprudence de refuser la possibilité d'une telle cession, nonobstant la question de l'individualisation des créances cédées, tant qu'un acte ou un fait juridiques lui servant de fondement ne se sont pas produits (3).

113.- La même difficulté existe en matière de mandat, la soumission de celui-ci à la loi du lieu de l'acte projeté restant matériellement impossible tant que cet acte n'a pas encore été accompli (4). La résolution de cette difficulté implique soit qu'on **détache** la question de la loi applicable au mandat de celle de la loi applicable à l'acte projeté, soit qu'on fasse application de la loi du lieu présumé d'exécution de l'acte projeté, solution envisageable en matière de promesse de cautionnement ou d'actions à émettre (5).

Préalablement à la recherche de la loi applicable aux créances futures, il importe toutefois de séparer les hypothèses réelles de créances futures des fausses.

(1) Une créance éventuelle peut être **transmise** aux héritiers du *de cuius* (v. A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, 3ème éd., 1980, Dalloz, n° 896), faire l'objet d'une **négociation** (v. Cass. 21 juin 1864, DP.1864.I.385), être **cause** d'une saisie-arrêt dès lors qu'elle est certaine en son principe (v. Cass. 12 déc. 1984, RTDCiv.85.623 obs R. PERROT), être **objet** d'une saisie-arrêt alors même qu'elle resterait éventuelle (v. Cass. 13 mai 1987, JCP.88.II.20923 note Ph. DELEBECQUE et E. PUTMAN). Elle peut également être **cédée** dès lors que "*les éléments nécessaires à la formation de la créance étaient réalisés pour parties*" (v. Paris 30 nov. 1938, JCP.39.II.1048). Sur les cessions de créances futures, v. aussi *infra*, n° 636 *sq.*

(2) Par exemple, avec la technique de l'affacturage (v. *infra*, n° 665 *sq.*), ou de la cession de créance par bordereau dit Dailly, depuis la loi bancaire du 24 janvier 1984, articles 61 à 64. Toutefois, un auteur, M. Cl. WITZ, v. *La fiducie-sûreté en droit français*, RJC. février 1982, p. 67, doute de la possibilité de céder des créances futures, qu'il estime présenter des "*limites incertaines et controversées*". Pourtant, le droit français reconnaît bien la validité des contrats donnant naissance à des droits de créance portant sur des choses futures (v. l'article 1130 al. 1 C. civ.). Sur ce point, v. A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, 3ème éd., 1980, Dalloz, n° 229.

(3) V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, LGDJ., 2ème éd., 1988, n° 536.

(4) V. R de QUÉNAUDON, *Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire*, R.84.413.

(5) En ce sens, des décisions, certes anciennes, ont admis la validité d'une vente d'actions à émettre d'une société étrangère, par référence à la loi de la société émettrice, au motif que, sous l'empire de cette loi, les actions existaient valablement sous condition suspensive. V. Trib. com. Seine 28 mai 1896, J.1896.875 ; Seine 2 juill. 1896, J.1899.575. La solution repose néanmoins sur une fiction.

114.- Peuvent être rangées dans la catégorie des hypothèses fausses de créances futures les situations suivantes :

o celles où la créance existe déjà en son principe mais dont le *quantum* reste indéterminé (1). Bien que le droit de créance reste incertain dans son *quantum* tant qu'il n'a pas été liquidé, sa source est actuelle et non future. Ainsi, bien qu'elle soit actuelle, une convention de compte courant engendre un droit de créance incertain tant que le compte n'est pas soldé.

o celles où la créance est assortie d'une condition suspensive. Par exemple, on peut analyser le droit du souscripteur à une émission d'actions à intervenir en un droit présent, mais dont les effets sont différés à la réalisation de la condition suspensive (2).

o celles où le droit de créance futur correspond en réalité à un droit éventuel (3), lequel est déjà présent (3). On peut faire figurer dans cette catégorie les promesses de contracter, le droit éventuel du porteur d'une lettre de change sur la provision avant l'échéance, tant que l'acceptation du tiré n'est pas intervenue (4).

o celles où le droit de créance s'insère dans un montage contractuel comportant, par exemple, un contrat cadre dont la mise en œuvre est prolongée par la conclusion de contrats successifs. Cependant, la qualification devient plus incertaine, ambiguë, et repose surtout sur l'interprétation de la volonté des parties. Un exemple peut utilement souligner les alternatives possibles.

Soit une convention cadre conclue entre deux parties portant sur des livraisons de mar-

(1) Exemple : les créances liées à une ouverture de crédit en compte courant ou au fonctionnement de celui-ci.

(2) V. en ce sens, Trib. com. Seine 28 mai 1896, J.1896.875 ; Seine 2 juill. 1896, J.1899.575 précités.

(3) Sur cette question, v. R. DEMOGUE, *Des droit éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, R.T.D.Civ.1905.723 ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1953, Rousseau 1955 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., *Obligations*, 7ème éd., par F. CHABAS, 1985, Montchrestien, n° 1302 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale*, 2ème éd., 1982, L.G.D.J., n° 223 ; F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTDCiv.82.705 ; E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987.

(4) V. F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261.

chandises. L'exécution des relations contractuelles est étalée et mise en œuvre à travers celle des contrats successifs conclus en contemplation de la convention cadre. Il arrive que le marché soit financé grâce à un établissement de crédit qui demande en contrepartie et à titre de garantie un warrant portant sur les créances à naître des contrats successifs (1). En l'espèce, l'interprétation de la volonté des parties conduit alors à analyser l'ensemble des relations contractuelles comme formant une opération unique, dont l'exécution est étalée dans le temps, et non comme une suite de contrats distincts et autonomes. Il n'existe donc pas réellement, dans une telle hypothèse, de créances futures. Leur principe est acquis dès la conclusion de la convention cadre.

115.- Doivent, en revanche, être classées parmi les vraies hypothèses de créances futures les cessions de créances anticipées correspondant aux clauses de réserve de propriété à effet prolongé, et aux transmissions de créances futures soit par bordereau Dailly, soit par affacturage.

116.- Alors que la France n'admet pas encore la clause de réserve de propriété à effet prolongé (2), l'Allemagne en reconnaît la pratique sous des formes variées, qu'il s'agisse des clauses de cession anticipée (*Vorausabtretung*) (3), associées à des cessions globales pour garantie de crédit (*Globalzession*), ou des transferts fiduciaires de marchandises (*Sicherungsü-bereignung*) (4), consentis au profit du banquier ayant financé l'opération. Les clauses de réserve de propriété à

(1) V. pour un exemple, Agen 27 févr. 1985, JCP.86.II.20604 note A. M. SOHM BOURGEOIS.

(2) V. E. du PONTAVICE, *Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété*, B.80.1097, qui estime que la clause de réserve de propriété connue du droit allemand est difficilement transposable en droit français.

(3) V. D. OHL, *La clause de réserve de propriété mobilière et son opposabilité à la masse en droit français*, DPCI.80.587. Alors qu'elle exigeait auparavant que les créances cédées de la sorte fussent déterminées, la **jurisprudence allemande** accepte aujourd'hui que les créances soient simplement déterminables. V. BGH. 20 nov. 1980, BGHZ.79.16. Sur l'individualisation des créances, v. *infra*, n° 468.

(4) V. Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1981, n° 11 ; du même auteur, v. *La fiducie-sûreté en droit français*, RJC. février 1982, p. 67. Cet auteur souligne que la technique de mobilisation des créances professionnelles mise en place avec le bordereau Dailly est un exemple d'application de la cession fiduciaire en droit français.

effet prolongé sont rendues possibles en droit allemand par la dissociation que celui-ci opère, au sein de la vente, entre le contrat de l'obligation (§ 433 B.G.B.) et le contrat translatif de propriété (§ 929 B.G.B.). Ces deux rapports juridiques sont indépendants l'un de l'autre, et peuvent être cédés séparément.

Dans l'hypothèse développée, l'acquéreur achète la marchandise sans en acquérir la propriété (§ 455 B.G.B.). Il peut néanmoins revendre la marchandise avant paiement complet du prix, car le propriétaire initial s'est fait céder par avance le droit de créance qui existera à l'encontre du futur sous-acquéreur (1). Ainsi, les banques allemandes se font céder par avance les droits de créance du premier acheteur sur ses futurs clients grâce à une *Globalzession*. Ce que la banque ou le vendeur initial se font céder n'est pas l'obligation de transfert de propriété, puisqu'ils l'ont retenue, mais la créance de somme d'argent de l'acquéreur-revendeur.

117.- Face à une telle anticipation sur l'avenir, il est bien évident que la référence à la loi de la source ne peut être d'aucune aide afin de connaître la loi applicable aux créances futures qui seront cédées par avance au premier vendeur ou à l'établissement de crédit finançant l'opération. Particulièrement, le conflit de lois peut surgir à la suite d'un conflit mobile résultant du déplacement par dessus les frontières du bien mobilier sur lequel porte la clause de réserve de propriété à effet prolongé.

118.- En présence d'une telle situation, il convient dans un premier temps de vérifier que la loi applicable au contrat de vente initial, comportant une clause de réserve de propriété à effet prolongé, admet la licéité de telles clauses (2). Mais il est également nécessaire de connaître la loi applicable aux créances futures grevées de la clause de cession à effet prolongé. En effet, un

(1) V. R. SERICK, *Opération de virement et clauses de paiement dans la pratique allemande de la garantie des crédits*, DPCI.76.449. Sur l'individualisation des créances en droit allemand, v. D. BEN ABDER-RAHMANE, *Les contrats d'exportation de l'entreprise française et le droit allemand des sûretés*, DPCI.87.129.

(2) V. en ce sens, P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019, n° 41.

conflit n'est pas exclu si cette loi ne connaît ou n'admet pas de telles clauses. Or, la loi de la source n'est manifestement d'aucun secours puisqu'elle demeure inconnue ! De surcroît, la localisation de cette créance est extrêmement délicate, non seulement à cause de l'élément temporel qui l'affecte, mais aussi en raison de sa nature, monétaire, de sorte que la créance future reste détachée de l'obligation corrélative de transférer la propriété.

119.- Le rattachement qu'il convient alors de retenir est celui du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, c'est-à-dire celui du premier acheteur, en cas de revente. La connaissance de la loi applicable aux créances futures est importante dans la mesure où des conditions de cession différentes de celles qui s'appliquent à la clause de cession anticipée incluse dans le contrat initial, peuvent être édictées. Leur respect préalable est ainsi rendu possible, ce que ne permet pas la loi de la source.

120.- Le droit français lui-même connaît des procédés de transmission de créances futures avec le bordereau Dailly et l'affacturage (1). Malheureusement, un certain nombre de difficultés ont été laissées dans l'ombre. Ainsi, selon quelle loi doit-on apprécier l'individualisation des créances futures ; comment organiser l'opposabilité de la cession actuelle des créances futures, alors que les débiteurs cédés ne sont pas encore connus et que le droit français exige en principe une notification de la cession à chacun des débiteurs cédés (2) ? La référence à la loi de la source

(1) Sur le bordereau Dailly, v. les lois des 1er janvier 1981 et 24 janvier 1984. Sur l'affacturage international, il existe un projet de convention établi par l'UNIDROIT. V. B. CASSANDRO-SULPASSO, *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?*, RTDCom.84.639.

(2) La notification de la cession n'est pas, en principe, nécessaire dans le cadre du bordereau **Dailly**, l'opposabilité de la cession prenant effet à l'égard des tiers à la date de la cession inscrite sur le bordereau (v. article 4 al. 1 L. 1er janv. 1981). Pour l'**affacturage**, le projet UNIDROIT admet l'idée d'un transfert de plusieurs créances grâce à un seul acte de transmission, sans exiger de formalités ultérieures, exceptée celle de fournir la preuve de la créance. Ainsi, il ne serait pas nécessaire à la société d'affacturage de signer un acte ultérieur de transfert des créances pour en acquérir la propriété. Sur cette question, v. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 92 sq. Cet auteur admet la licéité d'une transmission globale des créances présentes et à venir au profit du factor, tout en donnant compétence, sur ce point, à la loi de la créance transmise, ce qui mène à une impasse si cette loi est celle de la source.

mène de nouveau à une impasse, de sorte que la compétence de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique doit lui être préférée (1).

121.- La connaissance de la loi applicable aux créances futures apparaît dans cette hypothèse encore plus utile dans la mesure où le droit français, au contraire du droit allemand, subordonne en principe (2) l'opposabilité de la cession aux tiers à une notification de celle-ci adressée au débiteur cédé. Or, bien que la créance future ait déjà été cédée, une telle exigence ne peut être satisfaite tant que le débiteur cédé reste inconnu.

Impuissante à résoudre les difficultés (3) liées aux cessions de créances futures, la loi de la source est également dépourvue d'avantages à l'égard des créances issues des contrats d'échange.

_.- Le contrat d'échange

122.- Le contrat d'échange constitue une difficulté classique de détermination de la loi applicable, en l'absence de choix par les parties.

Selon l'article 1702 du Code civil, le contrat d'échange est "*le contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour l'autre*" (4). L'élément distinctif de ce contrat qui connaît, sous une terminologie différente (5), un vif succès dans le commerce international,

(1) Celui qui cède une créance monétaire issue d'une opération quelconque sera le plus souvent le débiteur de la prestation caractéristique (exemple du vendeur qui cède à un banquier sa créance née à l'exportation). Il apparaît ainsi comme le **pivot** de toute l'opération. V. *infra*, n° 636 *sq.*

(2) Excepté le cas des cessions par bordereau Dailly, ou des transmissions par affacturage.

(3) Pourtant nombreuses : licéité du procédé, individualisation des créances cédées, nécessité de procéder à une notification de la cession au débiteur cédé, date de l'opposabilité de la cession aux tiers ; v. *infra*, n° 636 *sq.*

(4) V. M. FOURNIER, *Rép. Dalloz, Dr. civil, v° Echange* ; B. SOUSI-ROUBI, *Le contrat d'échange*, RTDCiv.78.257 ; *Rép. Dalloz, Dr. international, v° Echange*.

(5) Il s'agit du **swap** de devises, qui constitue un contrat d'échange " devises contre devises " ; v. J.T. BROWN, *Les échanges de devises et de taux d'intérêts entre entreprises (swaps)*, RDAI.85.293 ; J.-P. MATTOUT, *Opérations d'échange de taux d'intérêt et de devises*, B.87.24.

réside dans l'équivalence des prestations de chacune des parties. Prises dans leur valeur, les deux obligations doivent être rigoureusement identiques. Ainsi, dans le contrat de *swap*, chacune des deux parties échange des monnaies l'une contre l'autre. Comme le souligne M. Mattout, “*chaque chose est considérée comme le prix de l'autre*” (1).

123.- Dès lors, l'équivalence des prestations retentit sur le règlement du conflit de lois, en ce qu'il n'existe pas, *a priori*, de prestation caractéristique. A titre d'exemple, dans l'hypothèse où le contrat d'échange met en présence deux établissements de crédit, la présomption selon laquelle le banquier fournit la prestation caractéristique n'est plus opératoire (2). En l'absence de choix de la loi par les parties, la référence à la loi de la source ne permettra pas de connaître la loi applicable à la créance issue du contrat d'échange. Il faudra alors déterminer le pays avec lequel la situation entretient les liens les plus étroits (*cf.* l'article 4 § 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980), conformément au principe de proximité (3).

Impuissante à résoudre les difficultés posées par les cessions de créances futures, inapplicable concrètement aux créances issues du contrat d'échange, la loi de la source se révèle également décevante en matière de location financière internationale.

_. - La location financière internationale

124.- Les difficultés suscitées par la location financière internationale ne tiennent pas tant à la détermination de la loi applicable à la source, qu'à la détermination même de la source à laquelle il convient de rattacher les créances litigieuses.

(1) *V. op. cit.*

(2) Sur cette présomption, v. par exemple J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 61. Sur le caractère non opératoire de la présomption en cas d'échange, v. L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi*, Milan, 1984, cité par J.-P. MATTOU, *Droit bancaire international*, Banque, 1988, p. 171 *sq.*

(3) Sur lequel, v. *infra*, n° 242 *sq.*

La location financière internationale, ou crédit-bail, constitue une opération triangulaire complexe liant un bailleur, un preneur et un vendeur (1). Aux contrats de vente et de location peuvent être ajoutées d'autres conventions accessoires, tels divers mandats, promesse de vente, clause pénale, cautionnement, etc. La doctrine s'accorde pour qualifier le louage d'élément essentiel du crédit-bail (2), et insister sur la nature " symbiotique " de celui-ci (3), dans le dessein d'éviter toute atomisation de la compétence législative. Ainsi, sont négligés "*les facteurs de localisation qui ne soumettraient pas cette opération à une loi unique* " (4). Toutefois, il arrive que certains éléments d'un contrat - clause compromissoire, par exemple - soient traités de manière séparée, détachée de l'opération principale, de sorte qu'ils peuvent être régis par une loi propre. Lorsqu'il est issu d'une partie autonome du contrat - garantie à première demande, crédit documentaire, etc. -, le droit de créance obéit à une loi propre, distincte de celle qui régit l'opération principale. L'atomisation de la compétence législative est alors inévitable, et peut engendrer des incidents de frontières assez délicats à résoudre (5). Le désir légitime de sécurité et de prévisibilité se heurte à un tel risque, difficilement maîtrisable (6), dont l'apparition est liée à l'insertion d'éléments autonomes. Or, la loi de la source ne permet pas, à elle seule, de déjouer ce risque, dont l'intensité est accrue lorsque les parties ont recours au dépeçage.

(1) V. E. MOKHTAR BEY et Ch. GAVALDA, *Problématique juridique du leasing international*, GP.79.doctr. I.143 ; E. MOKHTAR BEY, *Le leasing international*, RJC.82.165 ; G. MAZET, *La location financière internationale*, RJC. février 1985, p. 42.

(2) V. E. MOKHTAR BEY et Ch. GAVALDA, *op. cit.* ; *contra*, v. Cass. 10 juin 1980, D.80.566 note Y. GUYON, RTDCom.82.249 obs. M. PÉDAMON, relatif à l'applicabilité de l'article 28 du décret du 30 septembre 1953 aux crédits-baux immobiliers. La Cour de cassation a refusé d'appliquer aux crédits-baux immobiliers ce texte en considérant que l'opération constituait essentiellement un mode de financement des investissements. Sur cette question, v. M. PÉDAMON, sur Ch. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. V-2, 1979, *Baux commerciaux*, 7ème éd., Litec et R. HOUIN et M. PÉDAMON, *Droit commercial*, 8ème éd., Dalloz, 1985, n° 256.

(3) V. E. MOKHTAR BEY et Ch. GAVALDA, *op. cit.*

(4) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 587, p. 301. La citation concerne les emprunts obligataires.

(5) V. *infra*, n° 328.

(6) La différence entre les qualifications proposées par la doctrine pour le crédit-bail international et par la Cour de cassation s'agissant de crédits-baux de droit interne constitue également un risque, en ce que l'élément pris en compte pour effectuer le rattachement, louage ou financement, n'est pas le même.

_. - Le dépeçage

125.- Le dépeçage, dont l'utilisation est facilitée par l'application aux créances de la loi de leur source, appelle trois sortes d'observations ; son domaine est révélateur de ce qui le conditionne.

126.- Les effets des contrats constituent le terrain naturel de mise en œuvre du dépeçage, technique qui consiste à " tronçonner " le contrat en différentes parties qui relèveront d'une loi propre. Son utilisation repose sur le principe de l'autonomie de la volonté, dans la limite et le respect des lois internationalement impératives. Discuté jadis, sa consécration dans les conventions internationales est allée de paire avec celle de l'autonomie de la volonté (1). Les Conventions de Rome du 19 juin 1980 (2) et de La Haye du 22 décembre 1986 sur la vente internationale de marchandises (3) l'admettent, mais avec des conditions différentes (4). L'arrêt de la C.P.J.I. du 12 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens* en avait déjà admis le principe (5).

(1) Sous l'impulsion de L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE ; v. *La septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé* , R.52.11.

(2) V. l'article 3 §1 et 2 ; en 1972 pourtant, la solution était très discutée dans l'avant-projet. V. J. FOYER, *L'avant-projet de convention CEE. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles* , J.76.555, n° 103. L'hostilité manifestée à l'encontre de son admission était liée à la condamnation du contrat sans loi. Sur cette question, v. *infra* , n° 378. Selon M. P. LAGARDE, *Le " dépeçage " dans le droit international privé des contrats* , Rivista Dir. int. proc. 1975.649, l'admission du dépeçage est " *la rançon de l'affinement de la règle de conflit de lois* " .

(3) V. l'article 7. Sur cette Convention, v. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* , R.86.271 ; M. PELICHET, *La vente internationale de marchandises et le conflit de lois* , RCADI.1987.I.9.

(4) Les conditions d'admission du dépeçage sont plus strictes dans la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 relative à un contrat, la vente, dont l'unité se prête mal à la scission des obligations qui en découlent.

(5) C.P.J.I. 12 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens* , R.29.427 note J.-P. NIBOYET, J.29.1002 : " *L'Etat serbe aurait pu vouloir soumettre ses emprunts à une autre loi, soit en général, soit sous certains rapports ; si cela était prouvé, rien ne pourrait s'y opposer ...* " .

Les Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931 relatives aux effets de commerce organisent, elles aussi, un dépeçage en favorisant le système de la pluralité des rattachements (1). La possibilité de multiplier les lois applicables à un même rapport juridique pris dans ses différentes parties est de même conseillée en matière de contrat d'Etat (2). Les sentences arbitrales y ont également recours (3). Le dépeçage repose, dans les exemples cités, sur la volonté des parties. Il constitue l'un des attributs de leur autonomie. Mais il peut aussi être une arme dans les mains des juges.

127.- Le juge peut en effet utiliser le dépeçage afin d'assurer le respect des lois de police de son for (4), auxquelles les parties tentaient d'échapper (5). Selon qu'elle est placée dans les mains du juge ou des parties, la méthode du dépeçage produit ainsi des résultats inverses.

128.- Le dépeçage a, de surcroît, étendu son rayonnement à d'autres branches du droit que celle des contrats, dont il était traditionnellement exclu de par l'absence de rôle conféré à l'autonomie de la volonté et en raison de l'utilisation de rattachements impératifs ou concourant à la protection de la partie faible. Or, il est possible de considérer actuellement que l'idée de faveur ou de

(1) V. article 4 ; v. *supra* , n° 46 *sq.* .

(2) En ce sens, v. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées* , R.C.A.D.I.1983.III.21. L'idée de la souveraineté absolue de l'Etat est donc écartée par le dépeçage. M. J.-F. LALIVE cite, p. 77, comme exemple de contrat d'Etat comprenant un dépeçage celui qui a donné lieu à l'arbitrage international **Baruch Foster vs. Gouvernement égyptien** . Cette méthode est également conseillée par les trois Guides précités de la Commission économique pour l'Europe. Le dépeçage pratiqué dans un contrat d'Etat a pour finalité de le " délocaliser " juridiquement.

(3) V. aussi Sentence 24 mars 1982 **Aminoil vs. Koweit** , R.C.A.D.I.1983.III.150 J.-F. LALIVE.

(4) V. en ce sens, P. LAGARDE, *Le " dépeçage " dans le droit international privé des contrats* , Rivista Dir. int. proc. 1975.649. Certains auteurs ont vu dans le dépeçage pratiqué par le juge un *ersatz* de la doctrine des lois de police. Parallèlement, aux U.S.A., la théorie des intérêts gouvernementaux permet aux tribunaux de dépeçer le contrat en appliquant les règles impératives du for.

(5) Sur le risque du dépeçage permettant aux parties de faire échapper le contrat à toute loi internationalement impérative, en " contractualisant " celle-ci, v. W. WENGLER, *Immunités législatives et grands contrats internationaux* , R.71.637.

protection de la partie faible autorise le dépeçage, qu'il s'agisse des créances alimentaires (1), des contrats de travail (2), de consommation (3) ou d'assurance (4).

Aussi, dès lors que la créance lui est rattachée afin de connaître la loi applicable, la source favorise-t-elle en réalité le dépeçage, alors qu'elle est classiquement présentée comme permettant d'obtenir un résultat opposé (5). L'argument tiré de la nécessité de respecter l'unité du contrat afin de justifier l'application aux créances de la loi de leur source se retourne donc.

129.- Certains contrats sont particulièrement propices à la mise en œuvre du dépeçage, parce qu'ils engendrent des relations triangulaires, ou contiennent des éléments détachables (6) du reste de l'ensemble contractuel. Le caractère triangulaire de la relation contractuelle constitue souvent une invitation faite aux parties ou au juge de recourir au dépeçage. Deux exemples permettent de le montrer.

130.- Le premier exemple porte sur les garanties à première demande, qui sont des garanties autonomes, ouvertes le plus souvent par une banque à la demande d'un donneur d'ordre et au

(1) V. par exemple l'article 3 de la Convention de la Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les mineurs, qui dispose : *“Contrairement aux dispositions qui précèdent, est appliquée la loi désignée par les règles nationales de conflit de l'autorité saisie, au cas où la loi de la résidence habituelle de l'enfant lui refuse tout droit aux aliments”*. Le danger lié à la recherche des solutions les plus favorables à la partie faible est de fragmenter le régime de l'obligation alimentaire sur le terrain de la compétence législative. V. Y. LOUSSOUARN, *Les Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires envers les mineurs*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 691, spéc. p. 700 *sq.* . Sur cette question, v. *infra* , n° 223 et 540.

(2) V. l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; v. *infra* , n° 304.

(3) V. F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international*, R.C.A.D.I.1984.V.339, spéc. p. 405 : *“La recherche de la loi la plus favorable aura pour conséquence un dépeçage du contrat quant à la loi applicable”* .

(4) V. la directive CEE. du 22 juin 1988 relative à l'assurance-vie, article 7-1-h, RTDE.88.730 qui admet le dépeçage lorsqu' *“une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre des pays qui entrent en ligne de compte ... à titre exceptionnel”* . L'article 7-1-h contient cependant une présomption en faveur de la compétence de la loi du lieu de situation du risque.

(5) V. *supra* , n° 24 et 104.

(6) Selon P. de VISSCHER, cité par P. LAGARDE, *Le " dépeçage " dans le droit international privé des contrats* , Rivista Dir. int. proc. 1975.649, le critère de la légitimité du dépeçage est celui du caractère **détachable** des différents éléments soumis à des lois diverses par la volonté des parties. Le nouveau droit international privé suisse (loi du 18 décembre 1987 précitée) est davantage réticent envers le dépeçage. V. S. STOJANOVIC, *op. cit.* , n° 24.

profit d'un bénéficiaire (1). La relation juridique est ainsi triangulaire et repose sur deux séries de liens : d'une part les rapports entre le donneur d'ordre et le garant (2) ; de l'autre, les rapports entre le garant et le bénéficiaire. Dans certaines circonstances, la relation peut devenir quadrangulaire par l'adjonction d'une banque contre-garante (3). L'utilisation du dépeçage y est *a fortiori* concevable, et permet d'appliquer aux différents liens une loi propre. La recherche de la loi applicable à la garantie à première demande ne saurait être menée de manière globale, sous peine d'aboutir à des solutions inappropriées aux différentes composantes de l'opération. Elle doit en ce sens prendre en compte les liens variés tissant l'environnement contractuel.

131.- Le second exemple concerne le contrat de cautionnement (4), qui obéit au même schéma triangulaire que la garantie à première demande, à ceci près que l'engagement de la caution, au contraire de celui de la banque garante, est l'accessoire de l'obligation garantie. Lorsque la caution est un établissement de crédit, on peut concevoir de soumettre son engagement à sa propre loi, alors même que la loi de la créance garantie serait différente (5), une telle solution

(1) Sur l'autonomie de la garantie à première demande par rapport au contrat de base, v. *infra*, n° 325.

(2) Pour la compétence de la loi de la banque garante, v. Paris 12 juill. 1982 et TGI. Paris 26 janv. 1983, D.83.IR.297 obs. M. VASSEUR.

(3) V. Luxembourg 16 mars 1983, D.83.IR.299 obs. M. VASSEUR, et J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 110, qui a fait application de la loi de la banque contre-garante en l'absence de volonté contraire des parties.

(4) J. BOUHIER, *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, Dijon, 1787-1788, 2 vol., se prononçait pour l'application de la loi de l'obligation principale, en considération du caractère accessoire du cautionnement. Mais la doctrine contemporaine admet la possibilité d'appliquer une loi propre. V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 14 ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cautionnement*, n° 5 sq. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 610 ; en jurisprudence, v. Cass. 2 mars 1970 **Tenouji**, R.71.251 note H. BATIFFOL, qui admet que le contrat de cautionnement puisse obéir à une loi distincte de celle qui gouverne la créance garantie ; *idem*, v. Soc. 14 janv. 1976, Bull.civ.V.n° 25 ; *contra*, Cass. 1er juill. 1981 **Total Afrique**, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH.

(5) En ce sens, v. J. STOUFFLET, *L'ouverture de crédits bancaires en droit international privé*, J.66.582, n° 31. *Contra*, v. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 20 ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 673, afin d'éviter le dépeçage de la situation contractuelle. La jurisprudence allemande distinguait entre l'existence et l'objet de l'engagement de la caution, l'obligation à la dette étant soumise à la loi de l'obligation principale. V. Trib. Empire 7 juill. 1903, J.1905.1049. Mais depuis, la Convention de Rome du 19 juin 1980 autorise l'application au cautionnement d'une loi propre.

conduisant au dépeçage.

Le caractère triangulaire de la relation augmente aussi le risque d'éclatement de la compétence législative en matière de mandat ou de cession de créance (1).

132.- Le dépeçage est également favorisé lorsque certains éléments du contrat peuvent être tenus pour détachables, voire autonomes du reste du contrat, ou de l'ensemble contractuel (2). C'est en cela que le rattachement des créances à leur source favorise le dépeçage. En effet, il importe de distinguer entre les sources immédiate et médiate de la créance. Soit une relation contractuelle d'ensemble - une vente portant sur un ensemble clé en mains, etc. -, où le noyau, c'est-à-dire le contrat de base, est complété par des éléments adjacents, tels que des garanties, clauses d'arbitrage, etc. Chacune des garanties donnera éventuellement naissance à un droit de créance. Mais à quelle source conviendra-t-il de rattacher celui-ci ? A la source médiate - le contrat de base -, ou à la source immédiate - le contrat de garantie - ? Alors qu'on considère que la créance née d'une garantie à première demande ne doit pas être gouvernée par la loi de l'opération garantie, même en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, il est traditionnellement admis que la créance née d'un cautionnement est régie par la loi du contrat garanti, excepté le cas où les parties auraient expressément choisi une autre loi (3).

133.- D'autres exemples que ceux qui sont tirés des garanties montrent que le caractère déta-

(1) En matière de cession de créance, la fragmentation de la compétence législative est difficilement évitable. V. Y. LOUSSOUARN, note sous Paris 26 janv. 1961, R.63.67. V. *infra*, n° 599 *sq.*

(2) Un engagement bancaire, tel qu'une garantie à première demande, n'est jamais isolé ; il s'insère dans un ensemble de relations contractuelles, dont il constitue l'une des garanties. Mais son indépendance par rapport aux autres conventions renforce son efficacité. V. J.-L. RIVES-LANGE, *Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier ?*, B.85.902.

Un auteur se prononce nettement en faveur du dépeçage, car celui-ci permet de respecter "la nature juridique des institutions". V. F. HAGE-CHAHINE, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, spéc. n° 17.

(3) V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 17; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cautionnement*, n° 5 *sq.* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 610.

chable, séparable de certains éléments de l'ensemble contractuel augmente le risque lié au dépeçage, de sorte que l'unité de loi applicable aux différentes créances, attendue de la soumission de celles-ci à la loi de leur source, vole en éclat (1). Que l'on songe au trust volontaire (2), aux titres au porteur (3), aux droits de créance liés à des droits réels (4), à la scission qu'opère le droit allemand entre les obligations du vendeur et celles de l'acheteur, de sorte que chacune peut relever d'une loi différente (5).

Le rattachement des créances à leur source favorise ainsi le dépeçage, et le morcellement de la compétence législative est accentué lorsque la créance est susceptible de connaître deux sources, immédiate et médiate. Or, il est rarement précisé à partir de quel seuil l'obligation de-

(1) Le cas du remboursement des **crédits-documentaires** assuré par un organisme financier international est à cet égard topique. Le dispositif de garantie de paiement ou de remboursement du crédit se décompose en deux éléments :

o d'une part est signée une convention de prêt entre l'emprunteur et l'institution internationale (*loan agreement*) ;

o de l'autre, l'institution internationale procède ensuite à l'émission des garanties de paiement ou de remboursement au profit des banques intervenantes.

On peut s'interroger sur le caractère détachable ou non du second élément. Le dépeçage ne paraît pas ici une solution souhaitable, compte tenu de l'étroite imbrication de ces différents éléments. V. P. JASINSKI, *Les crédits documentaires dont le paiement ou le remboursement est assuré par des organismes financiers internationaux*, B.87.444.

(2) V. la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable ainsi qu'à la reconnaissance du trust. L'article 9 consacre le dépeçage, suite du principe d'autonomie. Sur cette Convention, v. E. GAILLARD et D. T. TRAUTMAN, *La Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, R.86.1 ; L. MAERTEN, *Le régime international du trust après la Convention de La Haye du 1er juillet 1985*, JCP.88.I.3319. M. B. OPPETIT, *Le trust dans le droit du commerce international*, R.73.1, spéc. p. 11, n° 11, affirme que le dépeçage est beaucoup plus rare dans les euro-crédits. Il cite néanmoins le cas de l'**euro-emprunt** de la Compagnie financière de Suez, ou encore ceux de sociétés japonaises, où "le trust est gouverné par la loi de l'Etat de New York, tandis que les autres modalités de l'emprunt restent régies par la *lex societatis*".

(3) Mais v. Cass. 17 oct. 1972 **Royal Dutch**, R.soc.74.127 note J.-L. BISMUTH, qui, par l'assimilation des titres au porteur aux titres nominatifs, sous l'angle de la loi applicable, a évité le dépeçage de leur régime juridique, et l'éclatement des lois applicables, proportionnel à la dispersion internationale des titres, en dépit de la compétence de principe de la *lex rei sitae* pour ce qui touche au transfert de la propriété du titre. V. en faveur de cette analyse, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 552 ; *contra*, Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 326 ; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 188 ; Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 136 sq., pour l'application de la *lex rei sitae* au transfert de la propriété des titres.

(4) Par exemple, le louage d'immeuble, où l'attraction de la *lex rei sitae* est particulièrement forte. V. A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 103. V. *supra*, n° 91.

(5) V. par exemple, BGH. 22 sept. 1971, R.72.621 note E. MEZGER.

vient détachable du reste de l'ensemble contractuel (1), ce qui montre combien le principe de l'application de la loi de la source ne suffit pas à connaître la loi applicable aux créances.

Inapte à fournir la clé du conflit de lois dans un certain nombre de cas, la référence à la loi de la source est également cause de plusieurs difficultés et incertitudes lorsque la créance est née de l'activité d'une société.

2. Difficultés issues du droit des sociétés

134.- Une première difficulté doit être écartée, qui tient à la détermination de la *lex societatis* (2). Son évolution a été tourmentée, peut-être non encore achevée, en raison notamment de l'entrée en vigueur de la Convention d'adhésion à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (3), qui donne à la Grande-Bretagne l'occasion d'introduire dans le Marché commun un rattachement similaire à celui qui est appliqué aux Pays-Bas. Nous supposons que la *lex societatis* correspond à la loi du lieu du siège social réel de la société.

135.- La difficulté qui doit nous retenir est relative à l'incidence de la forme et de l'organisation interne de la société sur le conflit de lois. Dire que la créance est rattachée à sa source est insuffisant lorsque la source est une société. En effet, la société peut être organisée de manières diverses, selon un axe vertical allant de la succursale à la maison-mère en passant par la filiale.

(1) C'est au juge qu'il appartient d'apprécier la cohérence nécessaire du contrat. V. le rapport de MM. M. GIULIANO et P. LAGARDE, *Rapport relatif à la Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE., 1980, n° L 282 / 17 et 18, n° 2. Les auteurs cités donnent l'exemple suivant : une clause d'indexation pourra être soumise à une loi propre, alors qu'on ne pourrait admettre que l'action en résolution du contrat pour inexécution puisse être gouvernée par une loi différente, selon qu'elle est exercée par le vendeur ou l'acheteur. Le dépeçage ne serait ainsi admis qu'à la condition d'être raisonnable, cette appréciation dépendant de l'unité naturelle du contrat examiné (unité forte pour la vente, faible pour le crédit-bail). Sur le critère du raisonnable, v. G. KHAIRALLAH, *Le "raisonnable" en droit privé français, développements récents*, RTDCiv.84.439.

(2) Sur cette question très controversée, v. par exemple, les deux Tables rondes des 18 et 25 janvier 1969 sur *La nationalité des sociétés*, TCFDIP. 1966-1969, p. 205 et 247.

(3) V. G. A.-L. DROZ, *Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, R.87.251.

Or, en l'absence de choix par les parties de la loi applicable au contrat conclu par la société, la référence à la source peut conduire à des lois différentes, dans la mesure où les rattachements applicables en matière de succursale, de filiale ou de société-mère sont susceptibles de varier. Soit un groupe bancaire international dont le siège est à New York, une filiale implantée en Allemagne, et une succursale ouverte en France. Selon qu'on décide de rattacher la créance issue d'un compte de dépôt de fonds à la société-mère, à la filiale ou à la succursale, la loi compétente sera soit la loi new-yorkaise, soit la loi allemande, soit la loi française, dans la mesure où l'autonomie dont jouissent les succursales bancaires (1) est de nature à écarter la compétence de la loi de la maison-mère (2).

Parmi les trois rattachements cités, il en est un qui ne prête guère à discussion. Lorsqu'elle est née d'un contrat conclu par la société-mère, la créance, soumise à la loi de la source, sera gouvernée, en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, par la loi du lieu du siège social réel de la société, soit la *lex societatis*. En revanche, lorsqu'elle procède de l'activité de la succursale ou de la filiale, la créance peut faire l'objet de rattachements qui dérogent à l'application de la loi de la source.

_- Créances nées de l'activité d'une succursale

136.- *A priori*, il peut paraître surprenant que les créances nées de l'activité d'une succursale puissent échapper à la compétence de la loi de la maison-mère, pour obéir à une loi différente, même en l'absence de choix de la loi applicable par les parties. En effet, la succursale n'a pas la

(1) De manière générale, ce qui caractérise une succursale tient à l'autonomie plus ou moins prononcée de l'établissement et des pouvoirs du gérant de traiter avec des tiers et de faire naître des dettes à la charge de la société. V. M. CABRILLAC, *Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé*, Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1961, p. 119.

(2) Toutefois, selon M. Y. LOUSSOUARN, *La succursale, technique juridique du commerce international*, DPCI.85.359, la référence opérée à la loi de la société contractante lors de la conclusion du contrat désigne la loi de la maison-mère, et non celle de la succursale.

personnalité morale, elle est en principe dépourvue d'autonomie juridique, et le principe de l'unité du patrimoine commande de ne pas distinguer entre les actifs de la succursale et ceux de la maison-mère (1).

137.- Preuve en est rapportée par l'utilisation de la technique de la succursale par les groupements bancaires internationaux lorsqu'ils s'implantent à l'étranger. Parce que son patrimoine n'est pas cloisonné selon le nombre de succursales qu'elle a, la maison-mère répond de leurs dettes et les créanciers de la succursale bénéficient d'un droit de gage étendu à l'actif même de la société-mère. De même, parce qu'elle n'a pas de personnalité morale, la succursale n'a pas la capacité de contracter en son propre nom. Le contrat est en réalité conclu par la maison-mère.

138.- Pourtant, le droit du commerce international connaît actuellement une évolution qui conduit à admettre une certaine autonomie de la succursale, notamment dans le secteur bancaire. En ce sens, la définition communautaire de la succursale (2) paraît inclure le fait que la succursale puisse négocier en propre des contrats.

139.- Aussi bien, n'est-il pas étonnant de constater que certaines décisions soumettent à la loi du lieu d'implantation de la succursale les créances qui sont issues de son activité, bien que, dans d'autres hypothèses, la compétence de la loi de la succursale soit écartée au profit de celle de la

(1) En ce sens, v. Y. LOUSSOUARN, *La succursale, technique juridique du commerce international*, DPCI.85.359 ; Ch. GAVALDA, *Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire*, DPCI.85.425 ; pour l'application du principe en jurisprudence, v. Cass. 20 févr. 1979 *Sonatrach*, R.79.803 note H. BATIFFOL, JCP.79.II.19147 concl. Av. Gal. GULPHE, R.soc.79.856 note J.-L. BISMUTH. Cette solution favorise l'unité de rattachement et évite l'atomisation des lois applicables. De même, le droit français ne connaît pas, du moins en principe, la notion de patrimoine d'affectation. V., de manière très nette, Cass. 23 avr. 1969, R.69.717 note E. SCHAEFFER, D.69.341 concl. Av. Gal. BLONDEAU, J.69.912 note P. CHARDENON. Sur l'utilisation de cette notion en matière d'immunités des Etats, v. *infra*, n° 790 *sq.* . V. aussi M. AUSSE DAT, *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation*, R.soc.74.221. Depuis une loi du 11 juillet 1985, le droit français connaît la société unipersonnelle. V. par exemple, M. VASSEUR, *Droit des sociétés*, Les Cours du droit, 1987-1988, p. 1012 *sq.* .

(2) V. CJCE. 22 nov. 1978, aff. n° 33 / 78 ; v. Y. LOUSSOUARN, *La succursale, technique juridique du commerce international*, DPCI.85.359.

lex societatis .

140.- A suivre cette analyse, la succursale constitue par elle-même le critère de rattachement de la créance. Hormis les cas où le créancier de la société-mère peut assigner celle-ci devant le tribunal dans le ressort duquel l'une de ses succursales est implantée (1), la jurisprudence accepte que la créance soit gouvernée par la loi de la succursale et non par la *lex societatis* dans deux hypothèses :

o lorsque la succursale a elle-même conclu le contrat qui a donné naissance à la créance litigieuse, dès lors que les parties n'ont pas exercé leur faculté de choix de la loi applicable (2). Il semble que les juges localisent le contrat au lieu où la succursale qui a fourni la prestation caractéristique est implantée (3), ce qui permet d'expliquer la mise à l'écart de la loi de la succursale lorsque celle-ci n'est qu'une boîte aux lettres (4).

o lorsque l'Etat sur le territoire duquel la succursale est implantée prend à son encontre

(1) V. Cass. 23 avr. 1969, R.69.717 note E. SCHAEFFER, D.69.341 concl. Av. Gal. BLONDEAU, J.69.912 note P. CHARDENON. *Comp.* avec l'article 5-5 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : “*Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant : ... 5. s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant le tribunal du lieu de leur situation* ”.

(2) V. en ce sens, Ch. GAVALDA, *Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire* , DPCI.85.425. Sur une question d'appel d'une garantie internationale à première demande, v. Paris 26 oct. 1933, R.34.465. V. aussi Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international* , Sirey, 1969, n° 300 et 301 ; B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Sociétés commerciales* , éd. F. Lefèbvre, 1987, n° 3885 et 3886 ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale* , RJC. févr. 1984.68 ; en jurisprudence, v. Trib. com. Seine 30 mai 1919, Gaz. Trib. 1919.2. 323 ; Paris 26 oct. 1933, R.34.465 ; Paris 29 mars 1938, J.38.1018 note P. TAGER ; Cass. 23 oct. 1963 **Hazan** et Trib. Seine 9 juill. 1963, JCP.63.II.13434 note P. LEVEL ; Paris 18 déc. 1965, B.66.280 note X. MARIN ; Paris 29 janv. 1981 **Creusot-Loire** , D.81.336 note M. VASSEUR, qui applique, dans le silence des parties, à une garantie à première demande la loi du lieu où la succursale bancaire est implantée.

Pour le droit allemand, v. W. WENGLER, *La situation des droits* , R.57.185., spéc. note 1, p. 212 ; G. KEGEL, *Les opérations de banque en droit international privé allemand* , in Mélanges R. SCHMIDT, p. 646 ; v. aussi BGH. 11 févr. 1953, NJW.53.542.

Pour le droit suisse, v. l'article 160 al. 1 L. 18 déc. 1987, R.88.409 : “*Une société qui a son siège à l'étranger peut avoir une succursale en Suisse. Cette succursale est régie par le droit suisse* ”.

(3) V. F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé* , Paris, Economica, 1975, spéc. p. 182 sq .

(4) V. en ce sens, Ch. GAVALDA, *Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire* , DPCI.85.425.

des mesures de lois de police (1), interdisant par exemple à la succursale de rapatrier auprès des guichets de la société-mère les fonds déposés. Dans le contentieux relatif aux dépossessions vietnamiennes (2), les juges du fond décidèrent que la loi applicable à un contrat de dépôt de fonds auprès d'une succursale bancaire est la loi de la succursale, et non la loi de la maison-mère, de sorte que les mesures de dépossession vietnamiennes, analysées implicitement en lois de police étrangères, devenaient applicables au titre de la *lex contractus* (3), et faisaient obstacle à la demande de restitution des fonds adressée par le déposant à l'encontre de la maison-mère. Le raisonnement nous paraît contestable. Hormis le fait, non soulevé par le demandeur, que les mesures vietnamiennes, présentant un caractère spoliatoire, ne devaient produire aucun effet sur le territoire français à défaut d'une indemnisation, la loi applicable à la demande de restitution (4) des fonds ne pouvait être que la loi de la maison-mère, compte tenu de la fongibilité des fonds, qui s'étaient donc fondus dans son patrimoine (5). Il n'est guère raisonnable de faire varier, tant dans son principe que dans ses modalités, l'obligation de restitution des fonds pesant sur la société-mère, selon le contenu de la loi du lieu d'implantation de la succursale où les fonds litigieux ont été remis. L'unité de régime de cette obligation doit être assurée par la compétence de la loi de la maison-mère, débitrice de la prestation caractéristique, et non par l'application des lois des succursales étrangères, les sommes prélevées ne pouvant l'être que sur le patrimoine de la maison-mère, réputé situé au lieu de son siège social.

(1) *Comp.* avec l'article 17 al. 2 de la loi du 24 janvier 1984 selon lequel "Les établissements de crédit dont le siège social est à l'étranger désignent deux personnes au moins auxquelles ils confient la détermination effective de l'activité de leur succursale en France".

(2) V. TGI. Paris 8 mars 1985, B.85.409 note J.-L. RIVES-LANGE ; TGI. Paris 12 mars 1985, B.85. 523 note J.-L. RIVES-LANGE, D.85.IR.500 obs. B. AUDIT.

(3) V. aussi, dans le même sens, Trib. Seine 13 avr. 1967 *Affaire de l'Intrabank*, JCP.68.II.15181 note H. MOTULSKY, R.69.68, RTDCom.69.644 obs. Y. LOUSSOUARN, et Ch. GAVALDA, *Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire " Inrabank "*, R.69.1.

(4) Le banquier débiteur de l'obligation de restitution des fonds ne pouvait être libéré par la force majeure, car il s'agissait d'un dépôt irrégulier de sommes fongibles. V. R. RODIÈRE, *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Dépôt*, n° 114 ; M. VASSEUR, *Droit et économie bancaires*, Les Cours du droit, 1983-1984, p. 1360 ; J. VÉZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, thèse Montpellier, 1973, Libr. techn., 3ème éd., 1983, n° 114.

(5) V. en ce sens, J.-L. RIVES-LANGE, note précitée, B.85.409.

Les mesures de dépossession vietnamiennes auraient alors cessé de faire partie de la *lex contractus*, et n'auraient pu donner lieu qu'à une éventuelle prise en considération (1).

141.- Certains auteurs ont approuvé les décisions commentées au motif qu'une solution contraire "reviendrait à faire peser sur la banque le risque politique dans le pays de la succursale" (2), au lieu de le faire supporter par le déposant. Néanmoins, un tel risque peut être assumé par la banque grâce à l'utilisation de l'assurance (COFACE ou Lloyds), dont le coût est répercuté sur la clientèle à travers les tarifs des services bancaires. Aussi l'application de la *lex societatis* ne paraît-elle pas devoir entraîner une charge excessive pour la maison-mère.

142.- On remarque également que les indices qui pouvaient fonder la compétence de la loi de la succursale n'étaient pas déterminants par eux-mêmes. Bien que les sommes aient été déposées aux guichets de la succursale, cet indice est d'une valeur médiocre compte tenu de la fongibilité des sommes. Militaient aussi en faveur de la loi vietnamienne le lieu de conclusion, dont le caractère fortuit est bien connu, le domicile et la nationalité du déposant à l'époque du dépôt. Mais c'est bien le banquier dépositaire qui est le débiteur de la prestation caractéristique, et non le déposant (3), de sorte que les indices conduisant à la loi vietnamienne étaient de faible valeur.

143.- En revanche, dans certains cas, la compétence de la loi du lieu d'implantation de la succursale est écartée au profit de celle de la *lex societatis*, alors même que la créance serait née de l'activité de la succursale. Il en est ainsi s'agissant de la responsabilité de la maison-mère du

(1) Sur la prise en considération des lois de police étrangères, v. *infra*, n° 430 *sq.*

(2) V. B. AUDIT, obs. préc, D.85.IR.500.

(3) *Comp.* avec l'article 117 al. 3-d de la loi suisse du 18 décembre 1987 : "Par prestation caractéristique, on entend notamment : ... (d) La prestation du dépositaire dans le contrat de dépôt". Cette présomption ne pourrait être écartée que par le jeu de la clause d'exception (v. les articles 15 et 117 al. 1 de la loi), qui ne devrait pas servir de truchement à l'application des lois de police étrangères.

fait des actes de sa succursale (1), de son obligation de résorber les difficultés de trésorerie traversées par celle-ci (2), et des tentatives de nationalisation de ses éléments d'actifs (3).

En somme, il apparaît que la soumission à la loi de leur source des créances nées de l'activité d'une succursale conduit parfois à la compétence de la loi de la succursale, parfois à la compétence de la loi de la maison-mère. De surcroît, l'application de la loi de la succursale, qui coïncide avec la loi du lieu de conclusion, est de nature à favoriser l'éclatement de la compétence législative, l'exemple des mesures de dépossession vietnamiennes et le sort de l'action en restitution du déposant spolié le montrant avec un certain éclat.

La seule référence à la loi de la source ne suffit donc pas à connaître la loi applicable à la créance, et masque un certain nombre de surprises. Le même constat peut être établi s'agissant des créances nées de l'activité d'une filiale.

__.- Créances nées de l'activité d'une filiale

144.- *A priori*, en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, il peut paraître surprenant que les créances nées de l'activité d'une filiale puissent échapper à la compétence de la loi de celle-ci, pour obéir à la loi de la maison-mère. En effet, la filiale, de par sa constitution, est une personne morale distincte, autonome de la maison-mère, ayant un patrimoine propre et la capacité de contracter. Elle est une forme autonome d'organisation des sociétés. Selon le droit international privé français (4), la loi applicable est celle du lieu de son siège social réel. Aussi, et sauf volonté contraire exprimée par les parties, le rattachement de la créance née de l'activité de la filiale à la loi de sa source conduira-t-il à la compétence de la loi de la filiale. Sa sphère

(1) V. *infra*, n° 335 *sq.*

(2) V. *infra*, n° 334, à propos des filiales.

(3) V. Cass. 20 févr. 1979 *Sonatrach*, R.79.803 note H. BATIFFOL, JCP.79.II.19147 concl. Av. Gal. GULPHE, R.soc.79.856 note J.-L. BISMUTH.

(4) V. l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 ; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 1 *sq.*

d'autonomie justifie en effet une telle solution. Cependant, dans deux séries d'hypothèses, dont les limites sont mal cernées, la compétence de la loi de la filiale sera contestée, ce qui entraîne une incertitude quant au résultat du rattachement des créances à la loi de leur source.

145.- o La première hypothèse est relative au cas d'une filiale qui dépend d'un groupe de sociétés dont la tête est située sur le territoire d'un Etat différent de celui sur lequel la filiale est implantée (1). La créance, dont il échet de déterminer la loi applicable, est issue de l'activité propre de la filiale. L'existence du groupe de sociétés risque néanmoins de perturber la mise en œuvre du rattachement de la créance à la loi de sa source.

146.- D'une part, la notion même de groupe de sociétés est mal cernée en droit français (2), de sorte que son incidence est incertaine. De l'autre, l'application de la méthode conflictuelle risque de mener tout droit à l'atomisation de la compétence législative, qui est la négation même de l'existence et de la réalité du groupe. Mais l'application de la loi du groupe à la créance née de l'activité de la filiale comprend le risque de nier la personnalité morale propre de celle-ci. Or, le

(1) Sur la question, de manière générale, v. P. VAN OMNESLAGHE, *Les objectifs d'une organisation des groupes de sociétés en droit comparé*, in *Liber Amicorum Baron LOUIS FREDERICQ*, 1966, p. 1023 ; H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse Rennes, 1979 ; Y. LOUSSOUARN, *Règles de conflit de lois et règles matérielles dans le droit international des sociétés*, Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 167, Litec, 1982.

(2) Rares sont les droits qui réglementent la notion. L'existence d'une réglementation ne constitue pas pour autant un gage d'efficacité. V. B. OPPETIT et A. SAYAG, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, R.soc.73.577, qui estiment que le recours à la notion de groupe de sociétés se révèle souvent inutile. Elle n'apporterait qu'une coloration particulière aux faits litigieux. V. aussi Ch. FREYRIA, *Le droit des groupes sous les feux de l'actualité*, RJC.87.121. Pour le refus de prise en compte de la loi de la maison-mère, v. Paris 22 mai 1965 *Fruehauf*, RTDCom.65.62 obs. R. RODIÈRE, D.68.147 note R. CONTIN.

Les intrications liées à la reconnaissance de la notion de groupe de sociétés sont telles que le **projet de société anonyme européenne** continue d'évoluer dans les limbes, de même que celui qui porte sur les fusions internationales des sociétés anonymes. Sur ces projets, v. R. A. LACAU, *Pour une société anonyme de type européen. Caractéristiques essentielles des sociétés anonymes dans les six pays de la CEE.*, RTDE.67. 319 ; R. HOUIN, *Où en est le droit des sociétés dans le Marché commun ?*, RTDE.68.331 ; Y. LOUSSOUARN, *Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé*, RTDE.74.708, spéc. p. 720 *sq.* . Chacun des deux projets tend à réduire la part du conflit de lois, afin d'éviter l'atomisation du groupe. En cas de lacune des dispositions, il est prévu un recours à l'interprétation du statut et des principes généraux du droit dont il s'inspire, au détriment de l'application de la loi du lieu du siège social de la société européenne.

fonctionnement du groupe suppose une certaine liberté de gestion laissée à chacune de ses parties, qui doit se prolonger et se traduire sur le terrain de la compétence législative. La raison principale de ce paradoxe tient au fait que le groupe lui-même ne possède pas la personnalité morale, alors que chacune des sociétés et filiales qui le composent en est dotée (1). De surcroît, l'application d'une loi unique au groupe risque d'entraîner, dans la réalité, des solutions par trop tranchées. Aussi, pourrait-on être tenté, en considération du caractère imprécis de la notion de groupe de sociétés, d'éluder la question de la détermination de la loi du groupe, et d'appliquer aux créances issues de l'activité des différentes filiales leur propre loi.

Pourtant, il arrive à la jurisprudence de tirer un certain nombre de conséquences de l'existence d'un groupe, de sorte qu'on ne peut faire abstraction de la difficulté.

147.- Une première solution, consistant à fixer une règle de conflit de lois déterminant une loi unique, est écartée par la doctrine, car elle conduit à gommer la personnalité juridique propre de chaque filiale. Lui est préférée une distinction selon que le rapport de droit litigieux relève de l'organisation interne du groupe, ou met en cause les relations d'une des composantes du groupe avec les tiers. Les relations intra-groupe obéiraient à la loi de la société-mère, cependant que les relations mettant en cause des tiers dépendraient de la loi de la filiale contractante. La distinction proposée, simple d'apparence, est néanmoins délicate à mettre en œuvre dans un certain nombre d'hypothèses. D'une part, en effet, toute créance, issue à l'origine des relations d'une filiale avec des personnes extérieures au groupe, est susceptible de donner lieu à des relations intra-groupe (exemple : rachat de la créance par la maison-mère ou une filiale). D'autre part, les relations contractuelles entre les filiales donnent naissance à des créances dont on ne sait s'il convient de les classer dans les relations internes du groupe, ou dans les rapports externes des filiales. Enfin, des interférences risquent d'apparaître entre la stratégie du groupe, dont la maîtrise est l'apanage de la maison-mère, et l'intervention de tiers affectant les intérêts propres des filiales.

(1) Des auteurs proposent de résoudre ce paradoxe en qualifiant le groupe d'entreprise. V. en ce sens, Ch. BOLZE, *La notion d'entreprise*, RJC. nov. 1987, p. 65.

Il ressort de ces constatations que la détermination de la loi applicable à la créance issue de l'activité d'une filiale risque d'être facteur d'incertitudes lorsqu'on entend rattacher la créance à la loi de sa source et que la filiale s'insère dans un groupe de sociétés (1).

Il existe de surcroît une seconde hypothèse dans laquelle la compétence de la loi de la filiale risque, sinon d'être remise en cause, du moins concurrencée.

148.- o La seconde hypothèse concerne l'extension éventuelle à la société-mère de la responsabilité causée par les actes commis par ses filiales (2). Si elle se révèle possible, cette extension doit-elle entraîner une modification du règlement du conflit de lois ? La filiale, sur les instructions de sa maison-mère, a accompli un acte ponctuel, de nature à causer un préjudice aux tiers ou à ses propres associés. Selon quelle loi apprécier l'éventuelle extension de responsabilité et le préjudice subi ?

149.- En principe, le droit français ne permet pas d'imputer à la société-mère un acte ponctuel commis par la filiale, alors même que celui-ci l'aurait été sur les instructions du groupe (3). Au

(1) Sur la rivalité de la loi de la maison-mère et celle de la filiale, v. *infra*, n° 335 *sq.* et 501 *sq.*

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429. L'hypothèse examinée ici ne comprend pas la question de l'extension de la procédure collective de la filiale à la maison-mère.

(3) D'autres droits apportent cependant des réponses à ce type de difficultés. V. par exemple le § 18 de l'*Aktiengesetz* ; v. M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, R.soc.81.697 ; D. SCHMIDT, *La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés*, R.soc.81.725 ; Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429 ; K. J. HOPT, *Le droit des groupes de sociétés. Expériences allemandes, perspectives européennes*, R.soc.87.371 ; M. GERMAIN, *Société dominante et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse Nancy, 1974.

Les juges du fond ont des positions contradictoires. **Pour** l'extension de responsabilité, v. Amiens 3 févr. 1976, Bull. Joly 1976, § 249, p. 423, où la société-mère a été déclarée responsable des faits dommageables causés par sa filiale, au motif qu'elle avait ignoré la personnalité morale de celle-ci et dirigé à sa place son activité ; **contre**, v. Paris 27 nov. 1986 *Wuetig*, R.88.314 note A. LYON-CAEN, où seule la filiale a été déclarée débitrice des indemnités de licenciement, et non la maison-mère, sur le fondement de la personnalité juridique distincte de la filiale.

contraire, le droit communautaire a consacré, à plusieurs reprises, une telle extension dans le droit de la concurrence, la pratique litigieuse étant imputée au groupe dans son ensemble, et non à la seule filiale, laquelle avait été utilisée comme instrument de réalisation d'une politique commerciale, peu importe que la tête du groupe fût située à l'étranger (1). Or, l'admission de l'extension de responsabilité doit amener à s'interroger à la répartition de la compétence de la loi de la filiale et de celle de la maison-mère, une distinction pouvant être opérée entre le principe même de la créance, dont la reconnaissance serait soumise à la loi de la filiale, et le montant de la réparation, dont l'étendue serait tributaire, pour partie, de la loi de la maison-mère (2).

En somme, s'agissant des créances contractuelles, la loi de la source n'apparaît pas comme un rattachement opératoire dans un certain nombre d'hypothèses, sa mise en œuvre n'étant pas possible pour les créances futures, dont l'importance est indéniable, non plus que pour le contrat d'échange, tandis que son application est de nature à faciliter le dépeçage. De plus, lorsque la créance est issue de l'activité de sociétés, et en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, la détermination de la loi de la source risque de buter sur les conséquences de l'existence d'un groupe de sociétés, et de ménager quelques surprises.

La nature extracontractuelle de la créance est également susceptible d'entraîner plusieurs difficultés affectant la mise en œuvre de la loi de la source.

(b).- SOURCES EXTRA CONTRACTUELLES

150.- Le rattachement des créances à une source extracontractuelle concerne principalement

(1) V. CJCE. 21 févr. 1973 *Continental Can*, Rec.73.215 ; CJCE. 14 févr. 1978 *Commercial Solvents Corp.*, Rec.78.207. V. Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, n° 482 sq.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429, pour qui la responsabilité du groupe est essentiellement celle de la société-mère. V. *infra*, n° 501 sq.

les délits et quasi-délits. Depuis l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948 (1), les créances extracontractuelles sont gouvernées par la *lex loci delicti commissi*. Auparavant, la jurisprudence française privilégiait une conception territorialiste, inspirée de l'article 3 du Code civil, proche des lois de police et de sûreté. Le principe posé par l'arrêt *Lautour* a engendré une règle bilatérale, largement connue à travers le monde (2). Curieusement, la critique rencontrée par la compétence de la *lex loci delicti commissi*, à partir des idées de D. Cavers et de J. H. C. Morris (3), n'est postérieure à l'arrêt *Lautour* que de très peu d'années. Il est possible de penser que la solution antérieure à cet arrêt n'aurait pas eu de raison d'encourir les critiques des partisans de la *proper*

(1) Cass. 25 mai 1948 *Lautour*, R.49.89 note H. BATIFFOL, D.48.357 note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, S.49.I.21 note J.-P. NIBOYET, JCP.48.II.4532 note M. VASSEUR ; Cass. 3 janv. 1963, D.63.241 note G. HOLLEAUX, J.63.1048 note P. LEVEL, R.63.547 note P. BOUREL. V. aussi Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5, spéc. n° 3, p. 7 et la note 5.

Comp. avec la loi suisse du 18 décembre 1987, R.88.409, qui prévoit un rattachement général (la *lex loci delicti commissi*), assorti de rattachements spéciaux dont la multiplication est de nature à dévorer le principe. V. les articles 135 à 139 de la loi ; S. STOJANOVIC, *Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé*, R.88.261, n° 44.

V. aussi Cass. 19 avr. 1988 *Caron*, R.89.68 note H. BATIFFOL, qui reconnaît aux parties à l'instance la possibilité d'écarter la compétence de la loi du lieu du délit par un accord exprès en faveur de la loi nationale commune, soit, en l'espèce, la loi française. L'arrêt montre ainsi l'intrusion de l'autonomie de la volonté dans un domaine où elle est traditionnellement exclue, grâce à l'article 12 NCPC. La portée du choix est incertaine, la question étant de savoir si les parties peuvent choisir une autre loi que la loi française, *lex fori*.

(2) La compétence de la loi du lieu du délit est le plus souvent approuvée par la doctrine. V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. V, Sirey, 1947, n° 1427 *sq.* ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 2, 3ème éd., Paris, 1958, n° 120 ; H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ., 1959, p. 556 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 252. *Contra*, v. F. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduction de C. GUENOUX, t. VIII, 2ème éd., Paris, 1860, § 374, lettre C ; H. MAZEAUD, *Conflit de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile et quasi-délictuelle*, R.34.384, qui se prononçaient pour la compétence de la *lex fori*.

V. aussi pour une critique de la compétence de la *lex loci delicti commissi*, P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, et sa note sous Cass. 30 mai 1967 *Kieger*, R.67.730, l'auteur déplorant l'absence de tout rôle de la loi nationale commune dans la jurisprudence française. *Comp.* avec Cass. 19 avr. 1988 *Caron*, R.89.68 note H. BATIFFOL, où la loi française correspondait aussi à la loi nationale commune des plaideurs. Des auteurs critiquent cependant la référence, en la matière, à la loi nationale commune, en ce que celle-ci a essentiellement pour fonction de maintenir la permanence du rattachement ; v. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984. III.227, spéc. p. 273 *sq.*

(3) V. J. H. C. MORRIS, *The proper law of a tort*, Harvard Law Review, avril 1951, vol. 64, p. 885 ; D. CAVERS, *The Choice of the Law Process*, Ann. Arbor, 1965, selon qui le juge devrait toujours rester libre de déterminer la loi applicable.

law of a tort , en ce que l'ancienne jurisprudence faisait application d'une règle assez proche de celle de la doctrine des intérêts gouvernementaux.

151.- En dépit des réserves exprimées par une partie de la doctrine, les délits restent soumis à la loi du lieu du délit, et les deux Conventions de La Haye des 4 mai 1971 et 2 octobre 1973 en font la solution de principe, sous réserve du résultat obtenu par la méthode du groupement des points de contact (1).

De prime abord, il peut paraître curieux de considérer que la loi de la créance extracontractuelle est déterminée en fonction de sa source, et non directement en fonction du lieu de situation, lequel coïnciderait avec le lieu du délit. Néanmoins, le fait générateur de la créance extracontractuelle - délit, accident, pollution, etc.- constitue son élément naturel de localisation, de sorte que doivent être écartées les références au domicile ou à la nationalité des parties en présence, ou encore, la référence directe au lieu où le délit a été commis. Le rattachement de la créance extracontractuelle à sa source met ainsi l'accent sur le fait générateur et sa localisation, et non sur la créance elle-même. Ce dernier cristallise les questions relatives aux éléments de rattachement, à l'éviction éventuelle de la compétence de la *lex loci delicti commissi* , et à la mise en œuvre de la méthode du groupement des points de contact. La créance extracontractuelle ne peut donc avoir, dans cette optique, de loi propre. Elle est gouvernée par la loi de sa source, c'est-à-dire la loi du délit, le constat étant conforme au fait que le rôle de la volonté, créatrice de droits subjectifs, s'atténue en matière extracontractuelle (2).

(1) V. l'article 4-a, b et c de la Convention de la Haye du 4 mai 1971 ; les articles 4, 5 et 6 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973. V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière* , J.69.5 ; du même auteur, *La responsabilité des fabricants dans les relations internationales et le droit conventionnel*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 483, et *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits* , J.74.32.

(2) Nous ne prenons naturellement pas en compte la volonté de commettre un délit. Sur la reconnaissance d'une place à l'autonomie de la volonté quant à la loi applicable au délit, v. Cass. 19 avr. 1988 *Caron* précité, R.89.68 note H. BATIFFOL.

152.- La reconnaissance d'une loi propre à la créance repose sur deux éléments : la volonté du législateur ou celle des parties lorsqu'elle peut s'exercer, l'une poursuivant la protection de la partie faible à travers l'autonomie de la créance et l'attribution d'une loi propre (1), l'autre, par l'utilisation du dépeçage dans les relations contractuelles. En matière extracontractuelle, le rôle de la volonté s'atténue, non qu'aucun délit ne puisse reposer sur un acte intentionnel, mais parce que la volonté de l'auteur du délit ne constitue pas en soi un facteur de rattachement (2).

153.- Les créances extracontractuelles sont ainsi gouvernées par la loi du délit, prise en tant que loi de la source. S'il paraît commun aux créances contractuelles et extracontractuelles, le rattachement à la source déclenche toutefois l'application de règles de conflit de lois différentes (loi d'autonomie pour les créances contractuelles, loi du délit pour les créances extracontractuelles), de telle sorte que la qualification de la source de la créance est décisive et conditionne l'ensemble de la mise en œuvre de la loi de la source. Aussi bien, l'étude de la loi de la source implique-t-elle, sous l'angle du conflit de lois, celle de la qualification de la responsabilité. Les fluctuations, bien connues du droit interne, de frontières entre responsabilités contractuelle et extracontractuelle, ne simplifient pas la détermination exacte de la loi de la source.

154.- Parallèlement, la recherche de la loi applicable à la créance extracontractuelle risque de se heurter à l'hypothèse de l'éclatement des éléments de rattachement, dans laquelle le lieu de survenance du délit est à la fois éclaté et dissocié du lieu où le dommage est subi. Le fait géné-

(1) De manière très nette, v. les créances alimentaires ; v. *infra* , n° 220 *sq* .

(2) En revanche, il est possible d'ouvrir en faveur de la victime une option de rattachement. V. par exemple l'article 132 de la loi suisse du 18 décembre 1987 : “*Les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir à tout moment de l'application du droit du for* ”. Cette disposition est insolite en ce qu'elle tend à faire dépendre la compétence législative de la compétence judiciaire (application de la *lex fori*), solution condamnée par l'arrêt **Lautour** précité. De manière insidieuse, l'acte illicite se rapproche, du point de vue de la loi applicable, des règles de la responsabilité contractuelle, notamment lorsque les parties au contrat ont prévu une clause de juridiction. Sur la controverse engendrée par cet article, v. S. STOJANOVIC, *Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé* , R.88.261, n° 45. Sur l'option de compétence, v. *infra* , n° 178.

rateur peut être alors scindé en deux éléments ayant chacun une égale valeur de localisation de la créance, de sorte qu'une option de compétence peut être ouverte à la victime, ou bien considéré uniquement à travers l'un de ses éléments, dont la détermination exclut toute option de compétence au profit de la victime.

Tels sont les deux axes retenus, l'étude d'ensemble de la loi applicable au délit n'étant pas reprise (1).

1. *La qualification de la responsabilité*

155.- La qualification de la responsabilité, de nature contractuelle ou extracontractuelle, est importante en ce qu'elle commande précisément la règle de conflit de lois applicable.

156.- Non seulement le rattachement des créances à leur source nécessite la détermination exacte de celle-ci, mais encore et surtout celle de sa nature. Parce qu'elle commande le conflit de lois, la qualification n'est pas en sous-ordre (2), mais principale, et doit donc être menée *lege fori*..

157.- Certes, dans un certain nombre de cas, elle pourra être aisément résolue, le contrat litigieux ne mettant en présence que deux personnes, aucun tiers n'ayant, par exemple, subi un quelconque préjudice de sa mauvaise exécution. Mais supposons qu'un tiers ait éprouvé un quelconque préjudice lié à l'exécution défectueuse du contrat, ou encore que plusieurs personnes soient intéressées par son exécution, et aussitôt, la nature de la responsabilité devient incertaine,

(1) Sur l'étude d'ensemble de la loi applicable au délit, v. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961 ; M. LABORDE, *La pluralité des points de rattachement dans l'application de la règle de conflit de lois*, thèse, Bordeaux I, 1981 ; M.-A. MOREAU-BOURLÈS, *Structure de rattachement et conflit de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, thèse, Paris II, 1985.

(2) Sur cette notion, v. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 193.

incertitude que l'évolution de la jurisprudence contribue à accentuer et à aggraver.

158.- En effet, on assiste depuis quelques années, en droit interne, à un mouvement d'extension continue du domaine de la responsabilité contractuelle, dont l'incidence potentielle sur le conflit de lois ne peut être ignorée. Bien que les créances continuent d'être rattachées à leur source, les variations jurisprudentielles sur la nature de celle-ci contribuent à modifier les parts respectives de la loi du contrat et de la loi du délit. Toutefois, en dépit de cette évolution, la responsabilité précontractuelle demeure extracontractuelle, de sorte que les précontrats doivent être examinés séparément.

_.- L'extension de la responsabilité contractuelle

159.- La responsabilité est un fait générateur de créances par la loi (1). Est-elle de nature contractuelle, elle obéira à la loi du contrat. Est-elle délictuelle, elle suivra la loi du délit. La répartition des compétences ne peut être fournie que par la *lex fori* (2). Sa complexité a dissuadé les négociateurs de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 (3) relative à la loi applicable aux accidents de la circulation routière de définir une qualification autonome ou de recourir à une qualification *lege causae*, la question devant donc être tranchée *lege fori*, bien que la Convention utilise le terme de " responsabilité extracontractuelle ". Conscients de l'inconvénient d'utiliser une notion sans parvenir à la définir, les négociateurs de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (4) ont escamoté la difficulté en ne l'évoquant pas et en se contentant de poser une liste de dommages pour lesquels la Convention s'applique, sans préciser la nature de la responsabilité. Escamotée, la qualification n'est pas réglée, bien qu'on considère que le caractère contractuel de la responsabilité soit implicitement exclu.

(1) V. G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223.

(2) V. J.-P. NIBOYET, note sous Cass. 31 mai 1932 *Carathéodory*, S.33.I.17.

(3) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5.

(4) V. Y. LOUSSOUARN, *La responsabilité des fabricants dans les relations internationales et le droit conventionnel*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 483, et *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32 ; G. PETITPIERRE, *La responsabilité du fait des produits, les bases d'une responsabilité spéciale en droit suisse, à la lumière de l'expérience des Etats-Unis*, Genève, Georg, 1974.

160.- Le fait que la qualification doive être résolue *lege fori* permet aux pays n'admettant pas le cumul de responsabilités, au contraire de l'Allemagne ou de la Suisse, de manipuler les éléments de rattachement, afin de privilégier soit la qualification contractuelle, soit la qualification délictuelle. En témoigne l'exemple du crédit-documentaire mettant en présence quatre personnes : le donneur d'ordre, la banque émettrice, le bénéficiaire et la banque notificatrice. Selon une qualification *lege fori*, la jurisprudence considère que la responsabilité éventuelle du donneur d'ordre envers la banque notificatrice est de nature délictuelle, et non contractuelle (1). Pourtant, on pourrait parfaitement concevoir que la présence d'un ensemble contractuel modifie la nature de la responsabilité (2).

161.- Le droit interne français, préfigurant l'introduction de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (3), comprend actuellement une évolution importante affectant la nature de la responsabilité dans les ensembles contractuels, susceptible d'unifier en la matière le régime de la responsabilité. Sa projection sur le plan international impliquerait une extension corrélatrice de la compétence de la *lex contractus*.

162.- En premier lieu, une loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation est venue unifier le régime de la responsabilité et sa nature, qui paraît devoir être légale. La distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle est évincée, ce qui n'est pas sans rappeler la méthodes des Conventions de La Haye des 4 mai 1971 et 2 octobre 1973.

(1) V. Com. 22 oct. 1985, JCP.86.I.3265, Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Chronique de droit bancaire* ; Paris 26 juill. 1985, D.86.IR.157 obs. M. VASSEUR.

(2) V. Civ.1 21 juin 1988 *Soc. SODEREP*, JCP.88.CI.II.15294 note Ph. DELEBECQUE, RTDCiv.89.74 obs. J. MESTRE, et p. 107 obs. Ph. RÉMY.

(3) V. J. GHESTIN, *L'avant-projet de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux : une refonte partielle du Code civil*, RJC.88.201.

163.- En second lieu, la consécration de la nature contractuelle des actions en responsabilité au sein des chaînes de contrats homogènes ou hétérogènes par l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 février 1986 (1) consomme l'absorption de la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle. Parallèlement, la directive communautaire du 25 juillet 1985 opère la fusion des régimes de responsabilité liés à des produits défectueux, sans en préciser la nature (2), bien que d'aucuns l'analysent en une responsabilité légale objective.

164.- Ce qui est frappant dans les observations menées tient au fait que la société de consommation appelle un régime de responsabilité qui lui soit adapté. Ceci explique probablement l'émergence d'une responsabilité objective unique, assise sur une obligation de conformité, que chaque " contractant médiant " (3) peut invoquer à son profit. Un tel régime de responsabilité facilite évidemment la circulation des biens et des produits, et donc l'expansion de la société de consommation elle-même.

(1) A.P. 7 février 1986, D.86.293 note A. BÉNABENT, RTDCiv.88.594 obs. J. MESTRE, JCP.86.II.20616 note Ph. MALINVAUD. V. aussi M. CABRILLAC, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, Mélanges dédiés à G. MARTY, 1978, p. 235, éd. Université des Sciences Sociales.

V. aussi Cass. 17 févr. 1986, D.87.543 note P. JOURDAIN, qui énonce que l'action du maître de l'ouvrage contre un sous-traitant ayant exécuté une partie du contrat principal n'est pas délictuelle. L'incertitude créée par cet arrêt a été levée par Civ.1 8 mars 1988 *Strittmatter*, JCP.88.II.21070 note P. JOURDAIN, RTDCiv.88.741 obs. J. MESTRE, RJC.88.304 note Ph. DELEBECQUE, qui qualifie de contractuelle l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. V. aussi Civ.1 21 juin 1988 *Soc. SODEREP*, JCP.88.CI.II.15294 note Ph. DELEBECQUE, RTDCiv.89.74 obs. J. MESTRE, et p. 107 obs. Ph. RÉMY, qui consacre la nature contractuelle de l'action en responsabilité exercée au sein des groupes de contrats.

(2) V. M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, J.84.765, spéc. p. 811, n° 65, qui relève que l'alignement des régimes de responsabilité, en matière de responsabilité du fait des produits, est souhaité, sur le plan international, par les auteurs favorables à la compétence de la **loi du marché** - lieu d'introduction des produits et des offres au public, lieu d'acquisition des produits -.

(3) Selon l'expression de M. CABRILLAC, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, précité, spéc. p. 254.

165.- Ensuite, la consécration opérée par l'arrêt du 7 février 1986 précité de la nature contractuelle des actions en garantie et en responsabilité au sein des chaînes de contrats avait été amorcée et préparée par des arrêts antérieurs, dont l'arrêt de la Cour de cassation *VACU-LUG* du 9 mars 1983 relatif à une vente internationale de marchandise (1). Dans cette affaire, un autoclave, vendu à la société *VACU-LUG France* par la société *VACU-LUG Grande-Bretagne*, laquelle l'avait acheté à la société de droit anglais *LEEDS*, explosa en France, provoquant des dégâts importants. La Cour d'appel retint l'action indemnitaire de la société française contre la société *LEEDS* sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, tout en écartant l'action en garantie des vices cachés de l'article 1648 du Code civil intentée contre la société *VACU-LUG Grande-Bretagne* pour non respect du bref délai, ainsi que l'action contractuelle en garantie contre la société *LEEDS*. Au contraire de ce que prétendait le pourvoi de la société *LEEDS* invoquant l'application de la loi anglaise en tant que loi du contrat de vente, la Cour de cassation procéda à une substitution de motifs, et admit l'action de la société *VACU-LUG France* contre la société *LEEDS*, mais sur un fondement contractuel, pour violation de l'obligation de conformité pesant sur la société anglaise (2). La Convention de La Haye du 2 octobre 1973, en son article 5-4, ne fut pas appliquée en ce que l'action mettait en présence des parties non directement contractantes.

Au-delà des questions de la détermination de la loi applicable au contrat, qui paraissait devoir être la loi anglaise, et de l'admission d'une action en garantie de droit commun échappant au couperet du bref délai de l'article 1648 du Code civil, la Cour de cassation privilégia la qualification contractuelle s'agissant d'une relation litigieuse entre des personnes qui étaient des tiers l'une envers l'autre. Elle rejeta ainsi la qualification délictuelle - pourtant, l'explosion et le préjudice subi, survenus en France, mettaient en présence des personnes qui n'étaient pas des contractants directs.

(1) Cass. 9 mars 1983 *VACU-LUG*, Bull.civ.I.n° 92, RTDCiv.83.753 obs. Ph. RÉMY, JCP.84. II.20295 note P. COURBE.

(2) Une lecture de l'arrêt pourrait conduire à voir dans la reconnaissance de l'action en garantie pour violation de l'obligation de conformité une loi de police du for, alors même que le contrat de vente obéirait à une loi étrangère. En effet, les personnes protégées par cette action sont des tiers au contrat initial, et l'existence d'une telle action est importante pour la garantie de leurs droits.

166.- Cette affaire illustre ainsi l'absorption de la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle, dont la consécration est intervenue avec l'arrêt du 7 février 1986 (1), aux termes duquel le maître de l'ouvrage ainsi que le sous-acquéreur disposent contre le fabricant “*d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée*”. L'arrêt du 7 février 1986 mettait un terme à l'opposition de jurisprudence entre la première et la troisième Chambres civiles de la Cour de cassation sur la nature contractuelle ou délictuelle de cette action en responsabilité (2).

167.- La projection de cette jurisprudence sur le plan international conduit à soumettre la créance liée à l'exercice de l'action en responsabilité à la *lex contractus*, et non à *lex loci delicti commissi*, bien que la créance continue d'obéir à la loi de sa source. Ceci montre à nouveau que le rattachement des créances à leur source ne suffit pas à connaître la loi applicable et peut même compliquer la résolution du conflit de lois (3). L'extension du domaine de la responsabilité contractuelle (4), y compris aux chaînes hétérogènes, réduit d'autant le jeu de la *lex loci delicti commissi*, et risque de priver d'intérêt la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, laquelle ne peut implicitement s'appliquer qu'à des rapports de nature extracontractuelle (v. l'article 1 alinéa 2 de la Convention). Or, “*le problème précis que l'on a entendu résoudre est celui de l'action de la victime contre un tiers avec lequel elle n'a point contracté, soit le fabricant lui-même, soit une personne qui s'est*

(1) A.P. 7 février 1986, D.86.293 note A. BÉNABENT, RTDCiv.88.594 obs. J. MESTRE, JCP.86.II. 20616 note Ph. MALINVAUD. La Cour d'appel avait qualifié de délictuelle l'action en responsabilité. Son arrêt fut donc censuré.

(2) V. Civ.1 29 mai 1984 et Civ.3 19 juin 1984, D.85.213 note A. BÉNABENT, JCP.85.II.20387 note Ph. MALINVAUD, GP.85.2.437 note H. SOULEAU, RTDCiv.85.406 obs. Ph. RÉMY et p. 588 obs. J. HUET.

(3) Sur la prise en compte éventuelle de la notion de groupe de contrats par la règle de conflit de lois, v. *infra*, n° 318 *sq.*

(4) La loi avait déjà eu recours à l'idée d'ensemble contractuel pour en tirer un certain nombre de conséquences, qu'il s'agisse de l'action directe du sous-traitant (loi du 31 décembre 1975) ou de la dépendance instituée entre la vente et le prêt servant à la financer (lois *Scrivener* des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979) ; v. H. SYNDET, *Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation*, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 335. Cette question déborde la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle pour atteindre la portée même de l'article 1165 C. civ. La doctrine approuve dans son ensemble la solution. V. G. DURRY, obs. RTDCiv.80.354 ; J. HUET, obs. RTDCiv.85. 589 ; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, thèse Montpellier, 1974, LGDJ., 1975, n° 585 *sq.* ; J. NÉRET, *Le sous-contrat*, thèse, LGDJ., 1979, n° 265 *sq.*

interposée entre le fabricant et le vendeur dans la chaîne de distribution commerciale des produits ” (1).

168.- Enfin, un dernier exemple peut être donné de l'extension de l'application de la *lex contractus*. Selon l'article 10 § 1-e de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (2), la loi du contrat est applicable aux “*conséquences de la nullité du contrat*”. Cet article ne distinguant pas les causes d'annulation du contrat, on peut en déduire que la responsabilité encourue pour l'annulation du contrat relève de la *lex contractus*, bien que le contrat ait rétroactivement disparu. La position adoptée par l'article 10 § 1-e tranche avec le droit français qui écarte, dans une telle hypothèse, toute qualification contractuelle au profit de la nature délictuelle de l'éventuelle action en responsabilité (3).

169.- Les développements qui précèdent montrent indéniablement une extension de la *lex contractus*, au détriment de la *lex loci delicti commissi*, tant pour des raisons de droit interne (caractère contractuel des actions en garantie et en responsabilité au sein des groupes de contrats), que de droit international (l'article 10 § 1-e de la Convention de Rome). La soumission des créances à la loi de leur source conduit ainsi à soumettre à la *lex contractus* une créance *a priori* de nature extracontractuelle (action en responsabilité exercée contre une partie à un contrat par une personne qui est un tiers, action en restitution ou en responsabilité exercée consécutivement à l'annulation du contrat), de sorte que la référence à la source trompe parfois sur le contenu du rattachement !

(1) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32, n° 17.

(2) V. H. GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international européen des contrats*, RTDE.81.215.

(3) V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, LGDJ., 2ème éd., 1988, n° 938, p. 801. Cet auteur écrit qu'on ne peut, néanmoins, faire abstraction du contrat annulé (n° 939). Sur les restitutions consécutives à l'annulation du contrat, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 7ème éd., 1983, LGDJ, n° 601. V. *infra*, n° 749.

Néanmoins, le mouvement d'extension ainsi décrit de la *lex contractus* n'a pas encore atteint les actions en responsabilité liées aux précontrats.

_- Les précontrats

170.- *A priori*, l'absence de contrat incite à soumettre les actions en responsabilité pour rupture fautive des négociations précontractuelles à la *lex loci delicti commissi*. Comment, en effet, concevoir une responsabilité autre qu'extracontractuelle en l'absence de contrat ? Néanmoins, la qualification devient hésitante dans certaines circonstances, de sorte qu'une partie de la doctrine milite pour une qualification contractuelle (1).

171.- Prête ainsi à hésitation le cas des lettres d'intention, dont l'honorabilité de l'auteur incite le tiers à contracter avec la personne recommandée par la lettre. Des arrêts retiennent la qualification délictuelle de l'éventuelle responsabilité de l'auteur de la lettre, simple promesse, et “*dès lors que la lettre de recommandation ne contient aucun renseignement susceptible d'induire en erreur le destinataire sur la solvabilité de la personne recommandée, l'auteur de la lettre ne commet aucune faute susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle*” (2). Un auteur propose

(1) V. Mme B. BERLIOZ-HOUIN, *L'application volontaire de la loi française*, RJC. février 1984.33 ; de manière plus générale, v. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, conditions*, L.G.D.J. 1982, n° 196 sq. ; D. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTDCiv.74.46 ; J.-M. MOUSSERON, *La durée dans la formation des contrats*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509 ; M. FONTAINE, *Les lettres d'intention*, DPCI.77.73.

(2) Paris 30 avr. 1985, B.85.754 note J.-L. RIVES-LANGE. V. aussi Com. 21 déc. 1987, B.88.361 note J.-L. RIVES-LANGE, qui admet que, dans certaines circonstances, la lettre d'intention puisse constituer un engagement contractuel. Le changement de qualification entraîne corrélativement le changement de loi applicable.

toutefois de distinguer entre l'argument de vente, relevant de la responsabilité délictuelle, et l'engagement de garantie, qui pourrait donner lieu à une responsabilité contractuelle (1).

172.- En revanche, la jurisprudence paraît hostile à l'idée de reconnaître le caractère contractuel de la responsabilité pour rupture fautive des négociations précontractuelles. Dans un arrêt *Etablissements Gertais* du 20 mars 1972, la Cour de cassation a certes admis que la rupture fautive des négociations précontractuelles pouvait donner lieu à réparation, mais sur le terrain délictuel (2). La loi applicable à la créance de réparation sera donc la *lex loci delicti commissi*, et non la *lex contractus*. La nature de la créance commande la règle de conflit de lois, la portée et le contenu des négociations précontractuelles ne pouvant être appréciés que *lege fori*.

En définitive, l'évolution que subit actuellement la distinction des responsabilités contractuelle et extracontractuelle vient perturber la mise en œuvre de la loi de la source, et aboutit parfois à cette situation paradoxale qui consiste à appliquer à une créance, dont la source semblait *a priori* extracontractuelle, la loi d'un contrat qui n'existe pas encore, ou qui n'existera jamais, ou qui n'existe plus, ou enfin la loi d'un contrat actuel, mais auquel la victime est un tiers.

De surcroît, la mise en œuvre de la loi de la source risque également d'être particulièrement délicate lorsque les éléments de rattachement du délit se trouvent éclatés sur le territoire de plusieurs Etats.

(1) V. J. TERRAY, *La lettre de confort*, B.80.329.

(2) Cass. 20 mars 1972 *Etablissements Gertais*, JCP.73.II.17543 note J. SCHMIDT.

Contra, v. R. Von IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, in *Œuvres choisies*, traduction de O. de MEULENAËRE, t. II, 1860, p. 1 à 100, qui plaçait la *culpa in contrahendo* dans la responsabilité contractuelle.

2. L'éclatement des éléments de rattachement

173.- La localisation plurale des éléments de rattachement du délit apparaît lorsque le fait générateur est dispersé sur le territoire de plusieurs Etats, ou encore lorsque le fait générateur et le dommage subi sont éclatés en des territoires différents. La dissociation des éléments de rattachement crée donc un conflit et une rivalité entre les différentes lois en présence. La loi du dommage (1) semble en effet présenter une compétence égale à celle de la loi du fait dommageable (2). L'hypothèse, connue dès le XVIIème siècle (3), a pris de nos jours une ampleur considérable, liée au développement des moyens de communication, qui favorisent l'éclatement des éléments de rattachement. Que l'on songe aux diffusions internationales par voie de presse, aux accidents liés à la consommation de produits sur un territoire différent de celui sur lequel l'achat a été effectué ou le produit fabriqué (4), aux retombées nucléaires, aux cas de pollution transfrontalière, etc.

174.- Dans certains cas, une même activité risque d'entraîner la commission de plusieurs délits,

(1) La doctrine française se prononce dans son ensemble pour la compétence de la loi du lieu du préjudice. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 561 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 453 ; H. et L. MAZEAUD et H. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, Montchrestien, 1965, p. 359 ; A. WEILL, *Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice*, Mélanges offerts à J. MAURY, p. 550, Dalloz-Sirey ; P. BOUREL, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Responsabilité civile*, n° 37. V. aussi Trib. Seine 16 juin 1936 **Prince Norindeth**, S.39.2.1 note J.-P. NIBOYET (compétence du tribunal français, tribunal du lieu du dommage) ; C.A. U.S.A. Columbia 8 févr. 1955, R.56.466 note J. DAINOW et Y. LOUSSOUARN.

(2) Sur la compétence de la loi du lieu du fait générateur, v. E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, § 338, p. 416-417 ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, n° 113, p. 231 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, LGDJ., 2ème éd., 1951, p. 203, n° 625 bis . V. aussi P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, note Sous Cass. 25 mai 1948 **Lautour**, D.48.359.

(3) V. P. VOËT (1619-1677), *De statutis eorumque concursu*, lect. 1, chap. 1er, 8 ; J. BOUHIER, *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, Dijon, 1787-1788, 2 vol., chap. 34, n° 17.

(4) V. Ph. MALAURIE, *Rapport général de droit international privé*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, *La protection des consommateurs*, p. 389 ; Cl. LOMBOIS, *La protection juridique du consommateur en droit international privé français*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 441.

qui viennent se superposer les uns par rapport aux autres (1). Il en est ainsi de la diffusion par voie de presse d'un article calomnieux (2), ou de la publication d'une photographie d'une personne relative à sa vie privée sans que son autorisation n'ait été obtenue. L'éclatement des éléments de rattachement peut être imagé par trois cercles. Le premier correspond au lieu d'édition, où le délit se forme. Le deuxième inclut les lieux de mise en vente de la revue, ou encore de mise dans le marché du produit délictueux (3), quelles que soient les frontières franchies. Le troisième est la résultante des lieux où le dommage a été subi. Ainsi, à la dissociation des éléments de rattachement succède leur éclatement.

175.- L'éparpillement des points de contact conduit naturellement à s'interroger sur la loi applicable au délit (4). Doit-il entraîner la remise en cause de la compétence de la *lex loci delicti commissi* ? De manière plus précise, quelle peut être l'incidence de l'éclatement des points de rattachement du délit sur la loi applicable, à supposer que celle-ci puisse être unique ? La question est importante dans la mesure où cette hypothèse a été à l'origine des critiques adressées

(1) V. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 65, qui utilise l'expression de "*parcelles d'activités extracontractuelles*".

(2) S'agissant des atteintes à la vie privée, une partie de la doctrine se demandait s'il n'était pas possible de rattacher la notion au statut personnel *via* la catégorie des droits de la personnalité, de sorte que serait compétente la loi nationale de la victime, et non la *lex loci delicti commissi*. L'avantage de cette analyse serait d'éviter les inconvénients et les incertitudes produits par l'éclatement des éléments de rattachement. Toutefois, la Cour de cassation a clairement condamné une telle conception. V. Civ.1 13 avr. 1988 *Jours de France*, R. 88.546 note P. BOUREL, J.88.752 note B. EDELMAN. V. aussi H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 392 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1103 ; P. KAYSER, *Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile*, Mélanges offerts à R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 405, n° 9 ; J. MESTRE, *Les conflits de lois relatifs à la vie privée*, Etudes offertes à P. KAYSER, t. II, p. 239, P.U.A.M., 1979.

(3) V. M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, J.84.765, spéc. n° 54 et 55. Sur les atteintes aux droits de la personne par voie de presse, v. la loi du suisse du 18 décembre 1987, article 139, qui retient une localisation plurale des éléments de rattachement en faveur de la victime. V. S. STOJANOVIC, *Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé*, R.88.261, n° 53. Sur le rattachement des activités illicites (concurrence déloyale) aux lieux où elles développent leurs effets, v. l'article 136 de la loi suisse précitée.

(4) Sur la question de savoir si la détermination de la loi applicable en cas de cumul des éléments de rattachement pose un problème de rattachement ou de qualification, v. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 59 sq.

contre l'utilisation d'un rattachement fixe. Le lieu du délit deviendrait fortuit (1), il conviendrait de corriger l'application mécanique de la règle de conflit de lois par la sollicitation du principe de proximité (2), par la mise en œuvre d'autres rattachements, tels que la loi nationale commune (3), la loi du domicile commun (4), lesquels expriment pourtant d'autres fonctions (5). En revanche, l'admission de la compétence de la loi du dommage suscite chez quelques auteurs (6) la crainte d'assister à l'atomisation de la compétence législative, lorsque les dommages sont éprouvés en des lieux différents. En écho à cette inquiétude, l'article 7 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits défectueux (7) écarte la compétence de la loi désignée lorsque la personne dont la responsabilité est mise en cause "ne pouvait pas raisonnablement prévoir que le produit ou ses propres produits de même type seraient mis dans le commerce de l'Etat considéré". D'autres, enfin, proposent que le délit soit localisé, non dans son lieu matériel, mais dans le milieu sociologique qui lui serait propre (8). La variété des solutions proposées nous éclaire sur l'incidence de la localisation plurale des

(1) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32, n° 6.

(2) V. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I.1986.I.9, spéc. p. 100 *sq.* Le principe de proximité conduit à rattacher le rapport de droit litigieux à la loi qui présente les liens les plus étroits. Le résultat peut d'ailleurs être obtenu grâce à une clause d'exception. V. aussi F. KNËPFLER et Ph. SCHWEIZER, *La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)*, R.88.207, spéc. p. 222, qui estiment que les articles 15 et 117 al. 1 de la loi suisse du 18 décembre 1987 font application du principe de proximité.

(3) V. en ce sens, le Code civil portugais, article 45 § 3, la loi est-allemande du 5 décembre 1975, article 17 al. 3, la loi polonaise du 12 novembre 1965, article 31 al. 2, lorsque la nationalité commune coïncide avec le domicile commun.

La loi nationale est prônée par les auteurs qui proposent de rattacher au statut personnel les droits de la personnalité. La condamnation de cette thèse par Civ.1 13 avr. 1988 *Jours de France*, R. 88.546 note P. BOUREL, J.88.752 note B. EDELMAN illustre le mouvement de patrimonialisation des droits de créance.

(4) V. en ce sens, le décret-loi hongrois de 1979, article 32 § 3 ; v. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 55.

(5) V. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227, spéc. p. 305, qui estime que la loi nationale commune exprime davantage "la nécessaire permanence du rattachement".

(6) V. G. A.-L. DROZ, note sous TGI. Paris 19 juin 1974 *Hauert*, D.75.638.

(7) V. Y. LOUSSOUARN, *op. cit.* ; S. STOJANOVIC, *Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé*, R.88.261, n° 50, sur l'article 135 al. 1-b de la loi suisse précitée.

(8) V. en ce sens, BINDER, *Zur Auflockerung des Deliktsstatuts*, *Rabels. Z* 1955, p. 180 *sq.* ; P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, LGDJ., 1961, p. 54 *sq.* ; G. BEITZKE, *Les obligations délictuelles en droit international privé*, R.C.A.D.I.1965.II.61, n° 56 ; P. BOUREL, notes sous TGI. Chambéry 14 déc. 1965, R.67.118 et Cass. 30 mai 1967 *Kieger*, R.67.731.

éléments de rattachement sur le principe de soumission des créances extracontractuelles à la loi de leur source.

176.- Sauf à inclure dans le terme de " source " n'importe quel point de rattachement du délit (1), ou à ne pas tenir compte de la dispersion du délit en attribuant une compétence unique à la loi du lieu du fait générateur, on peut penser que l'éparpillement des points de contact bloque l'application de la loi de la source à la créance extracontractuelle. Lorsqu'une option de compétence entre la loi du lieu du délit et celle du lieu du dommage est ouverte en faveur de la victime ou du juge, il ne peut être question d'une référence à la loi de la source. En effet, la méthode utilisée relève d'un autre système. Certes, il ne peut s'agir de la loi du lieu de situation de la créance (2), qui serait matérialisée par le lieu du fait fautif ou du dommage subi. On a montré précédemment que les créances se prêtent mal à une localisation spatiale, leur caractère incorporel rendant impossible la référence à un *situs*, sauf à recourir à la technique des fictions. De plus, leur soumission à la *lex rei sitae* n'expliquerait pas l'existence d'une option de compétence offerte au choix du juge ou de la victime. Enfin, l'application de la *lex rei sitae* rendrait indispensable la détermination de l'élément qui, d'entre le fait et le dommage, matérialiserait le mieux la créance (3). Or, il est illusoire de croire que l'un puisse matérialiser mieux que l'autre la créance.

(1) La question n'est pas sans évoquer les affres de la causalité ! V. aussi en Allemagne, le § 32 du ZPO., qui prévoit une compétence générale en faveur du lieu du tribunal du domicile du défendeur, et une compétence spéciale en faveur du tribunal du lieu du fait illicite. Il est admis que ce dernier est localisé dans chacun des lieux où l'un de ses éléments constitutifs essentiels se situe. V. POLANDT, *Kommantar zum BGB.*, 1975, *Einführung zum § 823*, n° 10.

(2) V. cependant la directive CEE. du 22 juin 1988, RTDE.88.730, relative à la loi applicable à l'assurance-vie et non-vie, qui retient comme critère de rattachement du contrat d'assurance le pays du lieu de situation du risque (article 7-1 *sq.*).

(3) V. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, n° 107 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 561 ; H., L. MAZEAUD et H. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, Montchrestien, 1965, n° 2237 ; J. DAINOW et Y. LOUSSOUARN, note sous C.A. U.S.A. Columbia 8 févr. 1955, R.56.466 ; *contra*, v. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 75.

177.- En réalité, le principe mis en œuvre ne ressortit ni à la loi de la source, ni à la *lex rei sitae*. Il correspond au principe d'ubiquité des créances (1). Dire que l'on peut alternativement appliquer la loi du lieu du fait générateur ou celle du lieu du dommage subi revient à considérer que la créance extracontractuelle est localisée indifféremment en l'un ou l'autre lieu. C'est aussi admettre que la créance puisse avoir une loi propre, qui procède de la volonté du juge ou de la victime (2).

L'examen de la jurisprudence française permet d'asseoir cette affirmation.

178.- La jurisprudence française semble évoluer vers une transposition des solutions rendues sur le terrain de la compétence judiciaire à celui de la compétence législative. S'agissant de la compétence judiciaire, il est admis de longue date (3) que le tribunal du lieu du dommage est compétent pour connaître du litige, car il est jugé le plus apte pour apprécier les faits. La solution fut reprise, sur le plan international, par le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 18 avril 1969 *Mitsouko* (4), à l'occasion duquel M. P. Bourel proposa de distinguer entre compétence juridictionnelle interne et compétence juridictionnelle internationale. La première

(1) V. *infra*, n° 252 *sq.*

(2) V. en contre-point, l'article 7-2 al. 3 de la directive CEE. du 22 juin 1988 précitée, qui énonce que "*lorsque le contrat couvre des risques situés dans plus d'un Etat membre, le contrat est considéré, pour l'application du présent paragraphe, comme représentant plusieurs contrats dont chacun ne se rapporterait qu'à un seul Etat membre*". En d'autres termes, l'éparpillement des points de rattachement entraîne la fragmentation du contrat, ce qui, indirectement, revient à refuser le caractère ubiquiste des créances issues du contrat d'assurance.

(3) V. Req. 29 avr. 1929, S.30.I.92. Cet arrêt précisait la notion de "*lieu du fait dommageable*" de l'article 59 ACPC. En droit interne, l'article 59 faisait référence au tribunal du lieu du dommage. Cette jurisprudence s'est renouvelée par la suite, à travers les décisions de Trib. Seine 16 juin 1936 *Prince Norindeth*, S.39.2.1 note J.-P. NIBOYET et Paris 30 janv. 1947, D.47.154 en matière de rupture de fiançailles. V. aussi Paris 12 juin 1961, D.61.454 note H. M., RTDCiv.61.546 obs. P. HÉBRAUD ; Cass. 28 mars 1968, JCP.68.IV.331, RTDCiv.68.772 obs. P. HÉBRAUD, relatif à une action en contrefaçon et en concurrence déloyale.

La solution posée par Req. 29 avr. 1929, S.30.I.92 a également été reprise par Req. 8 mars 1937, S.37.I.247 rapport PILON, D.38.I.76 note R. SAVATIER et Req. 6 déc. 1939, DH.40.40. Cette jurisprudence fut approuvée en doctrine par H., L. MAZEAUD et H. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, Montchrestien, 1965, p. 165.

(4) TGI. Paris 18 avr. 1969 *Mitsouko*, R.71.281 note P. BOUREL. Le principe avait déjà été posé par Paris 9 mai 1863, Ann. propr. ind. 1863.252, et par Trib. Seine 16 juin 1936 *Prince Norindeth*, S.39.2.1 note J.-P. NIBOYET. La doctrine approuva dans son ensemble la décision. V. aussi J. DAINOW et Y. LOUSSOUARN, note précitée sous C.A. U.S.A. Columbia 8 févr. 1955, R.56.466, spéc. p. 474. V. (... / ...)

attribuerait invariablement la compétence au tribunal du lieu où le dommage s'est réalisé, cependant que la seconde ménagerait une option au profit de la victime, entre le tribunal du lieu du fait et celui du lieu du dommage. Après une période d'incertitudes découlant de deux jugements du Tribunal de grande instance de Paris, l'un du 19 juin 1974 (1), l'autre du 23 juin 1976 (2), par lesquels fut déclinée la compétence de principe du tribunal du lieu du dommage, le principe posé dans l'affaire *Mitsouko* fut réaffirmé avec éclat par deux arrêts, l'un de la CJCE. du 30 novembre 1976 *Mines de potasse d'Alsace* (3), l'autre, de la Cour d'appel de Toulouse du 20 décembre 1976 (4). Ces deux arrêts admirent en effet une liberté de choix offerte à la victime entre le tribunal du lieu du fait générateur et celui du lieu du dommage. Enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 1978 (5) sembla reprendre à son compte la solution posée par

H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 561 ; A. WEILL, *Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice*, Mélanges offerts à J. MAURY, p. 550, Dalloz-Sirey, 1960.

(1) TGI. Paris 19 juin 1974 *Hauert*, R.74.696 note P. LAGARDE. Le jugement laissait entendre que si le demandeur s'était limité à la réparation du préjudice subi en France, le Tribunal se serait déclaré compétent. V. dans le même sens, TGI. Paris 26 juin 1974, D.74.Somm.112, D.75.638 note G. A.-L. DROZ, la juridiction se reconnaissant compétente pour statuer sur le dommage subi en France du fait de la diffusion d'une revue éditée en Italie. Selon M. G. A.-L. DROZ, la décision se prononcerait pour une compétence unique du tribunal du lieu du fait générateur du dommage.

(2) TGI. Paris 23 juin 1976, RTDCom.78.205 obs. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL. Cette décision semble retenir la compétence du tribunal du lieu du fait générateur, en énonçant que "les tribunaux français [sont] normalement incompétents territorialement pour statuer sur un fait dommageable qui se serait produit à l'étranger". Mais le tribunal se déclare finalement compétent parce qu'aucune partie n'a soulevé son incompétence !

(3) CJCE. 30 nov. 1976 *Mines de potasse d'Alsace*, D.77.613 note G. A.-L. DROZ, R.77.563 note P. BOUREL. L'Avocat général se prononçait pour un rattachement exclusif au lieu de réalisation du dommage. La solution est critiquée par M. G. A.-L. DROZ, qui craint un éclatement de la compétence. V. aussi P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, J.71.747, spéc. p. 758-759. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui a entendu éliminer le *forum actoris*, ne supporte de dérogations qu'expressément prévues.

(4) Toulouse 20 déc. 1976, D.77.690 note L. BOYER, qui énonce que l'article 46 NCPC. est applicable en droit interne comme en droit international. La solution correspond à la transposition des règles de compétence interne sur le plan international, tendance affirmée par Cass. 19 oct. 1959 *Pelassa*, D.60.37 note G. HOLLEAUX, R.60.215 note Y. L., et Cass. 30 oct. 1962 *Scheffel*, D.63.109 note G. HOLLEAUX, R.63.387 note Ph. FRANCESKAKIS. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 673 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-C, Conflits de juridictions*, n° 6 sq. ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. II, *La compétence*, Sirey, 1973, n° 686. Selon M. L. BOYER, la solution serait en réalité dangereuse parce qu'elle favoriserait trop la victime.

(5) Cass. 3 avr. 1978, RTDCom.78.656 obs. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, JCP.78.IV.185, D.78.IR.367 obs. B. AUDIT. La solution de cet arrêt consiste à transposer sur le plan international la règle posée par l'article 46 NCPC. Dans cette affaire, des déchets avaient été

l'arrêt de la CJCE. du 30 novembre 1976 *Mines de potasse d'Alsace*, l'hésitation étant toutefois permise compte tenu du fait que le fait dommageable s'était produit en haute mer, c'est-à-dire en un endroit soustrait à toute souveraineté étatique. "Or, ce qui est vrai de la compétence juridictionnelle l'est aussi de la compétence législative" (1). La question, dès lors, est de savoir si la jurisprudence française offre à la victime une option de compétence législative, entre la loi du lieu du délit et celle du lieu du dommage, à l'instar des solutions d'Outre-Rhin. Bien qu'il ne le semble pas encore, on peut considérer que la jurisprudence a adopté une voie moyenne, consistant non seulement à donner la préférence à la loi du lieu où le dommage a été subi (2), mais aussi à procéder à une application distributive des lois en présence, en soumettant le dommage survenu en France à la loi française, en Allemagne, à la loi allemande, etc, quel que soit le lieu du fait générateur (3). De nombreux jugements ou arrêts ont paru donner compétence à la loi du lieu du dommage. Alors que les jugements *Mitsouko* (4) et *Hauert* (5) ne tranchaient que la question relative à la compétence judiciaire, peuvent être citées comme ayant fait application de la loi du lieu du dommage les décisions suivantes : l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juillet 1954 *Patino* (6), en matière d'infidélité conjugale ; l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 octobre 1955 (7), en matière de séduction dolosive ; le jugement du tribunal de

déversés en haute mer, en Méditerranée, par une société italienne. La Cour de cassation a fait application de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui donne compétence au tribunal du lieu du fait dommageable.

(1) H. BATIFFOL, R.63.581. *Contra*, v. P. BOUREL, note sous TGI. Paris 18 avr. 1969 *Mitsouko*, R.71., spéc. p. 293, qui estime que les préoccupations de la compétence législative sont de "rechercher quel est l'élément le plus caractéristique du rapport de droit, en considération de la substance de la situation litigieuse, non de la commodité des parties". V. aussi H. BATIFFOL, *Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, Mélanges R. D. KOLLEWYJN et OFFERHAUS, Leyde, 1962, p. 55, et *Choix d'articles*, LGDJ., 1976, p. 303, et note sous TGI. Seine 13 mars 1963, R.63.573, spéc. p. 581.

(2) V. toutefois P. BOUREL, note sous TGI. Paris 18 avr. 1969 *Mitsouko*, R.71., spéc. p. 291, qui se montre beaucoup plus sceptique, et qui estime qu'on ne peut déduire des formulations diverses retenues par les juges une intention de préférer la loi du lieu du préjudice à celle du lieu du fait fautif.

(3) V. cependant Paris 12 mai 1986 *Jours de France*, inédit, maintenu par Cass. 13 avril 1988, R. 88.546 note P. BOUREL, J.88.752 note B. EDELMAN, qui s'était reconnu compétent parce que l'hebdomadaire était édité sur le territoire français, afin de réparer l'ensemble du préjudice subi, nonobstant la nationalité ou le domicile de la victime.

(4) TGI. Paris 18 avr. 1969 *Mitsouko*, R.71. 281 note P. BOUREL.

(5) TGI. Paris 19 juin 1974 *Hauert*, R.74.696 note P. LAGARDE.

(6) Paris 7 juill. 1954 *Patino*, R.54.552 note Ph. FRANCESKAKIS.

(7) Paris 18 oct. 1955, R.56.484 note H. BATIFFOL. V. aussi, Y. LOUSSOUARN, note sous TGI. 22 juin 1967, R.69.474, spéc. p. 479 ; A. WEILL, *Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice*, Mélanges offerts à J. MAURY, p. 550, Dalloz-Sirey, spéc. p. 557-558 ; v. cependant les réserves de P. BOUREL, note sous TGI. Paris 18 avr. 1969 *Mitsouko*, R.71., spéc. p. 292, et *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 80.

grande instance de Paris du 23 juin 1976 (1), en matière de réparation des préjudices causés par voie de presse, qui soumet à la loi française le dommage produit en France, et à la loi allemande le dommage produit en Allemagne ; l'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 1978 *Affaire des boues rouges* (2), par lequel a été appliquée la loi du lieu du dommage ; l'arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1983 *Banque Veuve Morin-Pons* (3), qui énonce qu'en “*droit international privé français, sauf conventions internationales contraires ... , la loi territorialement compétente pour gouverner la responsabilité civile extracontractuelle est la loi du lieu où le dommage a été réalisé*” ; l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 mars 1984 *Dame Grimaldi* (4), en matière d'atteinte aux droits de la personnalité par voie de presse.

Dans l'arrêt *Veuve Morin-Pons*, la situation, née d'un détournement de titres commis en France au détriment d'un Espagnol, était ambiguë dans la mesure où la loi française constituait à la fois la loi du lieu du délit et celle du lieu du dommage. La référence ainsi effectuée à la compétence de la loi du lieu du dommage, et non à celle du lieu du délit, n'en a que plus d'importance, l'arrêt comportant de surcroît une substitution de motifs. Il est dès lors possible de déduire de cet arrêt que les juges ne choisissent plus seulement la loi française lorsqu'un des éléments de rattachement est situé en France (5), mais qu'ils puissent admettre plus largement une option de choix entre la loi du lieu du délit et celle du lieu du dommage. Si cette hypothèse

(1) TGI. Paris 23 juin 1976, RTDCom.78.205 obs. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL.

(2) Cass. 3 avr. 1978 *Affaire des boues rouges*, RTDCom.78.656 obs. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, JCP.78.IV.185, D.78.IR.367 obs. B. AUDIT. Selon MM. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, cet arrêt ne ferait qu'illustrer la tendance jurisprudentielle française d'appliquer la loi française dès lors que l'un des deux éléments de rattachements du délit - fait générateur ou dommage - est situé en France.

(3) Cass. 8 févr. 1983 *Banque Veuve Morin-Pons*, J.84.123 note G. LÉGIER.

(4) Paris 19 mars 1984 *Dame Grimaldi*, D.85.IR.179, faisant suite à TGI. Paris 29 sept. 1982 et 27 avr. 1983, R.84.670 note .

(5) V. pour cette interprétation, P. BOUREL, note sous TGI. Paris 18 avr. 1969 *Mitsouko*, R.71., spéc. p. 292, qui cite Trib. Rome 7 avr. 1959, J.61.842 et Cass. C. R. 27 févr. 1962, J.64.342.

s'avérait, la transposition des principes de la compétence judiciaire à la compétence législative serait ainsi parfaite sur le plan international. La jurisprudence française serait alors susceptible de suivre les solutions dégagées par le droit allemand (1), qui prône le " cumul électif " (2), c'est-à-dire la liberté de choix, laissée à la victime, entre la loi du lieu du délit et la *lex damni*, et ne serait éloignée ni de la position canadienne, qui applique la *lex damni*, sous réserve que la loi du lieu du fait générateur connaisse le principe de responsabilité invoquée par la victime (3), ni de la jurisprudence américaine, qui reconnaît à la loi du lieu du préjudice une compétence assez large (4).

179.- En somme, il apparaît que l'application à la créance extracontractuelle de lois dont la multiplicité n'a d'égale que l'éparpillement des points de contact est étrangère au respect de la mise en œuvre de la loi de la source. La localisation plurale des éléments de rattachement fait obstacle à ce que la créance puisse être clairement identifiée à une seule source et soumise à une

(1) V. BGH. 13 mars 1984, IPRax.1985.104, cité par M. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I.1986.I.9, n° 252 ; BGH. 8 janv. 1985, IPRax. 1986.108, J.85.954 note E. JAYME, qui applique la loi allemande à un accident survenu au Portugal entre deux voitures immatriculées en Allemagne et conduites, l'une par un Allemand, l'autre par un Espagnol, chacun étant domicilié en Allemagne. M. P. LAGARDE voit dans cet arrêt l'application d'une clause d'exception au détriment de la *lex loci delicti commissi*. Il est également possible de considérer que les juges allemands ont fait application de la *lex damni*.

(2) V. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 83 *sq.* V. RG. 18 oct. 1909, 72.RGZ.41 ; RG. 14 févr. 1936, 160.RGZ.265. La jurisprudence allemande peut être interprétée comme faisant application du principe d'ubiquité des créances. Sur cette question, v. *infra*, n° 252 *sq.* *Comp.* avec la directive CEE. du 22 juin 1988, RTDE.88.730, qui prévoit un " cumul électif " dans le cas de l'éparpillement des lieux de situation des risques assurés (article 7-1-c).

(3) V. Ph. MALAURIE, *Rapport général de droit international privé*, in Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXIV, 1973, *La protection des consommateurs*, p. 389 ; Cour suprême du Canada 1973 *Moran*, [1975] 1 RCS 393, J.87.380 note J.-G. CASTEL ; P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 87 *sq.*

(4) V. le Restatement sur les conflits de lois, article 377, traduction par P. WIGNY et W. J. BROCKELBANK, *Exposé du droit international privé américain*, Paris, Sirey, 1937, p. 395. Mais selon A. EHRENZWEIG, *Der Tatort im amerikanischen Kollisionsrecht des Ausservertaglichen Schadenersatz Aussprüche*, *Rabels. Z.*, t. I, p. 665, la jurisprudence américaine appliquerait la loi du lieu du fait illicite lorsque le délit repose sur un élément intentionnel. Sur le droit américain, v. aussi P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 81 *sq.*

V. aussi les articles 135 à 139 de la loi suisse du 18 décembre 1987, qui ont une coloration matérielle, en faveur de la victime.

seule loi. De par ses facettes multiples, le fait générateur de la créance ne peut obéir à une loi unique, sous peine d'engendrer un territorialisme excessif (1). L'ubiquité de la créance explique alors le morcellement de la compétence législative. Le droit de créance peut être localisé en autant de lieux que la diffusion du délit, sa propagation, auront entraîné des dommages répartis sur des territoires différents, par voie maritime, fluviale, aérienne ou de presse.

180.- L'hypothèse de l'éclatement des éléments de rattachement montre ainsi que l'application de la loi de la source, c'est-à-dire de la *lex loci delicti commissi*, est concurrencée par d'autres méthodes, aboutissant à la mise en œuvre d'autres lois, de telle sorte qu'un pan non négligeable lui échappe.

181.- Conclusion du paragraphe. En définitive, l'examen de la loi de la source, contractuelle et extracontractuelle, conforte l'idée que ce rattachement, *a priori* séduisant et simple à mettre en œuvre, se révèle en réalité d'une tout autre nature, à la fois complexe et incertaine dans ses résultats.

En matière contractuelle, nous avons montré que le rattachement des créances à leur source était impossible à propos des créances futures et du contrat d'échange. Indépendamment de ces deux hypothèses, la mise en œuvre de la loi de la source bute sur la question de savoir à quelle source il convient de rattacher la créance. Lorsque la dissociation est possible, la créance doit-elle être rattachée à sa source immédiate ou bien à sa source médiate ? La comparaison des solutions respectives existant en matière de cautionnement ou de garantie à première demande montre

(1) V. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227, spéc. p. 273. *Contra*, v. G. A.-L. DROZ, note précitée sous TGI. Paris 26 juin 1974, D.75.638, qui n'admet une compétence législative spéciale qu'à la condition que sur le même territoire le fait illicite et le dommage subi coexistent. L'auteur revient à la compétence de la loi du lieu du fait lorsque celui-ci a un lien de causalité avec l'ensemble des dommages, quelle que soit leur localisation résultant de la diffusion, de la propagation du fait illicite.

combien cette distinction a une portée concrète. La loi applicable à la garantie à première demande est indépendante de celle qui est applicable au contrat et à la créance garantie, cependant que la créance née du contrat de cautionnement suit traditionnellement le rattachement de la créance garantie. Dans le premier cas, c'est la source immédiate qui prévaut ; dans le second, la source médiate. La différence de résultat selon que la créance est soumise à la loi de la source médiate ou à la loi de la source immédiate constitue une cause d'incertitude tenant à la structure même du rattachement, qui lui est, en quelque sorte, " congénitale " (1). Simple question de fait, l'appréciation du caractère médiat ou immédiat de la source incombe aux juges du fond, ce qui est de nature à rendre les solutions encore plus fluctuantes.

182.- En matière extracontractuelle, la mise en œuvre de la loi de la source paraît plus simple, davantage prévisible, exception faite de l'extension progressive du domaine de la responsabilité contractuelle, qui vient fausser les rattachements, et de l'hypothèse de l'éclatement des éléments de rattachement, qui oblige à imaginer des méthodes différentes de résolution du conflit de lois.

183.- Le bilan est ainsi globalement décevant, et paraît la conséquence logique d'une conception de la créance prise comme un simple lien personnel, un effet du contrat, et non comme une valeur, un bien, susceptible d'appropriation et de rattachements propres (2).

Néanmoins, en dépit du tableau des difficultés d'application ainsi dressé, la jurisprudence reconnaît à la loi de la source un large champ d'application . Tant du côté contractuel que du côté extracontractuel, les arrêts énoncent que les créances sont soumises à la loi de leur sour-

(1) V. P. LAGARDE, note sous Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique* , R.82.347 : *“Quelle est ici la cohérence de la solution de l'arrêt Total Afrique ? La loi applicable aux créances de la société nationalisée n'est pas déterminée d'une manière globale, ou par catégorie de créances. Elle est fixée au coup par coup en fonction des circonstances propres à la naissance de chacune d'entre elles et, en raison de l'incertitude de la règle de conflit de lois, elle ne sera connue qu'au terme d'un procès ”*.

Pour pallier cet inconvénient, il faudrait trancher le lien en amont, c'est-à-dire du côté de la source, et tenter de percevoir la créance en tant que valeur, ce qui favoriserait l'émergence de solutions moins casuistiques.

(2) Sur les relations entre propriété et créance, v. *infra* , n° 569 sq .

ce (1). Cependant, l'analyse des arrêts évoqués n'est pas sans susciter un certain malaise en ce qu'elle montre que les mêmes solutions auraient été obtenues en matière contractuelle, non par application de la loi de la source, mais par application de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique.

184.- S'agissant des sociétés, il est énoncé que la loi applicable aux titres est la *lex societatis* (2). Mais la compétence de cette loi peut être aussi bien fondée par la référence à la source du droit que par la référence au siège du débiteur de la prestation caractéristique.

185.- A l'égard des opérations bancaires, l'étude de la jurisprudence montre que la même observation peut être faite. Qu'il s'agisse des ouvertures de crédit (3), des crédits-documentaires (4), des comptes de dépôt (5), des comptes bancaires (6) ou des garanties à première

(1) Paris 21 déc. 1962, RTDCom.63.956 obs. Y. LOUSSOUARN, JCP.63.II.13447 note H. MAZEAUD, cassé par Cass. 25 juin 1966, R.66.238 note Ph. FRANCESKAKIS, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN ; Cour de renvoi Orléans 25 juin 1970, J.71.301 note J.-D. BREDIN.

Paris 11 févr. 1969, J.69.918 note Ph. KAHN, D.70.552 note Ch. LARROUMET : *“Les droits et obligations du débiteur cédé ne sauraient être modifiés par un acte étranger auquel il n'est pas intervenu et sont nécessairement déterminés par la loi sous l'empire de laquelle la dette a pris naissance”*.

Cass. 15 févr. 1972 *Atard*, R.73.77 note H. BATIFFOL, RTDCom. 73.417 obs. Y. LOUSSOUARN : *“Attendu que la Cour d'appel relève que la dette principale a sa source dans deux billets à ordre souscrits en Algérie ... ; qu'ayant, en l'état de ces constatations, souverainement interprété l'intention des parties quant à la localisation du contrat, la Cour d'appel en a justement déduit que celui-ci était régi par la loi algérienne”*.

Cass. 17 oct. 1972 *Royal Dutch*, R.73.520 note H. BATIFFOL, Rev.soc.74.127 note J.-L. BISMUTH : *“Les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société”*.

Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH : *“Si le contrat de cautionnement est soumis à sa loi propre, il y a lieu de présumer, dans le silence de la convention à cet égard, qu'il est régi par la loi de l'obligation garantie”*.

(2) V. Cass. 17 oct. 1972 *Royal Dutch*, R.73.520 note H. BATIFFOL, Rev.soc.74.127 note J.-L. BISMUTH.

(3) V. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497 ; J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 84 sq.

(4) V. l'article 10 des Règles et Usances de la C.C.I.

(5) V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 77 sq. ; TGI. Paris 8 et 12 mars 1985, B.85.409 note J.-L. RIVES-LANGE, D.85.IR.500 obs. B. AUDIT.

(6) V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 77 sq. ; Hoge Raad 17 avr. 1964, J.69.978 note R. D. KOLLEWYJN : *“La relation juridique entre une banque et un client qui a conclu avec la première un contrat de compte courant, est régie par le droit du pays où est établi l'office dépendant de la banque, abstraction faite du cas qui n'est pas celui de l'espèce, où les parties en ont décidé autrement”*.

demande (1) , en l'absence de volonté exprimée par les parties, la loi compétente est invariablement celle de la banque, que celle-ci soit garante, contre-garante, ou accordant un prêt. Or, la soumission de la créance issue de l'opération bancaire à la loi de la banque peut aussi bien être expliquée par référence à la loi de la source que par référence à la loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique. L'identité de résultat est établie par les arrêts *Creusot-Loire* (2), par un arrêt rendu par la Cour d'appel du Luxembourg du 16 mars 1983 (3), relatif aux relations entre une banque garante et une banque contre-garante. De même, l'arrêt du Hoge Raad du 17 avril 1964 appliqua aux créances nées du fonctionnement d'un compte courant la loi de l'établissement de crédit, filiale d'une autre société (4).

186.- Le constat d'identité de résultat peut être également dressé s'agissant, cette fois, de la vente internationale de marchandises. Dès lors que les parties auront omis de choisir la loi applicable, la loi du contrat, prise en tant que loi de la source de la créance, coïncidera, le plus souvent, avec la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique (5).

V. aussi Trib. Seine 13 avr. 1967 *Affaire de l'Intrabank* , JCP.68.II.15181 note H. MOTULSKY, R.69.68, RTDCom.69.644 obs. Y. LOUSSOUARN, et Ch. GAVALDA, *Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire " Intradank "* , R.69.1.

(1) V. Paris 29 janv. 1981, D.81.336 note M. VASSEUR et Com. 20 déc. 1982 *Creusot-Loire* , D.83.365 note M. VASSEUR, J.83.811 note A. JACQUEMONT ; Paris 12 juill. 1982 et TGI. Paris 26 janv. 1983, Sydoni n° 77077 et D.83.IR.297 obs. M. VASSEUR ; Paris 26 janv. 1985, D.86.IR.157 obs. M. VASSEUR, relatif à la loi applicable aux relations entre la banque garante et la banque contre-garante. V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale* , RTDCom.80.1 ; J. STOUFFLET, *La garantie bancaire à première demande* , J.87.265 ; J. MESTRE, *Des conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles* , TCFDIP. 1986-1987, p. 57, qui se prononce pour la compétence de la loi de la garantie, et non pour la compétence de la loi régissant l'obligation garantie.

V. toutefois la décision rendue par la Queen's Branch Division les 13-14 mai 1976, JCP.78.I.2902 obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, qui a jugé qu'à défaut de convention expresse sur la loi applicable, ce n'est pas nécessairement la loi de la banque émettrice qui est applicable, mais plutôt la loi présentant avec le rapport de droit les liens les plus étroits. En l'espèce, bien que le crédit eût été ouvert par une banque espagnole, la loi new-yorkaise fut déclarée applicable, en ce que le paiement devait être réalisé par une banque new-yorkaise.

(2) V. Paris 29 janv. 1981, D.81.336 note M. VASSEUR et Com. 20 déc. 1982 *Creusot-Loire* , D.83.365 note M. VASSEUR, J.83.811 note A. JACQUEMONT.

(3) Luxembourg 16 mars 1983, D.83.IR.299 obs. M. VASSEUR.

(4) Hoge Raad 17 avr. 1964, J.69.978 note R. D. KOLLEWIJN.

(5) V. la Convention de La Haye du 15 juin 1955 ; Cass. 8 juill. 1981 *Soc. l'Abeille* , D.82.IR.73 obs. B. AUDIT, D.81.IR.541 obs. B. MERCADAL, R.83.267 note M. SANTA-CROCE.

187.- Cependant, certaines décisions semblent montrer, *a priori*, que la mise en œuvre des deux rattachements (loi de la source ou loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique) n'aurait pas abouti à la même solution. Ainsi, de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 février 1969 (1), relatif à l'opposabilité d'une cession de créance au débiteur cédé. Les deux rattachements ne pouvaient en l'espèce coïncider parce qu'il semble que le contrat avait été expressément soumis à la loi de l'acheteur. Afférant à un litige où les parties avaient choisi la loi applicable, cet arrêt n'est pas, en réalité, pertinent, s'agissant de la comparaison des résultats obtenus par l'application de deux rattachements *objectifs*.

188.- Une autre décision, en date du 10 décembre 1976 (2), montre une divergence de résultat, selon qu'on applique la loi de la source ou la loi du débiteur. Le litige portait sur l'opposabilité au débiteur cédé des transmissions de créances à l'exportation, réalisées par convention d'affacturage. Le Tribunal de commerce de Paris fit application de l'article 3 alinéa 2 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 relative à la vente internationale d'objets mobiliers corporels, qui déroge à la compétence de principe de la loi du domicile du vendeur, au profit de la loi du siège de l'acheteur, la commande ayant été reçue dans le pays de ce dernier. Toutefois, cette différence de résultat n'est que la conséquence de l'implantation du vendeur dans le pays de l'acheteur, de sorte que les points de contact convergeaient vers le pays de celui-ci.

189.- En matière de représentation commerciale, il est arrivé que les juges du fond (3) appliquent, non la loi du domicile du représentant, débiteur de la prestation caractéristique, mais

(1) Paris 11 févr. 1969, J.69.918 note Ph. KAHN, R.70.459 note R. DAYANT, D.70.552 note Ch. LARROUMET.

(2) Trib. com. Paris 10 déc. 1976, RJC.78.45 note Y. DESDEVISES.

(3) V. Versailles 17 sept. 1986, RJC.87.149 note P. DE FONTBRESSIN. Les juges de première instance avaient appliqué la loi française, en relevant qu'il n'existait aucune disposition du droit saoudien, loi du domicile du représentant, de nature à fonder la condamnation demandée. Sur l'application de la *lex fori* lorsque la *lex causae* ne contient pas de dispositions précises, v. Civ.1 29 oct. 1974 *Entr. Jean Lefèbvre*, J.75.314 note Ph. FOUCHARD, R.76. 91 note H. BATIFFOL ; Cass. 2 févr. et 21 juin 1988 *Soc. Balenciaga*, R.89.55 note B. ANCEL ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 346 sq.

celle du domicile du représenté. De prime abord, cette solution peut étonner, dans la mesure où elle ne correspond pas au rattachement prôné en matière de représentation (1). Toutefois, l'analyse des circonstances de la cause ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 17 septembre 1986 montre qu'en réalité, le représentant n'était autre qu'une filiale de la société-mère représentée, interposée comme un écran par cette dernière afin de soumettre le contrat à la loi saoudienne ! Cette décision peut faire l'objet de deux interprétations, qui chacune relativise la divergence de résultat entre l'application de la loi de la source et celle de la loi du débiteur.

190.- Soit l'on estime que l'arrêt a entendu faire tomber le masque de la société écran, en décidant implicitement qu'il n'y avait qu'une seule et même personne morale. La Cour d'appel aurait de la sorte appliqué au fond la loi du siège du débiteur réel de la prestation caractéristique.

Soit l'on considère que la Cour a entendu sanctionner la fraude à la loi résultant de la manipulation des éléments de rattachement, en ignorant la loi de la filiale, pour revenir à la compétence de la loi de la maison-mère.

Alors que la première analyse met l'accent sur le caractère fictif de la filiale, la seconde s'attache à l'existence d'une fraude à la loi, si tant est qu'on puisse distinguer entre fiction et fraude lorsque l'une concourt à la réalisation de l'autre. Dans les deux cas, retour est ainsi opéré à la compétence de la loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique.

191.- Enfin, s'agissant du cautionnement, la divergence de résultat selon qu'on applique la loi de

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 581.

la source ou celle du débiteur de la prestation caractéristique n'est parfois qu'apparente, une lecture attentive des faits permettant de montrer le contraire.

Ainsi, dans l'arrêt *Atard* (1), le cautionnement fut soumis à la loi régissant la source de la dette principale, c'est-à-dire la loi algérienne applicable à deux billets à ordre souscrits en Algérie par une société implantée en Algérie. Son bénéficiaire était l'agence algérienne d'une banque française, en contrepartie des avances qu'il avait consenties à l'entreprise exploitée en Algérie par le souscripteur des deux billets. Dans la mesure où l'on considère que les billets à ordre constituent une obligation indépendante des avances consenties par la banque, la société exploitante était bien débitrice de la prestation caractéristique, de sorte que la loi de son siège coïncidait avec celle de la source de la créance.

Dans l'arrêt *Total Afrique* (2), le cautionnement fut également soumis à la loi de la source gouvernant la créance garantie (3). L'origine du litige tenait à une créance d'environ trente millions de francs malgaches représentant le prix de fourniture de produits pétroliers vendus et livrés par la Société *Total Océan Indien*, de siège parisien, à une société de droit malgache, la société *Serrure*. Celle-ci fut mise en règlement judiciaire le 17 août 1972 par un jugement malgache, et le Sieur *Serrure* s'obligea par acte sous seing privé en date du 21 mai 1973 en tant que caution solidaire de la société *Serrure* du prix demeuré impayé des fournitures d'hydrocarbures. Aucune loi n'avait été choisie par les parties, mais l'on peut noter que le contrat de fourniture avait été passé entre une société de droit français et une société de droit malgache, la première étant débitrice de la prestation caractéristique, et que les produits vendus furent livrés au siège de la société malgache.

(1) Cass. 15 févr. 1972 *Atard*, R.73.77 note H. BATIFFOL, RTDCom.73.417 obs. Y. LOUSSOUARN.

(2) Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH. V. dans le même sens, Cass. 20 févr. 1979 *Soc. Sonatrach*, R.79.806 note H. BATIFFOL, R.soc. 79.856 note J.-L. BISMUTH. Sur le système de M. P. LAGARDE consistant à localiser la créance en autant de lieux qu'il y a de biens saisissables, v. *infra*, n° 252 sq.

(3) Pour la soumission de la créance transmise par nationalisation à la loi de nationalisation, parce que la créance constituerait moins un élément d'actif isolé qu'un élément du patrimoine de la société nationalisée, v. P. BOUREL, note préc., J.82.155, spéc. p. 157.

192.- Le 29 novembre 1973, une assemblée générale extraordinaire de la société *Total Océan Indien* décida le transfert international du siège social à Tananancé. La société *Total Océan Indien*, dénommée à la suite du transfert du siège société *Total Madagascar*, fut alors nationalisée par l'Etat malgache, et son patrimoine dévolu à une société *Solima*. La question au centre du litige était donc de savoir si la créance du prix de la vente d'hydrocarbures avait été dévolue à la société *Solima* par la mesure de nationalisation ou, au contraire, si elle pouvait être recouvrée par la société *Total Afrique*, autre filiale du groupe *Total*.

193.- Seule la localisation de la créance litigieuse pouvait fournir la réponse. Dans la mesure où elle était localisée sur le territoire malgache, la créance était bien appréhendée par la loi de nationalisation et dévolue à la société *Solima* (1). La Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir localisé la créance sur le territoire malgache, et de lui avoir appliqué la loi de la source, c'est-à-dire la loi régissant le contrat de fourniture d'hydrocarbures. Les juges du fond, analysant les différents éléments de rattachement - lieu d'exécution du contrat, monnaie de paiement, nationalité commune des parties - avaient estimé que le contrat de fourniture obéissait à la loi malgache.

194.- Or, la soumission de la créance litigieuse à la loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique pouvait, elle aussi, conduire à la compétence de la loi malgache.

En effet, la société *Total Océan Indien*, devenue par la suite la société *Total Madagascar*, avait acquis la nationalité malgache. Aussi, en acceptant de faire jouer le conflit mobile résultant du déplacement du siège du débiteur, constatait-on que la loi du débiteur de la prestation caractéristique devenait la loi malgache (2).

(1) V. dans le même sens, Cass. 23 avr. 1969, D.69.341 concl. Av. gal. BLONDEAU, R.69.717 note E. SCHAEFFER, J.69.912 note P. CHARDENON.

(2) Sur le conflit mobile lié au déplacement du domicile du débiteur, v. *infra*, n° 234 sq.

Sur le droit allemand qui rattache la créance à la loi du domicile du débiteur ou à la loi de l'Etat sur le territoire duquel le débiteur possède des biens saisissables, v. G. KEGEL, IPRax. 1977, p. 512. V. aussi Trib. de Bois-le-Duc (Pays-Bas) 28 févr. 1975, YIL. 1976.315.

V. toutefois la Convention de La Haye du 15 juin 1955 relative à la loi applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels, dont l'article 3 écarte le conflit mobile, en affirmant qu'à défaut de loi déclarée applicable par les parties, la vente est régie par la loi interne du pays du vendeur où ce dernier a sa résidence habituelle *au moment* où il reçoit la commande.

195.- Ainsi, remarque-t-on que la jurisprudence française, dans son ensemble, parvient à une solution semblable à celle qui serait obtenue par l'application de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, de sorte que dans de nombreuses hypothèses, la loi de la source n'est que le **masque** de la loi du débiteur, ce qui nous amène à la présentation du troisième élément de rattachement des créances, la personne.

§ 3.- La personne

La présentation du principe de rattachement des créances à la personne permettra d'exposer le fondement, et rendra nécessaire son affinement.

196.- Principe. Le principe du rattachement des créances à la personne est exprimé par l'application de la loi du domicile, et non de la nationalité, de la personne, physique ou morale, débitrice ou créancière, au rapport de droit considéré.

Le domicile, mieux que la nationalité, peut traduire le centre d'affaires et d'intérêts de la personne. La nationalité exprime davantage un lien affectif et sociologique, une affinité entre un territoire et une personne. Mais le lien entre une créance et la personne qui en est le titulaire ou le

(1) Nous faisons référence à la notion continentale de domicile, qui correspond au centre des intérêts familiaux et / ou patrimoniaux. En matière de succession, la notion peut comprendre le centre des intérêts du défunt. Sur la conception **anglaise**, v. H. MUIR-WATT, *Note sur l'évolution de la conception du domicile au Royaume-Uni*, R.88.403. La définition suppose la réunion de deux éléments : l'un, objectif, correspond à la matérialité des intérêts ; l'autre, subjectif, porte sur la volonté de la personne de s'installer, sans esprit de retour. La jurisprudence française s'attache à la localisation réelle, et non fictive, des intérêts. L'appréciation de ces deux éléments entraîne un contentieux fourni, notamment en matière de succession mobilière. Sur ce point, v. F. BOULANGER, *Les successions internationales*, Economica, 1981, p. 76, n° 28.

débiteur est matérialisé avec davantage de vigueur au domicile de la personne (1). Ses vertus expliquent très certainement son ancienneté. Le rattachement des créances au domicile de la personne était déjà prôné par F. Savigny (2), F. Lainé (3), A. Weiss (4), F. Surville (5) et E. Bartin (6). De nombreux pays étrangers le connaissent, notamment en Europe (7), à l'exception de la France (8).

(1) La saisie des biens mobiliers au domicile du débiteur en fournit une bonne image. Il en est de même de la localisation du régime matrimonial, de l'ouverture de la succession du défunt, de l'ouverture d'une procédure collective, etc.

(2) F. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduction de C. GUENOUX, t. VIII, 2ème éd., Paris, 1860, cité par F. BOULANGER, *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, thèse, 1964, LGDJ., p. 140 : "L'essence de l'obligation est dans la nécessité d'imposer un acte à la personne du débiteur, celle du créancier ne jouant pour le reste qu'un rôle secondaire".

Sur la doctrine de l'Ancien droit, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 668 sq. et G. VAN HECKE, *Principes et méthodes en droit international privé*, R.C.A.D.I. 1969.IV.409, p. 549 sq.

(3) F. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, F. Pichon, 1892, t. II, p. 262 sq.

(4) A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, Paris, 1912, 2ème éd., p. 425 sq.

(5) F. SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 7ème éd., 1925.

(6) E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, § 371, 374-376.

(7) Pour la **Suisse**, v. la loi du 18 décembre 1987 précitée, qui contient de nombreuses références à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. V. Trib. féd. suisse 12 févr. 1952, R.53.390 note G. FLATTET ; Trib. féd. suisse 10 juin 1952, ATF.78.II.190, qui applique au contrat de prêt la loi du domicile du prêteur, débiteur de la prestation caractéristique ; Trib. féd. suisse 11 mai 1964, J.66.167 note P.-A. LALIVE. V. aussi F. BOULANGER, *Les successions internationales*, Economica, 1981, n° 65. ; W. NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalanen Privatrechts*, Zurich, 1961, p. 180 et 181.

Pour l'**Allemagne**, v. l'article 23 Z.P.O. ; v. BGH. 29 janv. 1953, NJW.53.545 ; v. L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ème éd., 1961, Berlin-Francfort, considérant qu'il serait peu opportun de faire dépendre la loi applicable du choix qu'auraient pu effectuer les parties ; v. TROLLER, *Internationale Zwangsverwertung und Expropriation von Immaterialgütern*, Basel, 1955, p. 141, qui considère que le droit subjectif est " domicilié " à un endroit ou à un autre ; G. KEGEL, IPRax.1977, p. 512, qui fait état de décisions allemandes ayant appliqué la loi du domicile du débiteur dans le cadre de lois de nationalisation ; sur les droits allemand et suisse, s'agissant de la caution, v. Y. POULET, *Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers, in Les garanties bancaires dans le commerce international*, Feduci, 1980.

Pour l'**Autriche**, v. OGH. 6 juill. 1960, J.62.749 note I. SEIDL-HOHENVELDERN. V. aussi la loi autrichienne de droit international privé du 15 juin 1978, B.G.B.L. 304 / 78, R.79.174 ; cette loi est entrée en vigueur le 1er janvier 1979, entraînant l'abrogation des dispositions antérieures.

(8) Il existe toutefois deux exceptions non négligeables. L'article 750 ter 2° CGI. énonce que "sont considérées comme françaises les créances sur un débiteur qui est établi en France,

Le pratiquent également les Etats-Unis d'Amérique (1) et la Grande-Bretagne (2). Certaines Conventions internationales soumettent les créances à la loi de la résidence du créancier ou du débiteur (3). Enfin, quelques pays d'Amérique latine le retiennent comme solution du conflit de

ou qui y a son domicile fiscal ». De même, l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 prévoit que l'exercice du **prélèvement nationaliste** peut s'exercer sur les créances situées en France, c'est-à-dire celles dont le débiteur est domicilié en France. Le texte énonce : “*Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèvent sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales* ». Sur ce texte, v. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Successions*, par J. MAURY et H. VIALLETON, t. IV, 2ème éd., 1956, L.G.D.J., n° 35 sq. ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. IV, *La territorialité*, p. 883, Sirey, 1947 ; P. LAGARDE, *Rép. Dalloz, Dr. intern.*, v° *Succession* ; G. A.-L. DROZ et M. RÉVILLARD, *J.-Cl. Dr. intern.*, Fasc. 556-A n° 99 ; Civ. 27 août 1850 *Chauten*, D.P.1850.I.257.

Il ressort de ces deux textes que la loi de la source n'est absolument pas prise en considération, ni pour la mise en œuvre du droit fiscal (article 750 *ter* 2° CGI.), ni pour l'application du prélèvement nationaliste. Référence est faite à la loi du domicile du débiteur, car c'est en ce lieu que les créances sont localisées. Mais est également écartée la référence à la situation des biens du débiteur, qui ne peut être qu'une fiction, s'agissant des créances.

(1) V. Cour suprême des U.S.A. 3 mai 1937 *Morgan Belmont*, J.38.569, faisant application de la loi du domicile du créancier ; mais pour l'application de la loi du domicile du débiteur, v. C.A. New York *Dougherty*, 71, 193 N.E. 897 [1934]. La compétence de la loi du domicile du créancier expose le débiteur au risque de devoir payer deux fois la créance en cas de nationalisation. V. *infra*, n° 240 sq. Sur cette question, v. L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ème éd., 1961, Berlin-Francfort, p. 654 sq. ; E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Nationalisation*, n° 36 sq. Pour la réaffirmation de la compétence de la loi du domicile du débiteur, v. C.A. fédérale 18 mars 1985 *Allied Bank International*, v. D. CARREAU, *La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales*, J.86.123, et *Le rééchelonnement des dettes : le point de vue des banques*, RJC. févr. 85, p. 76 sq., n° 26.

(2) Sur le droit anglais, v. F. BOULANGER, *Les successions internationales*, Economica, 1981, p. 145 sq. V. aussi J. D. FALCONBRIDGE, *Le renvoi et la loi du domicile*, traduction de Ph. FRANCESKAKIS, R. 47.45.

(3) V. les Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973 en matière de créances alimentaires. V. *infra*, n° 220 sq. L'avant-projet de Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits défectueux prévoyait également la compétence de principe de la loi de la résidence habituelle de la victime. V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32, n° 21 et 22.

V. également la Convention de La Haye du 14 mars 1978 relative à la loi applicable au contrat de représentation, qui donne une compétence de principe à la loi de l'établissement de l'intermédiaire, débiteur de la prestation caractéristique, sous réserve de l'existence de rattachements plus étroits avec la loi d'un autre pays. C'est ainsi que la loi du pays dans lequel l'intermédiaire exerce son activité sera préférée à celle du lieu où son établissement est implanté, lorsque la première coïncide avec la loi du pays où est situé l'établissement du représenté (articles 6 al. 2 et 11 al. 2-a), ou avec celle de l'établissement du tiers (article 11 al. 2-b).

lois, tel le Paraguay (1).

197.- Plusieurs raisons expliquent le succès rencontré par le principe consistant à rattacher les créances à la personne, créancière ou débitrice du droit. D'une part, le domicile de la personne permet de localiser la créance dans l'espace. Le domicile n'est-il pas le siège de la relation à autrui ? D'autre part, parce qu'elle est traitée indépendamment de sa source, la créance est davantage perçue comme un élément du patrimoine, comme une valeur, un actif, ce qui n'est pas sans incidence, notamment dans l'hypothèse d'une nationalisation des biens du créancier ou du débiteur (2). C'est d'ailleurs l'appréhension des nationalisations par le droit international qui a donné lieu à l'affirmation de la compétence de la loi du domicile du créancier ou du débiteur avec le plus d'éclat. Enfin, le rattachement des créances à la personne, créancière ou débitrice du droit, permet l'insertion dans la règle de conflit de lois des traits caractéristiques des créances. Mais cette idée appartient à l'examen du fondement du rattachement.

198.- Fondement. H. Batiffol considérait que la créance ne pouvait échapper à la compétence de la loi de la source que dans de rares hypothèses (3). Cette proposition est susceptible d'être renversée, en ce sens que la créance ne pourrait échapper que rarement à la compétence de la loi du domicile du créancier ou du débiteur. L'étendue ainsi reconnue à la compétence de cette loi repose sur son fondement même.

Traditionnellement, la justification de la référence au domicile tenait au fait qu'on assignait à ce dernier une fonction de *situs* de la créance (4). J.-P. Niboyet s'est élevé en son temps contre une pareille idée (5), entraînant dans son sillage la doctrine contemporaine, au double motif que le *situs* de la créance ne serait qu'une fiction, et qu'on ne pourrait pas dissocier une créance de sa source.

199.- Certes, il est incontestable que le droit de créance n'a pas, par lui-même, de situation dans l'espace. Il est dès lors nécessaire de rechercher une localisation de substitution, dont la

V. aussi la directive CEE. du 22 juin 1988, RTDE.88.730, qui permet un rattachement objectif du contrat d'assurance au lieu de la résidence du preneur et / ou au lieu de situation du risque (article 7-1-a, b, c).

(1) L. 23 décembre 1985 portant promulgation du Code civil de la République du Paraguay, R.87.469.

(2) V. *infra*, n° 256.

(3) V. H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 1, et *Rép. Dalloz, Droit international, v° Contrats et conventions*, n° 115.

(4) V. *supra*, n° 23 *sq.*

(5) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 669 *sq.*

détermination conditionne la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. La soumission des créances à la loi de leur source n'est d'ailleurs rien d'autre, le pont jeté entre la créance et sa source tenant lieu de localisation, dans le temps et dans l'espace (1). Néanmoins, le principe selon lequel la créance ne saurait être détachée de sa source, qui n'est pas sans rappeler le droit romain (2), semble actuellement dater quelque peu. Le traitement des créances alimentaires en droit international privé est là pour le prouver (3). De même, l'évolution de la jurisprudence relative au sort d'un cautionnement ou d'un prêt contracté en violation de la réglementation des relations financières avec l'étranger atteste la reconnaissance d'une certaine indépendance de la créance par rapport à sa source.

Initialement, la Cour de cassation prononçait la nullité de l'engagement méconnaissant le contrôle des changes, en n'acceptant pas que la créance résultant du contrat de prêt ou de cautionnement pût, en quelque sorte, être détachée et distinguée de sa source (4), quand bien même la réglementation en cause n'édicterait que des sanctions pénales, et non civiles. Par la suite, la Cour de cassation finit par reconnaître la validité de la créance née d'un cautionnement conclu en violation du contrôle des changes (5), acceptant en cela de reconnaître à la créance une certaine autonomie par rapport à sa source.

200.- Constitue également un exemple de dissociation la question du fait générateur des créances dans les contrats à exécution successive (6). En dépit de l'affirmation régulièrement réitérée

(1) Sur l'incidence du temps dans la mise en œuvre de la règle de conflit de lois en matière de créances, v. *infra*, n° 344 *sq.*

(2) Le droit romain a longtemps ignoré la possibilité de faire circuler les créances. V. par exemple, E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, LGDJ., 1917, p. 637 *sq.*, chap. XIV.

(3) V. *infra*, n° 220 *sq.*

(4) V. Cass. 22 janv. 1975 *Club Méditerranée*, R.75.633 note Ph. DRAKIDIS, J.76.105 note B. AUDIT, D.76.83 note Ph. MALAURIE.

(5) V. Cass. 9 mai *Jardins de Grimaud* et Cass. 22 nov. 1983 *Etat belge c. SAPVIN.*, D.84.204 note E. GAILLARD, JCP.83.II.20045 note J.-P. ECK et JCP.84.II.20228 note J.-P. ECK. V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, LGDJ., 2ème éd., 1988, n° 353-1.

(6) V. G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223. V. aussi J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, LGDJ., 2ème éd., 1988, n° 152-2, qui fait observer que relativement aux contrats de consommation, l'engagement ne deviendrait vraiment obligatoire qu'à compter de son exécution, ce qui permettrait de rendre compte des délais de réflexion et de rétractation. V. aussi G. ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Etudes offertes à R. RODIÈRE, Dalloz, 1982, p. 247.

par la doctrine (1), suivant laquelle le fait générateur des créances serait la conclusion du contrat, et non son exécution, la jurisprudence énonce parfois que le fait générateur des créances est le moment de réalisation des prestations (2). Il en est ainsi de l'enrichissement sans cause (3), des créances de salaires (4), des créances nées d'un contrat de bail (5) ou de crédit-bail (6), ou d'affacturage (7), des contrats de fournitures d'eau (8) ou de gaz (9).

La jurisprudence procède parfois à l'application de la même solution aux contrats à exécution instantanée, le fait générateur de la créance n'étant pas celui de la conclusion du contrat, mais bien celui de la livraison de la chose (10). S'agissant des créances extracontrac-

(1) V. J. MESTRE, note sous Com. 16 juill. 1979, D.81.224 : “*Il est inexact de dire que la créance est née de l'exécution des commandes. C'est bien la conclusion du contrat qui leur a donné naissance*”. *Contra*, v. R. RODIÈRE, note sous Com. 21 nov. 1972, D.74.213 : “*Quoiqu'elles procédassent de commandes antérieures, les créances ... n'étaient nées qu'avec les livraisons ... Morale en fait, la solution est correcte en droit*”. V. aussi M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, obs. RTDCom.82.283.

Sur le plan du conflit de lois, l'importance du moment d'accomplissement des prestations conduit à retenir comme élément de rattachement le domicile du débiteur de la prestation caractéristique. V. *infra*, n° 209.

(2) V. Com. 5 janv. 1987, RTDCiv.87.754 obs. J. MESTRE, qui retient, en matière d'enrichissement sans cause, le jour du jugement comme date d'existence de la créance ; V. cependant trois arrêts de la Cour de cassation des 16 juill., 25 nov. et 16 déc. 1986, RTDCiv.87.748 obs. J. MESTRE, retenant comme date de naissance des créances le jour de la conclusion du contrat.

(3) V. Com. 5 janv. 1987 préc.

(4) V. G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223, p. 232, notes 33, 34 et 35.

(5) G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223, p. 232, notes 40 et 41. V. toutefois, à propos de l'effet à l'égard des tiers du contrat de **location-gérance** (article 8 L. 20 mars 1956), où le loueur est solidairement tenu avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci, à condition que les dettes répondent à “*une nécessité de l'exploitation du fonds*”, durant les six mois qui suivent la publication du contrat de location-gérance dans un journal d'annonces légales (v. article 65 al. 2 du décret du 30 mai 1984). Or, la jurisprudence a considéré que les dettes nées d'un contrat conclu dans le délai des six mois qui suivent la publication du contrat de location-gérance, mais échues postérieurement, étaient bien soumises à l'article 8 de la loi du 20 mars 1956. Le fait générateur de la créance est donc le moment de la conclusion du contrat, et non celui de son exécution. V. Com. 19 nov. 1975, JCP.76.II.18300 note A. S. ; v. R. HOUIN et M. PÉDAMON, *Droit commercial*, 8ème éd., Dalloz, 1985, n° 246 *sq.*

(6) V. G. ENDRÉO, *op. cit.*, note 37.

(7) V. Com. 20 oct. 1981, D.82.IR.193 obs. M. VASSEUR, RTDCom.82.282 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, n° 16.

(8) V. Com. 21 avr. 1977, D.77.IR.298 obs. A. HONORAT.

(9) V. G. ENDRÉO, *op. cit.*, note 39.

(10) V. Com. 21 nov. 1972, D.74.213 note R. RODIÈRE, RTDCom.73.844 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, RTDCom.73.883 obs. R. HOUIN ; Com. 16 juill. 1979, D.81.224 note J. MESTRE, RTDCom.82.283 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

tuelles, la règle est également la même, la Cour de cassation décidant que la créance naît au jour où le tribunal statue, et non au moment du fait dommageable (1).

201.- Les exemples qui précèdent montrent ainsi que le droit positif accepte, dans certains cas, de dissocier la créance de sa source. Asseoir la compétence de la loi de la source sur le fait que la créance ne saurait être détachée de sa source est donc contestable. De plus, la référence au lien qui existe entre la créance et le contrat qui lui a donné naissance n'est pas l'élément qui caractérise le mieux le droit de créance. Or, il paraît logique d'insérer dans la règle de conflit de lois le trait le plus significatif du droit de créance.

Le propre des créances est de constituer un rapport " médiat ". A l'opposé des droits réels, qui permettent à leurs titulaires d'exercer directement leurs prérogatives sur la chose objet de leurs droits (2), le droit de créance rend son titulaire tributaire de l'attitude, du comportement du débiteur. La jouissance du droit est " médiante " en ce qu'elle est dépendante d'un autre (3). Le créancier malheureux n'a de ressource et d'espérance que dans la réalisation contentieuse de son droit, l'existence de voies de droit efficaces et pouvant facilement être mises en œuvre exerçant une saine influence sur le débiteur quant au respect de la parole donnée (4). C'est dire combien

(1) V. Cass. 18 nov. 1970, D.71.567 note B. BOULOC ; Civ.2 18 janv. 1973, Bull.civ.II.n° 27 ; Civ.2 17 déc. 1979, Bull.civ.II.n° 294 ; Com. 5 janv. 1987, RTDCiv.87.754 obs. J. MESTRE ; v. G. ENDRÉO, *op. cit.*, p. 487 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, vol. II, *Le fait juridique*, A. Colin, 1986, n° 815 et 816 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 68 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2ème éd., 1988, t. I, *Les sources*, Sirey, n° 601, qui distinguent entre l'obligation de réparer, qui naîtrait au jour de la commission du fait, et l'obligation à la réparation fixée, qui naîtrait au jour du jugement.

(2) V. Ch. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, 1942, par P. ESMEIN, 7ème éd., Litec, 1961, § 172, p. 72 : " *Il y a droit réel lorsqu'une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne en vertu d'un rapport immédiat, opposable à toute autre personne* ". Mais sur la controverse née des thèses de S. GINOSSAR, v. J. DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTDCiv.62.20, et S. GINOSSAR, *Pour une meilleure définition des droits réels et des droits personnels*, RTDCiv.62.573, qui estime le critère tiré de l'immédiateté insuffisant à opposer les droits réels et les droits personnels.

(3) Sur les conséquences de l'opposition, v. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, T. III, 11ème éd., 1983, Thémis, PUF. § 12, p. 56 *sq.* ; A. WEILL et F. TERRE, *Introduction générale*, 4ème éd., 1979, Dalloz, n° 247.

(4) V. F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTDCiv.82.705, p. 725 : " *Le moyen de contrainte par excellence est l'action en justice. Celle-ci n'est plus considérée aujourd'hui comme étant le droit lui-même envisagé sous l'angle contentieux, mais comme un droit distinct du droit substantiel* ".

l'aspect contentieux revêt une importance certaine, quand bien même l'échéance du terme serait respectée, car l'existence de voies d'exécution efficaces emporte un effet prophylactique (1). Le rapport de force qui empreint tout droit de créance doit pouvoir être pris en compte par la règle de conflit de lois. Or, la réalisation potentiellement contentieuse de la créance est le plus souvent poursuivie sur le territoire où le débiteur a son domicile, son centre d'intérêts (2), présumés centraliser l'ensemble de ses activités. A l'égard des personnes morales, sera pris en considération le lieu où est établi l'établissement principal. L'accent ainsi porté sur le domicile du débiteur entraîne corrélativement un amoindrissement du rôle du domicile du créancier. En effet, le rôle du domicile du créancier n'est pas tant d'exprimer le *vinculum juris*, que de traduire d'autres fonctions, dont la présence doit conduire à l'application de la loi du créancier (3).

(1) V. F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTDCiv.82.705, spéc. p. 716 : "La manière dont le droit subjectif se réalise n'est pas un aspect externe et contingent du droit ; elle reflète le droit dans son être propre, dans sa structure interne, et comme dirait Ihéring, dans ses " éléments anatomiques " ". D'où l'importance du *vinculum juris* dans la localisation des créances.

(2) V. V. F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 714, n° 14, selon qui le critère de distinction des droits réels et personnels serait l'immédiateté ou le caractère médiat de la réalisation des droits. *Comp.* avec l'article 2369 al. 2 Z.P.O. : "Une créance est regardée comme située à l'intérieur [de l'Etat allemand] lorsqu'un tribunal allemand est compétent pour l'action basée sur la créance ". V. aussi BGH. 1er févr. 1952, NJW.52.420 et 540, selon lequel une créance est " située " là "où l'on peut procéder contre le débiteur avec l'assistance des autorités étatiques [parce que] l'Etat du domicile possède le pouvoir de forcer le débiteur à payer la dette ". V. enfin W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, p. 194 note 3 et p. 195, qui parle d' "espace de protection " du droit de créance. V. dans le même sens, G.C. CHESHIRE, *Private international law*, Oxford, Butterworths, 1952, p. 445.

(3) La fonction principale liée à l'utilisation du domicile du créancier comme élément de rattachement est d'assurer la protection de la **partie faible**, c'est-à-dire de l'enfant, de l'employé, du consommateur. Ces trois exemples montrent que la notion de partie faible est très relative. La compétence de la loi du domicile ou de la résidence habituelle du créancier suppose également que la créance puisse être **dissociée** de sa source. En effet, la loi du créancier ne coïncide pratiquement jamais avec la loi de la source, même lorsque cette dernière correspond à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Sur la question de la prise en compte de l'autonomie de la créance alimentaire sur le plan de la compétence juridictionnelle, v. CJCE. 27 mars 1979 *Cavel*, Rec.79.1055, R.80.614 note G. A.-L. DROZ, J.79.681 note A. HUET. V. *infra*, n° 223.

La référence à la loi du domicile ou de la résidence habituelle du droit de créance emporte ainsi une coloration matérielle de la règle de conflit de lois. Pour l'utilisation de cette méthode, v. la loi suisse du 18 décembre 1987, articles 44 (mariage), 77 (adoption), 93 et 124 (rattachements alternatifs en matière de forme des actes juridiques), et 135 (actes illicites).

202.- Il apparaît ainsi qu'entre les deux possibilités offertes par le rattachement des créances à la personne (loi du créancier ou loi du débiteur), la préférence doit aller à la compétence de la loi du domicile du débiteur, qui exprime le mieux la dimension patrimoniale de la créance (1). Ainsi que l'écrit M. Favez Hage-Chahine (2), "*La réalisation du droit, au sens subjectif, est le principal aspect sous lequel on peut l'envisager, parce qu'elle donne au droit ses dimensions sociales et qu'elle constitue la raison pour laquelle le droit objectif accorde des droits subjectifs, ceux-ci n'ayant été créés que pour être réalisés*". La réalisation ainsi décrite est bien censée s'effectuer au domicile du débiteur.

203.- L'importance conférée de la sorte au domicile n'est pas faite pour surprendre. Sans qu'il soit question d'envisager un statut personnel ou réel des créances (3), la référence opérée au domicile permet à la fois la certitude du rattachement, en dépit de l'hypothèse du conflit mobile (4), et une souplesse de maniement, dans la mesure où le domicile constitue un rattachement tenant davantage compte des réalités sociologiques et économiques que ne peut le faire la nationalité. Cette raison explique l'importance prise par le domicile dans le statut personnel, au détriment de la nationalité, qu'il s'agisse du divorce (5), des questions alimentaires entre époux (6), de la filiation légitime et naturelle, du moins avant la loi du 3 janvier 1972 (7), et des donations entre

(1) V. F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Dalloz, 1977, n° 305 *sq.*, et, du même auteur, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, spéc. p. 321, n° 21 *sq.*

(2) V. F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTDCiv.82.705, spéc. p. 715.

(3) Pour l'idée d'un statut réel des créances, v. R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd. ; *contra*, v. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, n° 401 *sq.*

(4) V. *infra*, n° 234 *sq.*

(5) V. Cass. 17 avr. 1953 *Rivière*, R.53.412 note H. BATIFFOL, *Rabels* Z. 1955.520 note Ph. FRANCESKAKIS, J.53.860 note R. PLAISANT ; Cass. 15 mars 1955 *Lewandovski*, R.55.320 note H. BATIFFOL, J.56.146 note B. GOLDMAN ; Cass. 22 févr. 1961 *Corcos*, R.61.382 note H. BATIFFOL, J.61.734 note B. GOLDMAN, D.61.437 note G. HOLLEAUX. Le controversé article 310 du Code civil maintient en partie l'importance du domicile dans la règle de conflit de lois.

(6) Cass. 19 févr. 1963 *Chemouni*, R.63.559 note G. H., J.63.986 note A. PONSARD.

(7) Cass. 8 juill. 1969 *Weyrich-Laroche*, D.70.1 note Ph. MALAURIE, J.70.303 note B. G., R.71.

époux, qu'elles soient mobilières ou immobilières (1).

204.- La compétence de la loi du domicile était déjà affirmée dans le droit patrimonial de la famille, qu'il s'agisse des régimes matrimoniaux (2), ou des successions mobilières (3).

205.- Elle a également connu un accroissement de son emploi grâce aux Conventions de La Haye, notamment celle du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (4), qui met en œuvre plusieurs indices, dont celui du domicile (5), et qui présente le mérite d'éviter l'atomisation de la compétence législative, danger auquel aurait conduit la compétence de la loi de la source (6).

206.- De même, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions (7) a introduit des règles uniformes de conflit de lois

255 note A. WEILL, JCP.71.II.6650 note H. GAUDEMET-TALLON ; v. aussi Cass. 12 mai 1987, J.88.101 note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

(1) Cass. 12 juin 1979 *Frost*, R.80.322 note G. LÉGIER, J.80.644 note G. WIEDERKHER, D.79.IR.459 obs. B. AUDIT.

(2) L'importance du domicile varie avec les arrêts. V. par exemple Cass. 5 mai 1953 *Dulles*, R.53.789 note H. BATIFFOL, J.53.658 note J.-B. SIALELLI ; Cass. 31 janv. 1968 *De Gano*, R.68.680 note A. PONSARD.

(3) Civ. 27 avr. 1868 *Jeannin*, S.1868.I.257 ; Cass. 5 mai 1875 *Forgo*, S.1875.I.409 ; Cass. 19 juin 1939 *Labedan*, DP.39.I.97 note P. L.-P., S.40.I.49 note J.-P. NIBOYET, R.39.481 note J.-P. NIBOYET.

(4) V. E. GAILLARD et D. T. TRAUTMAN, *La Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, R.86.1 ; L. MAERTEN, *Le régime international du trust après la Convention de La Haye du 1er juillet 1985*, JCP.88.I.3319.

(5) Le trust obéit en principe à la loi d'autonomie. A défaut de choix de la loi applicable par les parties, le trust est soumis à la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits. Cette loi sera déterminée en fonction du lieu d'administration du trust, de la situation des biens, de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*. La liste n'est pas limitative.

(6) La nature hybride du trust rend extrêmement délicate sa qualification par les droits qui l'ignorent sur le plan interne. Si l'on retient l'aspect successoral, le trust sera soumis à la loi successorale. Si le trust est géré par une société, la compétence de la *lex societatis* pourrait être retenue. La qualification contractuelle mène à l'application de la *lex contractus*. Sur la qualification, v. J.-D. BREDIN, *L'évolution du trust dans la jurisprudence française*, TCFDIP. 1973-1975, p. 137.

(7) V. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, J.71.747 ; G. A.-L. DROZ, *Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, R.87.251.

pour la détermination du domicile, qui ont conduit la Grande-Bretagne à modifier sa propre conception du domicile (1). L'article 53 de la Convention précise la notion de domicile du trust, dont la détermination s'effectue par référence à une série d'indices, tels que le centre de gestion du trust, le lieu de résidence du *trustee*, la situation des biens du trust, la nature des objectifs poursuivis par le trust, et le lieu d'exécution des obligations nées du trust (2).

207.- Les développements précédents montrent que l'utilisation du domicile ou de la résidence habituelle exprime la volonté de prendre en compte le centre d'activités et d'intérêts d'une personne, son insertion dans un milieu économique, sociologique, culturel, afin de localiser de la manière la plus concrète possible ses droits et obligations.

208.- Aussi, le rattachement des créances au domicile du débiteur prend-il une acuité toute particulière en cas de faillite de ce dernier ou de nationalisation de ses biens (3). Si l'on considère, en effet, l'exemple de la faillite, l'intérêt de la compétence de la loi du domicile du débiteur est de permettre une coïncidence entre la *lex debitoris* et la *lex concursus*, et d'éviter de délicats problèmes de frontières entre la loi de la créance et la *lex concursus* (4).

Le fondement de la compétence de la loi du débiteur, exprimé par le *vinculum juris*, permet dès lors de comprendre l'étendue et le succès, en droit comparé, de la compétence de la *lex debitoris*. Toutefois, chaque rapport synallagmatique comprenant deux débiteurs, la mise en œuvre de la *lex debitoris* suppose un affinement et une précision.

(1) Articles 52 et 53 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. La notion spécifique de domicile en droit anglais résulte du *Civil Jurisdiction and Judgment Act* de 1982 ; elle tend à se rapprocher de la notion de résidence habituelle. V. H. MUIR-WATT, *Note sur l'évolution de la conception du domicile au Royaume-Uni*, R.88.403.

(2) Cette définition a largement été inspirée par celle de A. E. ANTON, *Private Internationale Law. Points of view of Scots Law*, Edimbourg, 1967, p. 470.

(3) V. F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975, p. 162 *sq.*

(4) V. *infra*, n° 780 *sq.*

209.- Affinement. L'affinement du principe de la compétence de la *lex debitoris* est rendu nécessaire par l'hypothèse des rapports synallagmatiques. Lorsqu'on est en présence d'une convention ou d'un acte unilatéral, la mise en œuvre de la *lex debitoris* ne pose pas de complication particulière dans la mesure où, par définition, une seule personne est obligée, de sorte que la loi du domicile du débiteur renvoie nécessairement à la loi du domicile de la personne qui s'est obligée unilatéralement.

En revanche, lorsque la créance est née d'un rapport synallagmatique, chacune des parties se trouve être, tour à tour, créancière et débitrice de l'autre. L'application de la loi du débiteur, sans autre précision, conduit dès lors à soumettre un même rapport de droit à la compétence de deux lois différentes, avec cette conséquence pour le moins gênante qu'un contractant verra la loi applicable à son engagement varier selon qu'il agit en tant que créancier ou en tant que débiteur ! En dépit du morcellement de la compétence législative produit par un tel système, l'Allemagne (1) et la Suisse (2) en avaient fait leur règle de principe en matière de créances. Mais les lois des 25 juillet 1986 (3) et 18 décembre 1987 (4) ont abandonné cette scission en attribuant la compétence de principe à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Telle paraît d'ailleurs la voie pour surmonter la complication créée par la référence à la *lex debitoris*.

210.- Il est en effet possible de soumettre la créance, *ne varietur*, soit à la loi du domicile du créancier de l'obligation litigieuse, soit à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, quelle que soit l'obligation à l'origine du litige. Des enjeux non négligeables s'attachent à un tel choix, qui dépassent la dimension strictement juridique de la difficulté, pour

(1) V. BGH. 1er févr. 1952, NJW.52.420 et 540 ; BGH. 29 janv. 1953, NJW.53.545.

(2) V. Trib. féd. suisse 11 mai 1964, J.66.167.

(3) V. R.87.170. V. H. S. SONNENBERGER, *Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986*, R.87.1.

(4) V. R.88.409. V. S. STOJANOVIC, *Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé*, R.88.261.

offrir un relief économique, voire politique. En effet, attribuer la compétence de principe à la loi du domicile de l'acheteur conduit à favoriser les contrats à l'importation, et à pénaliser le vendeur, dans la mesure où celui-ci, en l'absence de choix de la loi applicable, connaît moins bien la loi de son cocontractant que la sienne propre. De surcroît, s'agissant des échanges économiques entre les Etats en voie de développement et les entreprises occidentales, la compétence de la loi du siège de l'acheteur équivaudra le plus souvent à celle de la société de droit public ou d'économie mixte, ce qui constitue une solution que les opérateurs du commerce international tentent d'empêcher. Les raisons d'une telle prévention tiennent à la fois au pouvoir de l'Etat contractant de modifier sa propre législation en cours d'exécution du contrat, de sorte que les règles se trouvent être changées, au mépris du principe de sécurité juridique, et au risque politique propre à l'Etat acquéreur (coups d'Etat, nationalisations, etc.). Enfin, et plus techniquement, l'obligation de l'acheteur, dans un contrat de vente, ne constitue pas la prestation caractéristique, de sorte qu'il paraît contestable de localiser un contrat ou une créance par celle des obligations qui n'exprime pas l'élément caractéristique de la convention. L'ensemble de ces arguments conduit ainsi à écarter la compétence de principe de la loi du domicile de l'acheteur, débiteur du paiement monétaire.

211.- En réalité, la créance doit être soumise à la loi du domicile de la personne dont l'obligation dépeint le mieux le rapport de droit envisagé. Dans l'exemple cité de la vente, il n'est pas contestable que le vendeur fournit la prestation caractéristique, en ce que l'obligation de transférer la propriété ainsi que l'obligation de livrer la chose promise permettent de distinguer la vente des contrats voisins, non l'obligation de payer le prix (1).

Ainsi, et de manière générale, la créance doit-elle être soumise à la loi du domicile du débi-

(1) La règle n'exclut d'ailleurs pas certaines exceptions, telles que la compétence de la loi du débiteur de la somme d'argent, s'agissant de la prescription quadriennale des dettes de l'Etat français. V. C. E. 21 juill. 1972 *Veuve Hermann*, R.74.330 note H. BATIFFOL, J.73.706 note A. WEILL.

teur de la prestation caractéristique (1).

La notion de prestation caractéristique est elle-même familière. Mise en valeur par la doctrine suisse (2), elle présente le mérite non négligeable de réduire le nombre de lois en présence et de résoudre la question du cumul des lois du créancier et du débiteur. Au lieu d'être confronté à la situation résultant de la scission des obligations et au dépeçage du contrat, nous sommes en présence d'une loi unique, et l'intérêt exact de cette solution est de respecter l'unité et la cohérence du contrat, tout en traitant les créances qui en sont issues comme des valeurs, et non comme un simple effet d'un acte juridique. En matière de contrats à l'exportation et de contrats d'Etat, la compétence de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique mène à l'application de la loi du vendeur, et non à celle de l'acheteur (3).

212.- Certes, la notion de prestation caractéristique n'est pas exempte de toute critique. Mais aucune n'est dirimante.

D'une part, on peut considérer que la notion de prestation caractéristique n'est pas, dans certains cas, susceptible d'être déterminable, de sorte que la règle de conflit de lois ne pourrait être mise en œuvre (4). Il en est ainsi du contrat d'échange, et des conventions où chaque prestation comporte à la fois une obligation de livrer et une obligation de payer, tels certains

(1) La solution proposée permet ainsi la prise en compte des conceptions subjective et objective des créances. La conception subjective met l'accent sur le lien juridique créé entre deux personnes. La conception objective, elle, considère au contraire que le centre de gravité du droit de créance correspond à l'objet de l'obligation, soit la prestation caractéristique. Sur le plan international, la traduction de ces deux conceptions revient ainsi à donner compétence à la loi du domicile du débiteur (conception subjective) de la prestation caractéristique (conception objective).

(2) V. A. SCHNITZER, *La loi applicable aux contrats*, R.55.459 ; du même auteur, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, R.C.A.D.I.1968.I.541 ; J.-F. AUBERT, *Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses*, R.62.22.

(3) V. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 51 et 177.

(4) La complexité de la convention analysée est la cause principale de la difficulté de déterminer clairement la ou les prestations caractéristiques. V. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Characteristic Obligation in the Draft E.E.C. Obligation Convention*. V. aussi F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international*, R.C.A.D.I.1984.V.339, spéc. note 91.

contrats d'Etat, où l'Etat acquéreur va exécuter différentes tâches, de génie civil, par exemple. Toutefois, quand bien même la partie débitrice du prix accomplirait certaines prestations, il est raisonnable de considérer que le critère de l'accessoire permettra de départir les rôles (1), de sorte que cette hypothèse présente un aspect quelque peu marginal.

213.- D'autre part, certains auteurs ont fait observer que la notion de prestation caractéristique constituerait un obstacle à la réalisation de la protection de la partie faible (2). Mais cette objection n'est pas dirimante, pour deux raisons. La première tient au fait que le droit du vendeur, lorsque ce dernier est implanté dans un pays occidental, contient de manière générale des dispositions spécifiques concourant à la protection de la partie faible. La seconde consiste à prévoir, à côté de la compétence générale de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, des rattachements spéciaux (3) en faveur, par exemple, de la loi de la résidence habituelle du créancier (4).

214.- La compétence de la loi du débiteur a ainsi été affinée en faveur de celle du débiteur de la prestation caractéristique. Toutefois, une autre précision paraît nécessaire, qui porte sur la distinction entre la loi du domicile du débiteur, *lato sensu*, et la loi du domicile du débiteur cédé.

(1) Toutefois, la doctrine a montré que la notion de prestation caractéristique était délicate à déterminer, s'agissant des contrats de **propriété industrielle**. Ont ainsi été proposées la compétence de la loi du concédant pour le contrat de concession (v. A. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrecht*, t. II, 4ème éd., Bâle, p. 597), la loi du cessionnaire pour le contrat de cession (v. M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, Litec, 1986, n° 287), et la loi du concessionnaire pour le contrat de licence exclusive (v. M. DIENER, *op. cit.*, n° 287 *sq.*).

(2) V. F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international*, R.C.A.D.I.1984.V.339, spéc. p. 390.

(3) Le projet de codification du droit international privé du Québec prévoit par exemple la compétence de la loi de la résidence de la personne lésée (v. *Product Liability International*, 1979, 161 ; 1981, 50). De même, serait compétente la loi du pays d'acquisition dès lors que l'établissement principal du fabricant y est implanté (article 131 de la version de 1982 du projet). V. M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, J.84.765, spéc. p. 810 *sq.*

(4) *Comp.* F. HAGE-CHAHINE, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, spéc. p. 321, note 89, qui se prononce contre l'idée d'un rattachement alternatif, en matière de prescription extinctive, en faveur du débiteur.

Ces deux lois doivent être soigneusement distinguées dans la mesure où elles correspondent à des hypothèses différentes. Alors que la loi du domicile du débiteur peut prétendre à une compétence générale, assortie éventuellement de certaines exceptions (1), la loi du domicile du débiteur cédé a un champ d'application, d'ailleurs contesté (2), strictement limité aux cas des cessions de créances, de sorte qu'elle constitue elle-même une exception à la compétence de la loi de la créance.

En définitive, le rattachement des créances à la personne peut être conçu de deux manières. L'une, générale, où la compétence est attribuée à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique (b) ; l'autre, spécifique, où la créance est gouvernée par la loi de la résidence du créancier (a).

(a).- LA PERSONNE DU CRÉANCIER

215.- La soumission des créances à la loi du domicile du créancier a connu un certain succès jusqu'au début du XXème siècle. Son déclin en tant que solution de principe est lié aux conséquences particulièrement injustes qu'entraînait son application, associée à l'ordre public international, dans l'hypothèse où les biens du débiteur étaient nationalisés. En effet, dans la mesure où la loi de nationalisation n'était pas reconnue à l'étranger en raison de l'absence d'indemnisation des personnes privées de leurs biens, les débiteurs risquaient de devoir payer deux fois les mêmes dettes, la première au profit de l'Etat spoliateur disposant sur son territoire du pouvoir de contrainte, la seconde au profit des créanciers agissant à l'étranger pour recouvrer leurs dûs (3)

(1) V. *infra*, n° 290 *sq.*

(2) V. *infra*, n° 579 *sq.*

(3) V. par exemple le fameux arrêt rendu par Cour suprême des U.S.A. 3 mai 1937 **Morgan Belmont**, J.38.569. V. *infra*, n° 240 *sq.* . V. L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ème ed., 1961, Berlin-Francfort, p. 654 *sq.* ; E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Nationalisation*, n° 36 *sq.* et F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975, p. 141.

216.- Le droit positif continue actuellement d'admettre la compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier, dans des hypothèses clairement circonscrites (1). L'application de la loi du créancier correspond en effet à la volonté de protéger les droits de ce dernier, la loi du créancier étant perçue comme la loi de la partie faible. La mise en œuvre de cette idée appelle deux séries de réflexions d'ordre liminaire, l'une relative au principe même, l'autre, à la technique employée afin d'en obtenir la réalisation.

217.- La première considération est liée à l'autonomie de la volonté. Dans les exemples qui seront envisagés, le rattachement examiné intervient comme un rattachement fixe, exclusif du choix d'une loi dont la compétence n'aurait pas été prévue par la règle de conflit de lois. Il en est particulièrement ainsi des créances alimentaires.

218.- L'atteinte à la liberté de contracter que comprend l'idée du rattachement finalitaire, lequel, parce qu'il poursuit un objectif prédéterminé, est susceptible d'écarter, en partie, le jeu de la loi d'autonomie, peut être justifiée par deux types de raisons, tenant soit à l'origine légale de la situation litigieuse, soit à l'élaboration d'un statut protecteur de la partie faible. La méthode risque toutefois d'achopper à la fois à la définition même de la partie faible, et à la définition du degré de protection que l'on souhaite instaurer.

219.- La seconde considération porte sur la technique employée. La protection de la partie considérée comme faible - créancier d'aliments, consommateur, salarié - est censée être assurée par l'application de la loi de sa résidence habituelle, sous réserve, éventuellement, de l'existence d'une loi tierce dont le contenu serait encore plus protecteur. Le dessein et la technique utilisés

(1) *Comp.* avec la directive CEE. du 22 juin 1988, RTDE.88.730, relative à la loi applicable au contrats d'assurance-vie et non-vie, qui fait référence à la loi de la résidence du preneur d'assurance, associée à la loi du lieu de situation du risque assuré. En revanche, en matière de " grands risques ", les parties au contrat d'assurance retrouvent une liberté totale de choix de la loi applicable (v. l'article 7-1-f).

ne sont pas sans évoquer la distinction des incapacités générales (de protection) et des incapacités spéciales (1). Les incapacités générales, particulièrement graves, sont soumises à la loi nationale, la personne étant protégée en raison de son état, cependant que l'incapacité spéciale, parce qu'elle ne protège que certains actes, obéit à la *lex contractus*.

Certes, la protection de la partie faible n'est pas réalisée en utilisant la technique des incapacités. Pourtant le droit interne français n'est pas loin de traiter le consommateur comme un incapable majeur, dont la main est guidée par des dispositions prérédigées (2), et la capacité parfois limitée (3). Pourtant, l'application de la loi de la résidence du créancier, et non de la *lex contractus*, revient à faire application de la loi de la personne qu'on entend protéger, à l'image de la loi nationale en matière d'incapacité générale. La technique utilisée n'est donc pas sans ressembler, d'une certaine manière, à celle des incapacités.

Consacrée par le droit positif à propos des créances alimentaires, la compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier peut également être envisagée, *de lege feranda*, s'agissant de la responsabilité du fait des produits défectueux, du contrats de consommation et du contrat de travail.

1. La compétence de la loi du créancier de lege lata

220.- La compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier a été consacrée par les

(1) Sur cette distinction, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 1981, 7ème éd., LGDJ., n° 393 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 507 *sq.* . Sur leur mise en œuvre, v. Cass. 15 mai 1963 **Patino** (deux arrêts), J.63. 966 et 1016 note Ph. MALAURIE, R.64.506 et 532 note P. LAGARDE, JCP.63.II.13365 note H. MOTULSKY ; Cass. 14 avr. 1964 **San Carlo**, R.66.68 note H. BATIFFOL, J.65.645 note B. GOLDMAN, D.64.637 note J. ROBERT ; Cass. 2 mai 1966 **Galakis**, R.67.553 note B. GOLDMAN, J.66.648 note P. LEVEL, D.66.575 note J. ROBERT, et B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 43.

(2) V. Ph. MALAURIE et AYNÈS, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Cujas, 1986, n° 102 *sq.*, et *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 324 *sq.*

(3) V. l'article 17 de la loi du 10 janvier 1978 *Scrivener* qui rend applicable aux opérations de crédit qu'elle régit l'article 114 C. com., alors même que le consommateur emprunteur serait majeur.

deux Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 (1) et 2 octobre 1973 (2) relatives à la loi applicable aux créances d'aliments (3).

La question du conflit mobile lié au déplacement international de la résidence ou du domicile étant commune au rattachement des créances à la personne du créancier ou du débiteur sera abordée précisément lors de l'étude du rattachement des créances au domicile du débiteur (4).

221.- A l'égard des créances alimentaires, la règle de conflit de lois poursuit deux fonctions. D'une part, elle permet de localiser la créance afin d'en déduire la loi applicable. De l'autre, elle poursuit un résultat substantiel prédéterminé. Une telle méthode n'est pas exempte d'inconvénients. En effet, la présence de plusieurs règles de conflit de lois à coloration matérielle peut nuire au succès d'une Convention. Tel a été le cas de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, qui n'a pas été ratifiée par l'Angleterre, celle-ci soumettant les créances alimentaires à la loi du domicile du débiteur, et non à celle de la résidence du créancier.

Si elle a conduit à poser des règles de conflit de lois à coloration matérielle, la volonté d'obtenir un résultat prédéterminé n'a pas, néanmoins, été exprimée sous la forme des lois de police. En effet, la protection recherchée est davantage susceptible d'être réalisée grâce à la mi-

(1) Convention de La Haye du 24 octobre 1956 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires envers les mineurs. V. Y. LOUSSOUARN, *Les Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires envers les mineurs*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 691.

(2) Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires. Continuent d'échapper au droit conventionnel, en vertu des articles 8 *sq.* de la Convention, les créances alimentaires liées au **divorce** des époux (compétence de la loi des effets du divorce) ou à leur **séparation** de corps (compétence de la loi de la séparation). V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 454 ; Mme SAUTERAUD-MARCENAC, *Du recouvrement des aliments franco-allemands et des difficultés d'application des Conventions de Bruxelles et de La Haye*, GP.83.I.doctr.58 ; du même auteur, *Le recouvrement des aliments à l'étranger*, TCFDIP. 1982-1983, p. 63 *sq.* ; M. HERZFELDER, *Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel*, LGDJ., 1985.

(3) La nature des créances alimentaires est discutée. Certes d'origine légale (v. les articles 203, 205, 206, 207, 342, 367 et 915 du Code civil), les créances d'aliment constituent une obligation de donner, mais pour les tenants de la théorie de la dette de valeur, il s'agirait d'une obligation de faire qui se transformerait en obligation de donner au jour du paiement. V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF. Thémis, 1985, 13ème éd., § 5, p. 31 et 32. V. aussi J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse, LGDJ., 1979, n° 218.

(4) V. *infra*, n° 234 *sq.*

se en œuvre de règles bilatérales, associées à l'ordre public international, qu'à travers l'emploi de règles unilatérales, ne pouvant fonctionner qu'au coup par coup (1).

222.- Les rattachements prévus par les deux Conventions de La Haye de 1956 et 1973, ainsi que ceux de l'article 311-18 du Code civil, donnent compétence à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments (2), sous réserve de la mise en œuvre de rattachements spéciaux, selon que la méthode du groupement des points de contact désigne une loi tierce présentant des liens plus étroits avec le rapport de droit (3), que la loi désignée ne prévoise pas de droit aux aliments dans la situation litigieuse (4), ou enfin qu'un rattachement optatif soit ouvert en faveur du créancier d'aliment (5).

L'énoncé des rattachements conventionnels montre d'une part que les créances alimentaires ont été détachées de leur source et obéissent à une loi propre, de sorte qu'elles sont autonomes ; d'autre part, que la volonté individuelle se voit confier un rôle non négligeable dans la mise en œuvre des rattachements dans une matière où, traditionnellement, elle n'avait aucune place.

(1) Pour la qualification de loi de police, v. J.-P. KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PUF., 1977, n° 310 ; Nancy 4 oct. 1985, J.87.96 note H. GAUDEMÉTALLON ; *comp.* Jacques FOYER, *Problèmes de conflit de lois en matière de filiation*, R.C.A.D.I.1985.IV.9, spéc. p. 84. La qualification de loi de police avait déjà été écartée par Cass. 17 déc. 1958 *Valentinis*, R.59.691 note J. DÉPREZ, J.59.824 note J.-B. SIALELLI.

(2) L'utilisation de la résidence, et non du domicile, s'explique à la fois par une volonté de plus grande souplesse, et par la conception anglaise du domicile qui prévalait à l'époque. L'entrée en vigueur de la Convention d'adhésion à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 a conduit le Royaume-Uni à modifier sa propre conception du domicile. V. G. A.-L. DROZ, *Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, R.87.251. La notion spécifique de domicile en droit anglais résulte du *Civil Jurisdiction and Judgment Act* de 1982 ; elle tend à se rapprocher de la notion de résidence habituelle. V. H. MUIR-WATT, *Note sur l'évolution de la conception du domicile au Royaume-Uni*, R.88.403.

Certains auteurs s'interrogent sur la pérennité de l'action à fins de subsides, compte tenu de l'évolution de la fiabilité de la preuve positive de paternité. V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, La famille*, Cujas, 1987, n° 630.

(3) Système des Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973.

(4) Système de la Convention de La Haye du 24 octobre 1956.

(5) Système de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 et de l'article 311-18 C. civ.

_- L'autonomie de la créance

223.- Le droit international privé français, pourtant hostile à l'idée de dissocier les créances de leur source, en accepte le principe en matière de créances alimentaires. L'article 311-18 du Code civil issu de la loi du 2 janvier 1972 avait en effet rompu avec les solutions antérieures. L'entrée en vigueur en France de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 n'a fait que conforter et même renforcer l'autonomie des créances alimentaires (1). Bien que le droit communautaire ait permis de douter un moment de la possibilité de dissocier la créance alimentaire de sa source, du moins sous l'angle de la compétence judiciaire (2), la Convention d'adhésion à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 a levé sur ce point toute hésitation, en reconnaissant expressément l'autonomie judiciaire de la créance alimentaire (3). Les créances alimentaires sont ainsi doublement autonomes, tant à l'égard de la compétence judiciaire qu'à l'égard de la compétence législative.

224.- L'autonomie de la créance alimentaire présente le mérite d'éviter l'éclatement de la compétence législative provoqué par le rattachement à la source que pratiquait auparavant le droit international privé français (4). En effet, dès lors qu'était appliquée la loi de la source, la créan-

(1) V. P. BELLET, *Les nouvelles conventions en matière d'obligations alimentaires*, J.74.5 ; v. Cass. 28 oct. 1986, R.87.745 note M. SIMON-DEPITRE, qui réaffirme le principe de l'autonomie des créances alimentaires par rapport à la filiation d'état. V. aussi Cass. 9 nov. 1983, R.84.501 note B. ANCEL.

L'autonomie de l'action alimentaire en facilite son exercice ; celle de la créance en assure son efficacité.

(2) La question était de savoir si une demande alimentaire, parce qu'accessoire à une action d'état ou en divorce, devait être exclue du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le doute entraîné par l'arrêt *Cavel* de la CJCE. du 27 mars 1979, R.80.614 note G. A.-L. DROZ, J.79.681 note A. HUET, a été dissipé par un arrêt ultérieur de la CJCE. du 6 mars 1980, R.80.614 note G. A.-L. DROZ. La solution a été consacrée par le nouvel article 5-2 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

(3) Convention d'adhésion à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, JOCE. C 285, 12 nov. 1986, p. 1, entrée en vigueur le 1er novembre 1986. V. G. A.-L. DROZ, *Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, R.87.251.

(4) V. J. DEPREZ, *Les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires*, R.57.371 ; I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n° ; 370 sq. ; M. SIMON-DEPITRE, *L'obligation alimentaire en droit international privé*, Paris, 1983.

ce était susceptible d'obéir soit à la loi des effets du mariage (1), soit à la loi de l'enfant (2, soit à la loi de l'adoption (3).

La dissociation de la créance alimentaire de sa source consacrée par les Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973 est d'autant plus remarquable qu'elle a obligé la France à abandonner ses solutions traditionnelles et qu'il paraissait impossible, du moins avant 1955, de reconnaître l'existence d'un droit aux aliments détaché de la question préalable de la filiation d'état (4).

225.- Néanmoins, M. Y. Loussouarn considère que “*la dissociation ainsi posée ne saurait être absolue*” (5), la question préalable du lien de parenté ne pouvant totalement être éludée. Il estime en effet que la question du lien de parenté doit être tranchée par l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for (6).

(1) La loi des effets du mariage, posée par l'arrêt **Rivière**, R.53.412 note H. BATIFFOL, *Rabels Z.* 1955.520 note Ph. FRANCESKAKIS, J.53.860 note R. PLAISANT, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 25, avait été déclarée applicable aux obligations alimentaires par Cass. 19 févr. 1963 **Chemouni**, R.63.559 note G. H., J.63.986 note A. PONSARD, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 29-30. Elle gouvernait ainsi l'action du créancier d'aliment contre son conjoint ou contre sa **famille légitime**.

(2) Application de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliment à l'action du créancier d'aliment contre sa **famille naturelle**. Les Conventions de La Haye des 24 avril 1956 et 2 octobre 1973 ont ainsi aligné le rattachement de l'ensemble des créances alimentaires sur celui des créances alimentaires de l'enfant naturel.

(3) Application de la loi de l'adoption à l'action du créancier d'aliment contre sa **famille adoptive**. Sur la loi de l'adoption, v. Cass. 7 nov. 1984 **Torlet**, R.85.533 note M. SIMON-DEPITRE, J.85.434 note H. GAUDEMET-TALLON, D.85.459 note E. POISSON-DROCOURT, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 61. V. aussi E. POISSON-DROCOURT, *L'adoption internationale*, R.87.673.

L'arrêt **Torlet** associe une règle de conflit de lois (compétence de la loi nationale de l'adoptant) et une règle matérielle (intervention de la loi nationale de l'enfant sur les modalités de son consentement).

(4) V. par exemple, en ce sens, J. DEPRez, *Les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires*, R.57.371.

(5) V. Y. LOUSSOUARN, *Les Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires envers les mineurs*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 691, spéc. p. 702.

(6) V. Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, spéc. p. 703. La dissociation des créances alimentaires de leur source ne permet pas d'éviter le jeu de la théorie des **questions préalables**. Sur les difficultés qu'elles entraînent, v. *infra*, n° 540 sq.

226.- En dépit de la concurrence éventuelle de la loi applicable à la question préalable du lien de parenté, force est de constater que les créances alimentaires obéissent, en droit positif français, à une loi propre, qui est en principe celle de la résidence habituelle du créancier d'aliment. L'une des particularités de l'article 311-18 du Code civil, devenu caduc à la suite de l'entrée en vigueur en France de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, était de faire en partie dépendre la loi applicable de la volonté du créancier d'aliment.

L'article 311-18 du Code civil annonçait ainsi une tendance, qui n'a fait que se renforcer par la suite, consistant à introduire la volonté dans le statut personnel, en tant que facteur de rattachement.

__.- Le rôle de la volonté

227.- En énonçant que “*L'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur* ”, l'article 311-18 du Code civil faisait ainsi clairement intervenir la volonté du créancier en tant que facteur de rattachement des droits patrimoniaux à caractère personnel (1), quand bien même l'option serait limitée à deux branches, et sa mise en œuvre fonction de la teneur des lois en présence.

Le fait que ce rattachement optatif soit rencontré en matière de créances alimentaires pourrait laisser penser que l'intervention de la volonté est liée au caractère patrimonial du droit, bien qu'il s'agisse de droits patrimoniaux hors du commerce (2).

(1) Sur l'intrusion, en droit interne, de la volonté dans le statut personnel et sur la “*privatisation de la famille* ”, v. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, La famille*, Cujas, 1987, n° 26, qui écrivent que la famille est “*peu à peu envahie par le contrat* ”. En ce sens, la loi du 23 décembre 1985 a abrogé l'ancienne prohibition de la vente entre époux (ancien article 1595 C. civ.).

(2) V. R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse, Lyon, 1939, spéc. n° 3 *sq.*, qui distingue les droits à caractère économique et les droits à caractère personnaliste, attachés à la personne. Les créances alimentaires constituent ainsi des droits mixtes, à la fois patrimoniaux et à caractère personnel, à cheval, en droit

Toutefois, cette explication doit être réfutée. D'abord, on remarque qu'une solution voisine a été adoptée à propos de la filiation et de la légitimation, l'intervention de la volonté ne pouvant être assise sur un quelconque aspect patrimonial du lien juridique. Ensuite, le rôle ainsi conféré à la volonté du créancier d'aliment permet de concourir à la mise en œuvre de la loi la plus favorable à ses intérêts propres.

Reconnue à l'égard des créances alimentaires, la compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier serait également susceptible d'être envisagée dans un certain nombre d'hypothèses (1).

2. La compétence de la loi du créancier de lege feranda

La loi de la résidence habituelle du créancier présente une certaine vocation lorsque l'origine de la créance est soit un cas de responsabilité du fait des produits défectueux, soit un contrat de consommation, soit un contrat de travail.

_- La responsabilité du fait des produits

228.- L'idée a parfois été avancée, qui consiste à soumettre à la loi de la résidence habituelle de la victime ses droits contre le fabricant, issus d'un cas de responsabilité du fait des produits défectueux (2). Elle se réclame de la volonté de donner la priorité à l'objectif de compensation

international privé, sur le statut personnel et les obligations. V. aussi J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse, LGDJ., 1979, n° 218.

(1) M. P. BOUREL a ainsi proposé de confier à la loi du domicile du créancier la protection des droits de la personnalité ; v. la note sous Cass. 13 avr. 1988 *Jours de France*, R.88.546, spéc. n° 8.

(2) V. M. PRAGER et U. DROBNIG, *Produktehaftung : Vorschläge und Gutachten zur Reform des ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr, Tübingen, 1983, p. 296-337 ; M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, J.84.765, spéc. p. 805. Cette idée a été écartée par la loi suisse du 18 décembre 1987 (v. l'article 135). V. aussi G. PETITPIERRE, *La responsabilité du fait des produits, les bases d'une responsabilité spéciale en droit suisse, à la lumière de l'expérience des Etats-Unis*, Genève, Georg, 1974.

et de réparation du préjudice subi, accentué en droit interne depuis les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 mai 1984, lesquels ont finalement admis la responsabilité objective de *l'infans* du fait des choses (1).

La concrétisation de cet objectif peut prendre deux formes. Soit la règle de rattachement comporte une référence au lieu de survenance du dommage (2), lequel pourra coïncider avec le lieu de la résidence habituelle de la victime. Soit la règle de rattachement énonce que la créance extracontractuelle née du fait dommageable est soumise à la loi de la résidence habituelle de la victime (3).

Il a été reproché au rattachement examiné de laisser la part trop belle à des considérations personalistes, dans une matière relevant pourtant du droit des obligations, la loi de la résidence habituelle de la victime étant considérée comme favorisant ici une intrusion du statut personnel dans le droit des obligations (4). Un tel reproche nous paraît excessif parce que, d'une part, la soumission des créances à la loi du domicile de la personne, créancière ou débitrice, est pratiquée dans le droit des obligations, et que, d'autre part, il ne peut être fait abstraction de la volonté de protéger la partie faible dans une matière qui se caractérise, le plus souvent, par un éparpillement des phases de réalisation du dommage. Le caractère légitime de cette préoccupation avait conduit les négociateurs de l'avant-projet de la Convention de La Haye sur

(1) A. P. 9 mai 1984 *Fullenwarth*, D.84.525 concl. Av. gal. CABANNES, note F. CHABAS, JCP.84.II.20255 note N. DEJEAN DE LA BTIE, RTDCiv.84.508 note J. HUET, JCP.84.II.20256 note P. JOURDAIN. V. Ph. MALAURIE et AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 65 ; Ch. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. VI-2, 1989, *Responsabilité délictuelle*, 8ème éd., par N. DEJEAN DE LA BTIE, Litec, n° 26.

(2) V. en ce sens le *Defective Products Liability Act* de 1980 en Israël ; le *Consumer Products Warranty and Liability Act* de 1978 de la province canadienne du New Brunswick.

(3) V. en ce sens le projet de codification du droit international privé québécois de 1977 ; v. M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, J.84.765, spéc. p. 810, n° 63.

(4) V. KÜHNE, *Choice of Law in Products Liability California*, Law Review, vol. 60, 1972, 1-38. Cette critique est l'inverse de celle qui a été adressée à l'encontre du rôle attribué à la volonté s'agissant des créances alimentaires. En effet, en matière d'obligations alimentaires, la compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliment a été taxée de favoriser l'immixtion du droit des obligations dans le statut personnel. Sur ce débat, v. Y. LOUSSOUARN, *Les Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires envers les mineurs*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 691.

la loi applicable à la responsabilité du fait des produits défectueux à donner compétence à la loi de la résidence habituelle de la victime (1). De manière voisine, la Convention de La Haye du 4 mai 1971 relative à la loi applicable aux accidents de la circulation routière prévoit la compétence de la loi du lieu d'immatriculation des véhicules impliqués, lorsque les véhicules du responsable de l'accident et de la victime sont immatriculés dans le même Etat (2). Toutefois, hormis cette interprétation de la Convention de La Haye du 4 mai 1971, il faut bien admettre, de manière générale, que la compétence de la loi de la résidence habituelle de la victime en matière d'accidents causés par des produits défectueux est restée jusqu'à présent un simple projet. Le même constat peut être en partie dressé s'agissant des contrats de consommation.

_- Le contrat de consommation

229.- La compétence de la loi de la résidence habituelle du consommateur (3), créancier de la prestation caractéristique, peut se recommander de la volonté d'assurer la protection de ce dernier, considéré comme la partie faible du contrat de consommation (4). Elle a toutefois été écartée lors des négociations de la nouvelle Convention de la Haye relative à la loi applicable à la vente internationale de marchandises (5). Bien qu'elle ne soit pas directement consacrée par le droit

(1) Sur cet avant-projet, v. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5.

(3) La Convention d'adhésion à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (nouvel article 13) donne une définition du consommateur plus large que celle de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, en ce qu'elle inclut les ventes au comptant.

(4) V. sur ce thème, Ph. MALAURIE, *Rapport général de droit international privé*, in Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXIV, 1973, *La protection des consommateurs*, p. 389, et Cl. LOMBOIS, *La protection juridique du consommateur en droit international privé français*, in Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 441.

(5) Le projet avait retenu la compétence de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Sur ce texte, v. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, R.86.271 ; v. aussi M. PELICHET, *La vente internationale de marchandises et le conflit de lois*, RCADI.1987.I.9. Toutefois, l'article 120 de la **loi suisse** du 18 décembre 1987 retient la compétence exclusive de la loi de la résidence habituelle du consommateur, les Conventions de La Haye faisant sur ce point l'objet d'une réserve (v. l'article 118 al. 2 de la loi).

positif, la notion de faveur envers le consommateur n'est pas totalement ignorée. Lui reconnaît une certaine place la Convention d'adhésion de 1986 à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (1). De même, l'article 5-2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 dispose que “*Le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* ” (2). De surcroît, l'article 5-3 prévoit qu'à défaut de choix, la loi applicable au contrat passé par un consommateur doit être celle “*du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle* ”, sous le respect de certaines conditions entourant la conclusion du contrat (3), de sorte que la compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier est partiellement consacrée.

230.- Il est permis néanmoins de s'interroger sur la capacité de la loi de la résidence habituelle du consommateur à assurer la protection de la partie faible (4). Le seul avantage attaché à cette solution tient à la facilité de consultation du droit applicable par le consommateur. Encore faut-il que les textes de lois applicables soient compréhensibles, et qu'ils contiennent des dispositions spécifiques, afférentes aux actions directes de garantie au sein des chaînes de contrats, à la for-

(1) V. les articles 13 à 15 de la Convention de Bruxelles, qui dérogent à la compétence de principe du tribunal du domicile du défendeur, en reconnaissant au profit du consommateur une option de compétence judiciaire. Le *forum actoris*, pourtant combattu de manière générale par la Convention de Bruxelles, est ainsi organisé au profit du consommateur.

(2) Le texte subordonne néanmoins son application au respect d'un certain nombre de conditions (v. l'article 5 § 2). On ne sait trop si l'article 5 § 2 constitue une règle de conflit de lois classique, un renvoi à l'ordre public international, ou une loi de police.

(3) L'article 5 § 3 renvoie aux conditions énumérées à l'article 5 § 2.

(4) *Contra*, v. F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international*, R.C.A.D.I. 1984.V.339, spéc. p. 390 sq. *Comp.* avec Ph. MALAURIE, *Rapport général de droit international privé*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, *La protection des consommateurs*, p. 389, qui déplore le bilan décevant du droit conventionnel de la vente, et notamment de la L.U.V.I. du 1er juillet 1964. V. J. BIANCARELLI, *L'espace financier européen de 1993 et la protection de l'épargne, des investisseurs et des consommateurs de services financiers*, DPCI.1988.659, qui exprime le souhait que les **contrats de services financiers** passés par un consommateur soient soumis par la proposition de directive CEE. du 23 février 1988 (JOCE. 31 mars 1988, p. 1) à la loi de la résidence habituelle de ce dernier.

me du contrat, à l'incidence de la publicité commerciale sur le consentement, à l'existence de délais de réflexion et de rétractation, à l'étendue de la responsabilité contractuelle, au sort des clauses abusives, etc ... Or, de manière générale, seuls les droits des pays occidentaux connaissent plus ou moins une telle réglementation, rendue nécessaire par la société de consommation, de sorte que le droit du vendeur implanté dans un pays connaissant une telle réglementation sera à même d'assurer au consommateur un certain degré de protection. En définitive, paraît surtout frappant et symbolique le recul opéré par la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 par rapport aux dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

La compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier paraît encore plus limitée en matière de contrat de travail.

_. - Le contrat de travail

231.- La position du droit international privé commun français diverge de celle qui a été adoptée par l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Est en principe compétente la loi du lieu d'exécution du contrat de travail (1), complétée et corrigée par les dispositions les plus favorables au salarié contenues dans la loi choisie par les parties (2). En revanche, l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 soumet à la loi d'autonomie le contrat de travail, sous

(1) *Comp.* avec le Règlement communautaire 1408 relatif aux conflits de lois en matière de **sécurité sociale**, qui a été transformé par l'arrêt *Nonnenmacher* de la CJCE. du 19 juin 1964, Rec.1964.573, en une **règle alternative** donnant à l'assuré social le choix entre la compétence de la loi du lieu d'exécution du contrat de travail, et celle de la loi de sa **résidence habituelle**. V. G. et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 6ème éd., 1985, n° 257.

(2) V. Soc. 31 mars 1978 *Royal Air Maroc*, R.78.701 note A. L.-C. et Soc. 25 mai 1977 *Montfort*, R.78.701 note A. L.-C ; Soc. 25 févr. 1984, R.85.327. V. H. GAUDEMET-TALLON, *La loi applicable au contrat de travail international*, in *La Semaine juridique*, n° 28 / 29, 17 juillet 1986, *Les relations internationales de travail*, Cahiers de droit de l'entreprise. V. aussi l'article 121 de la loi suisse du 18 décembre 1987, qui assortit la compétence de principe de la loi du lieu d'exécution du contrat de travail d'un certain nombre d'exceptions (v. les alinéas 2 et 3). Sur les conséquences attachées au défaut de choix de la loi applicable par les parties, v. P. LAGARDE, *Sur le contrat de travail international ; analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée*, Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz 1989, p. 83.

réserve des dispositions plus favorables au salarié incluses dans la loi du lieu d'exécution du contrat de travail ou dans la loi du lieu d'embauche, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer précisément le lieu d'exécution. Ce texte donne ainsi le sentiment que le contrat de travail est traité comme un contrat ordinaire, la protection de la partie faible n'intervenant qu'à un titre secondaire et subordonné. De plus, la protection du salarié n'est pas confiée à la loi de sa résidence habituelle, mais à celle du lieu d'exécution, indice traditionnel de localisation du contrat (1), ou, éventuellement, à celle du lieu de conclusion du contrat, indice pourtant considéré comme fortuit.

L'absence de rôle de la loi de la résidence habituelle du salarié (2) s'explique en réalité par l'intégration dans la règle de conflit de lois de la dimension collective du droit du travail (représentation du personnel, comités d'entreprise, conventions collectives), à travers l'importance donnée à la loi du lieu d'exécution du contrat de travail.

232.- En d'autres termes, la protection de la partie faible ne peut être menée au coup par coup et isolément. Elle est tributaire d'autres éléments, exprimés à travers la nature collective du droit du travail.

En définitive, jadis largement consacrée, la compétence de la loi du domicile ou de la résidence habituelle du créancier apparaît aujourd'hui comme la traduction de solutions spécifiques, guidées le plus souvent par la volonté d'assurer la protection de la partie faible. Son recul en tant que solution générale et objective est liée aux conséquences injustes qu'elle était susceptible d'entraîner (3).

En revanche, la compétence de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique est susceptible de constituer un principe général de solution du conflit de lois en matière de créances.

(1) Sur les indices de localisation du contrat, v. *supra*, n° 106.

(2) Excepté le cas des créances des assurés sociaux. V. p. 157, note 1.

(3) V. *supra*, n° 196 et 215.

(b).- LA PERSONNE DU DÉBITEUR

233.- La compétence de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique a vocation à embrasser largement les créances, exceptés les cas où celles-ci sont incorporées dans un titre (1), ont une origine délictuelle (2), ou un caractère alimentaire (3). L'hypothèse du conflit mobile, créée par le déplacement international du domicile du débiteur, *a priori* gênante, n'est pas, en réalité, insurmontable, d'autant plus que le déplacement de la créance elle-même ne peut engendrer un conflit mobile dès lors qu'on lui applique la loi du domicile du débiteur.

Enfin, la compétence de la loi du domicile du débiteur peut éventuellement être nuancée en fonction de l'incidence du principe de proximité.

1. *L'incidence du conflit mobile*

234.- Le conflit mobile suppose que l'un des éléments de localisation du rapport de droit ait été déplacé par dessus les frontières postérieurement à sa naissance, de sorte que l'application d'une loi tierce est envisageable. Dans la mesure où la créance est localisée au domicile du débiteur, le conflit mobile naîtra du déplacement international du domicile.

235.- De cette définition, il ressort que le déplacement de la créance ne saurait entraîner un conflit mobile lorsque celle-ci est soumise à la loi du domicile du débiteur. Certes, les créances n'ont pas, en principe de situation dans l'espace, ce qui rend, *a priori*, impossible leur déplacement et sans incidence l'application de la loi du domicile du débiteur. Toutefois, la créance peut être incorporée dans un titre, auquel cas elle devient dotée d'un *situs*, et susceptible d'un con-

(1) Sur la compétence de la *lex rei sitae* et ses limites en matière de titres au porteur émis par des sociétés, v. *supra*, n° 74 *sq.*

(2) Sur la compétence de la *lex loci delicti commissi* et celle de la *lex damni*, v. *supra*, n° 173 *sq.*

(3) Sur la loi de la résidence du créancier d'aliment, v. *supra*, n° 220 *sq.*

flit mobile comme tout bien mobilier corporel. C'est donc dans cette hypothèse que l'application de la loi du domicile du débiteur présente l'intérêt d'empêcher que le déplacement du titre de la créance n'entraîne un conflit mobile (1). Certes, il n'est pas exclu que la loi de la nouvelle situation du titre puisse prétendre s'appliquer en cas de vol ou de perte du titre (2). Cette hypothèse risque néanmoins d'être aujourd'hui marginale compte tenu du mouvement de dématérialisation des titres (3), et du principe selon lequel le transfert des valeurs mobilières n'est opposable à la société émettrice qu'à la condition d'avoir donné lieu à une inscription sur ses registres. L'avantage présenté par la *lex debitoris* est ainsi d'assurer une certaine permanence du rattachement, qui ne cède éventuellement que dans l'hypothèse du déplacement international du domicile ou du siège du débiteur.

236.- Concevable, le déplacement international du domicile ou du siège du débiteur n'est cependant pas une opération fréquente, compte tenu des contraintes juridiques et matérielles qu'il provoque. Délicat à opérer pour une personne physique, il l'est encore davantage s'agissant des personnes morales, dans la mesure où certaines réglementations considèrent que la société perd sa personnalité morale initiale (3). L'hypothèse du conflit mobile sera de la sorte délimitée au déplacement international du domicile des personnes physiques.

237.- On considère classiquement que la loi nouvelle doit être appliquée de manière immédiate, cependant que les effets passés continuent de relever de la loi sous l'empire de laquelle les

(1) La *lex societatis* a bien été appliquée à des créances incorporées dans des titres au porteur, rendant sans incidence sur le plan du conflit de lois le changement du lieu de situation des titres. V. *supra*, n° 74 *sq.*

(2) V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, spéc. n° 50 *sq.* V. également en faveur de l'application de la *lex rei sitae* au transfert des droits réels, Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 146.

(3) V. toutefois l'article 1er de la Convention de La Haye du 1er juin 1956 sur la personnalité morale des sociétés et leur reconnaissance, selon lequel la personnalité juridique acquise en vertu de la loi d'un Etat contractant où les formalités d'enregistrement ou de publicité auront été remplies, sera reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants. Un arrêt célèbre, Cass. Belgique 12 nov. 1965, R.67.506 note Y. LOUSSOUARN, a également admis que la personnalité morale initiale survivait au déplacement international du siège social.

droits ont pris naissance (1). La succession de la loi nouvelle doit être fixée au jour du changement de domicile. Néanmoins, l'énoncé de la règle ne doit pas masquer l'existence d'un certain nombre de difficultés, qui tiennent essentiellement à la fraude, à l'extinction de la dette par l'application de la loi nouvelle, et à la nationalisation des biens du débiteur.

_- La fraude à la loi

238.- Le rattachement des créances au domicile du débiteur est susceptible d'encourir la critique dans la mesure où il rend possible l'hypothèse du déplacement frauduleux du domicile du débiteur, dans le dessein soit d'organiser une insolvabilité frauduleuse, soit de chercher à bénéficier d'un droit bienveillant envers les débiteurs ne payant pas leurs dettes, soit d'essayer d'éteindre la dette par l'application de la loi nouvelle. Le créancier trouvera alors dans la théorie de la fraude à la loi les ressources pour parer aux manœuvres de son débiteur indélicat, la fraude entraînant sa propre inefficacité (2). Quelle que soit l'intention du débiteur, le changement de lois ne pourra donc être, en réalité, préjudiciable aux intérêts du créancier, les conséquences attachées à la manipulation des éléments de rattachement facilitant la preuve de l'intention frauduleuse. Il se peut, toutefois, que l'application de la loi nouvelle entraîne l'extinction de la

(1) V. P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, 2ème éd., Dalloz, 1960, n° 36 ; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, n° 77 sq. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 1981, n° 318 sq. L'hypothèse du conflit mobile se présente fréquemment en matière d'objets mobiliers corporels. V. par exemple Cass. 3 mai 1973, *Soc. Nederlandsche*, R.74.100 note E. MEZGER, J.75.74 note Ph. FOUCHARD.

Certains auteurs préconisent pourtant la rétroactivité de la loi nouvelle. V. S. CIGOJ, *Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de la Haye*, R.78.1 ; F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975, p. 143-144 ; F. HAGE-CHAHINE, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, spéc. p. 323, n° 23.

L'application de la loi nouvelle aux effets futurs est retenue par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable aux créances alimentaires (v. l'article 4).

(2) V. B. AUDIT, *La fraude à la loi*, thèse, Dalloz, 1974, n° 248 sq. ; F. HAGE-CHAHINE, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, spéc. p. 323, n° 23.

dette sans pour autant que la fraude soit prouvée.

_- L'extinction de la dette par l'application de la loi nouvelle

239.- Bien qu'elle devrait entraîner en principe la disparition de la dette lorsqu'elle le prévoit, la loi nouvelle ne peut, pour des raisons évidentes de sécurité juridique, porter atteinte à des droits qui ont été régulièrement acquis sous l'empire d'une autre législation. Vient ainsi au secours du créancier, non la théorie de la fraude à la loi, mais celle de l'effet atténué de l'ordre public international (1), lequel ne peut s'opposer à la reconnaissance, sur le territoire du for, de droits valablement acquis à l'étranger, mais qui sont inconnus du for, ou prohibés. Cette hypothèse constitue ainsi le point de jonction de la théorie des droits acquis et de celle des conflits mobiles (2). Les correctifs apportés à la mise en œuvre de la loi du domicile du débiteur en renforcent ainsi l'efficacité et la sécurité. Le déplacement du domicile du débiteur ne peut nuire aux intérêts du créancier, les juges du fond décidant que le déplacement du domicile du débiteur ne peut entraîner l'extinction, par application de la loi nouvelle, de la créance née en conformité à la législation de l'ancien domicile (3).

En réalité, le déplacement international du domicile du débiteur représente un danger, non pour le créancier, mais bien pour le débiteur lui-même, lorsque ses biens font l'objet d'une mesure de nationalisation.

(1) V. Cass. 17 avr. 1953 *Rivière*, R.53.412 note H. BATIFFOL, *Rabels Z.* 1955.520 note Ph. FRANCESKAKIS, J.53.860 note R. PLAISANT.

(2) Sur la question de la rétroactivité des lois sous l'angle des droits acquis ou des conflits mobiles, v. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, Sirey, 1923, p. 20 *sq.* ; E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. I, Montchrestien, 1930, p. 28 ; P. ARMINJON, *La notion de droits acquis en droit international privé*, R.C.A.D.I.1933, p. 60 ; S. CIGOJ, *Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de la Haye*, R.78.1 ; H. MUIR-WATT, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, R.86.435.

(3) V. la décision *Estin c. Estin*, 334 US. 541, citée par W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, p. 430, note 1.

.. - Nationalisation et conflit mobile

240.- Le déplacement international de son domicile expose le débiteur à devoir payer deux fois ses dettes lorsque, dans le même temps, l'Etat sur le territoire duquel se trouvait le premier domicile (1) arrête une série de mesures de nationalisation. En effet, dès lors que la mesure de nationalisation n'est pas reconnue à l'étranger en raison de sa contrariété à l'ordre public international, le débiteur ne peut espérer s'en prévaloir pour échapper aux poursuites de ses créanciers. Il risque donc de devoir payer à la fois ses créanciers (2) et l'Etat nationalisant. A la suite des nationalisations algériennes, de nombreux débiteurs quittant l'Algérie pour la France ont ainsi été pris dans un tel étau (3).

241.- Toutefois, le risque décrit représente actuellement un péril moindre, pour des raisons multiples. D'une part, le mouvement de nationalisation lié à l'accession à l'indépendance d'anciennes colonies s'est quelque peu tari. Une vague de nationalisations est donc davantage improbable. D'autre part, quand bien même de nouvelles nationalisations seraient décidées, leurs conséquences économiques seraient différentes, car les sociétés occidentales, instruites des précédentes expériences, en ont tiré un certain nombre de leçons, parmi lesquelles figure la composition et la répartition des investissements à l'étranger. Enfin, le recul des exigences de l'ordre public international en matière de nationalisation se révèle paradoxalement favorable aux débiteurs puisque les conditions posées à la reconnaissance ayant été allégées (l'indemnisation

(1) V. pour une hypothèse similaire, OGH. 6 juill. 1960, OJZ.60.331, J.62.749 note I. SEIDL- HOHENVELDERN.

(2) V. E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Nationalisation*, n° 36 sq. Selon Léo RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ème ed., 1961, Berlin-Francfort, p. 654 sq., le débiteur pourra être poursuivi par le créancier dans les différents Etats où il possède des biens, dès lors que la mesure de nationalisation n'aura pas été reconnue à l'étranger en raison de sa contrariété à l'ordre public international.

(3) V. Cass. 23 avr. 1969, D.69.341 conl. Av. Gal. BLONDEAU, R.69.717 note E. SCHAEFFER, J.69.912 note P. CHARDENON. V. F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975, p. 152 sq.

préalable n'est plus nécessaire ; le principe d'indemnisation suffit) (1), les débiteurs spoliés pourront, plus facilement que par le passé, invoquer la mesure de nationalisation non accompagnée d'une indemnisation effective afin de pouvoir échapper aux poursuites de leurs créanciers.

En définitive, l'hypothèse du conflit mobile, *a priori* handicapante, se révèle, à l'analyse, relativement neutre, de telle sorte qu'elle ne vient pas affaiblir les mérites du rattachement des créances au domicile du débiteur.

La compétence de principe de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique peut toutefois être nuancée à travers l'incidence du principe de proximité.

2. L'incidence du principe de proximité

242.- L'analyse des droits étrangers, qui soumettent les créances à la loi du domicile du débiteur à défaut de choix de la loi applicable par les parties, montre que la compétence de la *lex debitoris* est parfois écartée au profit d'une loi tierce présentant avec le litige des liens plus étroits. L'inflexion du rattachement constatée intervient même avec une certaine fréquence à l'égard des créances issues d'opérations bancaires (2).

(1) Les trois grandes étapes sont constituées par les arrêts suivants : Cass. 5 mars 1928 *La Ropit*, R.29.288 note J.-P. NIBOYET, DP.28.I.81 note R. SAVATIER ; Cass. 23 avr. 1969, D.69.341 concl. Av. Gal. BLONDEAU, R.69.717 note E. SCHAEFFER, J.69.912 note P. CHARDENON ; Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH.

(2) V. par exemple C.A. fédérale 18 mars 1985 *Allied Bank International*, in D. CARREAU, *La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales*, J.86.123. La créance de remboursement a été localisée dans l'Etat de New York, en considération d'une série d'indices (proper law, lieu et monnaie de paiement), de sorte qu'était écartée la loi du domicile du débiteur, soit la loi costa-ricaine, au profit de la loi des créanciers new-yorkais ; *Comp. Court of appel* [1981] 2 LL R 394 *Power Curber international vs. National Bank of Kuwait SAK.*, DPCI.83.179.

V. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I. 1986.I.9 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 247 et 482.

La loi suisse du 18 décembre 1987 contient une clause d'exception générale (article 15).

En revanche, l'incidence du principe de proximité sur le rattachement des créances au domicile du débiteur paraît moins affirmée lorsqu'on quitte le droit des affaires pour aborder les créances liées au droit patrimonial de la famille.

243.- Le cas des garanties bancaires, notifiées ou contre-garanties par d'autres banques, constitue une bonne illustration de l'influence du principe de proximité, les juges n'hésitant pas à écarter la loi du domicile du débiteur au profit de celle du lieu de paiement ou de celle du domicile du créancier, peu importe que la dette soit portable ou quérable. Ainsi, lorsqu'une banque ouvre un crédit-documentaire sur les instructions du vendeur et confie l'exécution de la lettre de garantie à une autre banque, dont le siège est implanté sur le même territoire que celui du vendeur, il n'est pas rare de voir les juges écarter la compétence de principe de la *lex debitoris*, correspondant à la loi de la banque apéritrice, pour soumettre la créance du bénéficiaire du crédit-documentaire à la loi de la banque à qui la réalisation du paiement a été confiée (1). En effet, dans une telle hypothèse, la loi de la banque notificatrice coïncidera avec celle du vendeur, assurant de la sorte une certaine unité de compétence législative.

244.- La compétence de la loi de la banque notificatrice peut néanmoins être expliquée d'une manière différente. On peut en effet considérer que les relations entre la banque émettrice et la banque notificatrice ne sont pas éloignées de celles qui peuvent exister entre un mandant et son mandataire. Or, la loi applicable au mandat est en principe celle du domicile du mandataire, et non celle du mandant, qu'il s'agisse des relations entre le mandant et le mandataire ou entre le

(1) V. en ce sens Court of appel [1981] 2 LL R 394 *Power Curber international vs. National Bank of Kuwait SAK.*, DPCI.83.179. V. aussi Queen's Branch Division 13-14 mai 1976, 3 a 11 ER. 749, citée par Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, JCP.78.I.2902, jugeant qu'à défaut de convention expresse sur la loi applicable, ce n'est pas nécessairement la loi de la banque émettrice qui est applicable, mais plutôt la loi présentant avec le rapport de droit les liens les plus étroits. En l'espèce, bien que le crédit eût été ouvert par une banque espagnole, la loi new-yorkaise fut déclarée applicable, en ce que le paiement devait être réalisé par une banque new-yorkaise.

mandataire et le tiers (1), le mandataire apparaissant comme le débiteur de la prestation caractéristique. A suivre cette analyse, les juges parviendraient donc à l'application de la *lex debitoris* en dehors de toute incidence du principe de proximité.

245.- Cependant, la motivation des décisions atteste la référence opérée à la loi du domicile du débiteur, et non à celle du mandataire (2), de sorte que la qualification de mandat paraît exclue. Il arrive donc à la jurisprudence, suisse notamment, d'écarter la compétence de principe de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique au profit d'une loi tierce entretenant avec le rapport de droit litigieux des liens plus étroits.

246.- De même, les arbitres internationaux ont aussi parfois recours au principe de proximité pour déterminer la loi applicable (3).

247.- En dépit de l'incidence éventuelle du principe de proximité, le succès rencontré par la *lex debitoris* n'est pas niable, qui tient au rapport étroit qu'elle permet d'établir entre la créance et son exécution. L'affinement de la structure de rattachement par l'utilisation de la notion de prestation caractéristique a permis d'éviter la scission des lois applicables aux différentes créances issues d'un même contrat, ainsi que le recours au critère du lieu de paiement lorsque la créance est essentiellement monétaire. En effet, le lieu de paiement se confond pratiquement toujours avec le lieu du domicile d'une des parties, la localisation variant selon que la créance est portable ou

(1) V. la Convention de La Haye du 14 mars 1978 relative à la loi applicable à la représentation, articles 5 et 11.

(2) V. par exemple Trib. féd. suisse 10 juin 1952, ATF.78.II.190 et Amtsgericht Lucerne 31 oct. 1980, cités par P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I. 1986.I.9, spéc. p. 99, notes 239 et 240. Les décisions citées étaient relatives à des contrats de prêt consentis par des banques au profit de particuliers.

(3) V. par exemple Sentence C.C.I. n° 3316, D.81.IR.190 obs. M. VASSEUR, J.80.970 note Y. DERAÏNS, application de la loi de la banque garante aux droits du bénéficiaire de la garantie à première demande.

quéérable (1). Mais la localisation de la créance cesse de dépendre de son caractère portable ou quéérable lorsqu'on décide de la rattacher au domicile du débiteur de la prestation caractéristique (2).

248.- Ainsi, dans une opération de prêt, la partie qui fournit la prestation caractéristique est la banque qui accorde le prêt, et non l'emprunteur (3). Cette qualification résulte non seulement de la mise à disposition des fonds aux guichets de la banque, mais encore de la gestion du prêt, du calcul des intérêts, du taux de crédit, sujet à l'égard duquel la banque est étroitement dépendante de la politique des autorités monétaires du lieu de son siège.

249.- Conclusion de la première Section. De la présentation des trois éléments de rattachement des créances, il ressort tout d'abord que le lieu de paiement ou de situation a vu son rôle progressivement décliner, pour des raisons tenant à la fois à l'analyse de la notion de localisation des créances, à l'abandon du recours aux fictions, et à la dématérialisation croissante des titres. Reste ainsi le rattachement à la source ou à la personne. Les développements qui précèdent ont

(1) V. G. A.-L. DROZ, *L'interprétation par la CJCE. des règles de compétence juridictionnelle européenne en matière de contrat*, D.77.chron.287. Le paiement est en principe **quéérable** dans les droits français, belge, luxembourgeois et allemand. Il est **portable** dans les droits néerlandais, italien, anglais, irlandais et danois, de même que dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 (article 57). V. aussi *infra*, n° 725.

Le caractère portable ou quéérable de la créance est déterminant lorsque l'obligation à prendre en considération est celle qui sert de base à l'action judiciaire, c'est-à-dire l'obligation litigieuse. V. CJCE. 6 octobre 1976 *De Bloos*, R.77.751 note P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, J.77.719 note J.-M. BISCHOFF. Dans l'arrêt *Tessili* rendu le même jour, v. J. 1977.714 note A. HUET, R.77.751 note P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, la CJCE. a soumis la détermination du lieu d'exécution de l'obligation à la loi applicable à l'obligation litigieuse d'après la règle de conflit de lois du juge saisi.

(2) La question de savoir si la créance est portable ou quéérable pour connaître le tribunal internationalement compétent disparaît si l'on retient comme critère de localisation de la créance celui de la **prestation caractéristique**. La CJCE. a ainsi retenu une solution spécifique en matière de contrat de travail, l'obligation servant de base à la demande cédant la place à l'obligation caractéristique du contrat de travail ; v. CJCE. 26 mai 1982 *Ivenel*, R.83.116 note H. GAUDEMET-TALLON, J.82.948 note J.-M. BISCHOFF et A. HUET ; CJCE. 15 janv. 1987 *Shenavai*, R.87.793 note G. A.-L. DROZ, J.87.465 note J.-M. BISCHOFF et A. HUET ; CJCE. 15 févr. 1989 *Société Six*, R.89.555 note P. RODIÈRE, J.89.461 note A. HUET.

(3) *Comp.* avec l'article 117 al. 3 b-d de la loi suisse du 18 décembre 1987, le prêteur étant qualifié de débiteur de la prestation caractéristique.

montré que le droit international privé français soumettait la plupart des créances à la loi de leur source, acte ou fait juridique, quelques exceptions notables (effets de commerce, droit fiscal, droit de prélèvement, créances alimentaires) prouvant toutefois qu'il est parfaitement possible de dissocier, sous l'angle de la compétence législative, la créance de son origine. En revanche, l'étude de la loi de la source a établi que la mise en œuvre de ce rattachement se heurtait à des difficultés multiples, tenant à la fois à la détermination exacte de la source et de la loi applicable à celle-ci et aux caractéristiques de certaines créances (exemple : la cession de créances futures). De surcroît, l'analyse de la jurisprudence a révélé que l'application de la loi de la source n'était le plus souvent que le masque de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique.

250.- Aussi bien, préférant suivre les exemples tirés de plusieurs droits étrangers, considérons-nous que les créances doivent en principe être gouvernées par la *lex debitoris*, complétée par la notion de prestation caractéristique et un usage circonscrit du principe de proximité, certaines créances faisant toutefois l'objet de rattachements spéciaux en vertu des Conventions internationales (effets de commerce, obligations alimentaires, créances des assurés sociaux). En effet, le rattachement à la personne traduit davantage les caractéristiques du droit de créance que ne saurait le faire le rattachement à la source. D'une part, le fait que la créance est devenue une valeur est totalement ignoré par le rattachement à la source. De l'autre, seul le rattachement à la personne permet de rendre compte dans la structure de rattachement du caractère médiateur du droit de créance.

Cependant, la localisation des créances n'est pas seulement dépendante des trois éléments de rattachement décrits. Elle rend également nécessaire l'examen de leur combinaison au sein de règles de conflit de lois complexes, dont la structure est d'être soit hiérarchisée, soit alternative, soit subsidiaire.

SECTION II

LA COMBINAISON DES TROIS ÉLÉMENTS DE RATTACHEMENT

251.- Les créances, de par la diversité de leurs formes, de leur origine, se prêtent difficilement à un rattachement unique et invariable. Bien qu'il existe trois rattachements de principe dont l'importance a varié avec le temps, il a été possible de mettre en lumière l'existence de plusieurs rattachements spécifiques, de telle sorte que la connaissance de la loi de la créance est tributaire d'une pluralité de règles.

Toutefois, la combinaison des différents éléments de rattachement est susceptible d'obéir à une conception d'ensemble, dont le contenu varie avec les auteurs. En effet, selon l'analyse initialement retenue de la localisation des créances, il est possible de discerner trois sortes de combinaison. La première part du principe de l'ubiquité des créances, et modifie profondément et la compétence judiciaire et la compétence législative. La deuxième associe les différents éléments de rattachement au sein de règles à rattachements subsidiaires. La troisième, enfin, conserve le principe d'un rattachement général, dont l'étendue est cependant infléchie par la présence de rattachements spéciaux en nombre limité.

§ 1.- L'ubiquité des créances

252.- L'ubiquité des créances a pour signification que la créance doit être considérée comme étant localisée en autant de lieux que le débiteur possède de biens saisissables, peu importe le moment d'exécution traversé par la créance. En d'autres termes, la créance obéit à une localisation multiple (1), dont l'ampleur varie en fonction de la dispersion internationale du patrimoine du débiteur (2). A la réflexion, à une multitude de localisations correspond en fait une absence de localisation. La thèse de l'ubiquité des créances ne tranche pas la question de la localisation des créances, elle la nie.

Développant initialement ses effets sur le plan de la compétence judiciaire, elle peut toutefois être également étendue à celui de la compétence législative, l'examen de ces deux aspects montrant que le premier est susceptible d'absorber le second lorsque le principe d'ubiquité des créances est mené jusqu'à son terme.

(a).- UBIQUITÉ ET COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

253.- Appliquée à la compétence judiciaire, la thèse de l'ubiquité des créances entraîne l'admission de la compétence de n'importe quel tribunal dès lors que le débiteur possède quelques biens dans le ressort de la juridiction saisie (3). Cette thèse est particulièrement dangereuse pour les intérêts du débiteur. D'une part, le débiteur risque de se trouver appelé devant une juridiction à la compétence de laquelle il ne pouvait raisonnablement s'attendre. De l'autre, il peut être victime d'un *forum shopping* pratiqué par le créancier qui cherchera à soumettre le litige à un juge favorable à ses propres intérêts, soit en raison des règles de procédure, soit en raison du contenu même des règles de droit applicables au fond.

(1) V. W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, traduction française de *Die Belegenheit von Rechten, Festschrift des juristischen Fakultät des Freien Universität Berlin zum 41 Deutschen Juristtag 1955*.

(2) V. par exemple K. H. NADELMANN, *De la discrimination, dans les lois sur la faillite, contre les créances dites étrangères*, RTDCom.73.741, spéc. p. 747, qui estime qu'il est contraire aux réalités économiques de lier les biens locaux et les créances locales.

(3) V. W. WENGLER, *op. cit.* ; G. VAN HECKE, *Principes et méthodes en droit international privé*, R.C.A.D.I.1969.IV.409, spéc. p. 554 *sq.* ; *contra*, v. TROLLER, *Internationale Zwangsverwertung und Expropriation von Immaterialgütern*, Basel, 1955, cité par W. WENGLER, *op. cit.*, spéc. p. 192 note 2. En faveur de la situation multiple des créances, v. également G. C. CHESHIRE, *Private international law*, Oxford, Butterworths, 1952, p. 449. *Comp.* avec l'article 23 al. 2 Z.P.O., selon lequel les créances sont réputées situées à la fois au domicile du débiteur et au lieu où se trouvent des biens constitutifs d'un droit de gage pour le créancier.

254.- Parallèlement, la mise en œuvre de la thèse de l'ubiquité des créances peut se révéler particulièrement néfaste pour les intérêts des personnes morales, notamment lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés. L'atteste l'application des législations dont se sont dotés les Etats européens afin de contrer les mesures d'instruction américaines menées dans le cadre d'une *Pre trial Discovery* (1).

La *Pre trial Discovery* est une mesure d'instruction décidée par un magistrat américain, en général dans le cadre d'enquêtes ouvertes en matière de contrôle de la concurrence. Elle se caractérise par les effets extraterritoriaux qu'elle entraîne, qui sont mal acceptés par les Etats dont les sociétés impliquées possèdent la nationalité. En effet, les citations à comparaître, délivrées par le jury américain chargé de l'instruction, ont une portée extraterritoriale, et peuvent aboutir à des condamnations pécuniaires extrêmement lourdes, prononcées contre les sociétés étrangères pour non respect de la réglementation américaine du droit de la concurrence.

Or, les Etats dont les sociétés ont été victimes d'une *Pre trial Discovery* se sont dotés d'un arsenal juridique permettant aux sociétés succombantes de récupérer ce qu'elles ont dû verser à la société américaine, partie au procès, par la saisie des biens de celle-ci. Les biens objet des saisies peuvent être localisés soit sur le territoire où la société victime a son siège social, soit en n'importe quel territoire, à la condition qu'ils appartiennent à “*toute autre société qui contrôle ou est contrôlée par [la société américaine], ou toute société qui est contrôlée par la même société que celle qui contrôle*” le bénéficiaire de la *Pre trial Discovery* (2).

(1) V. *Les lois de blocage*, DPCI.1986, vol. 4., p. 513 *sq.* . De nombreux Etats ont adopté des lois de blocage, dont les Pays-Bas en 1956, le Canada en 1976, l'Australie en 1979, la Grande-Bretagne en 1980, et la France par une loi du 16 juillet 1980. V. D. BERLIN, *La loi française n° 80-538 du 16 juillet 1980*, DPCI.86.563 ; E. GAILLARD, *L'application extraterritoriale du droit économique*, in *Actes du colloque du CEDIN.*, Montchrestien.

(2) V. la loi sud-africaine *Protection of business Act* de 1978, modifiée en 1984, sect. 1 (B) (4), citée par L. COLLINS, *La loi anglaise sur la protection des intérêts commerciaux*, DPCI.1986.597.

Les lois canadienne (*Foreign Extraterritorial Measures Act* de 1984) et australienne (*Foreign Proceedings Excess of Jurisdiction Act* de 1984) contiennent le même type de dispositions. Sur les rapports entre l'application de la *Pre trial Discovery* et la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves, v. Cour suprême des USA. 15 juin 1987 *Aérospatiale*, R.88.559 note A. DYER, qui ne retient ni l'exclusivité ni la priorité de la Convention de La Haye sur la *Pre trial Discovery*.

255.- Il ressort de la lecture des lois de blocage que ces dispositions admettent nécessairement la thèse de l'ubiquité des créances de la société victime, tant sur le plan de la compétence judiciaire que sur celui de la compétence législative, pour des motifs nettement politiques, en permettant à la société condamnée aux USA. de récupérer ce qu'elle a dû déboursier grâce à la condamnation de la société américaine prononcée par n'importe quel tribunal connaissant les lois de blocage.

256.- Conduit également à une localisation multiple de la créance la théorie qui reconnaît au créancier, en cas de déplacement international du domicile du débiteur faisant suite à une mesure de nationalisation de ses biens, le droit de le poursuivre devant tout tribunal dans le ressort duquel des biens saisissables lui appartenant sont situés (1). C'est donc le droit de gage (2) qui permet, dans cette théorie, de localiser la créance.

257.- Devant les difficultés entraînées par la localisation multiple des droits de créance, les négociateurs de la Convention d'adhésion à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ont renoncé à faire figurer des dispositions spéciales relatives aux saisies-arrêts des créances internationales (3). Cette prudence s'explique aisément compte tenu de la diversité des conceptions relatives à la localisation des créances en matière de saisie-arrêt internationale. Certains auteurs retiennent le lieu où se trouvent les sommes devant être remises au saisissant (4), cependant que d'autres se prononcent en faveur du lieu de paiement (5), ou du lieu du domicile

(1) V. V. E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Nationalisation*, n° 38 ; Léo RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ème ed., 1961, Berlin-Francfort, p. 654 sq .

(2) V. contre l'existence d'un rattachement propre au droit de gage général, Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 299 sq .

(3) V. le rapport de M. SCHOSSER du 5 mars 1979 ; v. G. A.-L. DROZ, *Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, R.87.251.

(4) V. E. GLASSON, A. TISSIER, R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 3ème éd., 1925-1936, t. IV, n° 1116 bis .

(5) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1297.

du tiers-saisi (1). Enfin, la Cour de cassation donna, avec l'arrêt *La Ropit* (2), un exemple de localisation multiple des créances, à la suite des nationalisations soviétiques, en écartant la loi du pavillon du navire au profit de la loi de situation de celui-ci.

258.- L'ubiquité du droit de créance est rendue possible par l'analyse même de celui-ci. Sous l'angle de la compétence judiciaire, l'élément qui devrait servir de point de rattachement est le domicile du débiteur. Dans certaines circonstances, toutefois, le créancier se voit offrir le choix de la juridiction compétente, en fonction des lieux où le débiteur possède des biens. Ceci n'est concevable que si l'on accepte de bien vouloir localiser la créance par le droit de gage général, qui reste indéterminé en ce qu'il est lié à l'ensemble du patrimoine du débiteur (3). Il n'y a indétermination de la localisation et ubiquité de la créance que dans la mesure où l'on veut bien localiser la créance par celui de ses éléments qui reste à l'état d'indétermination. Le principe de l'unité du patrimoine, déduit de l'article 2092 du Code civil, conduit ainsi à faire peser le risque lié à une nationalisation sur la tête du débiteur.

259.- Le raisonnement suivi repose dès lors sur le paradoxe qui tient à localiser la créance, non pas en un endroit précis, mais de manière multiple. Il expose le débiteur au risque d'être traduit devant une juridiction à la compétence de laquelle il ne pouvait raisonnablement s'attendre, en raison de l'absence de lien suffisant entre le litige et le juge saisi par le créancier.

Aussi est-il heureux de constater que les juridictions américaines viennent tempérer les effets néfastes d'un tel système par la théorie de la compétence *quasi in rem*.

(1) V. W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185 ; P. LAGARDE, note sous Paris 19 janvier 1976 *Davis*, R.77.126 ; *contra*, v. M. MERCIER, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Saisie-arrêt*, n° 9.

(2) Cass. 5 mars 1928 *La Ropit*, R.29.288 note J.-P. NIBOYET, DP.28.I.81 note R. SAVATIER.

(3) *Contra*, v. W. NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalanen Privatrechts*, Zurich, 1961, p. 180-181, qui localise les droits réels par l'objet sur lequel ils portent, et les droits personnels par le domicile de la personne qui en est le débiteur.

Vouloir localiser le droit de créance par le **droit de gage général** qui le garantit entraîne à la fois la pluralité des localisations, liée à la dispersion du patrimoine, et la confusion entre les droits personnels et les droits réels.

Jusqu'à l'arrêt *Schaeffer c. Heitner* rendu par la Cour suprême des U.S.A. en 1977 (1), les juges américains admettaient en matière d'actions fondées sur des droits personnels, dites *quasi in rem*, que le créancier pouvait saisir n'importe quel tribunal à partir du moment où était situé dans le ressort de sa juridiction un bien quelconque, n'ayant aucun lien avec le litige ni aucune valeur, ce qu'on appelait le *for du parapluie*. Les juridictions américaines n'exigeaient donc pas un minimum de contact entre le litige et le for. Était de la sorte valablement saisi un tribunal ne présentant aucun lien avec le litige, ni le débiteur ni la source de l'obligation litigieuse n'étant situés dans le ressort de sa juridiction.

260.- Or, cette complaisance, largement préjudiciable aux intérêts du débiteur, prit fin avec la décision *Schaeffer c. Heitner* de la Cour suprême des U.S.A. de 1977, par laquelle fut transposée aux actions *quasi in rem* l'exigence d'un minimum de contact entre le litige et le for, posée par l'arrêt *International Shoe* en 1945 (2). Les effets attachés à l'ubiquité des créances peuvent ainsi être atténués par le recours au principe de proximité, dont la mise en œuvre en matière de compétence judiciaire conduit à exiger un minimum de lien entre le for et le litige. La présence de biens dans le ressort du tribunal saisi ne peut fonder sa compétence qu'à la condition que ces biens présentent une valeur substantielle, produisent des revenus importants, ou sont destinés à y rester pour une durée appréciable (3).

La jurisprudence *Schaeffer* exprime ainsi la prise en compte de l'attente légitime et raisonnable du défendeur. Le tribunal refusera de se déclarer compétent lorsque le débiteur ne

(1) Cour suprême des USA. *Schaeffer c. Heitner*, [433 US.186.1977] ; v. J. PAULSSON, *Chronique de jurisprudence américaine*, DPCI.79.290. La décision *Schaeffer c. Heitner* énonce notamment qu'il “*est déraisonnable de suggérer que toute personne achetant des titres d'une société de l'Etat du Delaware donne son accord implicite d'être traduite devant les juridictions de l'Etat du Delaware à l'occasion de toute action contre elle*”.

(2) Cour suprême des USA. *International Shoe*, [326 W 310 1945].

(3) V. par exemple l'affaire *Turkish Airlines*, 441 F Supp. 1273, Southern District de New York (SDNY.) 1977, où il a été jugé que constitue une attache suffisante un compte en banque ouvert par la société débitrice étrangère pour les besoins de son activité commerciale. pouvait raisonnablement s'attendre à sa compétence en raison du caractère fortuit de la présence des biens dans son ressort.

261.- La jurisprudence française connaît un système voisin de celui de l'ubiquité des créances depuis l'admission du *forum arresti* par l'arrêt *Nassibian* (1). Selon cette décision, il suffit que le débiteur, quels que soient sa nationalité ou son domicile, ait des biens en France, pour que la juridiction saisie relativement à une instance en validité d'une saisie-arrêt puisse “*éventuellement à cette occasion statuer sur l'existence de la créance invoquée par le saisissant* ”, ce qui suppose résolue la question de la compétence législative.

(b).- UBIQUITÉ ET COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

262.- La théorie du *forum arresti* permet d'illustrer le danger attaché à la transposition de la théorie de l'ubiquité des créances à la compétence législative. Afin de statuer sur l'existence de la créance invoquée par le saisissant, le juge saisi appliquera la *lex fori*, c'est-à-dire la loi du lieu de saisie, sans vérifier s'il existe un autre rattachement, éventuellement mieux approprié.

263.- Une telle solution ne peut qu'appeler la critique. Le grief qu'on peut lui adresser est de conduire à une confusion entre les compétences judiciaire et législative, la première absorbant la seconde. Le défaut de raisonnement avait déjà été dénoncé par J.-P. Niboyet s'agissant de la responsabilité délictuelle, cet auteur ayant souligné que la loi applicable ne pouvait dépendre du lieu de la juridiction saisie, condamnant ainsi la thèse de l'école personnaliste (2). Pourtant, il

(1) Cass. 6 nov. 1979 *Nassibian*, R.80.588 note G. COUCHEZ, J.80.95 rapport A. PONSARD.

(2) Sur ce débat, v. H. BATIFFOL, *Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, Mélanges R. D. KOLLEWYJN et OFFERHAUS, Leyde, 1962, p. 55, et *Choix d'articles*, LGDJ., 1976, p. 303. V. aussi H. MAZEAUD, *Conflit de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile et quasi-délictuelle*, R.34.384.

est fort probable que la démarche naturelle du juge sera d'appliquer sa propre loi à la question de l'existence de la créance invoquée par le créancier, quelle que soit la localisation initiale de celle-ci.

264.- L'ubiquité des créances présente également l'inconvénient de favoriser le *forum shopping*, dans la mesure où le créancier cherchera à saisir le juge dont la loi lui est favorable. L'arrêt *Allied Bank International* rendu par la Cour d'appel fédérale des U.S.A. du 18 mars 1985 (1) montre de plus que la mise en œuvre de cette théorie peut ne pas être étrangère à des considérations politiques. Dans un cadre particulier, celui du rééchelonnement des dettes des Etats en voie de développement, il déclara applicable la loi du lieu de saisie des biens du débiteur, au détriment de la compétence de principe de la *lex debitoris*. En l'espèce, le Gouvernement du Costa-Rica avait décrété unilatéralement le moratoire de l'ensemble de ses dettes. Cette mesure fut qualifiée d'*Act of State* par la juridiction saisie, et aucun effet ne lui fut reconnu à l'étranger, en ce qu'elle ne pouvait relever de la loi des créances bancaires, celles-ci ayant été localisées, non au Costa-Rica, mais dans l'Etat de New York. Le moratoire costa-ricain, simple loi de police étrangère ne faisant pas partie des dispositions de la loi des créances, pouvait ainsi n'être pas pris en considération. Mais l'on ne pouvait parvenir à une telle conclusion qu'après avoir accepté de localiser les créances bancaires au lieu où étaient situés les biens saisissables.

Les considérations politiques rencontrées à l'égard de la compétence judiciaire (*Pre trial Discovery* et lois de blocage) réapparaissent ainsi au stade de la compétence législative. L'exemple évoqué montre parallèlement que la théorie de l'ubiquité des créances assure une protection efficace des droits des créanciers. L'utilisation politique de l'ubiquité des créances n'est pas sans rappeler le recours au critère du contrôle afin de qualifier d'allemandes les sociétés

(1) V. D. CARREAU, *La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales*, J.86.123.

implantées en France pendant la première Guerre mondiale et dirigées par des ressortissants allemands (1). L'existence de circonstances spécifiques, à connotation politique (mesures d'instruction à effet extraterritorial, moratoires déclarés unilatéralement, confiscations, nationalisations sans indemnisation, etc.) est ainsi susceptible de justifier le recours à la théorie de l'ubiquité des créances afin de permettre à la personne physique ou morale, lésée à l'étranger, de prélever une somme équivalente sur les biens de la partie adverse (Etat, société étrangère) devant tout tribunal connaissant ou admettant un tel système (2).

265.- Inversement, il arrive que la loi de la créance invoquée par le créancier saisissant, qu'il s'agisse de la loi de la source ou de la *lex debitoris*, vienne s'opposer à l'application de la loi du lieu de saisie. Ainsi, dans l'affaire de *Intrabank*, la loi du lieu de saisie n'a finalement pas été appliquée à la question de l'existence de la créance cause de la saisie (3).

266.- Certes, il est possible de faire observer que l'admission en France du *forum arresti* par l'arrêt *Nassibian* (4) permet justement au juge saisi de statuer sur l'existence de la créance invoquée. La reconnaissance du *forum arresti* au stade de la validité de la saisie-arrêt a été justifiée par la volonté d'éviter un retard supplémentaire de la justice, en autorisant le juge à statuer éventuellement sur l'existence de la créance cause de la saisie, au lieu de renvoyer les parties devant le juge compétent pour trancher ce point (5).

267.- Néanmoins, le principe posé par l'arrêt *Nassibian* contient sa propre limite, en ce que le

(1) V. L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, thèse, LGDJ., 1984, n° 151 sq.

(2) Le mécanisme n'est pas sans ressembler quelque peu à celui du prélèvement nationaliste prévu par la loi du 14 juillet 1819 en matière de succession.

(3) Ord. TGI. Seine 13 avr. 1967 *Intrabank*, JCP.68.II.15181 note H. MOTULSKY, RTDCom. 69.644 obs. Y. LOUSSOUARN, R.69.68 ; v. Ch. GAVALDA, *Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire « Intrabank »*, R.69.1.

(4) Cass. 6 nov. 1979 *Nassibian*, R.80.588 note G. COUCHEZ, J.80.95 rapport A. PONSARD.

(5) V. le rapport d'A. PONSARD précité.

juge n'a pas l'obligation de statuer sur l'existence de la créance, mais simplement la faculté. En d'autres termes, le juge devra tenir compte de la situation d'ensemble et de la présence éventuelle d'un for ou d'une loi tierce plus appropriée. De même, la tentative de fraude ourdie par le créancier ne peut permettre de donner effet à la manipulation des éléments de rattachement (1).

268.- Enfin, l'admission des effets de l'ubiquité des créances sur le plan de la compétence législative se heurte à une dernière difficulté. L'ubiquité conduit à considérer comme loi de la créance chacune des lois des différents lieux de situation des biens du débiteur. Indépendamment de l'inconvénient lié à l'éclatement de la compétence législative, la mise en œuvre de la théorie de l'ubiquité risque d'achopper à la détermination de l'existence de la créance invoquée par le saisissant. En effet, celui-ci devra prouver sa qualité de créancier, c'est-à-dire la certitude du droit qu'il invoque. Or, l'établissement de cette qualité sera lui-même conditionné par le résultat de l'opération de localisation (2). La saisie n'est possible que dans la mesure où le saisissant justifie son droit, dont l'existence et la réalité ne peuvent être prouvées, dans une analyse ubiquiste, que par la loi du lieu de saisie des biens du débiteur, saisie dont il s'agit précisément de rapporter le bien-fondé par la preuve de l'existence cause de la saisie, etc., de sorte qu'on aboutit en réalité à un cercle vicieux.

En définitive, le système de l'ubiquité des créances doit rester exceptionnel, tant en raison des problèmes techniques qu'il pose (3), qu'en raison des effets excessifs qu'il entraîne (4). Aussi la combinaison des trois éléments de rattachement peut-elle être menée au sein de règles comportant à la fois une localisation principale et une localisation subsidiaire.

(1) V. G. A.-L. DROZ, note sous Montpellier 2 mai 1985 *Soc. Garret*, R.87.108, spéc. p. 121. Pour la même solution que celle de l'arrêt *Nassibian*, v. Hoge Raad 8 mars 1974, NJ.1975.9 ; Hoge Raad 22 avr. 1983, NJ.1984.180, cités par G. A.-L. DROZ, note précitée, p. 121. Cet auteur propose également que le juge saisi statue selon le for du domicile du débiteur lorsque sa compétence est factice.

(2) V. en ce sens, J.-L. BISMUTH, note sous Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.soc.82.878 *sq.*

(3) La résolution du cercle vicieux, qui trop souvent aboutira à l'application de la *lex fori*.

(4) La possibilité de réactions en chaîne, ainsi que l'attestent les lois de blocage.

§ 2.- Localisation principale et localisation subsidiaire

269.- L'ubiquité des créances était caractérisée par la multiplicité des localisations, chacun des trois éléments de rattachement (lieu, source, personne) intervenant à part égale. En revanche, l'existence de règles de conflit de lois associant localisation principale et localisation subsidiaire signifie que toute créance verrait la localisation principale complétée par une localisation seconde, sans pour autant qu'il en résulte une quelconque ubiquité. L'attribution d'une localisation subsidiaire ne procède pas d'une analyse ubiquiste des créances, mais de la volonté de pallier la défaillance éventuelle de la localisation principale par un rattachement subsidiaire et prédéterminé.

270.- Les créances alimentaires permettent d'illustrer cette règle. Le droit positif les soumet à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliment (1). Mais il se peut que cette loi ignore l'existence d'un droit aux aliments dans l'espèce litigieuse, ou encore, en admette le principe, mais le subordonne à des conditions qui ne sont pas concrètement satisfaites. La localisation subsidiaire prédéterminée sera alors activée, dès lors qu'elle aboutit à l'application d'une loi donnant concrètement satisfaction au créancier d'aliment. Les localisations principale et subsidiaire sont ainsi l'expression d'un même rattachement, mais dont la matérialisation est tributaire de la réalisation d'un objectif (2). Un objectif prédéterminé dicte ainsi la combinaison des deux localisations.

Toutefois, un auteur (3) envisage de soumettre en toute hypothèse les créances à une structure de rattachement double et hiérarchisée. Seraient distinguées une localisation primaire

(1) V. les Conventions de La Haye des 24 avril 1956 et 2 octobre 1973 ; v. *supra* , n° 220 *sq.* .

(2) *Comp.* avec J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales* , thèse, Economica, 1986, n° 241 *sq.* ., qui assigne à la règle *Mobilia sequuntur personam* la même fonction.

(3) V. W. WENGLER, *La situation des droits* , R.57.185. V. également G. VAN HECKE , *Principes et méthodes en droit international privé* , R.C.A.D.I.1969.IV.409, spéc. p. 554 *sq.* ., *Statut réel et pouvoir de fait de l'Etat* .

et une localisation secondaire, dont les domaines respectifs seraient fixés en fonction de l'objectif poursuivi par la norme devant être appliquée. La répartition n'obéirait donc pas à une hiérarchie générale et préétablie, mais serait menée au coup par coup, en considération des situations existantes et des finalités des règles applicables. Au contraire de la combinaison des localisations principale et subsidiaire commandée par un objectif *a priori* défini, la règle serait purement technique, et non finalitaire.

Les localisations technique et finalitaire répondent ainsi à des considérations différentes. Alors que la première part de l'analyse de la créance elle-même, la seconde définit préalablement un objectif, que la dualité de rattachement doit permettre d'accomplir.

(a).- LOCALISATION TECHNIQUE

271.- Le système associant localisations primaire et secondaire de manière technique, et non en raison d'une fin précise, a été exposé par M. W. Wengler (1). Selon l'auteur, il serait possible de distinguer les situations multiples et prépondérante des créances. A l'idée d'une localisation unique du droit de créance, M. Wengler oppose celle d'une localisation multiple (2). La multiplicité des localisations ne procède pas d'une conception ubiquiste des créances, mais plutôt de l'idée que chaque créance pourrait comporter une situation primaire et une situation secondaire. Ainsi, alors qu'elles sont normalement mises en œuvre au domicile du débiteur, les créances pourraient l'être également dans d'autres lieux, tels que ceux de saisie, du domicile du créancier, de la source de l'obligation, etc... Il existerait donc une localisation principale, celle du domicile du débiteur, complétée par une localisation secondaire.

Le caractère opératoire de cette distinction suppose toutefois résolues plusieurs questions,

(1) V. W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, spéc. p. 207 sq .

(2) Pour une discussion critique de cette idée, v. G. VAN HECKE , *Principes et méthodes en droit international privé* , R.C.A.D.I.1969.IV.409, spéc. p. 549 sq .

dont celle du choix de la localisation secondaire, et de ses rapports avec la localisation principale.

272.- M. Wengler reste imprécis sur chacune de ces deux questions. En réalité, pour l'auteur, la subsidiarité du rattachement est liée à ce qu'il appelle "*l'espace de réalisation du droit*". En d'autres termes, la localisation subsidiaire serait fonction, pour chaque type de créance, de son espace de réalisation, étant étendu que l'espace principal de réalisation des créances est celui du domicile du débiteur (1).

273.- L'auteur ajoute qu'il n'existe aucune situation prépondérante en matière de créances de sommes d'argent (2), parce que chacune d'elles exprime à une hauteur égale l'espace de réalisation du droit. S'il n'existe donc aucune situation prépondérante, cela signifie que la créance de sommes d'argent est également localisée en tout lieu (domiciles du débiteur et du créancier, lieux de situation des biens saisissables, lieu de situation de la source, etc...), ce qui correspond exactement à la théorie de l'ubiquité (3).

274.- Le fait que l'auteur écarte tout rapport de subsidiarité à l'égard de certaines créances amène naturellement à s'interroger sur le contenu et l'étendue même des situations secondaires. Dans quelle proportion doivent-elles jouer ? Que décider lorsque le rattachement subsidiaire mène à une solution opposée à celle qui est obtenue par l'application du rattachement principal ?

(1) En cela, l'idée n'est pas très éloignée du *vinculum juris*, et la source de la créance ne peut constituer son espace principal de réalisation.

(2) W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, spéc. p. 211 sq.

(3) Théorie parfois admise par la jurisprudence française en matière de « faillite ». V. par exemple Cass. 19 mars 1979 *SNTR.*, R.soc.79.576 note Y. GUYON, R.81.524 note P. LAGARDE, JCP.79.IV.184 : "*L'article 14 du Code civil permet à un Français, à défaut de dispositions contraires, et hors le cas de fraude, d'assigner en liquidation de biens une société étrangère qui a contracté des obligations envers lui et qui n'a pas d'établissement en France devant tout tribunal de son choix*". En d'autres termes, la simple présence d'un bien en France permet au créancier français de faire prononcer la liquidation de biens d'une société étrangère implantée à l'étranger, le litige étant relatif à un contrat qui s'exécute à l'étranger !

Selon M. Wengler, il n'existerait pas de réponse uniforme, parce que la solution devrait être découverte dans l'analyse même de la finalité de la norme dont l'application entraîne le problème de localisation. Serait ainsi mise en œuvre une analyse téléologique, tant il semble *a priori* rationnel d'appliquer une règle dans le respect de ses finalités. Pourtant, les dangers de cette méthode (1) sont bien connus, qui tiennent au fait qu'une même norme ou une même institution est susceptible de poursuivre des fins différentes, voire opposées, de sorte qu'il peut s'avérer impossible d'établir une hiérarchie entre les différentes situations.

275.- L'auteur propose enfin d'appliquer son système aux cessions de créances. Selon M. Wengler, la distinction des situations primaire et secondaire serait valable, quel que soit le type de créance considéré. Il est alors conduit à reconnaître deux situations au droit à la cession d'un droit (2) : une situation primaire, qui est celle de la créance objet de la cession ; une situation secondaire, correspondant au droit à la cession de la créance. La situation primaire est alors fixée au siège du cédant . Mais la situation secondaire implique un dédoublement. En effet, la créance objet de la cession connaîtrait deux situations :

- une situation primaire au siège du débiteur cédé, et une situation secondaire au lieu où se trouve le droit (exemple : lieu de situation du titre ou de l'action cédée).

Le droit à la cession de la créance connaîtrait également une double situation, l'une au lieu du domicile du débiteur de l'obligation de céder, soit le cédant, l'autre au lieu de situation de la créance cédée (exemple : lieu de situation du titre ou de l'action cédée).

Ainsi, tout rapport de droit, considéré isolément ou dans l'ensemble juridique auquel il s'insère, est dédoublé sous l'angle de sa localisation, et si l'on prend le cas du droit à la cession d'un droit, la localisation n'est plus double, mais devient quadruple. A supposer, de surcroît,

(1) Une partie de la doctrine a également proposé d'appliquer aux conflits de lois dans le temps l'analyse téléologique. V. P. GRAULICH, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Conflit de lois dans le temps* ; P. COURBE, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, thèse, 1977.

(2) W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, spéc. p. 208 & 209.
que la créance cédée soit une créance de sommes d'argent, la complexité du système décrit atteint son paroxysme, car si le droit à la cession connaît une situation double, la créance cédée, elle, obéit au principe d'ubiquité.

276.- Il faut bien dès lors avouer que le système décrit, *a priori* séduisant, paraît impraticable tant sa complexité est certaine. De plus, nous ne percevons pas réellement de cas dans lesquels la distinction proposée aurait lieu de s'appliquer (1). Etant donné, d'une part, qu'elle ne repose pas sur un postulat initial (exemple : protéger le créancier d'aliment, le débiteur cédé, etc...), l'opposition des situations primaire et secondaire ne peut être envisagée à travers une catégorie spécifique de créances. Dès lors, il paraît contestable de soumettre dans leur ensemble les créances à un rattachement double, facteur d'incertitude, de surcroît, dans la mesure où la hiérarchie des situations n'est pas définie de manière générale et abstraitement, mais ponctuellement et de manière subjective, en fonction de la finalité des normes à appliquer. Etant donné, d'autre part, qu'il n'existe pas, pour l'ensemble des créances, de pluralité de rattachements prépondérants, la définition et la mise en œuvre même de la localisation subsidiaire se heurtera à des difficultés évidentes. Certes, on pourrait estimer que le système de M. Wengler permet de parvenir à une conciliation des deux rattachements de principe des créances, la source et la personne, les situations primaire et secondaire associant le domicile du débiteur au domicile du créancier et à la localisation de la source de l'obligation. Toutefois, cette construction bute, une fois de plus, sur la définition et le contenu de la hiérarchie qu'il est nécessaire d'établir entre les différents éléments de rattachement (lieux de situation et de paiement, source de la créance, domiciles du débiteur et du créancier), puisque la réponse est renvoyée à une analyse téléologique de la norme devant être appliquée.

En réalité, l'idée d'une localisation double des créances ne peut être opératoire qu'à la con-

(1) A l'exception peut-être de l'enrichissement sans cause. V. par exemple Cour d'appel Amsterdam 8 janv. 1960 et Hoge Raad 3 nov. 1961 *De Barry*, J.69.986 obs. R. D. KOLLEWYJN. V. *supra*, n° 72.

dition de permettre la réalisation d'une fin prise en compte par la structure de rattachement. La règle de conflit de lois perd alors en neutralité ce qu'elle gagne en certitude, certitude d'un résultat exprimée grâce à une localisation finalitaire.

(b).- LOCALISATION FINALITAIRE

277.- L'idée d'une localisation principale complétée par une localisation subsidiaire peut être plus facilement agencée lorsqu'elle a pour fonction de permettre l'obtention d'un résultat pris en compte dans la règle de conflit de lois. L'ouverture sur plusieurs lois augmente en effet les probabilités d'en trouver une qui accepte le résultat recherché. La doctrine contemporaine qualifie ces règles de règles de conflit de lois à finalité matérielle ou à coloration matérielle, qui se rapprochent, de fait, des règles matérielles (1). Leur mise en œuvre correspond toujours à un souci de protéger la partie dite faible.

Selon M. Jacques Foyer (2), le rattachement subsidiaire n'est qu'une technique au service d'une fin, de sorte que serait envisagée l'existence d'une obligation de conformité entre la loi applicable et le rapport de droit.

Quatre types de créances se prêtent aisément à la mise en œuvre de telles règles. Leur trait commun est que l'une des parties peut être considérée comme faible, la faiblesse appelant la faveur, la faveur envers le créancier d'aliment, le salarié, le consommateur, la victime d'un accident dû à un produit défectueux. L'analyse de ces situations diverses réunies par un postulat de faiblesse révèle dans certains cas l'existence d'une hiérarchie, exprimée par un rattachement en cascade. Au contraire, pour d'autres cas, la localisation secondaire vient à égalité avec la localisation principale, le créancier pouvant choisir la loi applicable parmi l'éventail qui lui est offert.

(1) V. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Genève, 1985. Selon cet auteur, l'exigence accrue de localisation conduit au passage d'une règle de conflit de lois unitaire à une règle de conflit de lois hiérarchisée.

(2) V. J. FOYER, *Requiem pour le renvoi*, TCFDIP. 1980-1981, p. 105.
Le rattachement cesse alors d'être hiérarchisé pour devenir alternatif.

1. Rattachement en cascade

278.- Le rattachement en cascade peut correspondre à trois types de situation, pour chacune desquelles il est impératif, le créancier ne pouvant passer à la localisation subsidiaire qu'à la condition que le premier rattachement ne lui donne pas satisfaction. La question est alors celle de la mesure de la satisfaction attendue.

279.- Il se peut tout d'abord que la règle de rattachement ne permette de passer à la localisation subsidiaire qu'à la condition que la loi initialement désignée ne connaisse pas la solution recherchée. Tel est le cas de la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 relative à la loi applicable aux créances d'aliment des mineurs (1) : la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliment ne peut être écartée au bénéfice d'un autre rattachement qu'à la condition qu'elle n'admette dans la situation présente aucun droit aux aliments (exemple d'une loi qui n'accorde aucun droit aux aliments à l'enfant incestueux ou adultérin).

280.- Il existe ensuite certaines règles en vertu desquelles il est impossible de procéder à l'ap-

(1) Cette Convention retient l'application de la loi de la résidence habituelle de l'enfant sans reconnaître d'option au profit de ce dernier. Il est également prévu une application subsidiaire des règles de conflit de lois de l'autorité saisie, mais seulement lorsque la loi de la résidence habituelle de l'enfant lui refuse tout droit aux aliments (article 3). V. M. SAUTERAUD-MARCENAC, *Du recouvrement des aliments franco-allemands et des difficultés d'application des Conventions de Bruxelles et de La Haye*, GP.83.I.doctr.58.

La Convention de 1956 prévoit cependant en son article 2 une autre exception, dont l'énonciation laisse curieusement entendre que la règle a un caractère unilatéral : *“Par dérogation aux dispositions de l'article 1er, chacun des Etats peut déclarer applicable sa propre loi si :*

a) la demande est portée devant une autorité de cet Etat ;

b) la personne à qui les aliments sont réclamés ainsi que l'enfant ont la nationalité de cet Etat, et

c) la personne à qui les aliments sont réclamés a sa résidence habituelle dans cet Etat ”.

La règle admet ainsi une localisation subsidiaire fondée sur une accumulation des éléments de rattachement conduisant à une loi différente de celle de la résidence habituelle du créancier d'aliment.

plication du rattachement subsidiaire lorsque la loi valablement désignée prive sur le fond le créancier de sa demande, parce que les conditions posées à sa reconnaissance ne sont pas ou ne sont plus réunies (hypothèse de l'admission de l'action directe de la victime d'un accident de la circulation routière contre l'assureur du responsable du dommage, aux termes de l'article 9 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971) (1).

281.- Enfin, il est parfois possible de passer à l'application de la règle de rattachement subsidiaire, alors même que la loi désignée en vertu de la localisation principale connaîtrait le principe de créance invoqué (hypothèse des créances alimentaires gouvernées par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, articles 4 et 6) (2).

282.- Au sein de chacune de ces trois situations, le créancier ne bénéficie pas d'un choix entre les rattachements prévus par la règle de conflit de lois. Il doit s'en tenir à l'ordre et aux conditions imposés par celle-ci. Cependant, les exemples mentionnés attestent le recours à une localisation principale, complétée par une ou plusieurs localisations subsidiaires, l'ouverture des lois applicables augmentant la probabilité que le créancier obtienne satisfaction. Ainsi, dans les premier et troisième exemples, la faveur dont jouit le créancier d'aliment a conduit les négociateurs des Conventions de La Haye à mettre en place des rattachements en cascade. De même, le deuxième exemple illustre l'influence de la bienveillance du droit envers la victime d'un accident sur la structure de rattachement de l'action directe.

(1) Sur cette Convention, v. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5. Sur l'application de l'article 9 de la Convention, v. Cass. 2 oct. 1984, J.85.674 note R. DAYANT, R.86.59 note P. LAGARDE. M. P. LAGARDE discerne une règle de désignation et une règle de seuil, qui seraient insérées dans la règle de conflit de lois. L'option est entre la loi du délit et la loi du contrat d'assurance.

(2) La loi de la résidence habituelle du créancier régit en principe l'obligation alimentaire, mais si, en vertu de cette loi, le créancier d'aliment "*ne peut obtenir d'aliments du débiteur*", il est possible de passer à l'application de la loi nationale commune ou, à défaut, à la loi du for. Cette Convention autorise d'ailleurs le passage au deuxième ou au troisième rattachement alors même que la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliment connaîtrait le principe de créance invoqué. Ainsi que le souligne M. P. LAGARDE, note précitée, la situation du créancier serait encore améliorée si on lui offrait une option de rattachement. V. *infra*, n° 285.

283.- La prise en compte de la situation du créancier d'aliment, de la victime d'un accident, par la règle de conflit de lois s'explique par une présomption de faiblesse, que vient corriger un rattachement inégalitaire. Elle n'est d'ailleurs pas limitée à la détermination de la loi applicable, mais vient aussi infléchir les règles de conflit de juridiction (1).

284.- Cette dernière considération montre que l'infléchissement des rattachements réalisé par la mise en place de rattachements en cascade ou alternatifs distinguant une localisation principale complétée par une ou plusieurs localisations subsidiaires n'est pas lié à la structure du droit de créance, mais aux caractéristiques de la personne, créancière ou débitrice, à son environnement économique et social. Les localisations principale et subsidiaires des créances sont à considérer comme l'expression d'une technique de protection, ouvertement inégalitaire, et non comme une réponse spécifique apportée à la question de la localisation des créances. La même remarque peut être formulée lorsque le rattachement est alternatif, et non plus en cascade.

2. Rattachement alternatif

285.- Au contraire des rattachements en cascade, où le créancier ne bénéficie d'aucune option et doit suivre l'ordre imposé par la règle de conflit de lois, le rattachement alternatif lui permet de choisir la loi applicable parmi celles qui lui sont proposées. Le choix sera dès lors fonction d'une analyse des dispositions des différentes lois en présence, le créancier étant supposé réclamer celle dont le contenu est le plus favorable à ses intérêts. Ainsi, l'article 311-18 du Code civil dispose que le créancier d'aliment peut soumettre l'action à fins de subsides soit à la loi de sa résidence habituelle, soit à la loi de la résidence habituelle du créancier.

(1) En matière de créances alimentaires, v. l'article 5-2 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ; v. *supra*, n° 223. En matière d'action directe, v. l'article 10 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. De surcroît, l'action directe facilite et accélère en principe le recouvrement de sa créance par la victime.

286.- Parfois cantonnée aux conflits de juridictions (1), l'option de compétence pourrait être utilement étendue au choix de la loi applicable en matière de délits complexes, la victime se voyant offrir le choix entre la *lex loci delicti commissi* et la *lex damni* (2). Bien qu'elle soit en l'état du droit positif incertaine, une telle solution ne ferait que traduire dans la structure de rattachement l'évolution de la responsabilité civile vers l'indemnisation accrue et facilitée de la victime (3).

287.- La Convention de Rome du 19 juin 1980 prévoit également une localisation subsidiaire en matière de contrat de consommation. En effet, l'article 5 énonce qu'il ne peut être dérogé, par le biais du choix de la loi applicable, aux dispositions plus favorables incluses dans la loi de la résidence habituelle du consommateur (4). La localisation subsidiaire des droits et obligations du consommateur au lieu de sa résidence habituelle intervient ainsi parallèlement à l'application de la loi d'autonomie, en venant corriger les dispositions éventuellement moins favorables à ses intérêts.

288.- Enfin, le contrat de travail et la protection sociale connaissent, dans le cadre du droit communautaire, un même traitement de faveur. En vertu de l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, les créances de salaires ont une localisation double, les dispositions les plus favorables incluses dans la loi du lieu d'exécution du contrat de travail ne pouvant être écartées par la loi d'autonomie. Lorsqu'il ne peut être déterminé de lieu d'exécution stable, le rattachement

(1) V. *supra*, n° 173.

(2) V. *supra*, n° 178. La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable à la responsabilité du fait des produits défectueux procède par groupement des points de contact (v. les articles 4 et 5), en associant deux par deux les critères de localisation suivants : le lieu du délit, la résidence habituelle de la victime, l'établissement du fabricant, le lieu de vente du produit défectueux.

(3) V. Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDCiv.87.1.

(4) Sous réserve que les conditions posées à l'article 5 § 2 et relatives à la conclusion du contrat soient remplies. Sur la protection du consommateur réalisée grâce à des rattachements alternatifs, v. aussi l'article 120 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

chement subsidiaire est celui du siège de l'établissement d'embauche (1). La hiérarchie établie par la Convention de Rome est donc l'inverse de celle qui a été retenue par la Cour de cassation (2), et se révèle curieusement plus protectrice des intérêts du salarié lorsqu'aucune loi n'a été choisie par les parties et que le salarié, par exemple domicilié ou embauché en France, doit exécuter le contrat dans un pays étranger dont la législation est moins protectrice que la loi française (3).

Les créances des assurés sociaux font également l'objet d'un rattachement alternatif dans le cadre du droit communautaire, le choix leur étant offert entre la loi du lieu d'exécution du contrat de travail et celle de leur résidence habituelle (4).

Qu'il s'agisse des créances issues des contrats de consommation et de travail, des créances alimentaires, des créances des assurés sociaux, voire des créances issues de délits complexes, les rattachements retenus mettent donc en œuvre une localisation principale complétée par une ou plusieurs localisations subsidiaires, dont le recours est laissé à l'appréciation du créancier.

(1) V. H. GAUDEMET-TALLON, *La loi applicable au contrat de travail international*, in La Semaine juridique, n° 28 / 29, 17 juillet 1986, *Les relations internationales de travail*, Cahiers de droit de l'entreprise.

(2) V. Soc. 31 mars 1978 *Royal Air Maroc*, R.78.701 note A. L.-C. et Soc. 25 mai 1977 *Montfort*, R.78.701 note A. L.-C ; Soc. 25 févr. 1984, R.85.327. V. aussi l'article 121 de la loi suisse du 18 décembre 1987, qui assortit la compétence de principe de la loi du lieu d'exécution du contrat de travail d'un certain nombre d'exceptions (v. les alinéas 2 et 3).

(3) Le principe d'application de la loi la plus favorable aux intérêts du salarié paraît avoir été remis en cause par l'arrêt des Chambres mixtes de la Cour de cassation du 28 févr. 1986 *Air Afrique*, Dr.soc.86.406 note H. GAUDEMET-TALLON, J.86.992 note P. RODIÈRE, D.87.173 concl. FRANCK. M. P. RODIÈRE considère que cet arrêt écarte toute idée de localisation subsidiaire, alors même que celle-ci conduirait à l'application d'une loi plus favorable aux intérêts du salarié. En effet, l'arrêt *Air Afrique* a retenu comme critère de rattachement le lieu d'immatriculation de l'avion ainsi que la nationalité de l'employeur, et non celui de la nationalité du personnel navigant, lequel, pourtant, aurait pu intervenir en tant que localisation subsidiaire.

Sur les conséquences attachées au défaut de choix de la loi applicable par les parties, v. P. LAGARDE, *Sur le contrat de travail international ; analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée*, Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz 1989, p. 83.

(4) V. le Règlement communautaire 1408 relatif aux conflits de lois en matière de **sécurité sociale**, qui a été transformé par l'arrêt *Nonnenmacher* de la CJCE. du 19 juin 1964, Rec.1964.573, en une **règle alternative** donnant à l'assuré social le choix entre la compétence de la loi du lieu d'exécution du contrat de travail et celle de la loi de sa **résidence habituelle**. V. G. et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 6ème éd., 1985, n° 257.

289.- Néanmoins, la technique consistant à associer dans la règle de conflit de lois localisations principale et subsidiaires n'est pas une réponse apportée spécifiquement au problème posé par la localisation des créances, mais la prise en compte d'un intérêt particulier par la structure de rattachement. Qu'il soit en cascade ou alternatif, le rattachement doit favoriser l'obtention d'un résultat déterminé, et limiter le saut dans l'inconnu entraîné par l'application d'une règle de conflit de lois neutre.

Il reste toutefois possible d'apporter une réponse spécifique à la question posée par la localisation des créances, en proposant l'adoption d'une règle de rattachement générale, que viennent compléter des rattachements spéciaux en nombre limité, fonction soit de la nature et de la forme de la créance, soit des particularités de son titulaire.

§ 3.- Rattachement général et rattachements spéciaux

290.- Il nous paraît possible de proposer, au-delà de l'ubiquité ou des situations multiples et prépondérantes, un rattachement de principe des créances. L'étude de la loi de la source (1) a montré les limites et inconvénients liés à son application. En revanche, l'étude de la loi du domicile du créancier ou du débiteur a montré qu'il était possible de dissocier, sous l'angle du conflit de lois, la créance de sa source, la créance étant alors traitée par le droit international privé comme une valeur, et non plus comme un simple effet de l'acte ou du fait juridique qui l'a engendrée (2). Enfin, l'étude des localisations multiples des créances, ainsi que l'analyse des thèses de M. Wengler (3), ont mis en lumière l'importance de « l'espace de réalisation » du droit, qui correspond principalement au domicile du débiteur, siège de sa relation à autrui.

(1) V. *supra*, n° 100 *sq.*

(2) V. *supra*, n° 196 *sq.*

(3) V. *supra*, n° 269 *sq.*

291.- L'ensemble de ces réflexions nous oriente ainsi vers la compétence de principe de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, laquelle traduit mieux que ne peut le faire la loi de la source la structure et les caractéristiques du droit de créance.

292.- En effet, la règle de conflit de lois, en tant qu'elle exerce une fonction localisatrice (1), doit être fondée sur l'analyse du rapport de droit. Cependant, les tendances actuelles du droit international privé montrent que la règle de conflit de lois ne poursuit pas comme seule fin la localisation du rapport de droit. Doivent être également pris en compte des aspects substantiels de la relation juridique liés à la perception sociale du droit.

Ainsi, la règle de conflit de lois n'est plus nécessairement neutre (2), ni unitaire (3).

Les causes de cette évolution sont multiples. D'une part, la volonté d'atteindre un résultat fait perdre à la règle de conflit de lois sa neutralité pour lui imprimer une coloration matérielle. En cela, les fonctions du droit ne sont plus les mêmes, l'aspect social l'emportant sur l'aspect formel. De l'autre, la diversité des créances, de leur forme, de leur source, ne peut qu'affecter la règle de conflit de lois dans son unité.

Aussi, alors que la fonction localisatrice de la règle de conflit de lois permet de faire du domicile du débiteur de la prestation caractéristique le rattachement général des créances, ses fonctions substantielles ouvrent-elles la voie vers une série de rattachements spéciaux fondés sur le particularisme de certaines créances, en raison soit de leur forme, soit des caractéristiques de leurs titulaires.

293.- La forme de certaines créances - effets de commerce, warrants, titres - conduit à nuancer la nature juridique du droit lui-même, en lui imprimant un caractère réel. L'aspect mixte du droit

(1) V. H. MUIR-WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse Paris II, 1985.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP. 1980-1981, p. 43.

(3) V. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Genève, 1985.

autorise alors le jeu, sinon total, du moins partiel, de la *lex rei sitae* (1), en tant que rattachement spécial.

294.- Les caractéristiques du titulaire de la créance ne restent pas davantage sans incidence sur la solution du conflit de lois. Leur prise en compte aboutit à introduire dans la règle de conflit de lois des considérations substantielles - protection de la partie faible ...-, traduites par des rattachements spéciaux.

295.- La compétence de principe de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique est ainsi susceptible d'être écartée par l'application de rattachements spéciaux, liés soit à la forme de la créance, soit aux caractéristiques de son titulaire. La détermination de la loi applicable à la créance doit être effectuée en cherchant d'abord si la question posée est susceptible de relever d'un rattachement spécial. En présence d'une réponse négative, il convient alors de procéder à l'application de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique.

Contrairement aux apparences, nous ne sommes pas en présence d'une pluralité de catégories, liée à la diversité des créances, mais d'une catégorie unique qui se concrétise à travers deux types de rattachement, général et spéciaux (2).

Le rattachement général au domicile du débiteur de la prestation caractéristique a déjà été présenté et analysé (3), de sorte qu'il n'est pas nécessaire de le reprendre ici. En revanche, il est possible d'affiner la notion de rattachement spécial. En effet, l'analyse des différents types de

(1) V. *supra*, n° 74 *sq.*

(2) *Comp.* avec J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986. Pour cet auteur, il n'y a pas deux catégories en matière de successions, mais une seule, qui fait l'objet de deux rattachements, l'un, général, à la *lex rei sitae*, l'autre, subsidiaire, à la loi du dernier domicile du défunt. La distinction opérée par M. J. HÉRON lui permet d'ailleurs d'élargir le domaine d'application du rattachement général, la *lex rei sitae*.

(3) V. *supra*, n° 196 *sq.*

créances montre que certaines obéissent à un rattachement unique à fonction localisatrice, cependant que d'autres correspondent à des localisations multiples à fonction substantielles.

(a).- RATTACHEMENTS SPÉCIAUX À FONCTION LOCALISATRICE

296.- Les rattachements sont spéciaux en ce qu'ils écartent la compétence de principe de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Ils ont une fonction localisatrice en ce qu'aucun résultat prédéterminé n'est poursuivi par la règle de conflit de lois. La mise à l'écart de la *lex debitoris* ne repose pas sur une justification unique, mais dépend soit de l'importance du paiement monétaire, soit de la forme de la créance, soit de l'exercice de sa compétence par l'Etat, soit de la vigueur du lieu d'accomplissement du fait juridique.

1. *Enrichissement sans cause*

297.- La créance née d'un enrichissement sans cause échappe difficilement, en dépit de certaines propositions doctrinales (1), à la compétence de la loi du lieu de réalisation de l'enrichissement. Certains droits étrangers utilisent également des rattachements différents, conduisant soit à la *lex communis* des parties impliquées (2), soit à la loi entretenant avec la situation juridique les liens les plus étroits, notamment lorsque les parties sont liées par des relations d'ordre commercial (3) ou familial (4).

(1) V. G. DE LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullité*, Paris, Dalloz, 1967. V. *supra*, n° 70 *sq.*

(2) Qu'il s'agisse de la loi nationale commune ou de la loi du domicile commun. V. Amsterdam 8 janv. 1960 et Hoge Raad 3 nov. 1961 *De Barry*, J.69.986 obs. R. D. KOLLEWYJN. V. *supra*, n° 72.

(3) Exemple : application de la loi du contrat annulé aux différentes restitutions. V. *supra*, n° 72. En ce sens, v. l'article 10 § 1-e de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; *comp.* avec l'article 128 al. 1 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

(4) V. Trib. féd. suisse 1er nov. 1952, R.53.401 note G. HOLLEAUX ; Paris 7 juillet 1954 *Patino*, R.54.552 note Ph. FRANCESKAKIS.

La soumission de l'enrichissement sans cause à un rattachement spécial s'explique par les difficultés posées par sa localisation et la nécessité de trouver un élément de rattachement suffisamment localisateur. Aussi comprend-on que la compétence de la loi du lieu de l'enrichissement soit dénoncée lorsqu'il est possible de mettre en relief l'existence d'un groupement des points de contact désignant une loi tierce - exemple : *lex communis* -, tout en assurant une localisation convaincante de la créance.

2. Titres corporels

298.- Les créances incorporées dans un titre subissent l'attraction de la *lex rei sitae*. La facture protestable, pour le passé (1), et le warrant (2), en constituent une bonne illustration, de même que les titres au porteur, mais dans une mesure moindre (3). C'est la forme de la créance qui justifie l'attribution d'un rattachement spécial. De même, les créances incorporées dans des effets de commerce obéissent à des rattachements spéciaux à fonction localisatrice, qui tendent à transposer sur le plan international le principe de droit interne d'indépendance des signatures (4).

3. Créances et nationalisation

299.- Alors que dans les exemples qui précédaient, le rattachement spécial était prévu par la règle de conflit de lois, une partie de la doctrine (5) propose d'appliquer un rattachement spé-

(1) V *supra*, n° 65 *sq.*

(2) V *supra*, n° 89 *sq.*

(3) V *supra*, n° 82 *sq.*

(4) V *supra*, n° 46 *sq.*

(5) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 662 *sq.* ; M. BOYE, *L'acte de nationalisation*, thèse, éd. Les nouvelles éditions africaines, 1979 ; P. BOUREL, note sous Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, J.82.148 ; v. aussi G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 316 *sq.*

cial aux créances faisant l'objet d'une mesure de nationalisation, non pas en fonction d'une analyse conflictualiste classique, mais sur le fondement de l'appréciation de la compétence internationale de l'Etat nationalisant (1). Cette perspective permet d'échapper au principe traditionnel de l'effet strictement territorial des nationalisations, en ce que la créance doit être localisée dans l'espace de souveraineté de l'Etat nationalisant (2). Ainsi, certaines décisions françaises ont pu être interprétées comme ayant soumis les créances nationalisées à la loi de l'Etat nationalisant (3), et non à la loi de la source, ou à la *lex debitoris*.

4. Créances extracontractuelles

300.- Selon une partie de la doctrine (4), la *lex loci delicti commissi* resterait une règle de rattachement à fonction essentiellement localisatrice. Le lieu d'accomplissement du délit garde en effet toute sa vigueur du point de vue de la localisation de la créance. La force de ce rattachement est telle qu'elle conduit certains auteurs à refuser en principe la dissociation de la compétence législative dans l'hypothèse des délits complexes (5). Ainsi, ne serait admise une compétence spéciale qu'à la condition que deux actes illicites puissent être distingués, l'un étant principal et constitué par l'édition de la revue portant atteinte aux droits de la personnalité de la victime, l'autre secondaire, et résultant de la diffusion internationale de la revue (6).

(1) V. P. BOUREL, note sous Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, J.82.148, spéc. p. 157, qui fait observer que “*le sort des créances et des dettes d'une entreprise nationalisée apparaît comme moins liée aux contrats qui leur ont donné naissance que comme un effet direct de la nationalisation*”. V. aussi la note de J.-L. BISMUTH, R.soc.82.878 sq. sur le même arrêt.

(2) Ce qui n'est pas sans évoquer l'idée de M. WENGLER d'“*espace de réalisation du droit de créance*”. V. *supra*, n° 271 sq.

(3) V. Aix-en-Provence 21 déc. 1966 et Lyon 5 avr. 1967, J.67.859 note P. Ch. ; Rouen 27 juin 1967, GP. 67.2.98. V. Y. LOUSSOUARN, *Du nouveau dans la protection des actionnaires français victimes des mesures de dépossession algériennes*, D.64.doctr.279 ; du même auteur, *Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes*, RTDCom.68.215.

(4) V. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Genève, 1985.

(5) V. G. A.-L. DROZ, note sous TGI. Paris 19 juin 1974 *Hauert*, D.75.638. V. *supra*, n° 178 sq.

(6) *Ibidem*.

Toutefois, une partie de la doctrine conteste que la *lex loci delicti commissi* n'ait qu'une fonction localisatrice, et fait valoir que l'aménagement de son application par le biais de l'ordre public international permettrait le choix d'une localisation de la créance soit au lieu du fait illicite, soit au lieu du dommage (1), de sorte que le rattachement présenterait également une fonction substantielle.

(b).- RATTACHEMENTS SPÉCIAUX À FONCTION SUBSTANTIELLE

301.- En dépit du principe classique de neutralité de la règle de conflit de lois, les créances se prêtent facilement à la mise en place de rattachements spéciaux à fonction substantielle, la structure de rattachement poursuivant l'obtention d'un résultat prédéterminé. La justification de cette méthode n'est plus d'apporter une réponse spécifique au problème posé par la localisation des créances, mais la volonté de protéger la « partie faible », le choix **unilatéral** de la loi applicable ainsi que la possibilité d'obtenir la mise en œuvre des dispositions les plus favorables étant censés corriger l'inégalité engendrée par la situation de faiblesse d'une des parties. Conséquemment, l'introduction de considérations substantielles dans la règle de conflit de lois entraîne un affaiblissement de sa fonction localisatrice (2), qu'il s'agisse de certaines créances extracontractuelles, des créances issues de contrats de consommation ou de travail, et des créances alimentaires.

1. Créances extracontractuelles

302.- Les Conventions de La Haye du 4 mai 1971 relative à la loi applicable aux accidents de

(1) V. M.-A. MOREAU-BOURLÈS, *Structure de rattachement et conflit de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, thèse, Paris II, 1985.

(2) V. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Genève, 1985.

la circulation routière et du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable à la responsabilité du fait des produits défectueux, contiennent un certain nombre de dispositions qui trahissent des préoccupations substantielles, animées par la volonté de protéger la victime de l'accident. Ainsi, l'article 6 de la Convention du 2 octobre 1973 prévoit une option ouverte au bénéfice de la victime entre la loi du lieu du dommage et la loi du siège du fabricant du produit défectueux (1). De même, la Convention du 4 mai 1971 soumet la reconnaissance de l'action directe de la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage à un rattachement alternatif entre la loi du délit et celle du contrat d'assurance (2). Aussi bien, l'action directe reste-t-elle possible, quand bien même la loi du délit l'ignorerait, dès lors que la loi du contrat d'assurance la prévoit. La solution est d'autant plus remarquable que la victime est un tiers au contrat d'assurance, que le droit international privé français non conventionnel soumet la reconnaissance de l'action directe à la seule loi du délit (3), et que la directive C.E.E. du 22 juin 1988 relative à la loi applicable aux contrats d'assurance ne paraît pas avoir réglé la question de la loi applicable à l'action directe (4).

La jurisprudence française, elle-même, semble en proie à une évolution assez complexe, qui a débuté par la transposition au plan de la compétence judiciaire internationale de l'option de droit interne ouverte au bénéfice de la victime entre le tribunal du lieu du fait générateur et celui du lieu du dommage (5). Or, il n'est pas impossible que la Cour de cassation finisse par éten-

(1) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32, spéc. p. 43, n° 28. V. cependant les dispositions de l'article 135 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5, spéc. p. 20, n° 30.

(3) V. Req. 24 févr. 1936, D.P.36.49 note R. SAVATIER ; Cass. 21 avr. 1971, R.72.302 note P. LAGARDE, J.72.58 note J. BIGOT ; Aix-en-Provence 30 mars 1979, R.80.717 note G. LÉGIER.

(4) Sur cette question, v. le commentaire de cette directive par P. LAGARDE, R.89.147.

(5) V. *supra*, n° 178. V. la note de P. BOUREL sous Cass. 13 avril 1988 *Jours de France*, R.88.546 *sq.*, spéc. n° 8, qui propose de soumettre à la loi du domicile du créancier la protection des droits de la personnalité, le domicile étant "*le lieu par excellence*" où s'exprime "*le siège de la relation à autrui*". Un tel rattachement permettrait de faire prévaloir la loi du milieu social, dont l'application, ainsi que le souligne M. P. BOUREL, est retenue à l'étranger (v. n° 8). V. aussi G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 1988, n° 679, qui, à propos du domicile, distingue "*la proximité régionale*" et "*l'accessibilité individuelle*".

dre cette option à la compétence législative, la reconnaissance de la *lex damni* dans une affaire où la même loi correspondait également à la *lex loci delicti commissi* constituant un pas important dans cette direction (1). Une telle évolution rapprocherait d'ailleurs le droit français de certains droits étrangers reconnaissant à la victime une telle option (2).

2. Créances des consommateurs

303.- Bien que la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 relative à la loi applicable à la vente internationale de marchandises ait finalement exclu la question (3), il est indéniable que la protection des consommateurs est devenue l'une des préoccupations du droit international privé conventionnel. Qu'il s'agisse de la compétence judiciaire (4) ou de la compétence législative (5), des rattachements spéciaux à fonction substantielle sont instaurés afin que le consommateur ne soit pas privé des dispositions plus favorables incluses dans la loi de sa résidence habituelle (6).

3. Créances de salaire

304.- Une démarche identique a été mise en place à l'égard des droits et obligations des sala-

(1) V. Cass. 8 févr. 1983 *Banque Veuve Morin-Pons*, J.84.123 note G. LÉGIER. V. *supra*, n° 178.

(2) V. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, spéc. p. 84 ; M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, J.84.765, spéc. p. 810, n° 63. V. *supra*, n° 178, p. 121.

(3) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, R.86.271. Cette Convention est ainsi démodée avant même d'être entrée en vigueur !

(4) V. les articles 15 *sq.* de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

(5) V. l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980. V. *supra*, n° 287.

(6) V. également la directive C.E.E. du 22 juin 1988 relative à la loi applicable aux contrats d'assurance, articles 7 et 8 (texte à la RTDE.88.730). V. également les projets relatifs à la protection du consommateur dans les **contrats de service financier** ; v. J. BIANCARELLI, *L'espace financier européen de 1993 et la protection de l'épargne, des investisseurs et des consommateurs de services financiers*, DPCI.1988.659.

riés. Selon l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, le salarié ne peut être privé des dispositions plus favorables incluses dans la loi du lieu d'exécution du contrat de travail ou, à défaut de lieu d'exécution stable, dans la loi du lieu d'embauche (1).

Dans les deux derniers exemples cités, la protection n'est pas assurée par le choix **unilatéral** de la loi applicable par l'une des parties parmi une liste limitative, mais par la réserve automatiquement reconnue au jeu des dispositions plus favorables incluses dans la loi de la résidence habituelle du créancier ou dans la loi du lieu d'exécution du contrat de travail. Si la finalité reste la même, la technique varie donc, l'impossibilité d'éluder les dispositions plus favorables incluses dans la loi de la résidence habituelle du créancier ou dans la loi du lieu d'exécution du contrat de travail s'apparentant à la technique de l'ordre public international. Il en est en effet peu conforme au caractère synallagmatique d'une convention et au principe d'autonomie de la volonté que le choix de la loi applicable puisse être érigé en un droit d'option **unilatéral**, quand bien même son bénéficiaire serait dans une position de faiblesse.

La protection de la partie faible est ainsi menée dans le respect du caractère contractuel de la relation. En revanche, l'origine légale, et non plus contractuelle, de la créance, permet que la protection de la partie faible soit assurée par la reconnaissance d'un droit d'option unilatéral.

4. Créances alimentaires

305.- Les deux Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973 relatives à la loi applicable aux créances alimentaires organisent elles aussi un rattachement spécial à fonction substantielle. Le créancier d'aliment se voit reconnaître le choix de la loi applicable parmi une liste limitative, le rattachement de principe étant celui de la loi de sa résidence habituelle, par où la volonté se voit attribuer un rôle dans un domaine dont elle était traditionnellement exclue (2).

(1) V. *supra*, n° 231 & 288.

(2) V. *supra*, n° 220 à 227.

De même, l'article 311-18 du Code civil offre au créancier d'aliment une option entre le choix de la loi de sa résidence habituelle et celui de la loi de la résidence habituelle du débiteur d'aliment. L'élimination de la loi du débiteur n'est donc que partielle et dépend de l'exercice de l'option de compétence législative par le créancier d'aliment.

305 bis .- Conclusion du Chapitre premier. L'étude des systèmes de localisation des créances a mis en valeur l'existence de trois éléments de rattachement, le lieu, la source et la personne. Bien qu'il tolère certaines exceptions, le droit international privé français, au contraire de plusieurs droits étrangers, n'admet pas, en principe, l'autonomie des créances, et les soumet à la loi de la source, laquelle, en réalité, constitue le plus souvent le masque de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Pourtant, les enseignements tirés tant du droit comparé que du droit conventionnel ont montré que la créance peut être dissociée, sous l'angle du conflit de lois, de l'acte ou du fait qui l'a engendrée, pour obéir à une loi propre. Le recours à une telle méthode est parfois justifié par la volonté de protéger la « partie faible ». Il permet aussi et surtout de respecter la structure des droits de créance, de tenir compte de l'évolution des créances qui constituent des valeurs pouvant faire l'objet de rattachements propres, et d'insérer dans la règle de conflit de lois « l'espace de réalisation du droit ».

Nous avons également montré que les trois rattachements pouvaient être associés au sein de règles de conflit de lois à structure complexe, plusieurs systèmes étant au demeurant concevables. Notre préférence est allée à un rattachement de principe des créances au domicile du débiteur de la prestation caractéristique, complété par des rattachements spéciaux en nombre limité, fonction soit de la forme de la créance, soit des particularités de son titulaire. Le système ainsi proposé permet à la fois de rendre compte du droit positif, et de résoudre les questions posées par la localisation des créances. Néanmoins, la pluralité des règles de conflit de lois n'est pas le seul fait de la localisation des créances. Elle tient aussi, dans certains cas, à l'origine même des créances.

CHAPITRE II

LA PLURALITÉ DES RÈGLES
TENANT À L'ORIGINE DES CRÉANCES

306.- Le système que nous venons de proposer nous semble à même d'apporter une réponse aux problèmes soulevés par la localisation des créances et de rendre compte de l'état du droit positif. Toutefois, sa mise en œuvre est susceptible de buter sur deux types d'obstacles, externe et interne.

307.- Le premier type d'obstacles est externe aux difficultés propres posées par les créances, en ce qu'il relève des mécanismes généraux du droit international privé. A ce titre, nous ne ferons qu'évoquer l'incidence de la qualification et de l'ordre public international pour mieux l'écarter.

308.- La qualification *lege fori* commande à la fois la règle de conflit de lois applicable (1), et le jeu de certains privilèges liés à la souveraineté des Etats (2).

(1) On peut donner comme exemple la qualification des rapports réels ou personnels des créances garanties par une sûreté. V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 37 ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Biens*, n° 54 sq. ; G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 167 ; sur le départ entre la *lex rei sitae* et la loi de la créance, v. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

De même, la qualification des parts d'une société civile immobilière relève de la *lex fori*. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 1 et 9.

V. aussi Trib. civ. Seine 12 janvier 1966 **Stroganoff-Scherbatoff**, R.67.120 note Y. LOUSSOUARN, qui soumet la qualification de la nature mobilière ou immobilière des biens à la *lex fori*.

(2) Il en est ainsi des immunités de juridiction et d'exécution, particulièrement importantes en matière de créances. V. *infra*, n° 786 sq. V. par exemple TGI. Paris 29 nov. 1972 **Affaire du cuivre chilien**, RTDCom.73.675 obs. Y. LOUSSOUARN, J.73.227 note Ph. KAHN. V. aussi P. BOUREL, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-50, Immunités de juridiction et d'exécution*, n° 96 sq.

309.- En ce qu'elle peut fausser la nature de la situation juridique, elle permet l'application extraterritoriale de normes en principe strictement territoriales (1). En ce qu'elle peut redresser la nature erronée que les parties ont imprimée à leurs relations, elle affectera le rattachement des créances qui résulteront de celles-ci (2).

310.- La qualification de droit interne rejaillira également sur la résolution du conflit de lois. Ainsi, la qualification de tiers (3) à une cession de créance commande-t-elle directement la règle de conflit de lois applicable (4).

311.- De même, la qualification de l'affacturage peut entraîner un délicat problème de conflit de lois. Alors que le droit interne français qualifie la convention d'affacturage de subrogation personnelle (5), des droits étrangers lui préfèrent la qualification de cession de créance (6). Or,

(1) V. Cass. 25 janv. 1966 *Royal Dutch*, R.66.238 note Ph. FRANCESKAKIS, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN, J.66.631 note J.-D. BREDIN, où la qualification des rapports entre les porteurs des titres et la société émettrice a conduit à l'application de la *lex societatis* au détriment de la *lex rei sitae*, et a permis au juge d'éviter d'avoir à s'interroger sur l'application extraterritoriale d'une norme de police étrangère.

La qualification peut également avoir une incidence en matière de recouvrement par un organisme de droit public étranger des créances de **sécurité sociale**. Le recouvrement ne sera possible qu'à la condition que la qualification de créance civile soit retenue, et non celle de créance fiscale, les prélèvements sociaux et fiscaux étant strictement territoriaux. Pour une qualification civile de la créance, v. Cass. 29 mars 1973 *CASOREC.*, R.74.87 note R. JAMBU-MERLIN. Cependant, la question semble en évolution, la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant tendance à fiscaliser le recouvrement des créances sociales.

(2) En matière de **crédit-bail**, v. G. MAZET, *La location financière internationale*, RJC. février 1985, p. 42. En matière de **sûretés réelles**, v. Cass. 3 mai 1973, *Soc. Nederlandsche*, R.74.100 note E. MEZGER, J.75.74 note Ph. FOUCHARD. Sur les difficultés de qualification posées par les sûretés réelles, v. aussi A. MARTIN-SERF, *L'extension des sûretés réelles*, RTDCom.80.677, n° 7 sq.

(3) Selon Civ.1 4 déc. 1985 *Wendling*, Bull.civ.I.n° 336, RTDCiv.86.750 obs. J. MESTRE, est un tiers à la cession de créance celui qui a un intérêt à ce que le cédant soit encore créancier.

(4) La loi applicable est susceptible de varier selon que le litige met en présence les parties au contrat de cession, l'une des parties et le débiteur cédé, l'une des parties et un tiers à la cession, ou le débiteur cédé et un ayant cause à titre particulier du cédant ou du cessionnaire. Sur la loi applicable, v. *infra*, n° 599 sq. ; sur les conflits entre cessionnaires successifs d'une même créance, v. *infra*, n° 673 sq. V. aussi Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 534 sq.

(5) V. Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Factoring*, n° 4 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Le contrat dit de « factoring »*, JCP.66.I.2044.

(6) Tel est le cas du droit belge. V. A. ZENNER, *Le cadre juridique du factoring*, Centre d'études bancaires et financières, Bruxelles, 1972, p. 27, § 31.

selon que la qualification de subrogation personnelle ou de cession de créance est retenue, la notification du transfert de la créance au débiteur cédé est inutile ou nécessaire afin de lui rendre la convention opposable (1). Dans la mesure où la loi applicable à l'opposabilité du transfert de la créance est susceptible de faire l'objet d'un rattachement propre (2), la qualification commande donc le conflit de lois. Elle n'est pas en sous-ordre, et doit être menée *lege fori*.

312.- Les difficultés posées par les qualifications en sous-ordre sont également susceptibles de se manifester en matière de créances incorporées dans des valeurs mobilières. Bien qu'en principe, la qualification de valeur mobilière soit menée *lege fori*, le départ entre les différentes catégories d'actions et les obligations appartient à la *lex causae*, soit la loi de la collectivité émettrice (3). De même, la nature de l'action en responsabilité intentée contre les dirigeants sociaux par un associé est fixée *lege causae*, et non *lege fori*, car la qualification n'affecte que les modalités de l'action en responsabilité, et non la détermination de la loi applicable (4).

313.- Alors que la qualification est préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, l'intervention de l'ordre public lui est postérieure, et fonction du résultat produit par l'application de la loi étrangère. Vivace lorsqu'il évince la loi étrangère (5), l'ordre public permet largement

(1) L'article 1690 C.civ. est applicable aux cessions de créances, non à la subrogation personnelle.

V. Trib. com. Paris 15 janv. 1975 *Fuster Boudon*, RTDCom.75.889 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, RJC.75.304 note Y. DESDEVISES, qui n'a pas perçu les enjeux attachés à la qualification de la convention d'affacturage sur le plan du conflit de lois, le factor étant de nationalité belge.

(2) V. *infra*, n° 599 *sq.*

(3) V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 1 et 8 *sq.*

(4) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 221 *sq.*, spéc. n° 244.

(5) L'effet d'éviction était traditionnellement vivace en matière de **revendication** des titres au porteur perdus ou volés (v. G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 80 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 358, pour lesquels la loi française s'imposerait au nom de l'ordre public international, et au détriment de la loi du lieu où le possesseur actuel a acquis le titre ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 512-1 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 639), ainsi qu'en matière de **nationalisation** sans indemnisation (sur l'**évolution** du contenu de l'ordre public international en la matière, v. Cass. 5 mars 1928 *La Ropit*, R.29.288 note J.-P. NIBOYET, DP.28.I.81 note R. SAVATIER ; Cass. 23 avr. 1969, D.69.341 concl. Av. Gal. BLONDEAU, R.69.717 note E. SCHAEFFER, J.69.912 note P. CHARDENON ; Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH). Il le demeure s'agissant de la **détermination du prix** dans les contrats internationaux d'approvisionnement (v. Cass. 11 oct. 1978, JCP.79.II.19034 note Y. LOUSSOUARN, D.79.135 note R. HOUIN ; les règles françaises relatives à la détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement sont d'**ordre public international** ; v. en ce sens, Paris 3 nov. 1977, Rev.arb.78.486 note Ph. F. ; v. B. MERCADAL, *La détermination du prix dans les contrats*,

la reconnaissance en France de créances dont la source, valablement constituée à l'étranger, ne pourrait l'être sur le territoire français (1).

315.- La souplesse procurée par l'application de l'ordre public international est d'autant plus grande que son contenu est plus restreint que celui de l'ordre public interne (2), de sorte que les cas d'éviction de la loi étrangère sont nécessairement plus réduits.

La qualification et l'ordre public international constituent ainsi des obstacles externes à la mise en œuvre des rattachements proposés. Cependant, la recherche de la loi applicable risque de buter sur un autre obstacle, non plus externe, mais bien interne, qui est lié à l'origine des créances. La pluralité des sources des créances risque de perturber la détermination de la loi

DPCI.79.443 ; B. BERLIOZ-HOUIN, *L'application volontaire de la loi française*, RJC. février 1984.33).

(1) Des auteurs préconisent le jeu de l'**effet atténué** de l'ordre public international en matière de **faillite**. V. en ce sens, M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite*, n° 20 *sq.*, qui cite Chambéry 25 mai 1936, R.37.191. Le droit **bancaire** a également permis le jeu de l'effet atténué de l'ordre public dans l'affaire de l'**Intrabank**. V. Ord. TGI. Seine 13 avr. 1967 **Intrabank**, JCP.68.II.15181 note H. MOTULSKY, RTDCom. 69.644 obs. Y. LOUSSOUARN, R.69.68 ; v. Ch. GAVALDA, *Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire « Intrabank »*, R.69.1.

Enfin, les **créances alimentaires** se prêtent au jeu de l'effet atténué de l'ordre public, que la créance découle d'un lien de filiation (v. J. DEPREZ, *Les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires*, R.57.371, spéc. p. 400), d'une **répudiation** (v. I. FADLALLAH, *Va-t-on vers la reconnaissance de la répudiation en France ?*, R.81.17), ou d'un **mariage polygamique** valablement célébré à l'étranger (v. D. ALEXANDRE, note sous Cass. 15 mai 1974, J.75.298 ; C. BERNARD, TCFDIP.1978 p. 64 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 415).

(2) En matière de **responsabilité délictuelle** (la réparation du *pretium doloris* n'est pas d'ordre public international), v. Cass. 30 mai 1967 **Kieger**, R.67.728 note P. BOUREL, J.67.622 note B. G., D.67.629 note Ph. MALAURIE ; relativement à l'**action directe** du sous-traitant instituée par la loi du 31 décembre 1975, v. C. M. 13 mars 1981, RJC.81.212 note G. FLÉCHEUX ; v. P. LAGARDE, *La sous-traitance en droit international privé, in La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186 ; J.-L. BISMUTH, *La sous-traitance internationale*, FEDUCI, 1988 ; s'agissant des créances alimentaires, l'adage **Les aliments n'arrangent pas** n'est pas d'ordre public international ; v. Paris 24 avr. et 9 juill. 1981, cités par M. SAUTERAUD-MARCENAC, *Du recouvrement des aliments franco-allemands et des difficultés d'application des Conventions de Bruxelles et de La Haye*, GP.83.I.doctr.58, spéc. p. 63, col. 3. V. aussi C. BERNARD, *Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps*, TCFDIP.1978, p. 59, spéc. p. 64.

applicable , que les droits de créances soient issus de groupes de contrats ou nés de l'activité de groupes de sociétés. De même, l'incidence du temps dans les contrats à exécution successive peut, parfois, modifier la résolution du conflit de lois.

SECTION I

LA PLURALITÉ DES SOURCES DES CRÉANCES

316.- La pluralité des sources des créances vient indubitablement compliquer la mise en œuvre de la règle de conflit de lois lorsque les droits sont issus de groupes de contrats ou de l'activité de groupes de sociétés. Certes, les créances découlant de la relation principale seront gouvernées par la *lex debitoris* , ou par la loi de la source si l'on est partisan de ce rattachement. Mais la détermination de la loi applicable aux créances issues des conventions annexes ou subséquentes risque d'entraîner un certain nombre d'interrogations. Convient-il de les soumettre à la loi régissant la créance principale, et donc, de tenir compte de l'existence d'un ensemble contractuel sur le plan du conflit de lois, ou bien est-il préférable de leur appliquer une loi différente, en faisant prévaloir la source directe sur l'ensemble contractuel ?

317.- Les mêmes difficultés sont susceptibles de se présenter à l'égard des créances nées de l'activité de groupes de sociétés. Convient-il de soumettre la créance née de l'activité de la filiale ou d'une succursale à une loi propre, au risque de nier l'existence du groupe, ou bien doit-on faire primer la loi du groupe, au risque d'escamoter la personnalité morale propre de chacune des filiales ?

Les éléments permettant d'esquisser une solution sont liés à une analyse de droit interne des notions de groupe de contrats et de groupe de sociétés. L'admission ou l'exclusion de ces deux notions par le droit interne ne peut être ignorée par le droit international privé et la structure de rattachement.

Aussi bien, les différences du droit interne quant à la reconnaissances des notions de groupe de contrats et de groupe de sociétés appelle-t-elle à une prise en compte modulée de leur existence par la règle de conflit de lois.

(a).- CRÉANCES ET GROUPE DE CONTRATS

318.- La consécration récente de la notion de groupe de contrats par le droit interne (1), et des conséquences qui s'y attachent en matière de responsabilité contractuelle, invite à réfléchir sur la prise en compte de cette notion par la structure de rattachement en matière des créances. Si elle paraît possible, la prise en compte de la notion de groupe de contrats par la règle de conflit de lois doit supporter néanmoins un certain nombre de limites destinées à la rendre praticable.

1. *La prise en compte de la notion de groupe de contrats par la règle de conflit de lois*

319.- La consécration de la notion de groupe de contrats par la jurisprudence constitue l'aboutissement d'une évolution amorcée par la doctrine plus d'une décennie auparavant (2).

(1) V. A.P. 7 février 1986, D.86.293 note A. BÉNABENT, RTDCiv.88.594 obs. J. MESTRE, JCP.86.II.20616 note Ph. MALINVAUD ; Cass. 17 févr. 1986, D.87.543 note P. JOURDAIN, qui énonce que l'action du maître de l'ouvrage contre un sous-traitant ayant exécuté une partie du contrat principal n'est pas délictuelle ; Civ.1 8 mars 1988 *Strittmatter*, JCP.88.II.21070 note P. JOURDAIN, RTDCiv.88.741 obs. J. MESTRE, RJC.88.304 note Ph. DELEBECQUE, qui qualifie de contractuelle l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ; Civ.1 21 juin 1988 *Soc. SODEREP*, JCP.88.CI.II.15294 note Ph. DELEBECQUE, RTDCiv.89.74 obs. J. MESTRE, et p. 107 obs. Ph. RÉMY, qui consacre la nature contractuelle de l'action en responsabilité exercée au sein des groupes de contrats.

(2) V. B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, thèse Montpellier, 1974, LGDJ., 1975 ; J. NÉRET, *Le sous-contrat*, thèse, LGDJ., 1979 ; L. AYNES, *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français*, thèse dactyl. Paris II, 1981, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica*, 1984 ; v. aussi G. DURRY, obs. sous Cass. 9 oct. 1979, RTDCiv.80.354 ; J. HUET, obs. RTDCiv.85.589.

Les juges ont ainsi reconnu au profit du sous-acquéreur l'existence d'une action directe en garantie contre le fabricant (1), de même qu'au maître de l'ouvrage une action directe contre le sous-traitant (2). La reconnaissance des effets juridiques attachés à l'existence d'une chaîne de contrats vaut, quelle que soit la nature de la chaîne, homogène ou hétérogène (3).

Le droit interne avait déjà admis des cas d'interdépendance entre des contrats distincts, notamment l'article 9 de la loi *Scrivener* du 10 janvier 1978, qui établit une interdépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit destiné à le financer (4).

320.- De même, porte atteinte à l'effet relatif des conventions l'action directe en paiement instituée par la loi du 31 décembre 1975 au profit du sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage. Enfin, la Cour de cassation, achevant une évolution entreprise à la fois par des lois ponctuelles et par les travaux de la doctrine, est allée jusqu'à considérer que la responsabilité délictuelle ne pouvait être mise en œuvre dans les groupes de contrats que par des personnes n'y étant intéressées d'aucune manière (5).

Il apparaît ainsi que le droit interne ne se limite plus à une stricte indépendance des conventions s'insérant dans un ensemble contractuel (6).

(1) V. Cass. 9 mars 1983 *VACU-LUG*, Bull.civ.I.n° 92, RTDCiv.83.753 obs. Ph. RÉMY, JCP.84. II.20295 note P. COURBE ; A.P. 7 février 1986 précité ; Civ.1 11 févr. 1986, RTDCiv.87.100 obs. J. MESTRE, D.86.541 note B. GROSS.

(2) V. Cass. 17 févr. 1987, D.87.543 note P. JOURDAIN, JCP.87.II.20892 note Ph. DUBOIS.

(3) Pour des groupes de contrats hétérogènes, v. Civ.1 8 mars 1988 *Strittmatter*, JCP.88.II.21070 note P. JOURDAIN, RTDCiv.88.741 obs. J. MESTRE, RJC.88.304 note Ph. DELEBECQUE ; Civ.1 21 juin 1988 *Soc. SODEREP*, JCP.88.CI.II.15294 note Ph. DELEBECQUE, RTDCiv.89.74 obs. J. MESTRE, et p. 107 obs. Ph. RÉMY.

(4) V. H. SYNDET, *Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation*, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 335 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Cujas, 1986, n° 910 sq.

(5) V. Civ.1 21 juin 1988 *Soc. SODEREP* précité.

(6) V. J. MESTRE, *Le principe de l'effet relatif à l'épreuve des groupes de contrats*, RTDCiv.86.594 ; du même auteur, sur la « relativité de l'effet relatif », obs. RTDCiv.88.127.

V. déjà R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère série, 3ème éd., 1964, Paris, Dalloz, n° 47.

321.- Les décisions citées ne se bornent pas à reconnaître la transmission des actions en garantie corrélativement avec celle de la chose (1). Elles admettent la notion même de groupe de contrats en tant que celle-ci fonde l'action d'un des maillons de la chaîne contre le fabricant ou le vendeur initial, situation décrite de manière imagée par M. Cabrillac par l'expression de « contractants médians » (2).

322.- L'évolution du droit interne ne peut laisser indifférent le droit international privé. Sa prise en compte par la règle de conflit de lois pourrait être réalisée en attribuant à la loi de l'opérateur principal une compétence générale, appelée *lex principis debitoris*. Il en résulterait qu'une créance découlant d'une convention annexe, insérée dans un ensemble contractuel présentant une certaine unité économique, pourrait être régie par la *lex principis debitoris*.

A priori, une telle solution paraît contredite par l'admission généralisée du dépeçage (3). Toutefois, le dépeçage n'est légitime qu'à la condition de porter sur des éléments jugés « détachables » de l'ensemble contractuel (4). Aussi bien, dès lors que le caractère indivisible de l'ensemble contractuel, pouvant faire l'objet d'une stipulation contractuelle, est établi, l'unité de rattachement du groupe de contrats peut être retenue.

323.- Les créances issues de conventions accessoires doivent donc suivre, dans cette optique, le sort des créances découlant de l'opération principale. L'exemple classique est celui du sort de la loi applicable à la créance issue d'un cautionnement garantissant une opération principale (5).

(1) V. déjà Civ. 12 nov. 1884, S.1886.I.149 en matière de transmission de l'action en garantie des vices cachés ; v. Ch. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. V, 1952, *Vente, louage*, par P. ESMEIN, 6ème éd., Litec, § 335, p. 70.

(2) M. CABRILLAC, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, Mélanges dédiés à G. MARTY, 1978, p. 235, éd. Université des Sciences Sociales, spéc. p. 254.

(3) V. *supra*, n° 125 *sq.*

(4) Selon P. de VISSCHER, cité par P. LAGARDE, *Le « dépeçage » dans le droit international privé des contrats*, *Rivista Dir. int. proc.* 1975.649, le critère de la légitimité du dépeçage est celui du caractère détachable des différents éléments soumis à des lois diverses par la volonté des parties.

(5) V. *supra*, n° 103.

Ainsi, dans l'arrêt *Atard* (1), à défaut de choix de la loi par les parties, la créance résultant d'un cautionnement fut soumise à la loi gouvernant la créance garantie.

La conséquence de l'admission de la *lex principis debitoris* est que les créances issues des différentes conventions appartenant à un même ensemble contractuel obéiront à une même loi, l'unité de loi applicable assurant ainsi la transposition au plan international de l'unité du régime de la responsabilité contractuelle consacrée par le droit interne.

Néanmoins, la prise en compte de la notion de groupe de contrats par la règle de conflit de lois doit supporter un certain nombre de limites destinées à la rendre praticable.

2. Les limites de la prise en compte de la notion de groupe de contrats

324.- Le rattachement proposé ne peut intervenir qu'en l'absence de choix par les parties de la loi applicable aux différents éléments de l'ensemble contractuel. De même, sont susceptibles de perturber la mise en œuvre de la *lex principis debitoris* l'application d'une loi propre de la sous-crédence et l'incidence de la notion de cause.

__.- L'autonomie de la volonté

325.- La première limite découle de l'autonomie de la volonté. Il se peut que les parties aient stipulé que telle partie de l'ensemble contractuel devait être considérée comme autonome et détachable du reste, de sorte qu'un rattachement propre peut être découvert (2). *A fortiori*, il en est ainsi lorsque les parties ont expressément décidé d'isoler telle partie de l'ensemble contractuel pour lui appliquer une loi propre, afin, par exemple, d'en renforcer la solidité.

En réalité, la difficulté apparaîtra lorsque les parties auront, pour différentes raisons, liées, notamment, aux négociations précontractuelles, gardé le silence. Certes, il est des hypothèses où l'hésitation n'existe pas, soit parce que l'on présume que l'élément litigieux fait toujours l'objet d'un rattachement propre (exemple : garanties à première demande), soit, au contraire, parce que l'on estime que l'ensemble de l'opération, par son unité, doit obéir à une loi commune (exemple : crédit-bail).

En revanche, dans les autres cas, il convient de distinguer selon l'intensité des liens formant le groupe de contrats, et l'existence d'une éventuelle hiérarchie entre ses différentes composantes

(1) Cass. 15 févr. 1972 *Atard*, R.73.77 note H. BATIFFOL, RTDCom. 73.417 obs. Y. LOUSSOUARN : “Attendu que la Cour d'appel relève que la dette principale a sa source dans deux billets à ordre souscrits en Algérie ... ; qu'ayant, en l'état de ces constatations, souverainement interprété l'intention des parties quant à la localisation du contrat, la Cour d'appel en a justement déduit que celui-ci était régi par la loi algérienne ”.

(2) En matière de garanties à première demande, v. *supra*, n° 97. Ainsi que le souligne M. J. MESTRE (obs. RTDCiv.88.125), la divisibilité est la règle, l'indivisibilité, l'exception.

326.- Il est en effet parfaitement possible d'admettre un morcellement de la compétence législative et d'appliquer la loi du domicile de chaque débiteur de la prestation caractéristique, considéré isolément, en faisant abstraction de l'existence du groupe de contrats, lorsque les liens de l'ensemble contractuel sont distendus. On suppose que dans une telle situation, la cohésion de la structure, son homogénéité, ne sont pas suffisamment prononcées pour que l'ensemble des créances qui en résulteront puissent être soumises à une loi commune, la *lex principis debitoris* .

Parallèlement, l'absence de hiérarchie entre les différentes conventions doit conduire à écarter la compétence de la *lex principis debitoris* . Il paraît en effet difficile d'admettre que les différentes créances résultant d'une chaîne internationale et hétérogène de contrats puissent obéir à une loi commune en l'absence de choix de la loi applicable par les parties. D'une part, dans l'hypothèse où une convention *d'electio juris* aurait été stipulée, le principe de l'effet relatif met obstacle à son extension aux autres conventions appartenant à la même chaîne. De l'autre, il n'est pas raisonnable d'appliquer une loi à la compétence de laquelle les parties à une chaîne de contrats hétérogène ne pouvaient légitimement s'attendre.

Néanmoins, dans l'arrêt *VACU-LUG* , relatif à une action en responsabilité exercée dans le cadre d'une chaîne internationale et *homogène* de contrats, la Cour de cassation a bien accepté qu'une seule loi, la loi française, détermine tant la qualification que l'exercice de l'action en garantie (1), alors que l'application de la loi anglaise au premier contrat de vente, d'ailleurs invoquée par le pourvoi, était parfaitement concevable.

Une autre limite à la prise en compte de la notion de groupe de contrats par la règle de conflit de lois peut résulter de l'application de la loi de la sous-créance.

__.- La loi de la sous-créance

327.- Une partie de la doctrine propose de soumettre l'exercice de l'action oblique, non pas à la loi de la créance protégée - rapports entre le créancier et le débiteur -, mais à la loi de la sous-créance - rapports entre le débiteur et son propre débiteur - (2). Selon cette conception, s'il appartient à la loi de la créance protégée de définir les droits du débiteur que le créancier peut exercer à sa place, il revient en revanche à la loi de la sous-créance de fixer elle-même les droits du débiteur (3). Il en résulterait que la loi de la sous-créance pourrait s'opposer, contrairement aux dispositions de la loi de la créance protégée, à l'exercice de l'action oblique, au motif, par exemple, que le droit que voudrait exercer le créancier à la place de son débiteur est strictement personnel. C'est précisément pour éviter un tel résultat que la jurisprudence procède, en principe, à l'application de la loi de la créance protégée, et non à celle de la loi de la sous-créance,

(1) Cass. 9 mars 1983 *VACU-LUG* , Bull.civ.I.n° 92, RTDCiv.83.753 obs. Ph. RÉMY, JCP.84. II.20295 note P. COURBE. Sur les faits ayant donné lieu à cet arrêt, v. *supra* , n° 165.

(2) V. G. LÉGIER, note sous Aix-en-Provence 30 mars 1979, R.80.717. Sur cet arrêt, v. aussi A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux* , n° 55 *sq.* . Sur les actions protectrices du droit de gage général, v. *infra* , n° 749 *sq.* .

(3) *Contra* , v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé* , t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 541 note 3.

l'intérêt des tiers n'étant pas mis en cause par l'exercice de l'action oblique (1). Cette controverse montre aussi tout l'intérêt attaché à la mise en œuvre d'une loi unique s'agissant des recours en garantie exercés au sein de groupes ou de chaînes de contrats internationaux.

Enfin, la nécessité de procéder à un partage des compétences législatives peut aussi être liée à l'appréciation de la cause des engagements qualifiés d'abstrait.

_. - L'incidence de la notion de cause

328.- En matière d'effets de commerce, alors qu'il existe des liens indubitables entre le rapport fondamental et l'obligation cambiariaire, l'autonomie de celle-ci conduit à faire régir la cause du rapport fondamental par la loi applicable à ce dernier, et l'appréciation de la cause de l'obligation cambiariaire par sa loi propre (2).

De manière similaire, l'interdépendance pouvant exister entre les contrats appartenant à un même ensemble contractuel peut affaiblir la solidité de la chaîne (3), et justifier, afin d'en augmenter la solidité et l'efficacité, de soumettre l'appréciation de la cause de certains de ses éléments à une loi propre (4).

En définitive, la prise en compte de la notion de groupe de contrats par la règle de conflit de lois paraît souhaitable en ce qu'elle permet de transposer au plan international l'unité de régime des actions en garantie et en responsabilité imposée par le droit interne en matière de

(1) V. Aix-en-Provence 30 mars 1979, R.80.717 note G. LÉGIER, et H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 541 note 3.

(2) V. en ce sens, Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 37.

(3) Notamment sous l'angle de l'étendue des nullités. V. B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, thèse Montpellier, 1974, LGDJ., 1975, n° 297 sq. V. aussi J.-L. RIVES-LANGE, *Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier ?*, B.85.902.

(4) Ce qui est le cas des garanties à première demande. V. M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français*, in *Etudes dédiées à R. ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ., 1984, p. 413 ; J.-L. RIVES-LANGE, *Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier ?*, B.85.902.

groupes et de chaînes de contrats. Toutefois, elle n'est possible qu'à la condition que les parties n'aient pas eu recours au dépeçage, et légitime qu'à l'égard des groupes ou chaînes de contrats présentant une certaine unité, ce qui n'est pas le cas des chaînes de contrats hétérogènes.

Sous des conditions encore plus restrictives, la notion de groupes de sociétés peut être prise en compte par la structure de rattachement en matière de créances nées de leur activité.

(b).- CRÉANCES ET GROUPE DE SOCIÉTÉS

329.- La prise en compte de la notion de groupe de sociétés par la règle de conflit de lois se pose en des termes différents dans la mesure où le droit français des sociétés ne la régit pas directement (1).

Alors que les droits fiscal et comptable lui prêtent certains effets juridiques (2), le droit des sociétés français reste dans l'ensemble insensible à la notion de groupe de sociétés, et ne

(1) Sur la question, v. J. HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D.49.doctr.141 ; C. CHAMPAUD, *Les méthodes de groupements des sociétés*, RTDCom.67.1003 ; B. OPPETIT, *Groupe de sociétés et droit du travail*, R.soc.73.69 ; B. OPPETIT et A. SAYAG, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, R.soc.73.577 ; J.-P. SORTAIS, *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, RJC.77.85 et 121 ; F. GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?*, RTDCom.79.49 ; D. SCHMIDT, *La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés*, R.soc.81.725 ; Y. LOUSSOUARN, *Règles de conflit de lois et règles matérielles dans le droit international des sociétés*, Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 167, Litec, 1982, et *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429 ; Ch. FREYRIA, *Le droit des groupes sous les feux de l'actualité*, RJC.87.121 ; K. J. HOPT, *Le droit des groupes de sociétés. Expériences allemandes, perspectives européennes*, R.soc.87.371 ; H. SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse Rennes, 1979 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 5ème éd., 1986, n° 580 sq. ; M. VASSEUR, *Droit des sociétés*, Les Cours du droit, 1987-1988, p. 1218.

(2) V. Ch. FREYRIA, *op. cit.* ; M. VASSEUR, *op. cit.* Le droit comptable connaît la notion de groupe de sociétés à travers la notion de comptes consolidés, le droit fiscal, avec la notion de bénéfice consolidé. V. l'article 209-6 C.G.I., modifié par l'article 68 de la Loi de finances pour 1988. V. *Le régime fiscal des groupes de sociétés*, JCP.88.II.CI.15132.

V. aussi l'utilisation faite de la notion de groupes de sociétés à propos de la détermination des parties à une **clause d'arbitrage**, la clause étant parfois étendue en vertu d'un "*usage du commerce international*" aux sociétés du groupe n'ayant pas personnellement signé la clause compromissoire. V. Sentence intérimaire 23 sept. 1982 **Dow Chemical**, J.83.899 note Y. DERAÏNS, Rev.arb.84.137 ; Paris 21 oct. 1983 **Dow Chemical**, Rev.arb.84.98 note A. CHAPPELLE ; Pau 26 nov. 1986 **Soc. Sponsor**, Rev.arb.88.153 note A. CHAPPELLE ; Paris 30 nov. 1988, R.soc.89.88, Rev.arb.89.691 note P.-Y. TSCHANZ. V. *L'arbitrage et les tiers*, Rev.arb.88.431 sq. ; I. FADLALLAH, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, TCFDIP.1985. 105. Sur la question de savoir qui est partie à un contrat, v. aussi J. MESTRE, obs. RTDCiv.88.127.

réussit pas à se doter d'une réglementation spécifique (1), à l'instar du droit allemand. La question de la contribution aux dettes en fournit un bon exemple. Le principe de l'autonomie de la personnalité morale des sociétés s'oppose à ce que la société-mère ou une société-sœur puissent être tenues du passif d'une filiale appartenant au même groupe (2). La prise en compte du groupe de sociétés dans l'appréciation de l'endettement des différentes filiales ne sera menée que dans le cadre du droit pénal des affaires, relativement au délit d'abus de biens sociaux (3).

L'écran de la personnalité juridique des différentes sociétés du groupe rejaillit en bonne logique sur le conflit de lois : la loi applicable à une créance née de l'activité d'une filiale sera, à défaut de choix de la loi par les parties, la loi de la filiale (4), cependant que la loi applicable à une créance née de l'activité d'une succursale du groupe sera la loi de la maison-mère, à défaut d'autre choix (5). De même, les cas d'extension de « faillite », ou de « faillite » commune (articles 180 et 182 de la loi du 25 janvier 1985) ne constituent pas une prise en compte ou une consécration de la notion de groupe de sociétés, mais reposent bien plutôt sur le constat d'une simulation (6), d'une apparence (7), d'un montage frauduleux (8), ou encore, de l'existence

(1) V. l'échec de la proposition de loi *Cousté*. V. J. PAILLUSSEAU, *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? à propos de la proposition de loi Cousté*, JCP.71.I.2401 bis. Voici la **définition** du groupe de sociétés proposée par M. D. SCHMIDT, *La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés*, R.soc.81.725 : “ensemble formé par deux ou plusieurs sociétés qui entretiennent entre elles des liens de dépendance et qui se trouvent soumises à une direction unique”. *Comp.* avec l'article 354 L. 24 juill. 1966 qui retient le seuil de **50 %** de prise de participation dans le capital d'une filiale.

(2) V. R. CONTIN et H. HOVASSE, *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, D.71.chron.197 ; Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, précité.

(3) V. l'article 437-3° (abus de biens sociaux dans les sociétés anonymes) de la loi du 24 juillet 1966. Pour la prise en compte de la notion de groupe de sociétés par le droit pénal des affaires, v. Crim. 4 févr. 1985 *Rozenblum*, D.85.478 note D. OHL, JCP.86.II.20585 note W. JEANDIDIER, R.soc.85.648 note B. BOULOC ; de cet auteur, v. aussi *Droit pénal et groupe d'entreprises*, R.soc.88.181.

(4) V. *supra*, n° 144. V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 40 *sq.* Les créanciers n'auront de ressources que dans les règles de la responsabilité délictuelle ou celles des procédures collectives (articles 180 et 182 L. 25 janv. 1985). Contre la communauté de sort du groupe de sociétés impliquant une répartition du passif entre les différentes sociétés du groupe, v. Ch. ROUSSEAU, note sous Req. 13 mai 1929, S.29.I.289.

(5) V. *supra*, n° 136.

(6) V. Cass. 18 févr. 1957, JCP.58.II.10396.

(7) V. Com. 9 févr. 1932, D.H.32.162.

(8) V. Req. 13 mai 1929, S.29.I.289 note Ch. ROUSSEAU ; Angers 13 juill. 1956, RTDCom.56.728 obs. R. HOUIN.

d'une infraction pénale (1).

330.- Admettre une solution contraire conduirait à la négation de la notion de personnalité morale, au détriment, notamment, des intérêts des actionnaires minoritaires. De surcroît, le cloisonnement des patrimoines résultant de l'utilisation de la technique sociétaire peut être recherché par les dirigeants du groupe. L'autonomie et le cloisonnement créés par la personnalité morale doivent donc être également respectés sur le plan du conflit de lois : les créances nées de l'activité d'une filiale appartenant à un groupe de sociétés échappent en principe à la compétence de la loi du groupe pour ne relever que de la loi de la filiale, à défaut d'autre choix exprimé par les parties.

Pourtant, cette analyse, *a priori* rationnelle, doit être nuancée, certaines situations montrant qu'elle peut être prise en défaut, que la source de la créance litigieuse soit contractuelle ou extracontractuelle.

1. *Créances contractuelles et groupe de sociétés*

Trois hypothèses doivent être envisagées, qui sont relatives aux créances de salaires, aux pools bancaires, et à la responsabilité de la société-mère du fait des activités de sa filiale.

_- Créances de salaires

331.- Lorsqu'un salarié est muté à l'intérieur des sociétés du groupe, la jurisprudence a tendance à considérer que le groupe est débiteur conjoint des créances de salaires qui lui sont

(1) V. F. GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?* RTDCom.79.49.

dues (1). En cela, les juges acceptent de tirer de l'existence du groupe de sociétés et de son unité des conséquences juridiques sur le terrain de la contribution à la dette (2), en dépit du cloisonnement résultant de la personnalité morale propre de chacune des sociétés du groupe. Selon la Cour de cassation, le groupe de sociétés formerait “*une seule et même entreprise*” (3), “*un même organisme*” (4), caractérisé par “*l'interpénétration des activités*” (5). La référence à “*l'interpénétration des activités*” permet d'expliquer que certaines décisions exigent que soit rapportée la preuve d'une confusion des activités des sociétés appartenant au groupe, ou d'une subordination de l'une envers l'autre (6).

Dès lors, les solutions spécifiques posées par la jurisprudence en matière de créances de salaires conduisent à s'interroger sur leur éventuelle prise en compte par la règle de conflit de lois. Est-il concevable de soumettre, sur le plan international, les créances de salaires liées à la mutation d'employés à l'intérieur du groupe à la loi du groupe, soit la loi de la société-mère ? Doit-on, au contraire, continuer d'appliquer les règles habituelles en matière de conflit de lois relatifs au contrat de travail (7) ?

332.- En dépit de l'existence de solutions spécifiques du droit interne, il paraît contestable et dangereux d'envisager leur transposition au plan international. Techniquement, la mise à l'écart

(1) V. Soc. 22 mai 1964, Bull.civ.V.n° 346 ; Soc. 13 mai 1969, D.soc.69.512 note J. SAVATIER ; Cass. 10 mai 1972, Bull.civ.V.n° 310. V. M. DESPAX, *Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel*, JCP.72.I.2465 ; D. MAGAUD, *L'éclatement de la collectivité de travail né du découpage d'une même entreprise en une série de sociétés juridiques distinctes*, D.75.chron.525.

V. cependant Paris 27 nov. 1986 *Wuetig*, R.88.314 note A. LYON-CAEN, qui, sur le fondement de la personnalité morale de la filiale, répute celle-ci débitrice des indemnités de licenciement, à l'exclusion de la société-mère américaine, en dépit de l'intégration de la première dans la structure du groupe.

(2) V. B. OPPETIT, *Groupe de sociétés et droit du travail*, R.soc.73.69.

(3) V. Soc. 23 juin 1960 Dr.soc.61.600. La notion d'entreprise est aujourd'hui proposée par la doctrine afin d'appréhender celle de groupe de sociétés. V. Ch. BOLZE, *La notion d'entreprise*, RJC. nov. 1987, p. 65.

(4) V. Soc. 19 juin 1963, Bull.civ.V.n° 425.

(5) V. Soc. 10 mai 1972, Bull.civ.V.n° 310.

(6) V. Trib. com. Lille 20 et 24 mars 1970, JCP.70.II.16388 note J. GENSBURGER, RTDCom.70.491 obs. R. HOUIN. V. aussi B. OPPETIT, *Groupe de sociétés et droit du travail*, R.soc.73.69.

(7) Sur lesquelles, v. *supra*, n° 231.

de la loi du lieu d'exécution du contrat de travail serait susceptible de déclencher la réaction de l'ordre public international. Pratiquement, l'application de la seule loi du groupe déboucherait sur une impasse si aucune disposition particulière n'était prévue, imposant au groupe la charge des créances de salaires liées à la mutation des employés.

Néanmoins, la prise en compte de l'existence du groupe de sociétés pourrait être réalisée par le biais d'une règle mixte, associant règle de conflit de lois et règle matérielle. D'une part, la loi applicable serait déterminée par les règles de conflit de lois habituelles en matière de contrat de travail ; de l'autre, le résultat de la mise en œuvre de la loi ainsi désigné serait susceptible d'être corrigé par l'application d'une règle matérielle aux termes de laquelle le groupe serait réputé débiteur conjoint lorsque l'analyse des faits révélerait une imbrication importante des différentes sociétés appartenant au même groupe.

..- Créances et pools bancaires

333.- Il est fréquent que plusieurs banques se réunissent autour d'un chef de file lors de l'émission d'emprunts internationaux, de crédits consortiaux, ou d'euro-crédit (1). L'unité de l'opération commande l'application d'une loi unique, le plus souvent celle du chef de file, débiteur principal de la prestation caractéristique. Le contrat d'émission prévoit ainsi, dans la majorité des cas (2), que la loi compétente sera celle du chef de file du pool bancaire. L'intérêt d'une telle solution est non seulement de permettre une cohésion et une unité de régime du contrat d'émission, mais aussi de soumettre les rapports des différents participants à une loi unique (3), ce qui nécessite de faire

(1) V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 11 sq.

(2) *Ibidem*.

(3) V. TGI. Dijon 9 juin 1981, J.82.119 note Ph. FOUCHARD.

abstraction des lois propres à chacun des établissements de crédit participants (1).

Certes, les liens décrits sont des liens principalement contractuels, et non sociétaires, de sorte que la prise en compte de l'existence d'un intérêt commun par la règle de conflit de lois ne serait que très indirect. Toutefois, la création du pool bancaire est susceptible d'entraîner la mise en place d'une entreprise conjointe, ou *joint venture*, ce qui traduit bien la volonté d'exprimer l'intérêt commun au-delà de simple liens contractuels. Enfin, dès lors que l'opération projetée n'est pas purement ponctuelle, la matérialisation la plus achevée de l'intérêt commun des différentes sociétés participantes peut consister à créer une filiale commune, auquel cas le problème du conflit de lois se trouve résorbé.

_. - Responsabilité de la société-mère du fait des activités de sa filiale

334.- La jurisprudence française refuse en principe d'admettre toute responsabilité contractuelle de la société-mère du fait des agissements de ses filiales (2), excepté le cas de l'abus de droit (3). Le contractant de la filiale devra en réalité montrer que la société-mère a elle-même conclu la convention litigieuse, la filiale n'étant qu'un écran interposé, une façade (4). L'attitude conservatrice de la jurisprudence s'explique sans doute par l'absence de réglementation spécifique du droit des groupes de sociétés et le respect du principe de la relativité des conventions (5). Toutefois, le droit communautaire n'hésite pas, sous la houlette de la C.J.C.E., à imputer, dans

(1) Mais la question de la capacité de contracter et des pouvoirs des organes sociaux continue de relever de la loi de chacune des banques intervenantes.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429.

(3) V. Cass. 25 mai 1970, Bull.civ.IV.n° 121. Mais la responsabilité devient alors délictuelle.

(4) V. M. VASSEUR, *Droit des sociétés*, Les Cours du droit, 1987-1988, p. 1253. La jurisprudence recourt à la notion de société fictive s'agissant des groupes de sociétés dont les activités étaient totalement imbriquées les unes aux autres. V. Com. 2 mars 1961, RTDCom.61.442 obs. R. HOUIN. V. B. OPPETIT et A. SAYAG, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, R.soc.73.577 ; F. GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?*, RTDCom.79.49.

(5) V. D. SCHMIDT, *La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés*, R.soc.81.725.

certaines circonstances, à la société-mère non-européenne la responsabilité contractuelle liée aux agissements de ses filiales implantées au sein de la C.E.E. (1).

Mais, même dans ce cas, il semble difficile d'admettre que l'ensemble des créances nées de la responsabilité contractuelle de la maison-mère et de sa filiale doivent être soumises à la seule loi du groupe. Aussi, l'existence du groupe de sociétés sera-t-elle le plus souvent ignorée par la règle de conflit de lois.

Paradoxalement, le caractère extracontractuel de la créance facilite la prise en compte de l'existence d'un groupe de sociétés par la structure de rattachement.

2. Créances extracontractuelles et groupe de sociétés

335.- *A priori*, il peut paraître étrange d'envisager l'incidence de la notion de groupe de sociétés sur la mise en œuvre de la règle de conflit de lois en matière de créances extracontractuelle. En effet, l'idée même de groupe de sociétés évoque des liens, sinon contractuels, du moins sociétaires, de sorte qu'elle devrait rester extérieure au traitement des créances extracontractuelles. Pourtant, il n'est pas rare qu'une filiale commette des faits délictueux sur les instructions de la société-mère, et voie sa responsabilité délictuelle engagée par les victimes de ses agissements. Quelle peut être alors la responsabilité de la société-mère ? La présence d'un groupe de sociétés entraîne-t-elle une modification des règles de conflits de lois applicables ? Nous verrons que la mise à l'écart du principe de l'effet relatif des conventions par le caractère délictuel de la responsabilité rend possible, dans une certaine mesure, la prise en compte de l'existence du groupe de sociétés par la structure de rattachement. Mais préalablement à l'examen des lois en conflit, il paraît nécessaire de réfléchir sur la propre responsabilité de la

(1) V. CJCE. 14 juill. 1972 *Matières colorantes*, Rec.72.619 ; CJCE. 21 févr. 1973 *Continental Can*, Rec.73.225 ; v. Y. LOUSSOUARN, *La concentration des entreprises dans la C.E.E.*, R.74.235.

Certaines sentences arbitrales ont également retenu la responsabilité de la société-mère. V. J.76.573 et 956.

société-mère et sur la recevabilité de l'action en justice du créancier.

_- La responsabilité de la société-mère

336.- A supposer qu'on la retienne, la responsabilité du groupe du fait des agissements délictueux de ses filiales ne peut être que celle de la société-mère. Ainsi que le souligne M. Y. Loussouarn (1), “*Les groupes bancaires internationaux, pas plus que l'ensemble des groupes de sociétés, ne sont dotés d'une personnalité juridique distincte de celle des sociétés qui le composent. Il n'est donc pas possible de mettre en œuvre la responsabilité du groupe en tant que telle*”. A l'évidence, l'admission d'une responsabilité de la société-mère du fait des agissements délictueux de ses filiales risque de se heurter au principe de la personnalité morale des sociétés ou à celui de l'unité du patrimoine. Elle est rendue particulièrement difficile du fait qu'il ne suffit pas de prouver une participation ou une intervention de la société-mère dans les affaires de sa filiale (2). L'intérêt attaché au choix de la technique sociétaire est en effet de permettre à la maison-mère de limiter les risques financiers qu'elle supporte (3).

337.- En réalité, la reconnaissance de la responsabilité délictuelle de la maison-mère nécessitera la preuve que la filiale a agi sur les instructions du groupe (4). Parfois, cette preuve est facilitée en ce que la jurisprudence présume la faute de la société-mère, qu'il s'agisse de l'apparence trompeuse entretenue par le groupe, constitutive d'une faute (5), de la confusion des

(1) Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429.

(2) V. en ce sens Amiens 3 févr. 1976 et Paris 29 mars 1979, cités par M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, R.soc.81.697.

(3) V. M. VAN HAECKE, *Les groupes de sociétés*, thèse, L.G.D.J., 1962, n° 5, p. 9 ; D. TARDIEU-NAUDET, *Les créanciers du groupe de sociétés*, thèse Aix, 1973, p. 241.

(4) V. Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, spéc. p. 430 *sq.* ; J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 44 *sq.*

(5) Hypothèse du mandat apparent, l'apparence fautive engageant la responsabilité du pseudo-mandant. V. A.P. 13 déc. 1962, D.63.27 note J. CALAIS-AULOY, JCP.63.II.13105 note P. ESMEIN. V. aussi les remarques critiques de J.-P. SORTAIS, *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, RJC.77.85 et 121.

patrimoines (1), de l'ingérence de la maison-mère dans la marche des affaires de sa filiale (2), ou de la simulation (3). Le droit allemand des sociétés admet également que la responsabilité de la société-mère soit engagée en cas d'insuffisance du capital, d'abus de la personnalité morale, de confusion de patrimoine ou des sphères d'activités (4). La C.J.C.E. admet enfin que soit imputer à la société-mère non-européenne des actes anticoncurrentiels commis dans la C.E.E. par ses filiales (5).

Il apparaît ainsi que la responsabilité délictuelle de la société-mère peut être engagée dans certaines circonstances. Mais sa constatation suppose encore que l'action du créancier soit déclarée recevable.

_- La recevabilité de l'action en justice du créancier

338.- La difficulté de l'action ne tient pas tant à son fondement, mais à sa recevabilité même. Le fondement sera l'article 1382 du Code civil, et dès lors qu'il rapportera la preuve d'une faute commise par la société-mère - ingérence, apparence, simulation, confusion de patrimoines, abus de la personnalité morale, etc.-, le créancier sera *a priori* en droit de mettre directement en cause sa responsabilité délictuelle. La jurisprudence française énonce en ce sens que la société

(1) V. Paris 5 juill. 1966, RTDCom.66.1006 obs. R. HOUIN. La sanction tombe le plus souvent lorsqu'une des sociétés du groupe est mise en « faillite ».

(2) Amiens 3 févr. 1976, Bull.Joly 1976.423 ; Com. 17 déc. 1974, JCP.75.II.18057 note A. LUCAS, R.soc.76.136 note J.-P. SORTAIS.

(3) V. A.P. 13 déc. 1962, D.63.27 note J. CALAIS-AULOY, JCP.63.II.13105 note P. ESMEIN. V. aussi Cass. 13 déc. 1967 *Affaire de l'Immobilière Lambert*, D.68.337 note P. L., JCP.68.II.15676 note G. COUTURIER.

(4) V. M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, R.soc.81.697 ; K. J. HOPT, *Le droit des groupes de sociétés. Expériences allemandes, perspectives européennes*, R.soc.87.371.

(5) V. CJCE. 14 juill. 1972 *Matières colorantes*, Rec.72.619 ; CJCE. 21 févr. 1973 *Continental Can*, Rec.73.225 ; CJCE. 6 mars 1974 *Commercial Solvents Corp.*, Rec.74.223 ; CJCE. 14 févr. 1978 *United Brands*, Rec.78.207 ; v. Y. LOUSSOUARN, *La concentration des entreprises dans la C.E.E.*, R.74.235 ; P. DÉMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques, une question de droit ou de diplomatie ?*, RTDE.85.1.

dominante devra payer au lieu et place de la société dominée la créance litigieuse, la faute ayant par exemple consisté à rompre brutalement une convention d'assistance de crédit (1). Le droit allemand lui-même retient une solution identique, que la créance soit née de la compensation globale rendue possible par une convention inter-entreprise (2), ou de la violation de l'obligation sociale de loyauté (3), ou encore de l'obligation de compenser les pertes (4).

En revanche, la question de la recevabilité de l'action du créancier risque d'entraîner certaines déconvenues. En effet, au contraire du droit allemand, qui autorise les actionnaires minoritaires d'une société anonyme (5), ou d'une société à responsabilité limitée (6), à agir en responsabilité contre la société-mère, sur le fondement d'une action *pro socio*, la jurisprudence française décide que les actionnaires de la société dominée n'ont pas qualité pour agir contre la société dominante (7). La restriction ainsi apportée est regrettable et fait dépendre l'exercice de l'action du bon vouloir des dirigeants de la société dominée, ce qui est tout à fait illusoire, compte tenu de leur dépendance hiérarchique envers la direction du groupe.

Il reste alors à mesurer la prise en compte du groupe de sociétés par la structure de rattachement.

_. - Les lois en conflit

339.- Les conditions d'extranéité du conflit de lois résulteront de l'implantation de la société-

(1) V. Aix-en-Provence 18 juin 1975, RJC.76.95 note J. CALAIS-AULOY. V. aussi M. GERMAIN, *Société dominante et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse Nancy, 1974.

(2) V. les articles § 117, 311, 317 et 318 de l'*Aktiengesetz* du 6 septembre 1965.

(3) V. M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, R.soc.81.697, spéc. n° 40 *sq.*

(4) *Ibidem*.

(5) V. les articles § 142, 147, 309, 317 et 318 de l'*Aktiengesetz* du 6 septembre 1965.

(6) V. M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, R.soc.81.697, spéc. n° 41.

(7) V. Cass. 13 févr. 1979, D.81.205 note F. ALAPHILIPPE ; Cass. 30 janv. 1980, D.81.IR.34 ; v. J.-P. SORTAIS, *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, RJC.77.85 et 121, qui considère que cette action ne sera possible que pour les cas « pathologiques ».

mère et de sa filiale sur des territoires différents. En effet, chacune des sociétés a dans cette hypothèse une loi propre.

340.- En principe, la loi applicable aux créances extracontractuelles est la *lex loci delicti commissi* (1). Or, l'application de la loi du délit aux créances extracontractuelles nées des agissements délictueux des filiales risque de s'avérer délicate.

Tout d'abord, la détermination même du lieu du délit peut être malaisée. Les agissements de la filiale peuvent être constitués d'une série de mesures diffuses, difficilement localisables, notamment en matière de pratiques anticoncurrentielles. De plus, la filiale voit son comportement dicté par les instructions de la maison-mère, de telle sorte qu'elle n'apparaîtra, le plus souvent, qu'en tant que simple instrument au service de la politique du groupe. N'est-il pas dès lors possible de considérer que les agissements délictueux doivent être directement imputés à la maison-mère, le siège de celle-ci servant alors de localisation du délit ?

Ensuite, à supposer même que le lieu du délit puisse être facilement déterminé, il semble artificiel de faire abstraction de l'existence du groupe, les agissements délictueux pouvant aussi bien être imputés au groupe lui-même qu'à la filiale qui en a matériellement assuré l'exécution. Cette dernière considération peut justifier la prise en compte des dispositions de la loi de la maison-mère. Mais alors, la victime des agissements frauduleux, dont le domicile sera le plus souvent situé sur le même territoire que celui où le siège de la filiale est implanté, risquera de se heurter aux dispositions de la loi de la maison-mère, dès lors que celle-ci, au contraire de la loi du lieu du délit, écarte toute responsabilité du groupe (2).

341.- Ces différentes considérations nous amènent ainsi à envisager la prise en compte de

(1) V. *supra*, n° 150 *sq.*

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429 ; Cass. 16 juill. 1981, R.82.124 note J. LEMONTEY.

l'existence du groupe de sociétés par la structure de rattachement applicable aux créances extracontractuelles nées des agissements délictueux des filiales lui appartenant.

342.- L'esquisse d'une solution pose tout d'abord un problème de méthodes. En effet, il est possible de considérer que l'existence d'une réglementation spécifique, tel le droit allemand, qui connaît le principe d'un droit à réparation à l'encontre de la société dominante (1), ressortit à la qualification de lois de police, compte tenu de la volonté de protection des intérêts nationaux contre les pratiques abusives des entreprises multinationales. Il en résulterait que ces dispositions s'appliqueraient de manière immédiate et unilatérale, sans qu'il soit nécessaire de faire le détour par le mécanisme conflictuel, et de formuler une règle de rattachement spécifique. Leur déclenchement serait simplement tributaire de la présence d'un élément de rattachement avec l'ordre juridique allemand, tels les lieux d'implantation des filiales, de commission des agissements délictueux, ou encore la localisation des effets par le marché atteint.

Toutefois, une telle qualification suppose l'existence d'une réglementation spécifique des groupes de sociétés assurant la protection des sociétés dominées et de leurs associés, ce qui n'est pas le cas de la France, de sorte que la méthode conflictuelle doit être mise en œuvre.

343.- Il nous semble que la détermination de la loi applicable aux créances extracontractuelles nées des agissements délictueux d'une filiale appartenant à un groupe de sociétés peut être menée de la manière suivante.

Soit la filiale ayant commis les faits répréhensibles n'est pas fictive, et le sort de la créance extracontractuelle est tributaire de l'application cumulative des lois de la filiale et de la société-mère. La mise en cause de la responsabilité de la société-mère est en effet illusoire si sa propre

(1) Ce droit à réparation appartient aussi bien à la victime des agissements qu'aux actionnaires de la filiale et à la filiale elle-même. V. les articles § 18 al. 1, 319 et 322 al. 1 de l'*Aktiengesetz* du 6 septembre 1965.

Pour une qualification similaire, s'agissant de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967, v. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 720.

loi l'ignore. L'imputation des faits délictueux au groupe est ainsi dépendante de la loi de la société-mère ; la compétence habituelle de la *lex loci delicti commissi* est tempérée.

Soit la filiale ayant commis les faits répréhensibles est en réalité fictive, de par l'absence totale d'autonomie et son intégration complète au groupe (1), et le sort de la créance extracontractuelle nous paraît ne devoir dépendre que de la seule loi de la société-mère, sous réserve de sa conformité à l'ordre public international, de sorte que serait appliquée la *lex debitoris*. L'appréciation du degré d'autonomie de la filiale par rapport au groupe commandant la règle de conflit de lois, doit être soumise à la *lex fori*, et non à la *lex causae*.

En définitive, il n'est pas niable que la pluralité des sources des créances vient perturber la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Qu'il s'agisse des créances issues de groupes de contrats ou nées de l'activité de groupes de sociétés, les infléchissements des rattachements proposés traduisent la prise en compte par la règle de conflit des finalités poursuivies par les notions de groupes de contrats (application d'un régime unifié de responsabilité aux différents maillons de la chaîne) ou de sociétés (gestion de la politique du groupe, cloisonnement des activités, transfert des charges, des prix de revient, etc.), dans le respect des contraintes imposées par l'ordre public international (protection des consommateurs dans les chaînes de contrats, protection des actionnaires minoritaires et des intérêts nationaux dans les groupes de sociétés).

La pluralité des sources entraîne ainsi la pluralité des règles. L'incidence du temps sur l'exécution des créances est également susceptible de modifier la résolution du conflit de lois.

(1) Sur l'importance de la pratique des comptes consolidés, v. Cour de district de l'Illinois 18 avril 1984 *Amoco Cadiz*, DMF.84.688 note P. BONASSIÈS, où la consolidation des comptes a permis au juge de percer le voile de la personnalité morale des différentes filiales et sous-filiales, pour remonter à la maison-mère, la *Standard Oil of Indiana*, laquelle possédait en réalité le contrôle total des filiales et sous-filiales responsables de la marée noire ayant souillé les côtes bretonnes. V. aussi Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDCiv.87.1.

SECTION II

**LA PLURALITÉ
DES MOMENTS D'EXÉCUTION DES CRÉANCES**

344.- Face aux difficultés posées par la localisation *spatiale* des créances, il peut être intéressant de procéder à leur localisation *temporelle* lorsque le temps a une incidence sur leur moment d'exécution. Puisque la créance est difficilement localisable dans l'espace, pourquoi ne pas envisager de faire dépendre son rattachement d'un élément temporel ?

345.- L'idée a été émise, en droit interne, d'individualiser les créances par le biais d'une date, et de les appréhender à travers l'incidence du temps. M. Grua a ainsi proposé de fixer le droit du porteur d'une lettre de change non acceptée sur la provision en se référant au moment traversé par la créance (1).

De même, il est possible de fixer les droits d'une personne sur une créance et leur opposabilité aux tiers en individualisant la créance par le temps. L'usage du temps affecte les droits de créance dans leur exécution et leur réalisation. Que l'on songe aux droits éventuels (2), aux contrats à exécution successive (3), à l'effet de la durée sur la subrogation personnel-

(1) V. F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261. La lettre de change est l'un des exemples les meilleurs du traitement du temps par le droit, la provision étant caractérisée par sa formation successive. V. J.-P. MARTY, *Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change*, RTDCom.78.307, spéc. n° 13 à 29 ; E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987.

(2) V. R. DEMOGUE, *Des droit éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, R.T.D.Civ.1905.723 ; du même auteur, *De la nature et des effets du droit éventuel*, RTDCiv.1906.231 ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1953, Rousseau 1955 ; A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, 3ème éd., 1980, Dalloz, n° 896 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale*, 2ème éd., 1982, L.G.D.J., n° 223.

(3) V. G. BRIÈRE DE L'ISLE, *La durée des contrats successifs*, D.57.chron.156 ; G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223.

le (1), ou sur le droit de gage (2).

Le temps est synonyme de durée au sein de laquelle la créance traverse plusieurs moments, tels que ceux de sa formation, de son exécution, de ses incidents d'exécution et de son extinction. En un sens, il existe des zones temporelles du droit (3). Les parties essaient de maîtriser le risque du temps en insérant dans les contrats à exécution successive des clauses d'adaptation, qu'il s'agisse des clauses d'indexation (4), de *hard ship* (5), ou de révision (6). Le contrat permet alors une appropriation du temps (7).

346.- Aussi bien, l'idée des moments de la créance exprime-t-elle la croyance en des instants d'une plus grande intensité juridique que d'autres, et qui cisèlent la vie d'un droit en des étapes précises. Les situations juridiques naissent rarement en leur état définitif, elles sont susceptibles de modalités diverses, d'incidents d'exécution, lesquels conduiront le droit de créance à son terme, dans le respect de la parole donnée ou dans la contrainte.

Le droit n'est pas continu, il est discontinu (8).

Or, les moments juridiques les plus intenses pourraient servir à localiser les créances, la localisation cessant d'être spatiale, pour devenir *temporelle* (9).

Cette idée est susceptible d'être traduite de deux manières. La première porte sur les moda-

(1) V. *infra*, n° 631 *sq.*

(2) V. *infra*, n° 682 *sq.*

(3) Exemple : le jour et la nuit n'ont pas les mêmes effets en droit pénal, s'agissant notamment de l'incrimination de vol.

(4) V. par exemple, en matière de baux commerciaux, R. HOUIN et M. PÉDAMON, *Droit commercial*, 8ème éd., Dalloz, 1985, n° 259 *sq.*

(5) V. B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hard ship*, J.74.794.

(6) Sur cette question, sous l'angle de la responsabilité, v. par exemple G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 75 *sq.*

(7) Au contraire, l'apparence fige artificiellement le temps.

(8) A l'exception des obligations de ne pas faire.

(9) V. R. DEMOGUE, *Des droit éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, R.T.D.Civ. 1905.723, qui énonce que le droit, au sens subjectif, connaît des périodes de crise. Les crises sont nécessairement des périodes plus intenses.

lités d'exécution des créances dans les contrats à exécution successive, la durée d'exécution des créances étant susceptible d'avoir une incidence sur le conflit de lois. La seconde affecte la formulation même de la règle de conflit de lois, quelle que soit la modalité de la créance, la structure de rattachement devenant tributaire des moments de la créance.

(a).- L'INCIDENCE DE LA DURÉE D'EXÉCUTION SUR LE CONFLIT DE LOIS

347.- L'incidence de la durée d'exécution des contrats peut revêtir deux aspects. Soit les parties signent un contrat unique, dont l'exécution est étalée dans le temps, tels le contrat de bail, le contrat de travail, le mandat, le compte courant, la lettre de change, le prêt de consommation, le commodat, etc. Le contrat est alors à exécution successive. Soit les parties sont convenues de conclure à intervalles réguliers des contrats successifs, en exécution d'une convention initiale, appelée contrat-cadre (1). La répétition ne porte plus directement sur la durée d'un même contrat, mais sur la conclusion de plusieurs contrats de même nature.

348.- La distinction entre l'exécution échelonnée dans le temps d'un contrat unique et la répétition de contrats successifs entre les mêmes parties n'est pas sans incidence sur le plan du conflit de lois. Il n'est pas douteux que les créances nées de l'exécution échelonnée d'un même contrat obéiront à une loi unique, que celle-ci soit la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique ou la loi de la source. En effet, le débiteur de la prestation caractéristique ne varie pas dans un contrat dont l'exécution est successive (exemple : le prêteur dans le contrat de prêt).

(1) L'exemple typique est celui des contrats d'approvisionnement. Sur la distinction entre les contrats successifs et les contrats à exécution instantanée, v. G. BRIÈRE DE L'ISLE, *La durée des contrats successifs*, D.57.chron.156 ; J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, thèse L.G.D.J., 1969 ; M.-L. CROS, *Les contrats à exécution successive*, D.89.chron.49. Pour une **définition** jurisprudentielle, v. Cass. 4 oct. 1983, GP. 4 févr. 1984, Panorama : “*Les contrats à exécution successive sont ceux qui prévoient des prestations réciproques de chacune des parties s'échelonnant dans le temps*”. V. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, *Source des obligations*, Rousseau, Paris 1923, n° 918-5, qui employait la notion de contrat successif s'agissant de ventes d'objets à livrer à des époques différentes.

Et si l'on soumet les créances à la loi de la source, l'unité de contrat (l'ensemble des créances découlent d'un seul contrat) implique l'unité de loi, excepté l'hypothèse du dépeçage. Mais dans ce dernier cas, la pluralité de lois ne tient pas à l'économie de la convention, mais à la volonté des parties, ce qui constitue une hypothèse différente.

La durée d'exécution des créances est ainsi dépourvue d'incidence sur le conflit de lois, parce que l'unité de l'opération exclut de séparer chaque exécution successive de l'ensemble ; l'exécution partielle n'est pas autonome (1).

349.- En revanche, l'incidence de la répétition de contrats successifs sur le conflit de lois est plus délicate à mesurer. *A priori*, les parties peuvent soumettre à une loi propre chaque contrat conclu en contemplation du contrat-cadre, sans qu'elles aient recours, pour autant, à la technique du dépeçage. Dans une telle hypothèse, la compétence de la loi de la source conduit à soumettre les différentes créances à des lois différentes, au mépris de l'unité économique de l'opération. A titre d'exemple, la détermination du prix dans les contrats-cadre a montré qu'en droit interne, la Cour de cassation refusait de prendre en compte leur spécificité, pour soumettre la convention initiale et les contrats successifs aux exigences des articles 1129 et 1591 du Code civil (2).

350.- Néanmoins, le risque d'éclatement de la compétence législative disparaît si l'on accepte de soumettre à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique les différentes créances successives, car la conclusion de contrats successifs en contemplation du contrat-cadre

(1) V. cependant *infra*, n° 335. Lorsque le contrat à exécution successive forme un tout indivisible, il arrive parfois à la jurisprudence de refuser de tenir compte de l'existence de prestations successives, la résolution du contrat présentant alors un caractère rétroactif. V. par exemple Civ. 4 mai 1898, D.1898.I.457 note M. PLANIOL. L'indivisibilité pourra résulter de l'interprétation de la volonté des parties. V. J. GHESTIN, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 203.

(2) V. par exemple Cass. 11 oct. 1978, JCP.79.II.19034 note Y. LOUSSOUARN, D.79.135 note R. HOUIN ; F. GORÉ, *La détermination du prix dans les contrats dits Marchés de bière*, GP.79.doctr.84 ; J.-F. BARBIÈRI, *La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif*, RJC.83. 329 ; v. aussi B. MERCADAL, *Chronique de jurisprudence*, DPCI.79.284.

initial ne fait pas varier la détermination du débiteur de la prestation caractéristique. En réalité, serait susceptible d'entraîner un changement objectif de la loi applicable soit la novation par changement de débiteur, soit le déplacement international du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, qui ressortit aux conflits mobiles (1). Il apparaît ainsi que l'application de la *lex debitoris* limite l'incidence de la durée d'exécution des créances successives à une interprétation de la volonté des parties (2). L'application de la *lex debitoris* présenterait de la sorte un avantage par rapport à celle de la loi de la source, en évitant le fractionnement de la compétence législative.

351.- Cependant, le risque d'éclatement des lois applicables inhérent à l'application de la loi de la source peut être limité de différentes manières.

Il est tout d'abord concevable de procéder à l'application d'une loi unique, en se fondant sur une interprétation de la volonté des parties et sur la découverte d'une indivisibilité conventionnelle.

Il serait ensuite possible de faire prévaloir l'idée d'une créance globale, qui serait la somme des différentes créances nées de l'exécution des conventions successives, le rôle du temps n'étant plus d'individualiser le droit de créance, mais, au contraire, de réunir chacune des créances successives en un droit global, pouvant obéir à une loi unique. Le droit interne lui-même retient parfois l'application d'une telle méthode, qu'il s'agisse du droit de rétention ou de la subrogation personnelle.

352.- Alors qu'en principe, il ne peut être exercé que sur le bien à l'origine de la créance, le

(1) Sur la résolution desquels, v. *supra*, n° 234 *sq.*

(2) L'appréciation d'une éventuelle indivisibilité entre les différents contrats successifs relève également de l'interprétation de la volonté des parties. V. J. GHESTIN, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 203, spéc. n° 46 ; Cass. 3 nov. 1983, Bull.civ.I.n° 252, RTDCiv.85.167 obs. J. MESTRE : “*Dans les contrats à exécution échelonnée, la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat, ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible, ou fractionné en une série de contrats*”.

droit de rétention est parfois étendu aux choses ne présentant avec la créance garantie qu'un lien de connexité indirect (1). L'exemple type est celui d'un contrat global d'entretien ou de réparation de voiture, où chaque paiement s'impute sur un compte unique existant entre les deux parties (2).

353.- Le même type de raisonnement a été parfois appliqué par la jurisprudence aux conditions de la subrogation personnelle. Alors que l'article 1250-1° du Code civil pose comme condition la simultanéité du paiement et de la subrogation, il est arrivé à la jurisprudence, en présence de paiements successifs, d'admettre la disqualification des premiers versements, antérieurs à l'établissement de la quittance subrogative, afin qu'ils soient acquis au subrogé par l'effet de la subrogation (3). Dans un arrêt du 27 novembre 1985 (4), la Cour de cassation a qualifié de créance globale, et non de règlements partiels successifs, un paiement pour compte exécuté en plusieurs fois, permettant de la sorte à l'assureur d'être subrogé dans la totalité des règlements effectués. La référence à l'idée d'une créance globale permet ainsi de faire prévaloir l'unité de l'opération sur le fractionnement de son exécution.

354.- La transposition de l'idée d'une créance globale aux contrats successifs conclus et exécutés en contemplation d'une convention-cadre permettrait ainsi d'appliquer une loi unique, celle de la

(1) V. F. ALT MAES, *Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention*, RTDCiv.87.21 ; comme exemple de connexité juridique, v. Cass. 17 juin 1969, JCP.70.II.16161 note P. CATALA, relatif à la rétention de documents par un expert-comptable. V. aussi Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 1986, n° 316 et 335.

(2) V. Cass. 25 avr. 1967, Bull.civ.I.n° 145 ; Com. 20 nov. 1967, Bull.civ.III.n° 372 ; Lyon 15 nov. 1972, D.73.Somm.6 ; v. F. ALT MAES, *op. cit.* Le même raisonnement a été appliqué en matière de contrat d'assurance. V. Cass. 28 janv. 1975, D.76.313 note H. GROUDEL.

(3) Une jurisprudence ancienne qualifiait les premiers versements de « dépôt provisoire ». V. Req. 31 mai 1848, D.1848.I.209 ; Req. 25 juill. 1865, D.P.1865.I.468. V. P. CHAUMETTE, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, RTDCiv.86.33.

(4) Cass. 27 nov. 1985, Bull.civ.I.n° 326, RTDCiv.86.752 obs. J. MESTRE : « Dès lors que les divers règlements faits par l'assureur aux entrepreneurs pour le compte de la Chambre de commerce l'avaient été, non au titre de créances distinctes, mais d'une créance globale ne pouvant être estimée et déterminée qu'à l'achèvement des travaux, la cour d'appel en a justement déduit que la subrogation avait eu lieu valablement, bien qu'elle soit intervenue non à l'occasion de chacun des règlements partiels, mais lors du règlement du solde ».

convention-cadre qui est à l'origine de l'ensemble des créances.

355.- L'incidence de la durée d'exécution sur le conflit de lois se révèle en définitive relativement incertaine. La compétence de la *lex debitoris* permet d'éviter les complications posées par l'étalement dans le temps de l'exécution des créances issues de contrats successifs conclus et exécutés en contemplation d'une convention-cadre. En revanche, l'application de la loi de la source ne permet pas, *a priori*, d'empêcher le morcellement de la compétence législative, chaque contrat pouvant parfaitement relever d'une loi propre. La difficulté peut toutefois être contournée soit par la découverte d'une indivisibilité conventionnelle, soit par la mise en valeur d'une créance globale, susceptible d'un rattachement unique. Sa résolution implique surtout que le fait générateur des créances soit la conclusion du contrat, et non son exécution, auquel cas le morcellement de la compétence législative deviendrait possible à l'égard des contrats à exécution échelonnée (1), et la mise en valeur d'une créance globale, impossible.

Il apparaît en somme que le moment auquel on se place pour analyser le droit de créance n'est pas dépourvu d'incidence sur le conflit de lois. L'intensité juridique plus grande de certains moments de la vie d'une créance, la discontinuité du droit, peuvent alors inciter à adopter une structure rattachement qui ne soit plus spatiale, mais temporelle, la résolution du conflit de lois devenant tributaire des moments de la créance.

(b).- LES MOMENTS DE LA CRÉANCE

356.- On peut songer à localiser les créances par les différents moments qu'elles sont susceptibles de traverser. Le droit n'est plus considéré en fonction de sa source, mais selon un moment de sa vie, de sorte que la localisation cesse d'être spatiale pour devenir temporelle. En d'autres termes,

(1) Sur cette controverse, v. G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223 ; v. *supra*, n° 200.

la créance est uniquement envisagée à travers les événements qui jalonnent son existence, tels que la période antérieure à sa naissance, où le droit reste éventuel (1), sa naissance proprement dite, les modalités d'exécution, les conventions portant sur sa valeur - aliénation, gage, cession -, les incidents d'exécution, et son extinction (2).

357.- L'idée de faire dépendre du temps la localisation de la créance avait déjà été développée par MM. Lyon-Caen (3), dans le cas de la mutation d'un salarié. Selon ces auteurs, il conviendrait de maintenir la compétence de la loi du pays d'origine lorsque la mutation est de courte durée. En revanche, la loi du nouveau lieu d'exécution aurait vocation à supplanter la compétence de la loi initiale lorsque la mutation présenterait une certaine durée (4).

L'approche temporelle conduit ainsi à faire dépendre la règle de conflit de lois des différentes phases de la vie d'une créance. Selon M. Endréo (5), *“Dès qu'elles sont un peu élaborées, les situations juridiques ne naissent pas en leur état définitif ; ... plusieurs situations se succéderont dans le temps. La première prépare la seconde, etc ... La naissance suppose une période de gestation ”*.

358.- Deux auteurs ont plus particulièrement envisagé l'incidence des différents moments des créances sur la résolution du conflit de lois. Selon M. B. Audit, *“en ce qui concerne les obligations, qui n'occupent aucune place dans l'espace, on peut penser à les rattacher par les événements matériels qui leur donnent immédiatement naissance : conclusion du contrat, surve-*

(1) Selon R. DEMOGUE, *De la nature et des effets du droit éventuel*, RTDCiv.1906.231, il y a droit éventuel dès que la volonté existe.

(2) Pour une analyse similaire s'agissant de la prescription extinctive, v. F. HAGE-CHAHINE, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, n° 17, p. 316 : *“L'obligation n'est donc pas soumise à la loi qui régit son essence mais à la loi qui régit le phénomène par lequel elle est saisissable ”*.

(3) G. et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1985, n° 60 sq .

(4) V. en ce sens Cass. 9 déc. 1959 **Lautier**, R.60. Somm. p. 566.

(5) G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223, spéc. p. 225.

nance du délit ” (1). Mais l'auteur ajoute : “avec les droits patrimoniaux dont l'objet n'est pas matériel, la localisation devient purement juridique ... ; ceci ne fait qu'accentuer le rôle de considérations fonctionnelles ” (2). M. Audit estime qu'il est concevable, dans certains cas, de mettre en valeur l'existence d'une loi propre à l'obligation, la dissociation entre l'obligation et la source de l'obligation apparaissant lorsque le droit prend “une valeur économique propre ” (3). La possibilité d'une loi propre introduisant la question du rattachement des créances, M. Audit estime qu'on “est alors naturellement amené à se prononcer en fonction de la nature de l'opération ayant l'obligation pour objet (saisie, protection de la créance, transfert de l'obligation) en tenant compte chaque fois des intérêts en jeu, c'est-à-dire par une analyse que l'on qualifierait aujourd'hui de fonctionnelle ” (4).

Ainsi, M. Audit propose d'appliquer à la transmission des créances la loi du domicile du débiteur, en ce que la sécurité du crédit est en cause, la loi de la source se voyant cependant reconnaître un rôle relativement à l'opposabilité de la cession aux tiers (5).

Cependant, l'auteur émet certaines réserves en affirmant qu'il “est exact que si celle [solution] qui est retenue dans un cas donné est érigée en règle de conflit de lois, celle-ci aura un objet très étroit ” (6). Bien que sa généralisation soit ainsi écartée, la méthode semble néanmoins possible en matière de saisies, de transfert et de protection des droits du créancier. D'application ponctuelle, elle permettrait de prendre en compte le fait que les créances sont des valeurs économiques susceptibles d'un rattachement propre.

359.- L'approche de M. P. Lagarde est différente en ce qu'elle part d'une hypothèse délimitée

(1) V. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227, spéc. p. 273.

(2) *Ibidem*, p. 289.

(3) *Ibidem*. *Comp.* avec Crim. 20 janv. 1987, RTDCiv.88.109 obs. J. MESTRE, l'annotateur considérant que les créances deviennent des valeurs dont on peut se prévaloir à l'égard des tiers.

(4) *Ibidem*.

(5) *Ibidem*.

(6) *Ibidem*.

à la sous-traitance et à la *floating charge* (1).

Traditionnellement, lorsqu'il garantit une créance, le privilège ou la sûreté obéit à la loi de la créance pour ce qui est de son existence, cependant que son opposabilité aux tiers est fixée par la *lex rei sitae* du bien grevé (2). Or, s'agissant de la sous-traitance, M. P. Lagarde adopte une démarche différente. Il scinde en deux étapes l'appréciation de l'existence du privilège. Devrait être consultée dans un premier temps la loi de la créance du sous-traitant, soit, selon le système de M. P. Lagarde, la loi régissant le contrat de sous-traitance. Mais "*la loi de la situation de la créance objet du privilège*" (3), soit "*la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage*" devra être consultée dans un second temps. En effet, pour l'auteur, la recherche n'est pas celle de "*la loi gouvernant cette créance, c'est-à-dire la loi du contrat principal*", mais celle de la loi du domicile du tiers saisi, et ceci parce que la créance serait analysée, non comme le rapport de droit entre le créancier et son débiteur, "*mais en tant qu'élément saisissable du patrimoine du créancier*".

360.- Le raisonnement de M. P. Lagarde conduit ainsi à distinguer une *loi de la créance*, soit la loi du contrat lui ayant donné naissance, et une *loi de la situation de la créance*, lors du moment juridique de la saisie, soit la loi du domicile du tiers-saisi, correspondant, dans le contrat de sous-traitance, à la loi du siège du maître de l'ouvrage. Dépourvue de situation lorsqu'elle est exécutée spontanément, la créance serait située au domicile du tiers saisi dans le cas d'une voie d'exécution. De manière différente, l'intensité juridique du moment analysé doit conduire à sou-

(1) V. P. LAGARDE, note sous Paris 19 janv. 1976 *Davis*, R.77.136, décision relative à la *floating charge* ; sur la sous-traitance, v. P. LAGARDE, *La sous-traitance en droit international privé*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186.

(2) V. P. LAGARDE, *op. cit.* ; J. PATARIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Privilèges*, n° 7 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 518 bis ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 641 sq. ; *contra*, v. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, qui se prononce pour la compétence de la loi d'autonomie.

(3) V. P. LAGARDE, *La sous-traitance en droit international privé*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186, spéc. p. 200.

mettre la créance à un rattachement spécifique, qui traduit sa fonction - saisie, paiement, constitution de sûreté, cession -.

Transposée à la sous-traitance, la distinction entre la créance, prise comme l'expression d'une relation juridique entre deux parties, et la créance, analysée en tant qu'élément saisissable du patrimoine d'un débiteur, pour séduisante qu'elle soit, est néanmoins contestable en ce qu'une créance est à la fois, et en même temps, l'image d'un rapport juridique entre deux personnes et une valeur susceptible d'être saisie. De surcroît, elle aboutit à une localisation multiple (loi de la créance et loi de la situation de la créance) (1), voire ubiquiste (lois des situations multiples des biens saisissables), dès lors que le patrimoine du débiteur est éclaté entre plusieurs Etats.

361.- Conclusion de la Section seconde et du Chapitre second. En définitive, l'idée, *a priori* séduisante, de localiser les créances de manière temporelle, en fonction de leurs moments juridiques, se révèle d'une grande complexité et d'une utilité discutable. D'une grande complexité, parce qu'il n'est pas certain qu'un rattachement spécifique puisse être déterminé pour chacun des moments juridiques. D'une utilité discutable, en ce que le système analysé conduit à des chevauchements de compétence.

La diversité des moments d'exécution des créances ne peut ainsi être prise en compte par la règle de conflit de lois que sous l'angle de l'incidence de la durée d'exécution dans les contrats successifs, et nous avons montré que l'application de la *lex debitoris* permettait de résoudre les difficultés posées, mieux que ne saurait le faire la loi de la source. La compétence de la *lex debitoris* sort ainsi renforcée de l'analyse de la pluralité des sources et des moments d'exécution des créances. On ne peut toutefois dissimuler le fait que la méthode conflictuelle ne permet pas

(1) Le résultat est inévitable. V. Paris 19 janv. 1976 *Davis*, R.77.136 note P. LAGARDE précité.

d'éviter la pluralité des rattachements, et que les résultats de l'application de la loi de la source ne sont pas toujours prévisibles (1). Aussi, la combinaison de ces deux données (pluralité de règles et défaut de prévisibilité de l'application de la loi de la source) permet-elle d'expliquer et de justifier la pluralité de méthodes, la difficulté d'élaborer une règle de conflit de lois suffisamment générale favorisant le recours à des méthodes différentes, donnant une large part aux règles matérielles, d'origine privée, unilatérale, ou conventionnelle.

Ainsi, à la présentation de la pluralité des règles de conflit de lois applicables aux créances, doit succéder l'étude de la pluralité des méthodes.

(1) Exemples : les créances éventuelles (n° 111), le dépeçage (n° 125), la diversité des sources des créances (n° 101), les délits complexes (n° 173), la controverse relative à la date de naissance des créances (n° 200), le sort des créances issues de groupes de contrats (n° 318) ou de groupes de sociétés (n° 329).

TITRE II

LA PLURALITÉ DES MÉTHODES

362.- La pluralité des méthodes s'inscrit tout d'abord dans un cadre général, qui est celui de la « crise » de la méthode conflictuelle (1). Celle-ci souffrirait de trois maux : son classicisme, sa neutralité et son résultat.

Dans la conception classique de la règle de conflit de lois, le rapport de droit doit être situé en fonction de son siège, par l'élément exprimant le mieux sa localisation. Ainsi, l'immeuble obéit à la loi de sa situation, l'obligation est localisée au lieu de son exécution, le délit relève de la loi du lieu de commission, etc. Le grief adressé à la méthode conflictuelle est celui de son caractère trop mécanique, abstrait, le syllogisme de la règle de conflit ne laissant aucune place à des critères fonctionnels ou sociologiques.

Un reproche en appelant un autre, la critique du classicisme de la règle de conflit de lois évolue en une contestation de sa neutralité. Traditionnellement, on considérait que les règles de rattachement ne devaient pas poursuivre un résultat déterminé, la justice du droit international privé étant une justice abstraite, liée à l'application de la loi dont la compétence paraît la mieux fondée, peu importe son contenu. Or, devant les critiques d'une partie de la doctrine contre la neutralité de la règle de conflit de lois, les préoccupations de justice matérielle ont gagné progressivement l'élaboration de nombreuses structures de rattachement (2), évitant ainsi le « saut dans l'inconnu » produit par l'application des règles de conflit de lois classiques.

(1) V. G. KEGEL, *The crisis of conflicts of laws*, R.C.A.D.I.1964.91 ; B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I.1984.III.227 ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I.1986.I.9. V. aussi H. MUIR-WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse Paris II, 1985 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 63 sq.

(2) Exemples : la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 relative à la forme des testaments (mise en œuvre de la *favor validitatis*) ; l'article 9 de la Convention de la Haye du 4 mai 1971 relatif à la loi applicable à l'action directe de la victime ; la loi du 3 janvier 1972 relative à la filiation (articles 311-14 sq. C. civ.) ; les Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973 relatives à la loi applicable aux obligations alimentaires ; le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* en matière de contrats (v. Cass. 28 mai 1963 *Chaplin*, R.64.513 note Y. LOUSSOUARN, J.63.1004 note B. GOLDMAN, JCP.63.II.13347 note Ph. MALAURIE ; v. l'article 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980).

363.- Mais la critique de la neutralité de la règle de conflit de lois en masque une autre, qui est celle de sa valeur. Le grief tient cette fois au fait que la loi désignée par la règle de conflit de lois, que son inspiration soit la justice abstraite ou même la justice matérielle du droit international privé, n'est pas adaptée aux exigences des relations internationales en général, et du commerce international en particulier (1). Le remède existerait, mais en dehors de la méthode conflictuelle, et passerait par l'élaboration de règles matérielles, appelées *New Law Merchant*, par la communauté des marchands, dont l'application ne serait plus tributaire de la règle de conflit de lois, mais du caractère international de la relation en cause. La critique serait mortelle en ce qu'elle atteint les fondements mêmes de la méthode conflictuelle.

364.- Or, il est manifeste que les trois griefs énoncés trouvent particulièrement à s'appliquer en matière de créances. La localisation des créances n'est pas une opération aisée, de sorte que la pertinence de la méthode conflictuelle en tant que mode de règlement des litiges liés à des créances ne peut être dispensée d'une analyse quant à son bien-fondé.

Il nous semble cependant que certaines critiques paraissent quelque peu exagérées. La coloration matérielle de la règle de conflit de lois, présentée comme un remède à sa neutralité, peut tout aussi bien entraîner des conséquences négatives : à l'égard des parties elles-mêmes, d'une part, la nullité d'une convention n'étant pas nécessairement un mal en soi ; à l'égard de la règle applicable, de l'autre, l'exemple des Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973 ayant montré qu'une présence trop importante de règles à coloration matérielle pouvait nuire au succès de la Convention (2).

Ensuite, le défaut d'adéquation du contenu des lois internes aux besoins du commerce international doit être relativisé. Les travaux de la doctrine ont montré que les juges procédaient

(1) Exemples : fonctionnement des groupes internationaux de sociétés, cessions internationales de créances, etc.

(2) V. *supra*, n° 220 sq .

à leur adaptation en les appliquant (1). De surcroît, les différents systèmes juridiques tendent à compléter leur législation et à calquer celle-ci sur les besoins du commerce international. L'exemple de l'arbitrage international l'atteste (2), de même que l'évolution des droits des pays non occidentaux dont les réglementations sont progressivement complétées par des dispositions spécifiques du commerce international (3). Enfin, le droit du commerce international tend à se doter de règles spécifiques, telles que celles de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, relative à la vente internationale de marchandises, dont l'application pourra résulter de la désignation, par la règle de conflit de lois, de la loi d'un pays l'ayant ratifiée.

365.- Les critiques portant sur la neutralité et le résultat de l'application de la règle de conflit de lois émanaient principalement des opérateurs privés du droit international. Cependant, l'évolution récente du droit international privé atteste que d'autres critiques ont pris corps, qui portent, non pas tant sur la neutralité de la règle de conflit, que sur sa bilatéralité (4). En effet, de nombreux Etats, dont la France, ont multiplié les règles unilatérales d'application immédiate, qualifiées de lois de police, de sorte qu'on est amené à s'interroger sur l'exclusivité de la méthode conflictuelle, notamment en matière de créances monétaires (5).

366.- En réalité, le mouvement qui traverse le droit international privé contemporain traduit une diversification des méthodes, une interpénétration croissante des règles de droit international privé et de droit international public, ainsi qu'une évolution des sources.

(1) V. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *A propos du contrat international*, J.51.4 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970 ; Ph. FRANCESKAKIS, *Une lecture demeurée fondamentale, les « règles générales de conflit de lois » de Jacques MAURY*, R.82.3.

(2) V. le décret du 12 mai 1981, articles 1492 sq. NCPC.

(3) V. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 198 sq.

(4) V. G. SPERDUTI, *Théorie du droit international privé*, R.C.A.D.I.1967.III.173 ; P. GOTHOT, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, R.71.1, 209 et 415 ; Jean FOYER, *Tournant et retour aux sources en droit international privé*, JCP.76.I.2762.

(5) V. *infra*, n° 420 sq.

La diversification des méthodes est la conséquence de ce que les intérêts de l'Etat tendent à se confondre en partie avec ceux des opérateurs de droit privé du commerce international. De fait, l'Etat intervient lui-même, par le biais de sociétés publiques ou mixtes, dans les échanges du commerce international. Les frontières des droits internationaux privé et public en deviennent plus floues (1).

La diversification des méthodes et l'interpénétration des règles de droit privé et public conduit dès lors à une nouvelle définition des sources. Selon M. Y. Loussouarn, l'exclusivisme de la règle de conflit de lois est en voie d'être rejetée au profit du pluralisme des méthodes. *“Une telle solution invite à repenser la définition même du droit international privé. En effet, selon que l'on prend parti en faveur d'une définition étroite ou large, la situation de cette discipline se trouve profondément modifiée. L'identification autrefois couramment admise du droit international privé aux conflits de lois a pour conséquence logique et inéluctable de laisser en dehors de cette discipline les procédés de règlement des rapports internationaux autres que la méthode conflictuelle. Si au contraire, dans une définition extensive on considère que le droit international privé est le droit des rapports internationaux de droit privé, il doit régir l'ensemble de ces rapports quelle que soit leur méthode de règlement ... La limitation au seul droit privé ne s'impose même plus à l'heure où la distinction du droit public et du droit privé a perdu une grande partie de sa signification et est fortement battue en brèche dans les relations internationales par le jeu notamment des lois de police ”* (2).

Cependant, le pluralisme des méthodes entraîne un risque non négligeable, qui est de faire perdre au droit international privé sa cohérence. L'évolution du droit commercial atteste le danger qu'il y a pour une branche du droit de s'étendre démesurément au détriment des autres branches et au détriment de sa propre cohésion (3).

(1) Notamment à propos de l'exécution forcée des droits de créance à l'encontre des opérateurs publics. V. *infra*, n° 785 *sq.*

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé*, RTDE.74.708.

(3) V. A. PIROVANO, *Introduction critique au droit commercial contemporain*, RTDCom.85.219. Pour le droit international privé, le danger est celui d'un décalage entre le critère de l'activité internationale et le champ d'application du droit international privé lui-même.

367.- L'étude des créances en droit international privé oblige ainsi à s'interroger sur la place occupée par le pluralisme des méthodes. Cette recherche est rendue d'autant plus nécessaire que les résultats produits par la méthode conflictuelle peuvent se révéler décevants.

L'exemple tiré des créances nées du fonctionnement des groupes de sociétés le montre bien. Hormis le fait même que la définition de la notion de groupe de sociétés est variable, la recherche de la loi applicable à une créance née de l'activité d'un groupe de sociétés ne mène pas à une solution qui soit pleinement satisfaisante (1). Soit l'on respecte le principe de l'autonomie de la personnalité morale, mais la soumission de la créance à la loi de la filiale ne prend aucunement en considération l'existence du groupe. Soit l'on essaye de soumettre la créance à une loi unique, mais cette démarche conduit à la critique inverse, en ce qu'elle nie la personnalité morale et l'autonomie de chacune des sociétés du groupe.

368.- La conséquence d'une telle situation est que les ordres juridiques étatiques éprouvent des difficultés réelles à appréhender les groupes multinationaux dans leur globalité, peu importe que l'ordre juridique compétent connaisse ou ne connaisse pas une réglementation spécifique des groupes de sociétés.

Il est dès lors logique que les résultats décevants de la méthode conflictuelle puissent entraîner la recherche et la mise en œuvre de méthodes différentes. On constate d'abord que les opérateurs de droit privé se détournent de la méthode conflictuelle au profit d'un « droit spontané », appelé encore *New Law Merchant*, ou *lex mercatoria*. Dans le même temps, la divergence des législations nationales est mise à profit par les groupes multinationaux, la disparité des lois nationales commandant parfois la politique d'implantation du groupe, ainsi que sa politique relative aux prix de transfert pratiqués entre les différentes filiales. L'intervention de la volonté

(1) V. *supra*, n° 134 et 329.

privé révèle ainsi la tentative de s'affranchir de la règle de conflit de lois.

369.- Mais une telle entreprise ne peut rester sans réaction de la part des Etats. On constate en effet que deux moyens sont mis en œuvre afin de contrecarrer les velléités privées d'affranchissement des règles de conflit de lois : d'une part, l'adaptation des droits nationaux par le recours aux lois de police et aux dispositions unilatérales, qui priment tant sur le contenu du contrat international que sur l'éventuelle application d'une loi concurrente (1) ; d'autre part, l'élaboration d'un droit conventionnel, qui n'est plus une riposte limitée à chaque Etat, mais qui suppose et implique une collaboration internationale (2). Aussi bien, l'intervention du pouvoir étatique traduit-elle à la fois une remise en cause de l'exclusivisme de la méthode conflictuelle et la combinaison de règles unilatérales et matérielles.

En somme, la pluralité des méthodes est à la fois la rançon des résultats parfois décevants de l'application de la méthode conflictuelle en matière de créances, et la conséquence de l'évolution de la règle de conflit, en ce qu'a été adjointe à sa fonction traditionnelle de répartition une fonction régulatrice (3).

(1) L'adaptation peut porter sur la défense des intérêts nationaux contre la dépendance économique (contrôle des changes, transferts de technologie, contrôle de la répartition du capital des sociétés cotées en bourse, contrôle des investissements étrangers), contre l'évasion fiscale (bénéfice mondial, bénéfices consolidés, contrôle des prix de transfert, contrôle du régime des abandons de créances), ou encore sur la défense des intérêts particuliers, tels que ceux des créanciers locaux, des actionnaires minoritaires, des salariés, etc.

(2) V. les Codes de bonne conduite de l'O.C.D.E. de 1976, du B.I.T. de 1977, de l'O.N.U. de 1980, etc.

(3) V. en ce sens, J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, p. 22 *sq.*

CHAPITRE I

INTERVENTION DE LA VOLONTÉ PRIVÉE ET AFFRANCHISSEMENT DE LA RÈGLE DE CONFLIT DE LOIS

Deux grandes catégories permettent d'illustrer la tentative des opérateurs privés de s'affranchir du jeu des règles de conflit de lois, les « grands contrats internationaux », qualifiés encore de contrats d'Etats, ou de *State Contracts*, et les figures contractuelles imaginées par le pouvoir bancaire international. Leur analyse aboutit à constater le maintien d'un rôle non négligeable de la règle de conflit de lois.

SECTION I

LES GRANDS CONTRATS INTERNATIONAUX

370.- Le terme de « grands contrats internationaux » masque une typologie assez complexe de contrats aux finalités diverses. Leur principale caractéristique est que l'une des parties au contrat est un Etat, ce qui explique l'expression usuelle de *contrat d'Etat* ou de *State Contract* (1). En dépit de l'unité de termes, les contrats d'Etat couvrent des types de contrat très différents, tels

(1) La terminologie de « grands contrats internationaux » est celle de M. W. WENGLER ; v. *Immunités législatives et grands contrats internationaux*, R.71.637 ; v. aussi P. MAYER, *Le mythe de « l'ordre juridique de base »*, in Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 199, Litec, 1982 ; P. WEIL, *Principes généraux du droit et contrats d'Etat*, Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 387, Litec, 1982 ; B. OPPETIT, *Arbitrage et contrats d'Etat*, J.84.37 ; P.-Y. TSCHANZ, *Contrat d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international*, d'Etat, J.86.5 ; D. BERLIN, *Les contrats d'Etat et la protection internationale des investissements*, DPCI.87.197 ; J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21 ; A. A.-K. SALAMA, *Les conflits de lois en matière de prêts internationaux*, thèse, Paris X, 1981, n° 138 sq. ; Ph. LÉBOULANGER, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, 1985. R.85.47 ; P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat*

que les contrats d'échange, de production, d'approvisionnement, de développement économique, de transfert de technologie, de construction d'usines, d'investissement. Leur typologie est complexe en ce que la société internationale est elle-même « hétérogène » (1).

371.- La définition du contrat d'Etat repose sur deux caractéristiques essentielles : l'une des parties au contrat est un Etat, et les obligations du contrat ont un objet de droit privé. Sont ainsi exclus les accords des Etats relevant du droit international public, de même que les conventions signées entre l'O.N.U. et les fonctionnaires internationaux, qui sont soumises à des règles spécifiques.

Selon M. J.-F. Lalive (2), *“La problématique de base demeure ... L'évolution et l'essor des relations économiques, dont dépend le développement et qui sous-tendent l'armature juridique, n'ont pas eu pour conséquence d'éliminer ou même de modifier très sensiblement les règles existant jusqu'alors. Celles-ci conservent en bonne partie leur validité et leur effectivité. Sans doute convient-il de les compléter et de les aménager pour tenir compte des situations nouvelles, mais il est de fait qu'elles sont difficilement remplaçables, à moins qu'on ne leur substitue une forme d'anarchie, de non-droit, ou un système de « droit mou », générateur d'insécurité et de confusion ”* (3).

372.- L'évolution des grands contrats internationaux, ou contrats d'Etat, a fait surgir tant leur complexité que leur « privatisation ».

Leur complexité apparaît lorsqu'on examine les obligations de l'entrepreneur : fournitures

(1) V. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21.

(2) *Ibidem*, p. 163 sq .

de biens, de marchandises, de services, tels que le montage des biens, l'assistance au montage, la formation du personnel, le transfert de savoir-faire, l'assistance à la mise en route, la réalisation de travaux de génie civil, etc. Une telle diversité d'obligations ne peut manquer de poser la question du dépeçage du contrat. La rédaction de clauses d'interprétation montre plutôt la volonté des parties d'éviter le dépeçage de leurs relations juridiques, et l'éclatement de la qualification.

La « privatisation » des contrats d'Etat a été récemment mise en valeur par un auteur (1). L'analyse de leurs dispositions révélerait en effet l'absence de spécificité par rapport aux autres contrats du commerce international.

Aussi bien, le danger d'élimination de la méthode conflictuelle ne viendrait-il pas de la spécificité des contrats d'Etat, mais de la théorie de *l'ordre juridique de base* .

373.- Selon cette théorie (2), le contrat d'Etat baignerait dans deux ordres juridiques. L'un serait l'ordre juridique international, ou de base, qui lui servirait de fondement ; l'autre, l'ordre juridique étatique, substrat de règles matérielles destinées à gouverner le contrat. Il résulte de cette conception que la validité du contrat d'Etat ne devrait être recherchée que dans le seul ordre juridique de base.

Le défaut inhérent à un tel raisonnement est de bâtir un ordre juridique sur des principes qui ne sont pas toujours très bien précisés, et dont le contenu doit en fait être fixé par rapport à un ordre juridique étatique déterminé. Il est aussi de vouloir parvenir à tout prix à la validité du contrat d'Etat. Or, ainsi que l'avait fait remarquer F. Gény, la volonté ne saurait prendre son

(1) V. Ph. LÉBOULANGER, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères* , Economica, 1985.

(2) V. P. MAYER, *Le mythe de « l'ordre juridique de base »*, in Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 199, Litec, 1982 ; P. WEIL, *Principes généraux du droit et contrats d'Etat* , Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 387, Litec, 1982.

V. aussi J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées* , R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. note 186, qui cite une proposition de G. VAN HECKE à l'IDI., en vertu de laquelle il conviendrait de distinguer entre “*la loi qui régit le contrat et l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat* ”.

point d'appui sur elle-même.

En réalité, l'analyse des contrats d'Etat permet de montrer qu'ils obéissent à la loi d'autonomie. Or, la loi d'autonomie n'est pas une règle matérielle du commerce international, mais une règle de conflit de lois, de sorte que les créances issues des contrats d'Etat obéissent, pour l'essentiel, à la méthode conflictuelle.

§ 1.- Les grands contrats internationaux relèvent de la loi d'autonomie

374.- “*Tout contrat qui n'est pas un contrat entre les Etats en tant que sujet du droit international a son fondement dans une loi nationale* ” (1). Dans la pratique, il semble que très peu de contrats d'Etat échappent à l'application d'une loi étatique. La lecture des sentences arbitrales montre bien plutôt une utilisation par les parties du principe de la loi d'autonomie, conduisant à l'application d'une loi étatique. En effet, la loi applicable est le plus souvent celle de l'Etat contractant, excepté le cas des contrats d'emprunt, où le contrat est soumis à la loi de la banque. Il arrive aussi que les parties choisissent une loi techniquement *appropriée* - loi new-yorkaise pour les prêts - ou *neutre* - loi suisse -.

375.- L'élection de la loi de l'Etat contractant conduit le plus souvent l'opérateur de droit privé à insérer des clauses d'intangibilité ou de stabilisation du droit applicable, qui permettent une délocalisation ou une internationalisation du contrat (2).

Différents Codes ou projets de code retiennent également l'application de la loi d'autonomie, tel le projet de l'IDI., lors de la session d'Athènes de 1979, relative à “*la loi du*

(1) V. C.P.J.I. 12 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens* , R.29.427 note J.-P. NIBOYET, J.29.1002.

(2) V. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées* , R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 56.

contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère ” (1). L'article 1er énonce que “*Les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit choisies par les parties, ou, à défaut d'un tel choix, aux règles de droit avec lesquelles le contrat comporte le rattachement le plus étroit* ”. L'article 2 propose une liste d'options non limitative : “*Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes, ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit* ”.

376.- De même, le Guide sur la rédaction des contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels propose comme principe l'application de la loi du pays du débiteur de la prestation caractéristique, soit la loi de l'opérateur, sous réserve du jeu de la *lex rei sitae*. Parallèlement, le Guide pour la rédaction des contrats internationaux de coopération industrielle retient le principe de l'autonomie de la volonté, sous réserve du jeu des lois impératives (2).

377.- Enfin, les clauses d'élection du droit applicable, ainsi que les Guides précités, réservent l'application des usages du commerce international (3). Néanmoins, les usages ne sont susceptibles d'intervenir que pour compléter la loi, car “*il ne pourrait être possible de se fonder exclusivement sur la pratique commerciale. En l'absence d'écrit, donc de rattachement formel*

(1) V. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 51.

(2) Ces Guides ont été élaborés par la Commission économique pour l'Europe, qui a pour mission de faciliter le commerce entre les pays de l'Europe de l'Ouest avec ceux de l'Europe de l'Est. La Commission a également publié des conditions générales pour la fourniture à l'exportation des matériels d'équipement, qui sont simplement facultatives. V. J.-F. LALIVE, *op. cit.*, spéc. p. 167.

(3) *Comp.* avec J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire*, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Paris, 1836, p. 471 : “*Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi. Quand on est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel* ”. V. aussi *Naissance du Code civil*, préface de F. EWALD, Flammarion, 1989, spéc. p. 42 et 43.

à un système juridique donné, il y a lieu de déduire des indices de localisation retenus que les parties se sont rattachées ” à tel système juridique plutôt qu'à tel autre (1).

Il apparaît ainsi que tant les décisions de justice, nationales et internationales, que les pratiques contractuelles, font obéir le contrat d'Etat à la loi d'autonomie, de sorte que le contrat d'Etat n'est pas un contrat sans loi. Ceci ressort particulièrement de l'analyse des arbitrages internationaux rendus en la matière. Il sera enfin nécessaire d'envisager l'hypothèse où aucune loi n'aurait été choisie par les parties, les créances issues du contrat d'Etat devant néanmoins obéir à une loi étatique.

(a).- L'EXCLUSION DU CONTRAT SANS LOI

378.- L'hypothèse du contrat sans loi est l'une de celle qui menace le plus directement la méthode conflictuelle. En effet, son admission impliquerait que les parties n'ont pas besoin du secours d'une loi étatique pour conférer à leur convention toute sa validité, et que la volonté puiserait en elle-même sa propre force et son efficacité, de sorte que le fondement de l'engagement serait interne à la volonté, à l'acte de volition, et contenu dans la promesse de s'engager.

Dans le cadre du commerce international, l'admission du contrat sans loi signifierait que le contrat pourrait se suffire à lui-même, et déployer ses effets dans une « autarcie juridique ». Cette thèse a connu un certain succès par le passé, notamment sous la plume de J. Donnedieu de Vabres (2). Trois décisions célèbres l'ont cependant clairement condamnée (3). Pourtant, en dépit de sa

(1) Versailles 17 sept. 1986, RJC.87.149 note P. de FONTBRESSIN.

(2) J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XXème siècle*, thèse, Paris, 1938, p. 561 : “Il y a une activité économique internationale échappant à la souveraineté des législateurs particuliers et revêtue d'un statut juridique propre, irréductible au simple concours de lois internes en conflit ”.

(3) V. C.P.J.I. 12 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens*, R.29.427 note J.-P. NIBOYET, J.29.1002 ; Cass. 21 juin 1950 *Messageries maritimes*, D.51.749 note J. HAMEL, R.50.609 note H. BATIFFOL, JCP.50.II.5812 note J. Ph. LÉVY, S.52.I.1 note J.-P. NIBOYET ; Sentence 23 août 1958 *Aramco*, R.63.312 ; H. BATIFFOL, *La sentence Aramco et le droit international privé*, R.64.647.

condamnation tant par la jurisprudence, nationale et internationale, que par une partie importante de la doctrine (1), la thèse du contrat sans loi continue de séduire certains auteurs contemporains, qui proposent de la limiter aux contrats d'Etat (2). Car il serait exclu que l'Etat puisse accepter de se soumettre à une loi différente de la sienne, et le fait pour l'entreprise d'être dépendante de la loi de l'Etat contractant serait mal supporté.

Aussi bien, pourquoi ne pas décider de faire échapper les contrats d'Etat et les créances qui en découlent à l'emprise de toute loi étatique ? Cette position paraît d'autant plus soutenable que la plus grande partie des contrats d'Etat sont soumis à l'arbitrage international, que l'arbitre n'a pas, en principe, de *lex fori*, et qu'il tient ses pouvoirs de la seule volonté des parties. En ce sens, la volonté de s'affranchir de toute loi étatique et de toute règle de conflit de lois devrait s'imposer aux arbitres, d'autant plus que, depuis la réforme de l'arbitrage international opérée par la France, le nouvel article 1502 du N.C.P.C. ne subordonne plus l'exequatur des sentences arbitrales au contrôle de la loi appliquée par l'arbitre.

Néanmoins, l'argument tiré de l'arbitrage international est un faux argument, en ce que les inconvénients de la thèse du contrat *dit* sans loi sont les mêmes, que l'on se place devant l'arbitre international ou devant un juge étatique. Les parties ne peuvent en effet tout prévoir, et l'autarcie juridique dans laquelle elles souhaitent enfermer leurs relations peut en réalité en signifier la mort, faute d'avoir accepté la recherche d'une solution extérieure à la convention lorsque celle-ci

(1) V. P. LEVEL, *Le contrat dit sans loi*, TCFDIP.1964-1966, p. 213 ; G.-R DELAUME, *La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, J.66.26 ; A. S. EL KOSHERI, *Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier*, RCADI.1975.IV.219, spéc. p. 288, et compte-rendu de P. LAGARDE, R.78.833 ; E. MOKHTAR BEY, *Le leasing international*, RJC.82.165 ; J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I. 1983.III.21, spéc. p. 46 ; D. BERLIN, *Les contrats d'Etat et la protection internationale des investissements*, DPCI.87.197, pour qui le contrat d'Etat peut puiser sa force dans l'ordre juridique de l'Etat contractant ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 578 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 74.

(2) V. V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988, n° 199 *sq.*, qui analyse le contrat sans loi comme une règle matérielle de droit international privé ; v. aussi M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, Litec, 1986, n° 77 ; P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat*, J.86.5. Pour cet auteur, le choix du droit du contractant est impossible parce que celui-ci "ne peut avoir pour objet la personne dont il émane ... Le contrat tirerait sa validité de la décision du juge ou de l'arbitre ... Il n'y a pas vraiment de droit applicable aux contrats d'Etat, mais un ensemble de règles ou de principes transnationaux applicables par l'arbitre".

présente une lacune. Les inconvénients de la théorie du contrat sans loi sont tels que ni la pratique ni les arbitres n'en font usage.

Les arbitrages ayant porté sur les grands contrats internationaux montrent bien plutôt l'existence dans chaque contrat d'une clause d'élection du droit applicable, complétée par des mécanismes de sauvegarde visant à protéger l'entreprise contre les changements intempestifs du contenu de la loi de l'Etat contractant.

(b).- LOI D'AUTONOMIE ET ARBITRAGE INTERNATIONAL

379.- De nombreux contrats d'Etat ont donné lieu à des arbitrages internationaux célèbres : ainsi des affaires *Aramco* (1) et *Baruch Foster Corp. c. Ethiopie* (2), des trois grands contrats libyens, *Texaco*, *Liamco* et *British Pétroleum* (3), des affaires *Norsolor* (4), *Agip c. Congo* (5), *Aminoil* (6), et *Framatome* (7). D'autres sentences, publiées de manière anonyme, montrent également que les arbitres procèdent d'abord à la recherche de la loi applicable (8).

(1) Sentence 23 août 1958 *Aramco*, R.63.312, qui a déclaré que tout contrat est soumis à une loi étatique.

(2) Sentence 15 févr. 1974 *Baruch Foster Corp. c. Ethiopie*, citée par J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 73 sq.

(3) Sentences 10 oct. 1973 et 1er août 1974 *British Pétroleum*; 27 nov. 1975 et 19 janv. 1977 *Texaco*; 12 avril 1977 *Liamco*; sur ces sentences, v. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 83 sq., notes 100 sq.; F. RIGAUX, *Des Dieux et des héros*, R.78.435; P. WEIL, *Droit international et contrat d'Etat*, Mélanges P. REUTER, p. 549, Pédone, 1981.

(4) Sentence 26 octobre 1979 *Norsolor*, et TGI. Paris 4 mars 1981 *Norsolor*, J.81.836 note Ph. KAHN; v. Ph. FOUCHARD, *Les usages, l'arbitre et le juge*, in *Etudes offertes à B. GOLDMAN*, p. 73, Litec, 1982. Dans cette affaire, le tribunal arbitral retint l'application de la *lex mercatoria*, les arbitres n'ayant pas trouvé d'expression de la volonté des parties quant au choix du droit applicable, ni de points de rattachement significatifs avec la loi d'un Etat.

(5) Sentence CIRDI. 30 novembre 1979 *Agip c. Congo*.

(6) Sentence 24 mars 1982 *Aminoil*, v. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 147 sq.

(7) Sentence 30 avril 1982 *Framatome*, v. B. OPPETIT, *Arbitrage et contrats d'Etat*, J.84.37.

(8) V. par exemple Sentence C.C.I. n° 3316, D.81.IR.190 obs. M. VASSEUR, J.80.970 obs. Y. DERAIS, relative à la détermination de la loi applicable à une garantie à première demande; Sentence C.C.I. n° 4761, J.86.1137 obs. Y. DERAIS.

380.- L'examen de ces différentes sentences permet de se convaincre que le principe d'autonomie de la volonté garde sa prééminence, quand bien même sa mise en œuvre conduirait à l'application d'une loi étatique.

Dans l'affaire précitée *Baruch Foster Corp. c. Ethiopie*, le contrat d'Etat prévoyait l'application de la loi éthiopienne, complétée par une clause de stabilisation de son contenu à la date de la conclusion du contrat et par la référence, à titre subsidiaire, aux principes généraux du droit.

Dans les trois affaires libyennes, la clause de droit applicable avait été « standardisée » par la Libye. Son contenu était le suivant : *“La présente concession sera régie et devra être interprétée conformément aux principes du droit libyen en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international : en l'absence de points communs entre les principes du droit libyen et les principes du droit international, la concession sera régie par les principes généraux du droit et interprétée conformément à eux, en ce compris ceux des principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales ”* (1). La clause de droit applicable était ainsi à double étage : le droit en principe applicable était le droit libyen, mais stabilisé et complété par les principes généraux du droit international, ceux-ci intervenant comme une sorte d'ordre public des grands contrats internationaux, afin d'assurer à l'entreprise une sécurité juridique et une stabilité contractuelle.

Dans l'affaire *Agip c. Congo*, ayant été arbitrée par le C.I.R.D.I., la clause stipulait que le droit applicable était *“la loi congolaise, complétée le cas échéant, par tout principe de droit international ”*. Le C.I.R.D.I. estima que le droit international pouvait intervenir *“soit pour combler une lacune du droit congolais, soit pour y apporter les compléments nécessaires ”* (2).

381.- La clause du contrat *Aminoil* était différente, en ce que les parties avaient confié à l'ar-

(1) V. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 100 sq.

(2) *Ibidem*, p. 144.

bitre le soin de choisir le droit applicable : *“Le droit régissant les rapports entre les parties sera déterminé par le tribunal, qui tiendra compte de la qualité des parties, du caractère transnational de leurs relations et des principes de droit et des pratiques reçues dans le monde moderne ”* (1). Le tribunal procéda à un panachage du principe de proximité et du dépeçage. En effet, fut appliqué le droit koweïtien aux litiges pour lesquels *“ce droit est le plus directement impli-qué ”*. Mais le tribunal ajouta que le contrat devait être interprété *“conformément aux principes communs aux droits du Koweït et de l'Etat de New York et, en l'absence de tels principes communs, conformément aux principes de droit normalement consacrés par les Etats civilisés en général, y compris ceux qui ont été appliqués par des tribunaux internationaux ”* (2).

Le tribunal arbitral admit de surcroît une règle assez surprenante, mais qui ne peut découler que du principe de l'autonomie de la volonté, en affirmant que le conflit pourrait être *“régé par un assemblage de règles différent de celui qui, avant l'arbitrage, régissait les situations et les questions qui font l'objet du litige ”*.

382.- Dans l'affaire ayant donné lieu à la sentence *Framatome* du 30 avril 1982, les parties avaient choisi comme droit applicable le droit iranien, que l'arbitre pouvait compléter par les principes généraux du droit. Le contrat ne contenait cependant pas de clause de stabilisation ou d'intangibilité du droit applicable.

Enfin, dans une sentence arbitrale rendue par la C.C.I. en 1984 (3), il fut décidé que :

“1° le droit libyen est en principe applicable à tous les aspects du litige, en ce qu'il n'est pas contraire à l'ordre public international et aux principes de la bonne foi ;

2° dans l'hypothèse où le droit libyen n'aurait pas été prouvé conformément à l'article 8 de l'acte de mission, le tribunal arbitral appliquera la lex mercatoria, soit les principes généraux

(1) V. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 148 sq.

(2) *Ibidem*, p. 150.

(3) Sentence C.C.I. n° 4761, J.86.1137 obs. Y. DERAÏNS.

du droit ;

3° la *lex mercatoria* s'appliquera également si le droit libyen, tel qu'il a été établi pour l'une ou l'autre des parties était manifestement lacunaire ou incomplet sur un ou plusieurs aspects du litige ”.

383.- La rédaction des différentes clauses citées montre que la *lex mercatoria* , soit les principes généraux du droit, tiendrait lieu à la fois d'**ordre public international** et de *lex fori* à l'arbitre international. En effet, lorsqu'il n'est pas conforme aux principes généraux du droit ou à la *lex mercatoria* , ou lorsque son contenu n'est pas prouvé, le droit applicable, correspondant à la loi de l'Etat contractant, est écarté au profit de l'application subsidiaire de la *lex mercatoria* . On constate ainsi que les cas d'intervention de la *lex mercatoria* correspondent à ceux de la *lex fori* du juge étatique saisi d'un litige (1).

384.- L'analyse des clauses d'*electio juris* des grands contrats internationaux révèle ainsi que le droit en principe applicable est celui de l'Etat contractant, lequel participe de plus en plus souvent à la réalisation de l'ensemble industriel. De même, le fait que les contrats contiennent des clauses d'arbitrage ne modifie pas de manière fondamentale la rédaction des clauses d'*electio juris* . L'aménagement de la compétence de principe de la loi de l'Etat contractant par la mise en place de clauses d'intangibilité, de stabilisation, de référence aux principes généraux du droit ou à la *lex mercatoria* , ne constitue qu'une mise en œuvre du principe de l'autonomie de la volonté, à l'instar du dépeçage, mais dont la portée est incertaine, parce qu' “*en toute matière, la notion de*

(1) La *lex causae* est écartée au profit de l'application subsidiaire de la *lex fori* en cas de défaillance, de lacune ou de contrariété à l'ordre public international, dont le contenu est précisément fixé par la *lex fori* elle-même. Sur la compétence subsidiaire de la *lex fori* , v. J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois* , thèse, L.G.D.J., 1959 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé* , t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 672 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé* , 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 202 *sq.* ; v. Cass. 2 févr. et 21 juin 1988 *Soc. Balenciaga* , R.89.55 note B. ANCEL.

principes généraux du droit, loin de constituer un système de règles juridiques précises, n'est rien d'autre qu'un complexe de normes vagues, insusceptibles de gouverner le régime d'un contrat ” (1).

En réalité, l'arbitre ne pourra disposer d'une entière liberté qu'à défaut de choix du droit applicable par les parties. Selon M. B. Oppetit, “*une clause expresse de choix de la loi ne semble rendre possible que la référence aux usages, et non aux principes généraux du droit* ” (2). En l'absence même d'une clause d'*electio juris* , les arbitres font preuve d'une certaine prudence, toute empreinte de classicisme, dans l'exercice de la liberté qui leur est ainsi confiée, les rattachements objectifs mis en œuvre s'apparentant à ceux de la méthode conflictuelle (3).

(c).- LES RATTACHEMENTS PROPOSÉS À DÉFAUT DE CHOIX

385.- L'absence de choix du droit applicable par les parties rend nécessaire la localisation des créances issues du contrat d'Etat (4). En raison de l'atténuation progressive de la spécificité des contrats d'Etat et de leur « privatisation » (5), nous ne voyons pas de motif d'écarter la compétence de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, quitte à la compléter par le principe de proximité ou par le jeu de la *lex rei sitae* lorsque le contrat a pour objet des biens immobiliers (6). Il n'est pas douteux que “*la recherche de la prestation caractéristique*

(1) W. WENGLER, *Immunités législatives et grands contrats internationaux* , R.71.637 ; du même auteur, v. aussi *Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat* , R.82.467.

(2) B. OPPETIT, *Arbitrage et contrats d'Etat* , J.84.37.

(3) V. par exemple Sentence C.C.I. n° 5118, J.87.1027 obs. S. JARVIN, qui, en l'absence d'une clause de choix du droit applicable, écarte l'application de la *lex mercatoria* , au profit de celle de la loi du vendeur, conformément à une “*règle de conflit de lois appropriée* ”, les arbitres qualifiant la compétence de la loi du vendeur de “*coutume internationale* ”.

(4) V. Cass. 31 mai 1932 *Carathéodory* , S.33.I.17 note J.-P. NIBOYET, R.34.909 note J.-P. NIBOYET. Cet arrêt était relatif à un bail d'immeuble situé à Constantinople et consenti à l'Etat français par un sujet ottoman. Les juges du fond avaient déclaré applicable la loi française au motif que toute personne privée qui traite avec un Etat souverain se soumet par là-même aux lois de cet Etat. Leur décision est cassée par la Cour de cassation, qui fait application de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

(5) V. *supra* , n° 372.

(6) Sur la compétence de la *lex rei sitae* , v. par exemple Cass. 31 mai 1932 *Carathéodory* . Cependant, la modification de la nature des investissements des entreprises occidentales dans les pays du tiers-monde est de nature à limiter l'intervention de la *lex rei sitae* . V. en ce sens, J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées* , R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 167.

ou dominante [peut] dans bien des cas faciliter la recherche des points de rattachements ” (1). Le Guide relatif à la rédaction des contrats portant sur la réalisation d'ensembles industriels propose également comme rattachement de principe celui du pays de l'opérateur, sous réserve du jeu des lois de police, de la *lex rei sitae*, ou d'autres mesures territoriales.

Enfin, les parties peuvent décider de confier à l'arbitre le soin de déterminer la loi applicable (2), l'inconvénient de cette méthode tenant au fait que les parties devront constituer le tribunal arbitral pour connaître le droit applicable à leurs relations ! Une telle solution accroît également l'importance de la qualification, notamment si le contrat s'apparente à un contrat d'entreprise ayant pour objet un immeuble, auquel cas la compétence de la *lex rei sitae* pourra difficilement être éludée (3).

En somme, l'examen des grands contrats internationaux montre clairement qu'ils obéissent le plus souvent à une loi étatique, désignée par les parties en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Ceci tend à prouver que même à l'égard des créances issues des contrats d'Etat, la méthode conflictuelle garde une certaine prééminence, notamment grâce à l'exclusion de la théorie du contrat sans loi.

Cette conclusion nécessite toutefois de montrer que la loi d'autonomie n'est pas une règle matérielle du commerce international, mais bien une règle de conflit de lois.

(1) J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 185.

(2) V. par exemple Sentence 24 mars 1982 *Aminoïl*, v. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 147 *sq.* ; l'article 7 de la Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 ; l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. ; l'article 13 § 3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. V. Ph. FOUCHARD, *La loi-type de la CNUDCI. sur l'arbitrage commercial international*, J.87.861. *Comp.* avec l'article 187 de la loi suisse du 18 décembre 1987 : “*Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits*”.

(3) V. J.-F. LALIVE, *op. cit.*, p. 279.

§ 2.- La loi d'autonomie n'est pas une règle matérielle

386.- Les exemples que nous avons proposés au cours des développements précédents permettent de se convaincre de l'emploi très largement effectué par la pratique de l'un des fondements de la règle de conflit de lois, soit le principe d'autonomie de la volonté, de sorte que la méthode conflictuelle, bien que concurrencée par des méthodes différentes, garde une certaine prééminence, même auprès des arbitres internationaux.

Cependant, tout en ne contestant pas l'importance du recours à la loi d'autonomie, certains auteurs considèrent que celle-ci aurait cessé d'être une règle de conflit de lois pour devenir une règle matérielle du commerce international (1). Leur argument principal tient à la généralisation du principe d'autonomie de la volonté, et à sa mise en œuvre de plus en plus fréquente par la pratique.

387.- Certes, il n'est pas douteux que l'autonomie de la volonté a pris une ampleur considérable, au point d'être devenue l'un des piliers des règles de conflit de lois, avec le principe de souveraineté et le principe de proximité. Néanmoins, l'idée qu'une telle ampleur aurait pu la commuer en une règle matérielle du commerce international suscite des réserves importantes. N'est pas contesté ici le fait qu'existeraient dans le commerce international un certain nombre de règles matérielles. M. J.-F. Lalive considère, par exemple, que la définition de la force majeure au sens du commerce international serait devenue une règle matérielle (2). Pourraient également relever de cette qualification les clauses de *hard ship* (3), l'obligation de minimiser ses pertes, et le devoir de bonne foi.

(1) V. F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973 ; V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988, n° 93 *sq.*

(2) J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 227 *sq.*

(3) V. J.-F. LALIVE, *op. cit.*, p. 224 *sq.* ; sur ces clauses, v. B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hard ship*, J.74.794.

388.- Mais il est erroné de déduire de la généralisation du recours à la loi d'autonomie la qualification de règle matérielle. L'analyse du postulat de départ met en effet en évidence une erreur de perspective. Bien qu'il soit connu de différentes législations et Conventions, le principe d'autonomie de la volonté voit son contenu varier avec les frontières. La notion n'est ni homogène, ni exempte de certaines contradictions, liées à son degré de reconnaissance. Car la difficulté inhérente au principe d'autonomie est de savoir jusqu'à quel point on entend laisser aux parties la liberté de choisir et d'aménager la ou les lois applicables. Donnent ainsi lieu à des solutions différentes aussi bien la portée et le contenu du choix de la loi applicable - possibilité de gel (1), de changement de loi en cours d'exécution (2), de dépeçage (3) -, que la détermination de la loi applicable à défaut d'un tel choix - localisation objective ou subjective du contrat (4), mise en œuvre de rattachements souples (5) ou rigides (6), recherche d'une volonté réelle ou hypothétique (7), etc -. L'apparente généralisation du principe d'autonomie de la volonté masque en réalité des divergences assez importantes quant à son contenu et à l'étendue de sa reconnais-

(1) Cette question s'est principalement posée en matière de régimes matrimoniaux. V. Cass. 1^{er} févr. 1972 **Gouthertz**, R.72.644 note G. WIEDERKHER, J.72.594 note Ph. KAHN, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 50.

(2) Deux pays (l'Italie et l'Angleterre) étaient contre la modification ultérieure de la loi applicable. Mais la Convention de Rome du 19 juin 1980 en admet le principe (v. l'article 3).

(3) Le dépeçage est consacré par de nombreuses Conventions internationales, dont celle de Rome du 19 juin 1980 et celle de La Haye du 22 décembre 1986. Le traitement du dépeçage montre que les textes ne sont pas exempts de contradictions. En effet, alors qu'elle admet le dépeçage, la Convention de Rome condamne le contrat sans loi. Or, les deux questions sont liées d'une certaine manière, en ce qu'elles constituent chacune l'aboutissement du principe d'autonomie de la volonté.

(4) Sur ces conceptions, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7^{ème} éd., LGDJ., n° 570 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1989, n° 374 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1987, n° 690 *sq.* ; Pour une critique de la localisation subjective, v. V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988, n° 291 *sq.* ; v. Cass. 25 mars 1980 **Soc. Mercator Press**, R.80.576 note H. BATIFFOL, J.80.650 note Ph. KAHN.

(5) En faveur de tels rattachements, la méthode de la *proper law*, les droits grec et belge, et en partie le droit suisse, la réserve liée à la clause d'exception introduisant une certaine souplesse dans la détermination de la loi applicable (v. la loi du 18 décembre 1987, articles 15 et 117 al. 1).

(6) En ce sens, l'article 25 du Code civil italien (loi nationale commune, ou loi du lieu de conclusion) ; l'article 126 des principes du droit civil soviétique (loi du lieu de conclusion).

(7) Le droit allemand admettait, avant la transposition de la Convention de Rome du 19 juin 1980, la recherche d'une volonté hypothétique. V. par exemple BGH. 22 déc. 1961, R.62.621 note E. MEZGER.

sance. Les différents systèmes juridiques n'attribuent pas au principe de l'autonomie de la volonté des conséquences identiques, notamment en raison des controverses relatives au dépeçage, au contrat sans loi, à la modification ultérieure de la loi applicable. Dès lors, il ne paraît pas possible de déduire d'une apparence d'uniformité la qualification de règle matérielle du commerce international, de sorte que la qualification classique de règle de conflit de lois demeure.

389.- Et à supposer même que les divergences se réduisent avec le fil du temps, le principe d'autonomie de la volonté demeurera une règle à deux étages, l'un relatif au choix de la loi applicable et à ses modalités, l'autre, à la méthode de désignation de la loi applicable à défaut d'un tel choix. En d'autres termes, ce qui caractérise le principe d'autonomie de la volonté, c'est sa *dualité*. Or, le défaut de choix de la loi applicable et les solutions appliquées dans une telle hypothèse ne peuvent en aucun cas relever de la qualification de règle matérielle, car il y aura *toujours* mise en œuvre d'un processus de désignation du droit compétent, ce qui est le propre du mécanisme conflictuel. Et les deux aspects du principe d'autonomie de la volonté - possibilité de choix, modalité de détermination de la loi applicable à défaut d'un tel choix - forment un tout.

390.- De plus, la possibilité de choisir la loi applicable au contrat est l'une des conséquences de son internationalité. Si elle est fictive parce que le contrat n'est pas international, la clause d'*electio juris* sera invalidée par le juge. Certes, l'un des critères de l'internationalité du contrat est le critère économique, dont la mise en œuvre serait liée à l'application des règles matérielles du commerce international (1). En ce sens, M. V. Heuzé considère que l'internationalité du contrat serait en réalité le critère d'application de la règle matérielle que constitue la loi d'autono-

(1) V. *supra*, n° 18.

mie (1). Pourtant, la jurisprudence a une approche diversifiée de l'internationalité du contrat, qui est fonction des effets que les parties entendent lui faire produire (2). Ainsi, les exigences des juges ne seront pas les mêmes selon que sont en cause la monnaie de paiement (3), l'autonomie de la clause compromissoire (4), le choix de la loi applicable et le dépeçage du contrat (5), l'effet atténué de l'ordre public international (6), ou la compétence judiciaire (7). La possibilité de choisir la loi applicable est tributaire de l'internationalité du contrat déduite du critère *juridique*. Or, le critère juridique repose sur l'existence d'un *conflit de lois* (8). Donc, la mise en œuvre de la loi d'autonomie est tributaire du critère juridique de l'internationalité du contrat, qui fait lui-même appel à l'existence d'un conflit de lois. La loi d'autonomie ne peut être une règle matérielle du commerce international.

391.- Enfin, il existe une dernière raison qui s'oppose à un tel raisonnement. A supposer que la qualification de règle matérielle fût retenue, il resterait néanmoins à s'interroger sur sa portée.

(1) V. V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988, n° 256 *sq.*

(2) Sur l'opposition entre les critères juridique et économique, v. *supra*, n° 18.

(3) Critère économique ; v. Cass. 17 mai 1927 *Pélissier du Besset*, DP.28.I.28 concl. Av. gal. MATTER, note H. CAPITANT ; Cass. 15 juin 1983, JCP.84.II.20123 note J. Ph. LÉVY, RTDCiv.84.721 obs. J. MESTRE.

(4) Critère économique ; v. Cass. 19 févr. 1930 et 27 janv. 1931 *Mardelé et Dambricourt*, S.33. I.41 note J.-P. NIBOYET ; Cass. 18 mars 1971 *Impex*, J.72.62 note B. OPPETIT, R.72.126 note E. MEZGER.

(5) Critère **juridique** ; v. Cass. 19 janv. 1976 *Cipelletti*, R.77.503 note H. BATIFFOL, J.77.651 ; Cass. 7 oct. 1980 *Tardieu*, R.81.313 note J. MESTRE. Pour le droit international privé, c'est l'enjeu essentiel.

(6) Caractère mixte (exemple des clauses monétaires, qui relèvent du critère économique, et du contrat de travail, qui relève du critère juridique).

(7) Caractère mixte (d'un côté, les clauses compromissoires, de l'autre, le contrat de travail ; l'arrêt *Tardieu* a été rendu en matière de contrat de travail). Sur la compétence judiciaire et le contrat de travail inter-national, v. P. RODIÈRE, *J.-Cl. Droit international, fasc. 573-2, Conflits de juridictions en droit du travail*.

(8) V. l'article 1 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 (référence au conflit de lois) ; les Conventions de La Haye du 14 mars 1978 sur les régimes matrimoniaux et la représentation volontaire ; l'article 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui subordonne le caractère international du contrat à l'existence du conflit de lois ; v. MM. GIULIANO et LAGARDE, *Rapport relatif à la Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE., 1980, n° L 282 / 10, font référence à des "situations qui comportent un ou plusieurs éléments d'extranéité donnant aux systèmes juridiques de plusieurs pays vocation à s'appliquer".

Devrait-elle être universelle, peu importe l'ordre juridique compétent, ou ne serait-elle pas limitée à la seule hypothèse où l'ordre juridique l'admettant présente un lien direct avec le litige ? Dans cette dernière cas, sa mise en œuvre ne pourra être directe, mais sera tributaire de la localisation du rapport de droit (1), c'est-à-dire des éléments de rattachement de la règle de conflit de lois.

En définitive, l'ensemble de ces arguments montrent que la loi d'autonomie n'est pas une règle matérielle, mais bien une règle de conflit de lois. Les créances issues des grands contrats internationaux ou contrats d'Etat continuent de relever à titre principal de la méthode conflictuelle, les tentatives des parties de s'en affranchir restant ainsi limitées.

Plus grande, en revanche, paraît la liberté dont use le pouvoir bancaire international.

SECTION II

LE POUVOIR BANCAIRE INTERNATIONAL

392.- Les banques sont réputées exercer un pouvoir créatif du droit (2). Les formes juridiques élaborées par la pratique muent l'imaginaire juridique en une réalité qui trouve son fondement dans l'autonomie de la volonté. Assis sur le principe d'autonomie de la volonté et de la liberté

(1) Cette discussion avait déjà été menée à propos de l'arrêt de Cass. 21 juin 1950 *Messageries maritimes*, D.51.749 note J. HAMEL, R.50.609 note H. BATIFFOL, JCP.50.II.5812 note J. Ph. LÉVY, S.52.I.1 note J.-P. NIBOYET. V. aussi les notes de H. BATIFFOL, R.73.77 et de Y. LOUSSOUARN, RTDCom.73.417, sous Cass. 15 févr. 1972 *Atard*. Pour l'application directe de la règle matérielle, v. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *A propos du contrat international*, J.51.4 ; *contra*, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 1981, 7ème éd., LGDJ., n° 252 *sq.* ; Cass. 29 oct. 1964, J.65.637 note B. GOLDMAN.

(2) V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit de la banque*, PUF., 1974, p. 19 ; R. RODIÈRE ET J.-L. RIVES-LANGE, *Droit bancaire*, Dalloz, 1980, p. 8.

contractuelle, le pouvoir bancaire international exprime son habileté à la fois dans une exploitation judicieuse de la sphère contractuelle et dans une utilisation avertie de la règle de conflit de lois. Bien qu'il existe sur le plan contractuel, le pouvoir de création des banques paraît beaucoup plus restreint à l'égard des règles conflictuelles.

Parallèlement, les banques rencontrent un certain nombre de contraintes, tant nationales qu'internationales, qui viennent les brider et cantonner leur faculté d'innovation, de sorte que l'existence indéniable de règles matérielles du commerce international ne peut suffire à évincer la méthode conflictuelle.

§ 1.- Expression du pouvoir bancaire international

Nous voudrions montrer comment l'existence d'une activité créatrice du point de vue des formes juridiques n'implique pas nécessairement l'équivalent sur le plan du conflit de lois.

(a).- EXPRESSION DANS L'UTILISATION DE LA SPHÈRE CONTRACTUELLE

393.- C'est assurément à propos des contrats que l'on peut constater l'existence d'un pouvoir créateur des banques. Les constructions juridiques qu'elles élaborent l'attestent sans hésitation, qu'il s'agisse des garanties à première demande (1), du crédit-documentaire (2), des euro-crédits, qui échappent pour une large part à la souveraineté des Etats (3), du financement de projet (4). Selon M. Jacquemont, le pouvoir bancaire international serait parvenu à réduire les contraintes

(1) V. par exemple Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, RTDCom. 80.1 ; Y. POULLET, *Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers*, in *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Colloque de Tours, Feduci, 1980.

(2) V. J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, Paris, 1957.

(3) V. M. JACQUEMONT, *L'émission des euro-emprunts obligataires*, Litec, 1976.

(4) V. J.-P. ECK, *Le financement de projet*, RJC. févr. 1985, p. 57.

étatiques grâce au fonctionnement des euro-crédits (1). De même, M. Ph. Fouchard perçoit dans le crédit-documentaire l'illustration d'un “*pouvoir normatif propre*”, reflétant un “*espace d'autonomie*” (2). La question qu'il convient dès lors de se poser est celle de l'étendue de cette activité créatrice. Les créances issues d'une garantie à première demande, d'un crédit-documentaire, d'un financement de projet, d'une euro-émission continuent-elles d'obéir à la méthode conflictuelle, ou bien en sont-elles détachées pour obéir à une réglementation matérielle internationale ? N'a-t-on pas cité en ce sens l'abandon de la règle de conflit de lois en matière d'arbitrage international (3) ? N'a-t-on pas laissé entendre que les contrats de cautionnement bancaire et surtout les garanties à première demande pourraient être détachés de toute loi étatique (4) ? Plus encore, certaines Conventions, telle la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises (5), ou le projet C.N.U.D.C.I. relatif aux effets de commerce (6), établissent une hiérarchie des sources où le sommet de la pyramide est constitué par les usages du commerce international et la *lex mercatoria*, et la base, par la règle de conflit de lois, tout en édictant des règles matérielles uniformes (7).

394.- Aussi les créances bancaires pourraient-elles échapper, dans une certaine mesure, à la méthode conflictuelle, les règles matérielles du commerce international ne sachant tolérer les incertitudes liées au « saut dans l'inconnu » provoqué par la règle de conflit de lois. Le constat

(1) V. M. JACQUEMONT, *op. cit.*

(2) V. Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

(3) V. B. GOLDMAN, *Règle de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, TCFDIP. 1969.119.

(4) V. C. SCHMITTHOF, *Bank's Liability under unconditional performance Bonds*, The Journal of Business Law 1977.351 ; *contra*, v. LUNZ, *La vente dans le commerce extérieur*, Moscou, 1972, compte-rendu in R.73.863.

(5) Entrée en vigueur en France le 1er janvier 1988.

(6) V. P. BLOCH, *Le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre*, J.79.770.

(7) V. Ph. KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, R.80.951.

paraît certain s'agissant des euro-crédits, qui échappent actuellement à la souveraineté des Etats, et dégénèrent en cas de tentative d'exécution forcée (1). Les euro-crédits constituent un marché financier qui est soustrait à la réglementation monétaire des Etats, et dont l'objet est l'utilisation d'une monnaie nationale en dehors du pays dans lequel elle a cours. L'euro-monnaie est à la fois une monnaie de compte et une monnaie de paiement. Le fonctionnement du système requiert une collaboration internationale des banques, ce en quoi il illustre leur solidarité et leur pouvoir. La circulation des euro-monnaie échappe au contrôle des Etats en ce qu'elle a lieu, très simplement, par des jeux d'écritures en compte. Privée et scripturale, l'euro-monnaie n'est donc pas une monnaie fiduciaire. L'affranchissement de la méthode conflictuelle et des lois étatiques apparaît avec le fonctionnement de ce système. Les banques ont établi des règles de conduite, les syndicats bancaires, par l'établissement des conditions du marché, des pratiques communes, et du classement des débiteurs, parvenant à créer et à imposer une forme de monnaie privée et délocalisée. La délocalisation des euro-crédits est prouvée par le fait que l'euro-monnaie ne peut faire l'objet d'une mesure de contrainte unilatérale étatique. En effet, dans une telle hypothèse, l'euro-monnaie dégénère en un simple remboursement de la contrevaieur de la somme *dans la monnaie locale*, ce qui a pour effet de détruire l'euro \$. Il n'est donc plus contesté que l'euro-crédit n'est correctement exécuté que dans le respect des règles transnationales d'origine privée établies par les banques.

395.- Mais hormis le cas des eurocrédits, les différents contrats bancaires, y compris les garanties à première demande, obéissent à la méthode conflictuelle, dès lors qu'aucune Convention internationale portant règles matérielles ne les appréhende directement. Mais l'existence d'une Convention ne suffit pas à résoudre toutes les difficultés. Ainsi de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, qui délaisse aux droits internes les conditions de validité

(1) V. M. JACQUEMONT, *L'émission des euro-emprunts obligataires*, Litec, 1976.

de la vente internationale de marchandises (1).

396.- De surcroît, un certain nombre de droits étrangers (2) font preuve de méfiance envers la *lex mercatoria*, de sorte que la règle de conflit de lois y garde sa prééminence. Or, une grande partie des montages juridiques internationaux - trust, financement de projet, euro-émissions - obéissent au droit anglo-américain, de sorte que les créances bancaires qui en découlent restent finalement soumises à la méthode conflictuelle.

397.- De même, les garanties à première demande, citées comme exemple de contrat bancaire pouvant échapper à toute loi étatique (3), demeurent soumises, en réalité, sinon à la méthode conflictuelle, du moins à l'application d'une loi étatique. Certes, les décisions *Creusot-Loire* (4) avaient pu semer un doute, en laissant peut-être entendre que les garanties à première demande pouvaient se suffire à elles-mêmes. Prenant appui sur une telle interprétation, certains auteurs en avaient déduit que les garanties à première demande échappaient à la méthode conflictuelle, et constituaient l'un des éléments de la *lex mercatoria* (5). Cette analyse nous semble exagérée. D'une part, les sentences internationales n'excluent pas le jeu de la méthode conflictuelle (6). De l'autre, les divergences entre les différentes réglementations nationales expliquent qu'une

(1) V. l'article 4 de la Convention ; v. Ph. KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, R.80.951, spéc. p. 961.

(2) V. par exemple les droits allemand, anglais, italien. V. le colloque de Bâle sur les obligations contractuelles du 31 octobre 1980.

(3) V. C. SCHMITTHOF, *Bank's Liability under unconditional performance Bonds*, The Journal of Business Law 1977.351.

(4) Paris 29 janv. 1981, D.81.336 note M. VASSEUR et Com. 20 déc. 1982 *Creusot-Loire*, D.83.365 note M. VASSEUR, J.83.811 note A. JACQUEMONT ; v. aussi Cass. 5 févr. 1985 *Thomson*, 4ème espèce, D.85.269 note M. VASSEUR.

(5) V. B. KLEINER, *Le droit privé des obligations monétaires*, cité par M. VASSEUR, obs. sous O.G. Zurich 9 mai 1985, D.87.IR.177.

(6) V. par exemple Sentence C.C.I. n° 3316, D.81.IR.190 obs. M. VASSEUR, J.80.970 obs. Y. DERAIS, relative à la détermination de la loi applicable à une garantie à première demande.

réglementation uniforme de la garantie à première demande peine tant à voir le jour (1). Enfin, à supposer même qu'une telle réglementation existe, l'exemple du crédit-documentaire montre que son existence ne saurait suffire à écarter définitivement le jeu du conflit des lois (2).

398.- En réalité, la consécration d'une règle matérielle du commerce international implique la spécificité de l'institution au profit de laquelle elle a lieu. L'exemple de l'arbitrage international le montre suffisamment (3).

399.- La question est dès lors de savoir si les garanties à première demande présentent une spécificité telle qu'elles nécessiteraient la consécration d'une règle matérielle du commerce international. L'admission d'une règle matérielle relative à leur autonomie ne peut être raisonnable qu'à la condition d'admettre dans le même temps l'existence d'une autre règle matérielle relative à l'appel en garantie injustifié (4). La jurisprudence montre que la seule limitation acceptée est celle de la fraude ou de l'abus de droit, qui sont entendus de manière très restrictive (5). Or, en l'état du droit positif, la fraude ou l'abus de droit ne constitue pas une règle matérielle du commerce international.

En somme, le pouvoir bancaire international est incontestable, mais l'intensité de sa liber-

(1) V. Y. POULLET, *Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers*, in *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Colloque de Tours, Feduci, 1980.

(2) V. J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, Paris, 1957 ; du même auteur, *L'ouverture de crédits bancaires en droit international privé*, J.66.582 ; *La garantie bancaire à première demande*, J.87.265 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, RTDCom.80.1.

(3) V. Cass. 2 mai 1966 *Galakis*, R.67.553 note B. GOLDMAN, J.66.648 note P. LEVEL, D.66.575 note J. ROBERT, et B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 43 ; B. GOLDMAN, *Règle de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, TCFDIP. 1969.119 ; du même auteur, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspectives*, J.79.475.

(4) Cette règle matérielle pourrait énoncer que le donneur d'ordres pourrait bloquer le jeu de la garantie à première demande lorsque le bénéficiaire n'allègue aucun motif réel et sérieux. Mais cela reviendrait à faire perdre à la garantie à première demande son automaticité ainsi que son autonomie.

(5) Pour reprendre l'expression de M. M. VASSEUR, la fraude doit « crever les yeux ». V. par exemple Cass. 17 oct. 1984 *Soc. Butiran*, D.85.269 note M. VASSEUR.

té dépend à la fois de sa cohésion et des figures contractuelles envisagées. Fort lorsqu'il s'agit des euro-crédits, l'affranchissement de la méthode conflictuelle devient beaucoup plus relatif à l'égard des autres contrats, alors même qu'existerait une réglementation uniforme élaborée par la pratique (cas du crédit-documentaire), de sorte que les banques contournent le conflit de lois, non pas tant par la multiplication de règles matérielles que par une utilisation avertie de la règle de conflit de lois.

(b).- EXPRESSION DANS L'UTILISATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT DE LOIS

400.- Les banques sont obligées d'utiliser les techniques conflictualistes s'agissant des créances faisant l'objet de garantie, de financement ou de cession internationale (1). Bien qu'elle soit quelque peu artificielle, en ce qu'une cession de créance peut servir indifféremment à financer un projet ou à constituer une garantie (2), la distinction entre garantie, financement et cession sera suivie par volonté de clarté.

401.- Les garanties internationales restent tributaires du conflit de lois. La théorie du contrat sans loi est en effet condamnée par le droit positif (3), et l'existence de règles uniformes ne dispense pas de la détermination de la loi applicable (4).

Les techniques juridiques mises au service d'un financement de projet obéissent aussi à la méthode conflictuelle. Il en est ainsi du financement de projet *stricto sensu* (5), des *swaps*

(1) V. Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

(2) V. J. TERRAY, *Les nouvelles sûretés*, DPCI.83.201.

(3) V. *supra*, n° 378 sq.

(4) V. *supra*, n° 397.

(5) Qualifié de délégation de créance en droit français. V. J.-P. ECK, *op. cit.*, RJC. févr. 1985, p. 57 ; M. E. GOLDSMITH, *Un mode de financement en devises : les crédits roll overs en Euro-dollars*, DPCI.77.341.

bancaires (1), des placements d'actions par mandat ou trust bancaires (2), voire, éventuellement, des euros-emprunts (3).

402.- De même, les transmissions internationales de créances n'échappent pas à l'emprise de la méthode conflictuelle, qu'elles soient réalisées en vertu d'une cession classique ou simplifiée, par convention d'affacturage, ou par l'endossement d'effets de commerce.

403.- Les inconvénients engendrés par l'application des règles de conflit de lois, et qui sont dûs principalement, non à la méthode elle-même, mais aux choix effectués par la Cour de cassation (4), sont tels que la pratique essaye de les limiter par la conclusion d'accords, ce qui est possible en matière d'affacturage (5). L'utilité pratique de l'affacturage et l'inadaptation des solutions conflictuelles classiques aux besoins du commerce international ont également conduit la C.N.U.D.C.I. à élaborer un projet de Convention internationale portant règles matérielles uniformes (6). Le texte définitif de la Convention a été signé à **Ottawa** le 28 mai 1988, et devrait être appelé à connaître un grand succès, de sorte que son entrée en vigueur permettra de limiter le jeu du conflit de lois et les solutions inadaptées aux besoins du commerce international que la Cour de cassation maintient de manière anachronique.

(1) V. J.-P. MATTOUT, *Droit bancaire international*, Banque, 1988 ; du même auteur, *Opérations d'échange de taux d'intérêt et de devises*, B.87.24.

(2) V. B. OPPETIT, *Le trust dans le droit du commerce international*, R.73.1 ; sur le placement des actions par l'intermédiaire des banques, v. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 55 sq.

(3) Pour certains auteurs, l'émission d'euro-emprunts continuerait de relever de la compétence d'une loi étatique, et ne ferait pas partie de la *lex mercatoria*. V. B. KLEINER, *Le droit privé des obligations monétaires*, n° 13-01 sq., compte-rendu de l'ouvrage par M. GIOVANOLI, *Actualités du droit des euro-devises*, RDAI.86. 267 ; v. aussi, sur le sujet, H. F. MARSAL, *A propos de la clause multi-devises*, B.84.343.

(4) Sur le morcellement de la compétence législative en matière de transmission internationale de créance et la possibilité de parvenir à un règlement unitaire du conflit de lois offrant toute la sécurité nécessaire, v. *infra*, n° 598 sq.

(5) Conclusion d'accords entre les sociétés d'affacturage implantées sur des territoires différents pour essayer d'éviter le conflit de lois. V. *infra*, n° 665 sq.

(6) Sur ce projet, v. B. CASSANDRO-SULPASSO, *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?*, RTDCom.84.639.

404.- L'entrée en vigueur de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 rendra sans doute moins attrayant le recours au bordereau Dailly pour réaliser des cessions internationales de créances (1). En effet, cette technique bute, en raison des solutions adoptées par la Cour de cassation, sur le risque d'éclatement de la compétence législative créé par la compétence concurrente de la loi du domicile du débiteur cédé. Or, un tel risque peut être qualifié de majeur compte tenu du fait qu'un seul bordereau permet de céder plusieurs créances nées à l'exportation, entraînant de la sorte la compétence de lois multiples (loi applicable aux relations entre le cédant et l'établissement de crédit, et lois des différents domiciles des débiteurs cédés).

405.- Enfin, l'utilisation des techniques conflictuelles est particulièrement nette avec le cas des transmissions de créances par endossement d'effets de commerce. Afin de limiter les inconvénients produits par l'éclatement de la compétence législative, les banques cherchent à domicilier l'effet matérialisant les créances nées à l'exportation auprès de celle qui doit l'escompter (2). L'objectif est d'éviter la circulation du titre cambiaire, afin de limiter autant que possible le risque inhérent à la fragmentation de la compétence législative (3). De plus, la *lex mercatoria* est complètement évincée de la matière, en ce que la Convention de Genève du 7 juin 1930 écarte le principe d'autonomie de la volonté et contient nombre de dispositions impé-

(1) Sur la loi applicable à la cession de créance par bordereau Dailly, v. *infra*, n° 636 sq .

(2) V. P. BLOCH, *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales*, thèse Dijon, 1982, n° 113 sq . ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 60 sq . ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

Pour des difficultés identiques en matière de **crédit-acheteur**, v. MM. AUBURGET et DRÉAN, *Une nouvelle technique du financement du commerce extérieur : le crédit-acheteur, in Les exportations françaises et leur financement*, ouvrage collectif sous la direction de G. DEFOSSÉ, PUF., 1982, spéc. p. 151.

(3) V. Cass. 4 mars 1963 *Hocke*, JCP.63.II.13376 note P. LESCOT, J.64.806 note B. GOLDMAN, R.64.264 ; v. P. LAGARDE, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?*, R.64.235. Dans cette affaire, les divergences d'interprétation entre les jurisprudences française (présomption irréfragable) et allemande (présomption simple) quant à la nature de la présomption, simple ou irréfragable, posée par l'article 31 de la Convention de Genève du 7 juin 1930 (l'aval, à défaut d'autres indications, est censé être donné pour le tireur), furent coordonnées par le jeu de la règle de conflit de lois.

ratives (1).

406.- En somme, les exemples qui précèdent montrent tout à la fois que les créances bancaires continuent d'obéir dans une très large mesure à la méthode conflictuelle (2), mais aussi et surtout que les tentatives constatées de lui échapper ne tiennent pas à l'inadéquation de la méthode conflictuelle, considérée en elle-même, mais à l'inadaptation des solutions posées par la Cour de cassation aux besoins du commerce international. Les velléités de la pratique bancaire d'échapper à la règle de conflit de lois seraient nettement moindres si les règles de conflit de lois adoptées prenaient en compte leurs besoins (application d'une loi unique et prévisible). Enfin, il ne faut pas oublier que les Etats comptent parmi les débiteurs les plus importants des banques ; or, en général, ils imposent la compétence de leur propre loi.

Aussi bien, l'expression du pouvoir bancaire international paraît-elle cantonnée dans un certain nombre de cas.

§ 2.- Cantonnement du pouvoir bancaire international

Le cantonnement du pouvoir bancaire international est dû à des contraintes nationales et internationales.

(a).- CONTRAINTES NATIONALES

(1) V. *supra*, n° 56 *sq.* . Sur le recul de la *lex mercatoria* face aux règles impératives, v. Y. LOUSSOUARN, *L'intervention obligatoire de la loi française*, in *La loi française et l'activité internationale des entreprises*, RJC. févr. 1984, p. 21. Sur la place de la *lex mercatoria*, v. A. V. M. STRUYCKEN, *La lex mercatoria dans le droit des contrats internationaux*, Journées R. SAVATIER, PUF., 1986, p. 207, et cette réflexion de M. Ph. MALAURIE, à propos de l'égalité des Etats : “*Il y a les faibles et il y a les forts ... Est-ce qu'on ne pourrait pas dire, contre la lex mercatoria, que c'est la loi étatique qui libère, et que c'est le droit extra-étatique qui opprime ?*”, spéc. p. 231.

(2) Sur l'idée d'une “*obligation de renseignements commerciaux internationaux*”, qui pourrait faire l'objet d'un rattachement propre, v. J.-P. MATTOU, note sous Paris 30 oct. 1987, J.88.114.

407.- Les contraintes nationales sont liées à l'ensemble des réglementations impératives de l'Etat du lieu d'implantation de la banque. Celle-ci est en effet obligée de tenir compte des lois de police et de la réglementation du crédit en vigueur dans l'Etat où elle est installée (1). En ce sens, la loi bancaire du 24 janvier 1984 est venue accentuer la hiérarchisation des établissements de crédit et les attributions de la commission bancaire. De même, la réglementation des billets de trésorerie par la loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985 limite fortement la liberté des banques (2).

Il est ainsi incontestable que les réglementations impératives de droit interne viennent limiter le pouvoir des banques de créer des règles matérielles internationales. De surcroît, les limitations d'ordre interne se prolongent sur le plan international.

(b).- CONTRAINTES INTERNATIONALES

408.- Les limitations internationales peuvent tout d'abord découler de l'existence d'accords internationaux relatifs à telle ou telle branche de l'activité bancaire. Ainsi du *Consensus* de l'O.C.D.E. en matière de crédit-acheteur et de crédit-fournisseur (3), ou du ratio *Cooke* élaboré par le Comité *Cooke* de la Banque des Règlements internationaux et approuvé le 11 juillet 1988 par les gouverneurs des banques centrales du Groupe des Dix (4).

(1) V. Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

(2) Les billets de trésorerie représentent des créances négociables matérialisées par un titre. Son intérêt est attaché à sa négociabilité, même sur le marché international des titres de créance. Ses conditions d'émission sont fortement réglementées par la loi du 14 décembre 1985. V. X. DAUDIN et A. DE CLERMONT-TONNERRE, *Le financement des entreprises par l'émission de billets à court terme*, DPCI.86.33 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11ème éd., LGDJ., 1988, n° 2215-1 sq.

(3) Le *Consensus* de l'O.C.D.E. est un accord international à effets nationaux, dont l'objet est la détermination des taux de financement des crédits accordés par les banques. V. Ph. FOUCHARD, *Exposé de synthèse, in Les opérations internationales de banque*, RJC. févr. 1985, p. 115, spéc. p. 120 qui estime que les véritables limites du pouvoir des banques tiennent au rôle des organismes publics dans le financement des exportations.

(4) V. B. LHOMME, *Ratio Cooke*, Banque 1988, n° 486. Le ratio *Cooke* fixe le pourcentage des fonds propres des établissements de crédit.

De plus, certaines affaires récentes ont montré les limites de la solidarité et du pouvoir des banques internationales. Le premier exemple concerne l'affaire *Allied Bank international*, où l'une des banques vit opposer à sa demande de remboursement du prêt le moratoire décrété unilatéralement par le Costa-Rica, et ne put saisir les avoirs locaux de trois banques costaméricaines en règlement de sa créance. La motivation de la décision initiale des juges américains montre que la mesure costaméricaine fut analysée en une loi de police, compatible avec "la loi et la politique des U.S.A.". Et les créances litigieuses, issues d'un contrat d'euro-crédit, furent appréhendées en vertu de la méthode conflictuelle. Toutefois, la décision des juges du fond fut par la suite censurée (1), la Cour d'appel refusant de faire produire effet à la loi costaméricaine, qualifiée d'*Act of State* !

409.- Le second exemple est relatif au contentieux suscité par l'*Executive Order* du Président des U.S.A. J. Carter, en relation avec la révolution iranienne (2). L'application de l'*Executive Order* entraîna un conflit entre les banques américaines, décidées à le suivre, et les banques européennes, d'un avis inverse. L'existence d'un tel conflit, qui fut tranché par la règle de la majorité (3), illustre les limites de la solidarité entre les banques internationales. De surcroît, tout en réservant l'application des lois de police, les méthodes de traitement appliquées aux créances litigieuses furent conflictuelles (4).

(1) La décision initiale avait donc admis un tel raisonnement. Mais l'arrêt de la C.A. fédérale du 18 mars 1985 *Allied Bank International* la censura ; v. D. CARREAU, *La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales*, J.86.123 ; P. DURAND, *Le rééchelonnement des dettes à l'égard des Etats*, RJC. févr. 1985.65, spéc. p. 76, n° 26. V. *supra*, n° 264.

(2) V. Ch. GAVALDA, *L'efficacité juridique en France de l'Executive Order du président Carter « gelant » les avoirs officiels iraniens*, GP.79.doctr.II.645 ; Cl. DUFLOUX et L. MARGULICI, *La syndication : les risques de conflit entre banques*, B.81.1214 ; B. AUDIT, *Le tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)*, J.85.791, spéc. p. 843 ; du même auteur, v. aussi *La loi française et les conflits de souveraineté*, RJC. février 1984.86.

(3) V. Cl. DUFLOUX et L. MARGULICI, *op. cit.*, B.81.1214, spéc. p. 1217. Sur la coopération bancaire internationale, v. B. OPPETIT, *La coopération interbancaire internationale*, TCFDIP.1976, p. 81.

(4) L'*Executive Order* reçut la qualification de loi de police lorsqu'il ne coïncidait pas avec la *lex societatis* de la banque américaine implantée en Europe. V. B. AUDIT, *op. cit.*

410.- Conclusion du Chapitre premier. L'analyse des grands contrats internationaux et du pouvoir bancaire international devait permettre de déterminer si et dans quelle mesure les créances qui en étaient issues pouvaient échapper à la méthode conflictuelle.

Les développements, assis sur les grands arbitrages internationaux, la pratique bancaire, et certaines Conventions internationales, ont montré que l'apparition de quelques règles matérielles du commerce international et la mise en œuvre ponctuelle de procédés extérieurs à la démarche conflictuelle ne suffisaient pas à entamer le recours général à la règle de conflit de lois. Les outils conceptuels demeurent globalement les mêmes (1), et la compétence de principe de la loi du débiteur est régulièrement réaffirmée, quand bien même elle serait parfois écartée pour des raisons spécifiques (2).

Cependant, les affaires de l'*Allied Bank International* et de l'*Executive Order* ont fait ressortir l'intervention d'éléments extérieurs à la règle de conflit de lois, liés à l'application *extraterritoriale* d'une norme décrétée unilatéralement, et susceptibles d'en paralyser l'application. Elles illustrent l'intrusion des Etats, au détriment de la neutralité traditionnelle de la règle de conflit de lois, et représentent bien souvent la tentation de la voie de la facilité, de sorte qu'il est nécessaire de s'interroger sur l'intervention du pouvoir étatique dans le règlement des méthodes.

(1) V. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 163, "La problématique de base demeure ... L'évolution et l'essor des relations économiques, dont dépend le développement et qui sous-tendent l'armature juridique, n'ont pas eu pour conséquence d'éliminer ou même de modifier très sensiblement les règles existant jusqu'alors. Celles-ci conservent en bonne partie leur validité et leur effectivité. Sans doute convient-il de les compléter et de les aménager pour tenir compte des situations nouvelles, mais il est de fait qu'elles sont difficilement remplaçables, à moins qu'on ne leur substitue une forme d'anarchie, de non-droit, ou un système de « droit mou », générateur d'insécurité et de confusion".

(2) V. C.A. fédérale 18 mars 1985 *Allied Bank International*, in D. CARREAU, *La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales*, J.86.123, où la créance de remboursement fut localisée dans l'Etat de New York, en considération d'une série d'indices (proper law, lieu et monnaie de paiement), de sorte qu'était écartée la compétence de principe de la loi du domicile du débiteur, soit la loi costa-ricaine, au profit de la loi des créanciers new-yorkais. Et *comp.* Court of appel [1981] 2 LL R 394 *Power Curber international vs. National Bank of Kuwait SAK.*, DPCI.83.179, chronique de jurisprudence anglaise, décision dans laquelle les juges estimèrent qu'une créance née d'un crédit documentaire est localisée juridiquement à l'endroit où elle est payable, par dérogation à la règle habituelle suivant laquelle une dette est située au domicile du débiteur.

CHAPITRE II

INTERVENTION DU POUVOIR ÉTATIQUE ET COMBINAISON DE RÈGLES UNILATÉRALES ET MATÉRIELLES

411.- L'analyse du droit international privé contemporain permet de se convaincre de la part croissante prise par l'Etat dans son élaboration et dans son application. L'Etat souverain et l'Etat commerçant entrecroisent fréquemment leurs intérêts, sans que, pour autant, ceux-ci se confondent parfaitement. Alors qu'il cherche à figer sa loi lorsqu'il intervient en tant qu'opérateur dans les relations commerciales internationales, l'Etat, en tant qu'autorité souveraine, affirme au contraire sa volonté de contrôler l'utilisation de la règle de conflit de lois faite par les parties. Lorsque le résultat produit par la loi d'autonomie lui semble contraire aux intérêts dont il a la charge, l'Etat peut être tenté de recourir à la méthode des lois de police ou d'application immédiate, plutôt qu'à la notion d'ordre public international. En revanche, lorsque le développement des relations commerciales internationales appelle une règle de conflit de lois uniforme, le rôle de l'Etat se manifestera à travers l'élaboration de Conventions internationales.

Les deux mouvements décrits semblent antinomiques, et les créances n'échappent pas à la tourmente. De l'avis de M. Ph. Francescakis, le droit international privé *“est le droit de la diversité du droit ”* (1). Insistant sur le caractère étatique du droit international privé, M. Francescakis énonce que celui-ci *“est aujourd'hui lié à la notion d'Etat. Le modèle universel n'a trouvé son plein épanouissement que dans le cadre de l'Etat souverain ”* (2).

(1) Ph. FRANCESCAKIS, *Le droit international privé dans le monde post-colonial. Le cas de l'Afrique noire*, J.73.46.

(2) *Ibidem* .

Néanmoins, les intérêts de l'Etat commerçant peuvent contrer ceux de l'Etat souverain. Par exemple, l'Etat commerçant n'hésite pas à neutraliser l'exercice de son pouvoir normatif lorsqu'il contracte avec une entreprise privée (1), de sorte que le jeu de la règle de conflit de lois paraît tronqué.

412.- L'exercice de sa compétence normative par l'Etat fournit d'autres exemples dans lesquels les créances vont échapper à la méthode conflictuelle. Il en est ainsi de la distinction traditionnelle entre la compétence normative de l'Etat et son exercice. S'il n'est pas contesté qu'il détient un pouvoir normatif, fondé sur la nationalité ou sur la territorialité, l'Etat doit en limiter l'usage aux territoires sur lesquels il exerce sa souveraineté. Toute velléité d'exercice extraterritorial du pouvoir normatif sera refoulée par les autres Etats, qui n'accepteront pas de lui faire produire effet sur leur territoire (2). Ainsi, les prétentions extraterritoriales des mesures d'instructions nord-américaines (*Pre trial Discovery*) ont été contrées par des lois de *blocage* (3), qui portent, non pas sur la compétence de l'Etat étranger, mais sur son exercice (4).

413.- La solution classique consiste ainsi à refuser de reconnaître tout effet extraterritorial à la norme étrangère de droit public. Par exemple, l'Etat du for refuse traditionnellement, en matière de recouvrement des impôts, de prêter son bras séculier au recouvrement sur son territoire des créances fiscales étrangères (5).

(1) V. P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat*, J.86.5 ; v. *supra*, n° 370 sq .

(2) V. L. SAÏDJ, *La notion de territorialité en droit français contemporain*, thèse, Lyon, 1972 ; P. VUILLARD, *L'effet à l'étranger des actes juridiques d'un Etat en droit international général*, thèse, Lyon, 1979, p. 434 sq . ; B. AUDIT, *La loi française et les conflits de souveraineté*, RJC. février 1984.86.

Comp. avec l'article 13 de la loi suisse du 18 décembre 1987, qui ne distingue plus, parmi les règles du droit étranger, celles qui sont de droit public, et celles qui sont de droit privé.

(3) Pour la France, v. D. BERLIN, *La loi française n° 80-538 du 16 juillet 1980*, DPCI.86.563 ; v. *supra*, n° 254 sq . V. aussi P. DÉMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques, une question de droit ou de diplomatie ?*, RTDE.85.1.

(4) Pour l'application de cette distinction, v., en matière de **nationalisations**, Trib. com. Namur 12 août 1982 *Glaceries de St Roch*, R.soc.83.128 note J. G.

(5) V. G. MONTAGNIER, *Le contentieux du recouvrement en France des impôts étrangers*, DPCI.85. 331. V. Cass. 3 juill. 1928, S.28.I.356 ; Trib. com. Le Mans 4 juin 1962, RTDCom.63.661 obs. R. HOUIN ; TGI. Seine 16 févr. 1967, GP.67.II.126 ; Cass. 13 déc. 1972, GP.73.Somm.8.

La règle est parfois contournée par le biais de la **qualification**. V. Cass. 29 mars 1973 *CASOREC.*, R.74.87 note R. JAMBU-MERLIN.

Or, on assiste aujourd'hui, sinon à un renversement des principes, du moins à un élargissement des exceptions. Ainsi, on tend à admettre qu'un Etat puisse mettre sa force publique au service du recouvrement des créances fiscales étrangères, sans que, pour autant, il en résulte une atteinte à sa souveraineté (1). Logiquement, l'idée émerge, qui consiste à reconnaître aux lois de police étrangères des effets extraterritoriaux (2).

414.- Les enjeux sont considérables, tant sur le plan pratique que théorique. Sur le plan pratique, parce que l'extension des effets extraterritoriaux des lois de police conduira à leur reconnaître une emprise croissante sur les créances. Sur le plan théorique, en ce que l'évolution annoncée pose la question de la répartition des compétences dans l'orbe internationale (3). Doit-on assister à une confusion des critères de compétence tirés du droit international privé et du droit international public ?

La doctrine est divisée. De l'avis de certains auteurs, le principe devrait rester celui de la liberté d'exercice de la compétence normative (4). D'autres, au contraire, prennent acte de l'af-

(1) V. G. MONTAGNIER, *Le contentieux du recouvrement en France des impôts étrangers*, DPCI.85. 331 ; J.-M. JACQUET, *La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international*, J.85.32.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP. 1980-1981, p. 43 ; G. VAN HECKE, *Droit public et conflit de lois*, TCFDIP.1982-1984, p. 225 ; Cl. FERRY, *La validité des contrats en droit international privé. France / U.S.A.*, thèse, LGDJ., 1989, n° 338 *sq.* V. l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

Deux tendances peuvent être distinguées. Soit la jurisprudence cherche à appliquer la loi de police étrangère en forçant la **qualification** (v. Cass. 25 janv. 1966 *Royal Dutch*, R.66.238 note Ph. FRANCESKAKIS, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN, J.66.631 note J.-D. BREDIN ; Cass. 29 mars 1973 *CASOREC.*, R.74.87 note R. JAMBU-MERLIN). Soit la jurisprudence cherche à prendre en compte la loi de police étrangère en la rattachant au contenu des obligations contractuelles et à l'application de la **lex contractus** (v. Cass. 21 janv. 1975 *Richier*, R.77.120 note G. COUCHEZ).

(3) V. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, thèse, Dalloz, 1973 ; du même auteur, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, R.79.1, 349 et 537. V. aussi P. DÉMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques, une question de droit ou de diplomatie ?*, RTDE.85.1.

(4) V. P. MAYER, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, R.79.1, spéc. p. 7 *sq.* ; J. GROUX, *Territorialité et droit communautaire*, RTDE.87.5.

faire du gazoduc sibérien pour en déduire que l'appréciation de la compétence devrait être effectuée, non pas en regard du droit international privé, mais en fonction du droit international public (1). Il s'agirait principalement d'un conflit de souveraineté lorsque la compétence extraterritoriale n'est pas contestable. Le mode de résolution passerait alors par une appréciation respective des intérêts en présence (2), sous réserve du recours au principe de proximité (3). En d'autres termes, les créances contractuelles seraient susceptibles d'être happées par les lois de police étrangères (4).

Enfin, d'autres auteurs considèrent que le droit international public ne distingue aucune hiérarchie entre les bases de compétence, ce qui limiterait singulièrement la pertinence du recours au droit international public pour apprécier l'exercice de sa compétence par l'Etat étranger (5).

415.- La prise en compte des effets extraterritoriaux des normes de droit public étrangères ne peut dès lors manquer d'influer sur le sort des créances. Les cas des nationalisations et des adjudications le montrent.

Traditionnellement, les nationalisations permettaient d'illustrer la théorie des effets strictement territoriaux des normes de droit public (6), sauf à admettre un effet extraterritorial

(1) V. B. AUDIT, *Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien*, R.83.401, spéc. n° 5 et 11.

(2) V. B. AUDIT, *op. cit.*, n° 18 ; D. BERLIN, *La loi française n° 80-538 du 16 juillet 1980*, DPCI.86.563, n° 28, sur le *Balancing test* ; sur la critique de cette approche, v. P. DÉMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques, une question de droit ou de diplomatie ?*, RTDE.85.1, p. 141.

(3) V. B. AUDIT, *op. cit.*, n° 27 et 30 ; P. DÉMARET, *op. cit.*, n° 108.

(4) V. B. AUDIT, *op. cit.*, n° 30.

(5) V. P. DÉMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques, une question de droit ou de diplomatie ?*, RTDE.85.1.

(6) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 523 *sq.* . Le refus de l'effet extraterritorial va de soi sous l'angle du droit international privé, mais non sous l'angle du droit international public. V. E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Nationalisation*, n° 46 ; G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 317 *sq.* . V. Cass. 14 févr. 1978 *SAPVIN-Algérie*, R.79.838, R.80.707 note P. MAYER.

de fait (1). Et les nationalisations n'étaient reconnues qu'en fonction de la compétence de l'autorité étrangère (2).

Mais à partir du moment où l'on a admis la validité d'une nationalisation étrangère indépendamment de ses effets extraterritoriaux, dès lors que l'autorité qui l'avait prise était internationalement compétente, il était logique que les créances nationalisées tendissent à échapper au conflit de lois. Lorsqu'elle exerce son pouvoir normatif dans le respect de sa compétence, l'autorité étrangère pourrait valablement appréhender et nationaliser l'activité d'une entreprise déployée sur son territoire, peu importe la présence d'effets extraterritoriaux (3).

416.- La méthode conflictuelle serait dès lors abandonnée par la force des choses, puisqu'il n'y aurait pas conflit des lois, mais conflit d'autorités, en raison notamment du caractère politique de ce type de mesures. Au contraire de M. P. Mayer, qui admet l'existence d'effets extraterritoriaux de par le mode d'élaboration de la mesure de nationalisation (4), P. Arminjon considérait que son caractère politique préexistant devait conduire à lui refuser toute incidence extraterritoriale (5). La difficulté s'est accrue depuis que le juge français refuse de vérifier la conformité de la décision au droit international public (6), ce en quoi il est approuvé par le Conseil constitu-

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 523 sq.

(2) Sur la question des nationalisations décidées par des gouvernements révolutionnaires non reconnus à l'étranger, v. E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Nationalisation*, n° 10 ; G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 329.

(3) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 662 sq. Selon l'auteur, il s'agit d'un **conflit d'autorités**, et non d'un conflit de lois : *“Chaque Etat peut nationaliser les seules entreprises dont l'activité s'exerce sur son territoire. Il peut s'approprier tout leur actif et reprendre tout leur passif. Peu importe que des biens corporels ou incorporels soient situés à l'étranger”*.

(4) *Ibidem*. V. aussi M. BOYE, *L'acte de nationalisation*, thèse, éd. Les nouvelles éditions africaines, 1979 ; B. GOLDMAN, *Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations, et le droit international*, J.82.320, n° 261 ; pour une critique de cette analyse, v. G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 373.

(5) V. P. ARMINJON, *Les lois politiques et le droit international privé*, R.30.389.

(6) V. E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Nationalisation*, n° 13 ; G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 329. Pour une solution opposée, voir la résolution 1803 [XVII] de l'ONU. relative à la *“souveraineté permanente sur les ressources naturelles”* de tout Etat, en date du 14 décembre 1962 : *“4) La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique ... Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnité adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international”*.

ionnel (1). La question est de savoir si les créances pourront être plus facilement appréhendées par la méthode des lois de police que par celle de la règle de conflit de lois. Bien qu'apparemment d'application plus facile en ce qu'elles évitent le concours des autres lois, les lois de police supposent néanmoins pour leur application la détermination d'éléments de rattachement avec le for (2), qui sont difficiles à cerner en matière de créances (3).

417.- De même, les adjudications, qui posent un problème de compétence de l'autorité adjudicatrice, étaient traditionnellement réglées par le jeu de la règle de conflit de lois (4). Mais, en raison de l'intervention d'une autorité publique, il était difficile d'appliquer une loi différente de celle de l'Etat sur le territoire duquel avait lieu l'adjudication. De sorte que des auteurs ont soutenu que les adjudications ne devaient pas relever de la méthode conflictuelle, mais posaient un conflit d'autorités (5). Ainsi, des mesures de confiscation fiscales peuvent porter sur des créances et entraîner des effets extraterritoriaux dès lors qu'elles seraient prises par l'autorité compétente (6).

418.- Il apparaît ainsi que l'essor des lois de police (7) ne peut être ignoré de la recherche de la loi applicable aux créances. Toutefois, parallèlement à la mesure de l'incidence des lois de

(1) Cons. cons. 16 janv. et 11 févr. 1982, R.82.349 note J.-M. BISCHOFF ; V. B. GOLDMAN, *Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations, et le droit international*, J.82.320.

(2) Exemple : pour l'application des lois de police relatives à la protection du consommateur dans la vente par correspondance, la vente devra présenter une attache suffisante avec le territoire français pour que la loi de police française puisse s'appliquer.

(3) Sur la localisation des créances, v. *supra*, n° 20 *sq.* ; la localisation des créances commande ici l'efficacité de la mesure de nationalisation. V. *infra*, n° 591.

(4) V. G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 280 *sq.*

(5) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 662 *sq.*

(6) V. G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 291.

(7) V. H. BATIFFOL, *Unilatéralisme et contrats en droit international privé*, Liber Amicorum A. F. SCHNITZER, Genève, Georg, 1979, p. 7. *Comp.* avec V. HEUZÉ, *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes*, thèse Paris, 1988, n° 355 *sq.*, qui nie la notion de lois de police.

police sur les créances, doit être prise en considération la multiplication de règles de conflit de lois internationales par leur source (1), dont un grand nombre ont pour objet des droits de créance. L'harmonisation des règles de conflit de lois vient limiter les risques de *forum shopping* et de fraude, et nous semble une réponse plus appropriée aux excès parfois dûs à l'autonomie de la volonté que celle des lois de police.

SECTION I

L'EXPANSION DE L'UNILATÉRALISME

419.- Le terme d'unilatéralisme sera ici entendu et limité par sa forme la plus vivace et la plus moderne, les lois de police (2). Bien qu'elles connaissent un essor très important affectant de nombreuses institutions juridiques, les lois de police seront étudiées uniquement en ce qu'elles portent sur des créances. Leur présentation précèdera l'analyse de leur coexistence dans l'ordre international et la question de savoir si leur prise en compte n'édulcore pas leur unilatéralisme initial.

§ 1.- La sphère des lois de police

420.- Le terme de « lois de police » est expressément utilisé par la jurisprudence (3). Ce n'est

(1) V. C.P.J.I. 12 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens* , R.29.427 note J.-P. NIBOYET, J.29.1002 : “*Les règles de conflit de lois peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des Conventions internationales ou des coutumes et dans ce dernier cas, avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre Etats* ”.

(2) V. G. VAN HECKE, *Droit public et conflit de lois* , TCFDIP.1982-1984, p. 225, spéc. p. 228 *sq.* .

(3) V. Soc. 3 mars 1988, J.89.78 note M.-A. MOREAU-BOURLÈS.

pratiquement jamais le cas de la loi elle-même, le législateur semblant répugner à employer cette terminologie. De sorte que la qualification est souvent incertaine. Deux approches sont concevables, celle qui part des critères des lois de police, abstraite et didactique ; celle de l'inventaire, concrète et fastidieuse. Aucune des deux n'est pleinement satisfaisante.

421.- Selon M. Ph. Francescakis, les lois de police sont des “*lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays ..., l'intérêt [de cette loi étant trop grand] pour la société étatique française ... pour qu'elle puisse entrer en concurrence avec des lois étrangères*” (1). Cette définition met l'accent sur l'intérêt que l'Etat attache à l'application de sa propre loi. L'idée d'intérêt étatique est ainsi toute contenue dans l'expression de loi de *police*. La loi de police intervient unilatéralement, *immédiatement*, sans le détour de la règle de conflit de lois, lorsque les intérêts fondamentaux (2) de l'Etat sont en cause (3). L'autre terminologie des lois de police, dites *lois d'application immédiate*, insiste de la sorte sur leur mode d'application.

D'apparence simple et fiable, ces critères sont en réalité des plus flous. De nombreuses normes poursuivent à la fois la satisfaction d'intérêts individuels et la protection d'intérêts collectifs, voire étatiques. De même, l'application *immédiate* des lois de police n'est qu'une conséquence attachée à la qualification, de sorte qu'elle ne peut pas en fournir la clé. De plus, il n'est pas rare de constater que des lois initialement qualifiées de police cessent par la suite d'appartenir à cette catégorie pour devenir des normes susceptibles d'application bilatérale (4).

(1) Ph. FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Conflit de lois*, n° 115 sq. ; du même auteur, v. aussi *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, et *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, R.66.1

(2) Selon G. VAN HECKE, *Droit public et conflit de lois*, TCFDIP.1982-1984, p. 225, spéc. p. 230, les lois de police affectent le plus souvent les *conséquences civiles* de relations de droit privé, de sorte qu'on “*ne peut en rien en déduire une obligation d'appliquer les sanctions prévues par une réglementation étrangère*”.

(3) V. Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

(4) V. en ce sens, P. GOTHOT, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, R.71.1, 209 et 415.

Enfin, s'est également révélé décevant le critère reposant sur la distinction entre loi de protection et loi de rétorsion, dégagé de la loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes. Son article 16 dispose que lorsqu'aucune Convention internationale n'est applicable, la loi française est obligatoirement compétente pour tout transport au départ ou à destination d'un port français. Cette loi poursuit ainsi un but de rétorsion qui transparaît de sa démarche unilatéraliste. La doctrine s'est alors interrogée sur le point de savoir si l'existence d'un but de rétorsion ne livrerait pas la clé de la qualification. Mais ce débat a vite tourné court, faute d'autres lois de rétorsion en droit français (1).

L'imprécision des critères rend l'approche conceptuelle décevante. Elle explique aussi les difficultés attachées à la présentation d'un inventaire précis des normes susceptibles de revêtir la qualification de lois de police.

422.- La volonté de protection d'un type de marché ou d'intérêt collectif explique que le droit des valeurs mobilières (2), du crédit et de la consommation (3), des baux commerciaux et d'habitation (4), du travail (5), la réglementation des libéralités octroyées à des associations (6),

(1) Sur cette controverse, v. Y. LOUSSOUARN, *L'intervention obligatoire de la loi française*, in *La loi française et l'activité internationale des entreprises*, RJC. févr. 1984, p. 21, spéc. p. 50.

(2) Selon P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 637 sq., la **revendication** des titres obéirait au régime des lois de police. Cet auteur assigne toutefois à la *lex rei sitae* une fonction de loi de police (v. *supra*, n° 77 sq.). Or, la revendication des titres au porteur suit le régime des biens corporels, gouvernés par la *lex rei sitae*. La dématérialisation des valeurs mobilières a entraîné un déclin incontestable de la *lex rei sitae*, mais non celui des lois de police en la matière.

(3) Exemple commun au droit du crédit et au droit de la consommation : la réglementation du prêt de consommation et de l'**usure**. V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 60 sq. ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 113 sq.

(4) V. R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*, n° 41 sq.

(5) V. C. E. 29 juin 1973 **Compagnie des Wagons-lits**, R.74.344 concl. N. QUESTIAUX, J.75.538 note M. SIMON-DEPITRE, D.soc.76.50 obs. J. SAVATIER, R.soc.76.663 note J.-L. BISMUTH ; Ph. FRANCESKAKIS, *Lois d'application immédiate et droit du travail : l'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-lits*, R.74.273 ; Soc. 3 mars 1988, J.89.78 note M.-A. MOREAU-BOURLÈS : "Les lois relatives à la représentation des salariés ... sont des lois de police", dès lors que l'activité de l'entreprise ou d'une parcelle du groupe de sociétés est située en France. V. aussi l'article 4 du projet de Convention du 23 mars 1972 sur les conflits de lois en matière de droit du travail ; v. P. RODIÈRE, *Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (Mars 1972)*, RTDE.73.1.

(6) Article 910 C. civ. Le régime est celui de l'autorisation préalable. V. J.-M. BISCHOFF, *J.-Cl. Droit international, Fondation*, n° 75.

le recouvrement des créances fiscales des Etats étrangers (1), le droit de la propriété intellectuelle (2), voire le traitement du trust (3) contiennent des règles obéissant à la qualification de lois de police. Mais, au contraire de certaines dispositions du droit allemand (3), la qualification n'est pas formulée par le législateur, elle doit être découverte au coup par coup. Certes, la finalité poursuivie par la norme peut en livrer la qualification. Elle justifie la prise en compte des lois de police étrangères prévue par l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Selon M. P. Lagarde, il s'agit "*d'une disposition progressiste marquant une tentative de solidarité entre les Etats pour épauler mutuellement leurs politiques législatives et déjouer les manœuvres de ceux qui cherchent, en utilisant au maximum les possibilités de la théorie des conflits de lois et de l'autonomie de la volonté, à se jouer des ordres juridiques nationaux*" (4). Mais l'analyse téléologique d'une norme révèle rapidement ses limites en ce que plusieurs finalités sont susceptibles d'être poursuivies par un même texte, de sorte que la qualification de lois de police devient incertaine, hésitante, dans nombre de cas.

423.- Par le passé, la qualification de lois de police avait été défendue par une partie de la doctrine en matière de protection du droit de gage général (5), de procédures collectives (6), de saisie-arrêt (7), mais elle est aujourd'hui repoussée. Il en est de même de la subrogation légale d'une institution étatique étrangère dans les droits du subrogeant (8), ou de l'application de la

(1) V. G. MONTAGNIER, *Le contentieux du recouvrement en France des impôts étrangers*, DPCI.85. 331.

(2) V. l'article 35 de la loi du 11 mars 1957 relatif à la rémunération proportionnelle. Sur ce texte, v. M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, Litec, 1986, n° 140.

(3) V. le droit allemand de la concession exclusive (article 98 al. 2 de la loi sur la G. W. B.) ; v. K. MARKERT, *Les contrats d'exclusivité en droit allemand de la concurrence*, RTDE.66.66.

(4) P. LAGARDE, rapport sur le projet de codification du droit international privé suisse, *Ann. Suisse de dr. international* 1979, p. 88.

(5) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1120.

(6) V. M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Faillite*.

(7) V. M. MERCIER, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Saisie-arrêt*.

(8) V. Paris 18 juin 1969 et Cass. 17 mars 1970, J.70.923 note G. DE LA PRADELLE, R.70.688 note P. LAGARDE ; Cass. Belgique 23 oct. 1969, R.70.692 note P. LAGARDE ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 29.

loi nouvelle au sort de la clause de réserve de propriété lorsque le bien sur lequel celle-ci porte a fait l'objet d'un conflit mobile (1). Enfin, il n'est pas exclu que la qualification de lois de police soit un jour reconnue à la protection des droits de la personnalité réalisée par la loi *Informatique et libertés* du 6 janvier 1978 (2).

La notion d'intérêt étatique, par son insuffisante précision, explique de telles hésitations. Mais elle permet également de comprendre en quoi l'efficacité de la loi de police est tributaire de la délimitation de son champ d'application dans l'espace. Le contrôle des changes et la réglementation des abandons de créances le montrent très nettement.

(a).- LE CONTRÔLE DES CHANGES

424.- La réglementation des relations financières avec l'étranger, communément appelée contrôle des changes, résulte d'une loi du 28 décembre 1966 (3), qui a été modifiée et commentée à de nombreuses reprises (4). L'intérêt de son étude est de mesurer l'incidence d'une réglementation unilatérale et d'application immédiate (5) sur le traitement des créances monétaires, et la part laissée à la méthode conflictuelle.

Deux difficultés doivent être distinguées. D'une part, le contrôle des changes peut être appliqué à une cession de créance *hors* de l'Etat d'origine, la question étant dans ce cas de savoir si la compétence de la loi de police est tributaire des règles habituelles de conflit de lois.

(1) V. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, n° 5, 64, 102 ; *contra*, P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019, n° 14.

(2) Sur cette controverse, v. Lamy Droit de l'informatique, 1989, n° 2080.

(3) Sur la réglementation des relations financières avec l'étranger, v. T. JACOMET et O. DIDIER, *Les relations financières avec l'étranger*, 4ème éd., 1988, éd. Gide, Loyrette, Nouel. Sur l'incidence du **droit communautaire**, v. Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, n° 97 sq. V. aussi P. JULLIARD, *La libre circulation des capitaux*, DPCI.88.621.

(4) Les circulaires ont une très grande importance. Sur la réglementation des investissements étrangers en France et français à l'étranger, v. la circulaire du 6 août 1980.

(5) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 107, qui qualifie le contrôle des changes de **loi de droit public**.

D'autre part, le contrôle des changes appréhende normalement les créances monétaires localisées dans l'Etat d'origine. Seule la seconde difficulté va nous retenir ici, l'étude de la première étant réservée avec celle des cessions de créance en général (1).

425.- L'étude de l'application du contrôle des changes en France se ramène principalement à celle de son évolution.

Historiquement, et jusqu'aux accords de Bretton-Woods, la question du contrôle des changes était tranchée par la simple application de la *lex contractus*, prise dans l'ensemble de ses dispositions, y compris celles qui étaient relatives au contrôle des relations financières (2). En d'autres termes, l'analyse conflictualiste s'imposait et les juges ne cherchaient pas à distinguer la nature des différentes dispositions de la *lex contractus*. La signature des accords de Bretton-Woods, qui entraînait l'adhésion à l'article VIII section 2-b du F.M.I. (3), imposant aux Etats signataires l'obligation de respecter la politique monétaire des autres Etats membres, obligea les juges à distinguer la nature des différentes dispositions de la *lex contractus*. Et, dans une première étape, la jurisprudence retint l'annulation du contrat dans sa totalité, dès lors que son exécution devait entraîner le règlement d'une créance en violation de la loi du 28 décembre 1966, la nullité étant de surcroît absolue, et donc non susceptible de confirmation de la part de l'Administration. Le paroxysme de cette jurisprudence fut atteint avec l'arrêt *Club Méditerranée* de la Cour de cassation rendu le 17 janvier 1972 (4). Ultérieurement, et devant les critiques d'une partie de la doctrine, la Cour de cassation nuança sa position en écartant la nullité du contrat et en soumettant le règlement des créances monétaires à l'obtention d'une autorisation administrative,

(1) V. *infra*, n° 430 *sq.* sur la coexistence des lois de police, et n° 599 *sq.* sur les cessions de créances.

(2) V. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497 ; pour le maintien de cette conception en jurisprudence, v. par exemple Cass. 16 oct. 1967 *Janda*, D.68.445 note E. MEZGER, R.68.661 note J.-P. ECK.

(3) V. D. CARREAU, T. FLORY et P. JULLIARD, *Droit international économique*, LGDJ., 1980, p. 125 *sq.*

(4) V. Cass. 17 janv. 1972 *Club Méditerranée*, R.72.634 note J.-P. ECK, Reims 23 janv. 1975, D.76.83 note Ph. MALAURIE, R.soc.75.506 note J.-L. BISMUTH ; Cass. 22 janv. 1975 *Club Méditerranée*, R.75.633 note Ph. DRAKIDIS, J.76.105 note B. AUDIT, D.76.83 note Ph. MALAURIE.

pouvant valablement être délivrée même après la formation du contrat (1). Par la suite, et sous la contrainte du droit communautaire, le dispositif fut fortement allégé par une série de circulaires en date des 21 mai 1986 (2), 15 avril, 8 juillet, 27 novembre 1986 (3), et 27 mai 1987 (4).

426.- L'étude de l'évolution du contrôle des changes permet ainsi de montrer tant l'intrusion d'une méthode non-conflictuelle (loi de police d'application immédiate et unilatérale) dans le traitement des créances monétaires, que son reflux. Cette intrusion a eu pour effet de paralyser les conséquences civiles produites par l'application de la *lex contractus*, prise dans ses dispositions

(1) (5) V. Cass. 9 mai *Jardins de Grimaud* et Cass. 22 nov. 1983 *Etat belge c. SAPVIN*, D.84.204 note E. GAILLARD, JCP.83.II.20045 note J.-P. ECK et JCP.84.II.20228 note J.-P. ECK. V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, LGDJ., 2ème éd., 1988, n° 353-1 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Cujas, 1988, n° 133. Sur les conséquences de cette jurisprudence sur le fait générateur des créances, v. *supra*, n° 199.

Au regard du principe de la **séparation des autorités administrative et judiciaire**, la seconde décision est intéressante en ce que la Cour de cassation limite l'effet de l'autorisation administrative aux seuls effets des conventions, qui ne sont qu'« éventuels ». Sur ce principe, v. D. COHEN, *La Cour de cassation et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, thèse, Economica, 1987, spéc. p. 205 sq.

Les juges du fond ont immédiatement suivi la nouvelle position de la Cour de cassation. V. par exemple, Lyon 17 mai 1984 et Paris 26 sept. 1984, B.84.1201 obs. J.-L. RIVES-LANGE, qui déclarent que l'absence d'autorisation préalable de la Banque de France n'a pas pour effet de frapper de nullité absolue et d'ordre public l'acte de cautionnement, dès lors que celui-ci n'implique qu'un transfert éventuel de fonds à l'étranger, seul soumis à autorisation.

(2) J.O. 23 mai 1986 ; cette circulaire supprime la devise-titre, autorise sans condition les **donations** faites par des résidents à des non-résidents, et rétablit la possibilité de faire des **investissements immobiliers** à l'étranger sans aucune limite quant au plafond de la somme investie. La circulaire du 21 mai 1986 modifiait également la **couverture de change à terme** pour les entreprises.

(3) Sur ces trois circulaires, v. T. JACOMET, *Chronique de droit français des relations financières avec l'étranger*, DPCI.87.113. Leur finalité est de parvenir à la **libération inconditionnelle** de l'ensemble des mouvements de capitaux dans la C.E.E. d'ici le 31 décembre 1992. Sur les problèmes posés par un tel objectif, v. M. VASSEUR, *Vers l'Europe financière unifiée*, RJC. nov. 1987, p. 109.

(4) Cette circulaire est relative aux **investissements directs**. V. JCP.87.III.60176. Depuis ce texte, l'octroi d'une **euro-garantie** ayant le caractère d'investissement direct est libre. Les investissements français sont libérés, sous réserve du respect de comptes-rendus. Mais les investissements étrangers restent soumis à une **déclaration a priori**. V. M. COMPS, *Réglementation des relations financières avec l'étranger*, B.87.736. De plus, la circulaire autorise les paiements par **compensation** envers un non-résident. Ce point est très important, car, auparavant, la **compensation** à l'étranger n'était possible que par le jeu des marchés d'application sous le contrôle du SAFICO., avec ou sans mouvements de fonds, marchés désormais abrogés. V. en dernier lieu, l'arrêté du 1er juin 1988, Bull.July 1988.575, portant application du décret du 24 novembre 1968, abrogeant les arrêtés et circulaires antérieurs, et mettant en place un système assez libéral.

classiques. Il y eut de la sorte un recul de la méthode conflictuelle, dont la mesure montre toutefois qu'il n'a été que relatif (1).

427.- Le propre du contrôle des change, dans ses conséquences perturbatrices, est de bloquer la mise en œuvre de la règle de conflit de lois et les effets civils produits par le contrat dans la limite de la *lex contractus*. Ainsi, le moratoire, qui constitue une loi de police (2), vient bloquer unilatéralement l'exécution du droit de créance. De manière similaire, la crise irano-américaine a montré que lorsqu'il était iranien, le défendeur cherchait à invoquer le contrôle des changes iranien pour se soustraire à l'exécution de ses engagements (3). Enfin, depuis la jurisprudence *SAPVIN* (4), la validité d'un cautionnement impliquant un transfert de fonds vers l'étranger n'est plus tributaire de l'obtention préalable d'une autorisation administrative (5), celle-ci ne devenant nécessaire que lorsque le transfert devient certain, de sorte que le fait générateur de la créance est dissocié de la date de conclusion du contrat. Cependant, cette dissociation est-elle effectuée en vertu de l'application de la loi de police française, ou bien en raison de la loi désignée par la règle de conflit de lois ? A supposer que ce soit au titre de la loi de police française, il est possible que la loi de la créance retienne comme date du fait générateur celle de la conclusion du contrat, et non celle de l'exécution de la prestation, en sorte que la méthode conflictuelle se trouve évincée.

L'étude du contrôle des changes a ainsi permis de montrer les conséquences perturbatri-

(1) V. *infra* , n° 430 *sq* . Les droits anglo-américains ont développé une conception restrictive du contrat de change afin de limiter la portée de l'article VIII section 2-b du F.M.I. V. M. E. GOLDSMITH, *Chronique de jurisprudence anglaise* , DPCI.83.179.

(2) V. en ce sens, P. LAGARDE, note sous TGI. Seine 6 févr. 1961, R.63.584, spéc. p. 587.

(3) Le tribunal arbitral de La Haye a reçu ce moyen de défense lorsque le blocage portait sur des mouvements de capitaux, et non pas simplement sur des opérations courantes. V. B. AUDIT, *Le tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)* , J.85.791, spéc. p. 843.

(4) Cass. 9 mai *Jardins de Grimaud* et Cass. 22 nov. 1983 *Etat belge c. SAPVIN* , D.84.204 note E. GAILLARD, JCP.83.II.20045 note J.-P. ECK et JCP.84.II.20228 note J.-P. ECK.

(5) Cette jurisprudence est toutefois devenue sans objet depuis que la plupart des autorisations préalables ont été supprimées en raison de la libération complète des mouvements de capitaux.

ces attachées à l'intrusion des lois de police dans le traitement international des créances. L'application de la règle de conflit de lois est en effet paralysée, sans que la loi de police qui lui est substituée assure le respect de la bonne foi contractuelle. L'effet d'éviction de la règle de conflit de lois attachée à la mise en œuvre des lois de police se rencontre également avec le traitement des abandons de créances.

(b).- L'ABANDON DE CRÉANCES

428.- Les relations au sein d'un groupe de sociétés rendent fréquentes et globalement normales les transferts de créances effectués sous forme d'abandon ou de transfert de bénéfices. En principe, de telles opérations devraient obéir tant à la loi de la créance qu'à la loi de la cession de créance, dans la mesure où ces opérations se rattachent au fonctionnement normal d'un groupe de sociétés. Toutefois, la méthode conflictuelle risque le plus souvent d'être évincée au profit de l'application unilatérale de règles de droit fiscal.

Ainsi de l'article 57 C. G. I. relatif aux prix de transfert (1). Aux termes de ce texte, une entreprise française ayant sous sa dépendance une entreprise étrangère (le texte appréhende également la situation inverse) peut se voir redressée pour transfert par majoration ou diminution du prix réel de vente, sous réserve de la réunion de deux conditions (2). Le prix de transfert, conséquence civile de l'exécution du contrat de cession, va donc échapper à la compétence de la *lex contractus*, pour être saisi par la loi de police, de sorte que le fonctionnement normal de la règle de conflit de lois est impossible.

(1) V. J. DUBARRY, *Prix de transfert. Récents développements en matière fiscale*, DPCI.85.581 ; v. également l'article 68 de la loi de finances pour 1988 qui a modifié le régime d'octroi de l'imposition sur le bénéfice consolidé (article 209-6 C. G. I.) permettant des compensations sans limitation. V. *Le régime fiscal des groupes de sociétés*, JCP.88.II.CI.15132.

(2) Il doit y avoir un lien de dépendance entre les deux sociétés et la preuve, à la charge de l'administration fiscale, d'un transfert de bénéfices à l'étranger. Peuvent être appréhendés aussi bien les prix de transferts de biens que les prix de transferts de services.

429.- La même observation peut être tenue s'agissant des abandons de créances. En principe, la remise de dette obéit à sa loi propre (1), qui est soit choisie par les parties, soit désignée en vertu de la localisation de la créance. La remise de dette présente une très grande utilité en droit des sociétés, dans la mesure où elle permet une remontée des pertes de la filiale vers la maison-mère. Initialement encadrée par la jurisprudence (2), la pratique de l'abandon de créances, largement utilisée à l'étranger, a été réglementée par l'article 15-II de la loi de finances pour 1983. Le système mis en place prévoit que pour la fraction non déductible des résultats imposables de la société-mère créancière, les abandons de créances consentis ne sont pas pris en compte pour déterminer le résultat imposable de la société débitrice (2). En clair, lorsqu'il s'agit d'un abandon financier, la déduction vaut pour la partie versante dans la limite de la situation nette négative de la société bénéficiaire de l'abandon. Et du côté du bénéficiaire, l'abandon est imposable, sauf pour la fraction non-déductible des résultats de la société-mère, à condition, aux termes de l'article 15-II de la loi de finances pour 1983, que la filiale s'engage à augmenter après coup son capital social, au profit de la société-mère.

Initialement, le mécanisme de l'abandon de créances intervient donc dans un cadre sociétaire. La société créancière abandonne sa créance en contrepartie d'un service ou d'une restructuration. Sous l'angle du conflit de lois, l'abandon devrait être régi par une loi propre et, à défaut d'un tel choix, par la loi de la créance objet de la remise. Mais l'application de la loi fiscale française, loi de droit public devant être qualifiée de loi de police, vient évincer les dispositions de la loi de l'abandon. Concrètement, alors que la loi applicable à la créance objet de l'abandon est par exemple la loi américaine, loi du siège de la société-mère, la loi fiscale française, loi de police du siège de la filiale, viendra paralyser les dispositions plus avantageuses de la loi américaine. Il risque d'ailleurs d'en résulter un conflit, dans la mesure où les motifs de la loi de

(1) V. *infra*, n° 731.

(2) V. P. NODINGS, *Le régime fiscal des abandons de créances en France*, DPCI.84.263.

(3) La société-mère doit détenir dans sa filiale une participation au sens de l'article 145 C.

police, tenus pour légitimes par son auteur, peuvent paraître illégitimes à l'étranger. La question de la *portée* de la loi de police amène ainsi à s'interroger tant sur l'existence de critères de rattachement de la situation litigieuse avec l'Etat auteur de la norme, que sur la coexistence internationale des lois de police.

§ 2.- La coexistence des lois de police

430.- Pacifique, la coexistence des lois de police ne l'est certainement pas. Leur application est en effet le plus souvent exclusive. Soit le cas du contrôle des changes. Il est fréquent que les réglementations des relations financières avec l'étranger de deux pays se ressemblent en ce qu'elles poursuivent les mêmes finalités (protection de la monnaie et de la balance des paiements) et adoptent les mêmes règles. Cependant, il n'est pas rare de voir des Etats, dont le contenu des réglementations convergent, exclure le respect de leur réglementation réciproque. De sorte que la violation du contrôle des changes du for est susceptible d'entraîner la nullité de la créance monétaire, cependant que la violation du contrôle des changes étranger ne se traduira, en cas de litige, que par la condamnation morale, non du débiteur, mais de la loi de police étrangère ! Ainsi, il a déjà été jugé que les contrôles des changes étrangers poursuivaient la satisfaction d'intérêts particuliers (1), étaient contraires au libéralisme et à la nécessaire liberté de circulation des capitaux (2), etc.

(1) V. BGH. 17 déc. 1959, R.61.313 note E. MEZGER. Dans cette affaire, la loi de police étrangère se confondait avec la *lex contractus*. Elle fut écartée, non pas sur le fondement de l'ordre public, ce qui impliquait le recours au raisonnement conflictualiste, mais sur le motif de la non-applicabilité des **lois de droit public étrangères**.

(2) V. Hoge Raad 12 janv. 1979, R.80.68 note R. VAN ROOIJ : “*L'intérêt considérable qui, pour les Antilles néerlandaises, s'attache au libre fonctionnement du commerce juridique relatif aux immeubles situés aux Antilles néerlandaises, ne permet pas d'admettre dans ce pays la nullité du contrat de vente prévue par la loi du Surinam*”. V. aussi Cass. 21 juin 1950 **Messageries maritimes**, D.51.749 note J. HAMEL, R.50.609 note H. BATIFFOL, JCP.50.II.5812 note J. Ph. LÉVY, S.52.I.1 note J.-P. NIBOYET ; Cass. 16 oct. 1967 **Janda**, D.68.445 note E. MEZGER, R.68.661 note J.-P. ECK.

431.- Le caractère unilatéral, publiciste, et les objectifs économiques des lois de police étrangères servaient ainsi de motif pour les refouler. Cependant, le débat a été renouvelé avec l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, qui permet la prise en considération des lois de police étrangères par le juge du for (1). La doctrine considère en effet que la technique de la prise en considération serait susceptible d'altérer l'unilatéralisme de départ, et de transformer la loi de police étrangère en une règle bilatérale, le destin de l'unilatéralisme étant de s'achever dans le bilatéralisme (2). Une telle analyse ne pourrait que renforcer la place de la méthode conflictuelle dans le traitement international des créances et donner jour à une règle de conflit de lois renouvelée (3). Elle permettrait aussi d'éviter de fausser la mise en œuvre de la méthode conflictuelle.

Sa confirmation rend nécessaire un recensement des décisions ayant envisagé ou écarté la prise en considération des lois de police étrangères ne correspondant pas à la *lex solutionis* (4).

(a).- LA PRISE EN CONSIDÉRATION DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES

432.- Deux questions doivent être distinguées, celle de l'application bilatérale de dispositions de droit public étranger, et celle de l'application bilatérale de lois de police étrangères.

(1) V. P. LAGARDE, rapport sur le projet de codification du droit international privé suisse, Ann. Suisse de dr. international 1979, p. 88 ; Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP. 1980-1981, p. 43 ; F. GIANVITI, *Réflexions sur l'article VIII section 2-b des statuts du fonds monétaire international*, R.73.471 et 629 ; du même auteur, *Le contrôle des changes étranger devant le juge national*, R.80.479 et 659.

(2) V. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 133.

(3) Selon M. Ph. MALAURIE, *Rapport général de droit international privé*, in Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXIV, 1973, *La protection des consommateurs*, p. 389, l'application des lois de police en matière de protection des consommateurs implique l'existence d'un lien de rattachement avec le for. Par exemple, il faudra bien localiser la vente par correspondance pour savoir si elle est susceptible de relever du droit français de la consommation. M. Ph. MALAURIE considère qu'on reviendrait de la sorte à "*une règle de conflit de lois un peu transformée*".

(4) Sur cette juxtaposition, v. K. ZWEIGERT, *Droit international privé et droit public*, R.65.645. Dans un tel cas, il est possible d'admettre que les dispositions de police de la *lex causae* s'appliquent telles quelles. V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 121 sq. ; F. GIANVITI, *Le contrôle des changes étranger devant le juge national*, R.80.479 et 659.

_- L'application bilatérale de dispositions de droit public étranger

433.- Traditionnellement, les lois de droit public étrangères étaient inapplicables devant le juge du for. L'interdiction ainsi formulée était particulièrement illustrée par la question de la subrogation d'un Etat étranger dans les droits de la victime qu'il avait indemnisée par application de sa propre loi (1), et par l'hypothèse du recouvrement des créances fiscales étrangères (2). Or chacune de ces deux questions a fait l'objet d'une évolution différente. Le caractère de droit public d'une loi étrangère n'implique plus nécessairement sa mise à l'écart (3) ; un Etat subrogé dans les droits de la victime qu'il a indemnisée en vertu de sa propre loi peut, sur le fondement d'une règle de conflit de lois bilatérale, valablement faire reconnaître ses droits à l'étranger (4). Selon M. de la Pradelle (5), la loi de police étrangère est ainsi appliquée par le canal de la règle de conflit de lois, et cette solution est justifiée en ce qu'autrement, *“il faudrait renoncer de plus en plus fréquemment à faire fonctionner le système de conflit, car le domaine des lois d'application immédiate tend à s'accroître dans tous les pays ”*. De même, la solution est approuvée par M. P. Lagarde, qui écrit que ces décisions *“s'accordent fort bien avec les tendances modernes qui n'excluent plus systématiquement le procédé du conflit de lois des ma-*

(1) V. par exemple Colmar 16 juill. 1935, R.36.161 ; Besançon 14 mai 1959, R.60.67 note Y. LOUSSOUARN.

(2) V. G. VAN HECKE, *Droit public et conflit de lois*, TCFDIP.1982-1984, p. 225, spéc. p. 230 ; G. MONTAGNIER, *Le contentieux du recouvrement en France des impôts étrangers*, DPCI.85.331 ; du même auteur, v. *Un nouveau modèle de Convention OCDE.*, DPCI.87.359 ; v. aussi BGH. 17 déc. 1959, R.61.313 note E. MEZGER.

(3) V. Sur la question, v. M. BAUER, *Le droit public étranger devant le juge du for*, thèse, Paris, 1977 ; v. aussi la résolution de l'IDI de 1975 : *“Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition ”* ; v. l'article 13 de la loi suisse du 18 décembre 1987 : *“L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public ”*.

(4) V. Paris 18 juin 1969 et Cass. 17 mars 1970, J.70.923 note G. DE LA PRADELLE, R.70.688 note P. LAGARDE ; Cass. Belgique 23 oct. 1969, R.70.692 note P. LAGARDE. Selon M. DE LA PRADELLE, *“Les lois d'application immédiate étrangères sont en principe applicables en France ; cela signifie ensuite que cette application dépend normalement des règles ordinaires de conflit de lois ”* (note précitée, spéc. p. 935).

(5) G. DE LA PRADELLE, note précitée, J.70.923, spéc. p. 935.

tières de droit public ” (1).

Le recouvrement de créances fiscales étrangères a donné lieu à des développements différents. Alors qu'elle était traditionnellement rejetée (2), la recevabilité de l'action en recouvrement est aujourd'hui admise (3), mais le fondement de cette solution repose, non sur une évolution de la jurisprudence, mais sur le développement de l'entraide étatique, sous la forme, par exemple, de conclusion de Conventions bilatérales (4), d'élaboration de modèle de Convention (5), ou de directives, telle celle du 6 décembre 1976 (6).

Le caractère de droit public de la norme étrangère ne fait ainsi plus obstacle à son application par le juge du for, de sorte que l'unilatéralisme de départ est altéré. De même, les juges acceptent parfois de procéder à l'application des lois de police étrangères, au titre de leur prise en considération.

_- L'application bilatérale de lois de police étrangères

434.- La prise en considération des lois de police étrangère est prônée par l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (7). Cette position ne fait que confirmer l'existence d'un mouvement jurisprudentiel antérieur. Les juges ont en effet accepté, à plusieurs reprises, de

(1) P. LAGARDE, note précitée, R.70.692, spéc. p. 698. V. aussi, dans le même sens, BGH. 26 avr. 1966, GP.67.I.CEE.35. V., pour un avis différent, P. MAYER, note sous Reims 25 oct. 1976, J.78.99, spéc. p. 104, qui déclare qu'une “*seule loi étant édictée compétemment par son auteur, il n'y a pas de place pour le conflit de lois*”.

(2) V. par exemple, Cass. 3 juill. 1928, J.29.385.

(3) V. Cass. 21 janv. 1975, *Richier*, R.77.120 note G. COUCHEZ.

(4) V. par exemple la Convention franco-belge du 12 août 1843 et du 16 mai 1931, J.34.834.

(5) V. le modèle OCDE. de 1981 ; v. G. MONTAGNIER, *Un nouveau modèle de Convention OCDE.*, DPCI.87.359.

(6) Appliquée en France en vertu de l'article 11 de la loi de finance rectificative n° 81-1179 du 31 décembre 1981.

(7) Dans le cadre du droit communautaire, v. aussi les articles 7-1-g et 7-2 al. 2 de la directive CEE. du 22 juin 1988, RTDE.88.730, relative à la loi applicable aux contrats d'assurance, qui semblent impliquer le respect des dispositions impératives des Etats membres (droit fiscal : article 25 ; assurance obligatoire : articles 7-1-g, 8-3 et 8-4-c).

faire produire effet à des lois de police étrangères. Ainsi, dans l'affaire de *Intrabank*, le Tribunal de grande instance de Paris permit aux dispositions de police de la loi libanaise de produire leurs effets sur le territoire français (1). Dans les affaires tunisiennes, certaines décisions acceptèrent que la restitution des titres déposés à Tunis entre les mains de la succursale de la banque française ne pût être demandée au siège de la banque à Paris, en raison des dispositions du contrôle des changes tunisien (2). Des décisions anciennes ont également sanctionné, en considération de leur illicéité, des contrats conclus en violation de la réglementation des change étrangère, alors que la *lex contractus* était la loi française (3). Le moyen de défense tiré du contenu du contrôle des changes fut de même reçu par le Tribunal arbitral de La Haye dans le règlement des Différends irano-américains (4). Les deux jugements rendus par le Tribunal de grande instance de Paris les 8 et 12 mars 1985 (5) estimèrent que les nationalisations vietnamiennes constituaient un cas de force majeure délivrant la société-mère de son obligation de restituer les sommes déposées aux guichets de ses anciennes succursales vietnamiennes. Un autre jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 16 décembre 1983 donna effet à une loi de blocage syrienne visant des intérêts irakiens (6). La décision de la Cour de cassation du 6 février 1973 *Sellam* admit le principe de la reconnaissance de la réglementation des changes étrangère (7). Dans une décision

(1) Ord. TGI. Seine 13 avr. 1967 *Intrabank*, JCP.68.II.15181 note H. MOTULSKY, RTDCom. 69.644 obs. Y. LOUSSOUARN, R.69.68 ; v. Ch. GAVALDA, *Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire « Intragbank »*, R.69.1.

(2) V. Trib. com. Nice 18 janv. 1984 *Nasswel*, cité par J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 55.

(3) V. Trib. com. Dunkerque 27 nov. 1906 et Douai 11 nov. 1907, R.1908.138.

(4) Le contrôle des changes iranien équivalait à un cas de force majeure, alors même qu'il ne faisait pas partie de la *lex contractus*. V. B. AUDIT, *Le tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)*, J.85.791. M. AUDIT note que le Tribunal a évité de se prononcer de front sur la question de la validité de cette réglementation. L'exception n'aurait été admise que pour les mouvements de capitaux, et non pour les paiements courants. Devant l'arbitre, qui n'a pas de for, toutes les lois de police sont des lois de police étrangères.

(5) TGI. Paris 8 et 12 mars 1985, D.85.IR.500 obs. B. AUDIT, B.85.409 note J.-L. RIVES-LANGE.

(6) V. TGI. Paris 16 déc. 1983, D.84.IR.262 obs. M. VASSEUR.

(7) Cass. 6 févr. 1973 *Sellam*, J.75.66 note B. AUDIT ; Cour d'appel New York 8 mai 1975, cité par F. GIANVITI, *Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (executive order du 14 novembre 1979)*, R.80.279.

antérieure, en date du 17 novembre 1969 (1), la Cour de cassation déclara que c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du fond énoncent que la caution d'un débiteur poursuivi pour une dette contractée en Algérie ne produit pas d'éléments suffisamment probants sur la législation algérienne des changes pour permettre de dire que le créancier a « rapatrié » en France une créance stipulée payable en monnaie française dans des conditions irrégulières, ce qui équivalait implicitement à admettre les effets potentiels de la loi de police étrangère. Enfin, par un arrêt célèbre, le Hoge Raad prit soin d'affirmer que dans certaines hypothèses, le juge du for pouvait prendre en considération les dispositions de la loi de police étrangère (2).

435.- L'accueil réservé aux lois de police étrangères par les différentes décisions qui viennent d'être citées peut être interprété de deux manières. Soit l'on considère que ces décisions expriment l'acceptation des effets extraterritoriaux des mesures de droit public étranger. Mais le fondement des arrêts ayant admis l'action de l'Etat subrogé dans les droits de la victime qu'il avait indemnisée tend à écarter une telle lecture (3). Soit l'on estime que les juges ont altéré le caractère unilatéral des lois de police étrangères en procédant à leur application, de sorte que celles-ci auraient été bilatéralisées (4).

Cette lecture optimiste renforce naturellement l'autorité de la méthode conflictuelle, en endiguant la vague des lois de police (5). Il nous semble néanmoins qu'elle doit être tempérée dans la mesure où de nombreuses décisions ont refusé de tenir compte des lois de police étrangères, de sorte que leur prise en considération présente un caractère imparfait.

(1) Cass. 17 nov. 1969, Bull.civ.I.n° 342, R.70.746.

(2) Hoge Raad 13 mai 1966 *Alnati*, R.67.522 note A. V. M. STRUYCKEN. La possibilité d'appliquer la loi de police étrangère est admise, mais son application concrète a été en l'espèce repoussée.

(3) Sur ce point, v. *supra*, n° 412 *sq.*

(4) V. en ce sens G. VAN HECKE, *Droit public et conflit de lois*, TCFDIP.1982-1984, p. 225, spéc. p. 228, qui met l'accent sur le caractère unilatéral et non territorial des règles de droit public ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 133.

(5) V. G. DE LA PRADELLE, note précitée, J.70.923, spéc. p. 935 : “*Il faudrait renoncer de plus en plus fréquemment à faire fonctionner le système de conflit, car le domaine des lois d'application immédiate tend à s'accroître dans tous les pays*”.

(b).- LE CARACTÈRE IMPARFAIT DE LA PRISE EN CONSIDÉRATION

436.- De l'avis de P. Arminjon (1), tout conflit de lois est impossible en matière de lois de police, en ce que toute application extraterritoriale d'une loi de droit public est elle-même impossible. De même, selon M. Trochu (2), parce qu'elles sont de police, les lois régissant la faillite ne peuvent être appliquées extraterritorialement. Ces opinions, fondées sur la territorialité des lois de droit public et sur l'appréciation politique des mobiles qui les animent, se retrouvent pleinement dans la jurisprudence.

Ainsi, le Hoge Raad n'a-t-il pas hésité à désavouer sa propre jurisprudence *Alnati* par un arrêt postérieur, en date du 12 janvier 1979 (3). Une telle contradiction n'est pas isolée. Bien qu'elle ait admis le principe de la prise en considération des lois de police étrangères (4), la Cour de cassation n'a pas hésité à poser une solution inverse, s'agissant des nationalisations égyptiennes (5). L'efficacité juridique de l'*Executive Order* du président J. Carter ne fut pas admise en France (6), non plus que celle des embargos américains dans l'affaire du *Gazoduc sibérien* (7), ou du blocage des livraisons de camions à destination de la Chine (8). De nombreuses décisions des juges du fond ont refusé de tenir compte de contrôles des changes étrangers pour délier le débiteur de ses engagements, en affirmant qu'il “*n'appartient pas aux ju-*

(1) P. ARMINJON, *Les lois politiques et le droit international privé*, R.30.389.

(2) V. M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite*.

(3) V. Hoge Raad 12 janv. 1979, R.80.68 note R. VAN ROOIJ : “*L'intérêt considérable qui, pour les Antilles néerlandaises, s'attache au libre fonctionnement du commerce juridique relatif aux immeubles situés aux Antilles néerlandaises, ne permet pas d'admettre dans ce pays la nullité du contrat de vente prévue par la loi du Surinam*”.

(4) V. Cass. 17 nov. 1969, Bull.civ.I.n° 342, R.70.746.

(5) V. Cass. 23 oct. 1963 **Hazan**, JCP.63.II.13434 note P. LEVEL. Dans cette affaire, les banques françaises durent restituer les sommes déposées aux guichets de leurs succursales nationalisées, la loi de police étrangère ne pouvant les délier de leurs obligations.

(6) V. Ch. GAVALDA, *L'efficacité juridique en France de l'Executive Order du président Carter « gelant » les avoirs officiels iraniens*, GP.79.doctr.II.645 ; F. GIANVITI, *Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (executive order du 14 novembre 1979)*, R.80.279.

(7) V. B. AUDIT, *Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien*, R.83.401.

(8) V. Paris 22 mai 1965 **Fruehauf**, RTDCom.65.62 obs. R. RODIÈRE, D.68.147 note R. CONTIN.

dictions françaises de sanctionner la fraude à la loi étrangère surtout dans le domaine de l'ordre public économique, qu'il n'en serait autrement que dans la mesure où ces agissements violeraient des engagements pris par la France ” (1). Le même courant se dessine à l'étranger. Outre la décision précitée du Hoge Raad du 12 janvier 1979 (2), on peut citer celle du B. G. H. du 17 décembre 1959 (3), et une autre de la Chambre des Lords (4).

437.- Enfin, deux décisions peuvent être mentionnées, l'une de la Cour suprême d'Alberta, qui refuse d'appliquer les lois fiscales étrangères en considération de leur stricte territorialité (5), l'autre, du Hoge Raad, dans l'affaire de *l'Escompto Bank*, qui soustrait à l'application de la loi de police étrangère une cession de créance consentie à une société néerlandaise par l'une de ses filiales nationalisée par l'Etat auteur de la loi de police.

438.- En somme, la lecture de ces décisions, dont la variété concerne aussi bien les époques que les pays, souligne le caractère très imparfait de la prise en considération des lois de police. Le refus de coopération est exprimé aussi bien à l'encontre de pays politiquement opposés (7), que de pays politiquement proches ou neutres (8). C'est dire combien la synthèse paraît difficile,

(1) Reims 25 oct. 1976, J.78.99 note critique de P. MAYER. L'arrêt concernait le contrôle des changes **algérien**. Pour la même attitude de refus envers le contrôle des changes **tchécoslovaque**, v. Cass. 16 oct. 1967 *Janda*, D.68.445 note E. MEZGER, R.68.661 note J.-P. ECK ... **brésilien**, v. Paris 22 mai 1986, D.87.IR.295 obs. M. VASSEUR.

(2) Hoge Raad 12 janv. 1979, R.80.68 note R. VAN ROOIJ.

(3) BGH. 17 déc. 1959, R.61.313 note E. MEZGER. Cet arrêt a refusé de tenir compte de la réglementation des changes de la zone **soviétique**, pour des raisons essentiellement politiques.

(4) Chambre des Lords 19 mai 1960 *Banque de Grèce*, R.61.653 note J.-F. AUBERT ; v. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497. La Chambre des Lords refuse de tenir compte des dispositions de police étrangères, alors même qu'elles faisaient partie de la loi régissant la société débitrice, dont l'engagement avait été soumis à la loi anglaise. M. VAN HECKE fait état dans son article d'autres décisions anglaises ayant refusé de tenir compte de moratoires décrétés unilatéralement, mais l'auteur fait observer qu'il s'agirait là de règles spécifiques de la *Common Law*, qui ne peuvent être assimilées au principe traditionnel de non-reconnaissance des effets extraterritoriaux des lois de police étrangères.

(5) Cour suprême d'Alberta 1969, 69 W.W.R. 212, J.72.369 obs. J.-G. CASTEL.

(6) Hoge Raad 17 avr. 1964 *Escompto Bank*, J.69.978 note R. D. KOLLEWYJN.

(7) Exemple : l'Union soviétique, etc.

(8) Exemples : les U.S.A., le Brésil, etc.

tant les juges semblent guidés par des considérations opportunistes et politiques.

439.- Il est néanmoins possible de dresser un bilan relatif. D'abord, la méthode conflictuelle ne se trouve réellement paralysée que par l'intervention d'une loi de police *du for*, le juge étatique étant contraint d'appliquer les normes internationalement impératives de l'ordre juridique auquel il ressortit. Ensuite, en présence des lois de police étrangères, la jurisprudence présente une grande ambiguïté. En effet, que la loi de police étrangère soit ou ne soit pas appliquée, la règle de conflit de lois retrouve un certain empire. La loi de police étrangère est-elle écartée en raison du principe de souveraineté ? La règle de conflit de lois ne souffre aucune atteinte. La loi de police étrangère est-elle prise en considération, voire appliquée ? Mais c'est au prix d'une altération très nette de son unilatéralisme, de sorte que l'empire de la règle de conflit de lois bilatérale en ressort quelque peu restauré (1).

Enfin, on ne peut s'empêcher de penser que l'expansion des lois de police correspond à une perte de confiance des Etats envers les règles de conflit de lois de source nationale, dont la diversité, combinée au principe d'autonomie de la volonté, permet toutes sortes de fraudes. Ceci explique très certainement la multiplication parallèle de règles de conflit de lois et de règles matérielles d'origine internationale, intéressant directement ou indirectement les créances, alors que l'expansion de l'unilatéralisme et de la codification internationale pouvait paraître, de prime abord, contradictoire.

(1) V. Cass. 25 janv. 1966 **Royal Dutch**, R.66.238 note Ph. FRANCESKAKIS, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN, J.66.631 note J.-D. BREDIN, où la qualification des rapports entre les porteurs des titres et la société émettrice a conduit à l'application de la *lex societatis* au détriment de la *lex rei sitae*, et a permis au juge d'éviter d'avoir à s'interroger sur l'application extraterritoriale d'une norme de police étrangère. En d'autres termes, la loi de police étrangère a été appliquée par le truchement d'une règle de conflit de lois bilatérale ! De même, dans l'affaire de **l'Executive Order** du président J. Carter, son applicabilité fut initialement déterminée par le jeu de la règle de conflit de lois. En effet, dans le cas des succursales des sociétés américaines, l'embargo fut appliqué au titre de la *lex societatis* américaine. Mais s'agissant des filiales implantées en France, il fut écarté, en ce qu'il était *extérieur* à la *lex societatis* française. Le raisonnement avait été le même avec l'affaire **Fruehauf**. V. Paris 22 mai 1965 **Fruehauf**, RTDCom.65.62 obs. R. RODIÈRE, D.68.147 note R. CONTIN. V. aussi R. CONTIN, *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D.68.chron.45.

SECTION II

L'EXPANSION DE LA CODIFICATION INTERNATIONALE

419.- L'expansion de la codification internationale est indéniable. Elle entraîne une transformation partielle du droit international privé qui, de coutumier, tend à devenir écrit (1). Les méthodes employées pour parvenir à une unification des règles applicables sont doubles. Elles traduisent la volonté des Etats d'agir tant sur la règle de conflit de lois que sur le droit matériel applicable au fond du litige, de sorte que se succèdent des Conventions uniformes portant règles de conflit de lois et des Conventions portant règles matérielles. Il n'est pas rare, d'ailleurs, de constater que certaines Conventions ou projets de Convention marient règles de conflit de lois et règles matérielles, donnant ainsi naissance à des règles mixtes. Il nous semble toutefois préférable de garder la distinction classique suivant que la Convention utilise la méthode conflictuelle ou réalise une unification des règles matérielles.

§ 1.- Conventions portant règles de conflit de lois uniformes

Certaines Conventions ont pour objet principal de fixer la loi applicable à telle ou telle catégorie de créances. L'attribution d'une loi propre montre incontestablement que les créances peuvent constituer une catégorie de rattachement, la localisation du droit procédant du domicile ou de la résidence du créancier ou du débiteur, et non de sa source. Limiter la mesure de l'ampleur de la codification internationale aux seules Conventions appréhendant directement les

(1) V. Y. LOUSSOUARN, *Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé*, RTDE.74.708. V. aussi B. OPPETIT, *La notion de source du droit et le droit du commerce international*, Archives de philosophie du droit, 1981, p. 43.

créances nous semble toutefois réducteur. Aussi bien, paraît-il souhaitable d'inclure la présentation des Conventions appréhendant indirectement les droits de créance.

(a).- CONVENTIONS APPRÉHENDANT DIRECTEMENT LES CRÉANCES

441.- Les Conventions portant règles de conflit de lois et appréhendant directement les créances sont au nombre de deux, celle de La Haye du 24 octobre 1956 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires envers les mineurs, et celle de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires (1). La consécration d'une loi propre en matière de créances intervient, il faut le reconnaître, là où on l'attendait le moins. En effet, la justification d'une loi propre repose tant sur la dimension patrimoniale, et donc, objectivée des créances, que sur la mise en valeur d'une catégorie de rattachement spécifique, c'est-à-dire distincte des catégories de rattachement voisines. Or, les créances alimentaires sont des droits éminemment personnels (2), et ne se dissocient pas facilement de la catégorie de rattachement voisine, le statut personnel (3). La solution en est donc d'autant plus remarquable. Elle montre aussi que l'attribution d'une loi propre est parfaitement possible, ce qui n'est pas sans intérêt s'agissant de la circulation des créances (4).

Plus nombreuses sont les Conventions qui appréhendent indirectement les créances.

(b).- CONVENTIONS APPRÉHENDANT INDIRECTEMENT LES CRÉANCES

442.- L'appréhension des créances est indirecte en ce que leur étude n'intervient qu'en tant

(1) Sur l'exposé de ces deux Conventions, v. *supra*, n° 220 *sq.*

(2) V. R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse, Lyon, 1939 ; J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse, LGDJ., 1979, n° 218. V. *supra*, n° 227.

(3) Sur les questions préalables, v. *infra*, n° 540 *sq.*

(4) Sur la loi applicable à la cession de créance, v. *infra*, n° 598 *sq.* ; sur l'adoption de **règles matérielles** s'agissant de la circulation des créances, v. *infra*, n° 446.

qu'élément du domaine de la loi applicable. Ceci est particulièrement net à l'égard des Conventions qui sont relatives à la loi applicable à la vente d'objets mobiliers corporels (1), au trust (2), au contrat de représentation (3), ou des projets de Convention afférents au règlement des conflits de lois en matière de droit du travail (4), ou à la société anonyme européenne (5).

443.- Mais elle peut être aussi indirecte en ce que la Convention fixe une ou plusieurs règles de conflit de lois spécifiques, sans que la créance constitue l'un des éléments du domaine de la loi applicable, en ce que la Convention traite de certaines activités ou faits juridiques qui donneront naissance à des créances. On peut citer en ce sens les Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931 relatives aux effets de commerce (6), les Conventions de La Haye des 4 mai 1971 relative à la loi applicable aux accidents de la circulation routière et 2 octobre 1973 relative à la loi applicable à la responsabilité du fait des produits défectueux (7). Plus encore, tout en reconnaissant à la loi du contrat un large domaine, la Convention de Rome du 19 juin 1980

(1) Convention de La Haye du 15 juin 1955 et Convention de La Haye du 22 décembre 1986.

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

(3) Convention de La Haye du 14 mars 1978.

(4) V. le projet C. E. E. paru au J. O. C. E. du 18 mai 1972. V. P. LAGARDE, *Examen de l'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, TCFDIP.1971-1973, p. 147 ; P. RODIÈRE, *Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (Mars 1972)*, RTDE.73.1.

(5) Les différents projets entremêlent règles de conflit de lois et règles matérielles. V. par exemple les articles 6, 16 § 1, et 23 §1 du projet sur la **fusion** internationale de **sociétés anonymes**. Sur les différentes versions, v. R. HOUIN, *Le régime juridique des sociétés dans la Communauté Economique Européenne*, RTDE.65.11 ; du même auteur, *Où en est le droit des sociétés dans le Marché commun ?*, RTDE.68.131 ; R. PATRY, *La société anonyme de type européen*, Etudes de droit commercial en l'honneur de P. CARRY, Genève, Georg, 1964, p. 29 ; H. VON DER GROEBEN, *Vers des sociétés anonymes européennes*, RTDE.67.224 ; R. A. LACAN, *Pour une société anonyme de type européen. Tableau comparatif*, RTDE.67.319 ; P. VAN OMNESLAGHE, *L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes*, RTDE.67.457 ; J. VAN RYN, *Le projet de statut des sociétés anonymes*, RTDE.71.563 ; Y. LOUSSOUARN, *Chronique de droit international du commerce et Marché Commun*, n° 4, *La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international du commerce*, RTDCom.71.897 ; du même auteur, *Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé*, RTDE.74.708 ; B. GOLDMAN, *Rapport concernant le projet de convention sur les fusions internationales de sociétés*, RTDE.74.464 ; O. LOÏ, *La troisième directive du Conseil des Communautés européennes du 9 octobre 1978 concernant les fusions de sociétés anonymes*, RTDE.80.354.

(6) V. *supra*, n° 46 sq.

(7) V. *supra*, n° 151 sq.

relative à la loi applicable aux obligations contractuelles organise des rattachements spécifiques en matière de cession de créance et de subrogation personnelle (1). Une telle solution est parfaitement justifiée, et même commandée par l'évolution des créances, lesquelles représentent des valeurs économiques propres. Cette dernière considération explique sans doute l'élaboration de règles matérielles du commerce international dont l'objet est la circulation des créances, de sorte que la question de la localisation des créances est résolue *en amont*.

§ 2.- Conventions portant règles matérielles

Le fait que les créances puissent constituer une catégorie *spécifique*, indépendante et détachée de leur origine, est établi par l'existence d'une Convention relative à la transmission des créances et portant règles matérielles, de sorte que les créances sont appréhendées directement. Parallèlement, il existe un certain nombre de Conventions qui, sans traiter directement des créances, contiennent plusieurs dispositions pouvant les affecter.

(a).- CONVENTIONS APPRÉHENDANT DIRECTEMENT LES CRÉANCES

444.- Il existe deux projets de Convention appréhendant directement les créances et portant règles matérielles. Leur objectif est de faciliter la circulation des créances sur le plan international, considération qui demeure absente du droit international privé français (2). La règle de conflit de lois se trouve de la sorte neutralisée, et il n'est pas impossible que leur entrée en vigueur contribue à modifier les solutions posées par la Cour de cassation.

445.- Le premier projet était celui de la Fédération bancaire de la C. E. E. et avait pour objet la

(1) V. les articles 12 et 13 de la Convention. V. *infra*, n° 631 *sq.*

(2) Sur les solutions françaises de conflit de lois en matière de cession de créance, et leur inadaptation aux besoins du commerce international, en ce qu'elles ne tiennent pas compte de l'évolution des droits de créance, v. *infra*, n° 540 *sq.*

transmission des factures. Le dessein était ambitieux en ce que les auteurs du projet souhaitaient élaborer une Convention internationale sur l'endossement des factures, qui n'était pas sans évoquer les législations française (1) et belge (2) en matière de factures protestables. Cependant, le projet n'aboutit jamais et fut enterré en 1963.

446.- A un destin plus glorieux est promu l'autre projet, élaboré par l'UNIDROIT, sous l'égide de la C.N.U.D.C.I. Son objet est d'établir une réglementation internationale de la transmission des créances par affacturage. Le texte avait été fixé par la Commission de l'UNIDROIT au cours de sa session d'avril 1982. Il apporte plusieurs précisions très importantes, telles que la licéité du transfert des créances futures (3), l'inopposabilité des interdictions conventionnelles de transfert insérées dans le contrat de vente (4), la transmission des accessoires de la créance (5), les conditions du caractère libératoire du paiement (6), l'opposabilité des exceptions dérivant du contrat de base par le débiteur cédé (7). Certes, des zones d'ombre demeurent, relatives aux conflits entre les cessionnaires multiples d'une même créance (8), ou au nombre de notifications qui doivent être adressées au débiteur cédé en présence d'un transfert de créance future, ce point commandant le caractère libératoire du paiement (9). Mais la Convention énonce elle-même que *“Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire*

(1) Ord. n°67-838 28 sept. 1967 ; article 16 de la loi du 31 décembre 1969. Sur la facture protestable, v. *supra* , n° 65 *sq* .

(2) Loi belge du 25 oct. 1919.

(3) V. l'article 5. Nous avons montré précédemment que la compétence de la loi de la source se révélait particulièrement malheureuse sur ce sujet. V. *supra* , n° 111 *sq* .

(4) V. l'article 6. Cette Convention est d'autant plus remarquable qu'elle intervient donc à propos de créances issues de **contrats de vente**, et en organise le transfert **indépendamment** des dispositions contractuelles et législatives afférentes à la vente.

(5) V. l'article 7.

(6) V. l'article 8.

(7) V. l'article 9.

(8) Sur les conflits entre ayants cause à titre particulier d'un même cédant, v. *infra* , n° 673 *sq* .

(9) V. l'article 8.

ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ” (1), de telle sorte que le recours à la règle de conflit de lois doit rester subsidiaire. Or, la finalité de cette Convention est de faciliter la circulation des créances, perçue comme une condition du développement du commerce international (2). Après avoir connu une période assez longue de léthargie, à tel point que la doctrine s'interrogeait sur son devenir (3), la Convention a fini par être signée à **Ottawa** le 28 mai 1988. L'évolution des droits de créance justifie pleinement l'existence d'une telle Convention, l'adoption de règles matérielles internationales réglant *en amont* la question de la localisation des créances et les interférences avec la compétence éventuelle de loi de la source. Il est à souhaiter que l'entrée en vigueur de cette Convention contribuera à une évolution des solutions peu adaptées aux besoins du commerce international de la Cour de cassation.

(b).- CONVENTIONS APPRÉHENDANT INDIRECTEMENT LES CRÉANCES

447.- L'événement est bien celui de l'entrée en vigueur le 1er janvier 1988 de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (4). La Convention vaut codification de la vente internationale de marchandises, mais ne parvient pas à éviter un certain nombre de lacunes, non plus que la délicate question des conflits de Conventions (5). Les créances issues de la vente internationale ont ainsi vocation à obéir au régime mis en place par

(1) V. l'article 4.

(2) V. le Préambule : “ *Les Etats parties à la présente Convention, Conscients du fait que l'affacturage international a une fonction importante à remplir dans le développement du commerce international ; Reconnaissant en conséquence l'importance d'adopter des règles uniformes et de veiller à l'équilibre entre les intérêts des différentes parties à l'opération d'affacturage, ...* ”.

(3) V. B. CASSANDRO-SULPASSO, *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?*, RTDCom.84.639.

(4) V. Ph. KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, R.80.951.

(5) Sur cette question, V. F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé*, Pédone, t. I, 1976, t. II, *Le droit des conflits de conventions*, 1980. V. l'article 90 de la Convention de Vienne.

la Convention de Vienne, étant souligné qu'elles y sont qualifiées de portables et non de transférables (v. l'article 57) (1). D'autres textes, devenus définitifs, mais non encore en vigueur, ou qui sont encore à l'état de projet, peuvent être cités. Ainsi de la Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale, de la proposition UNIDROIT sur le leasing international (2), qui a fini par aboutir avec la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 (3), du projet de la CNUDCI. relatif aux effets de commerce (4), des projets européens en matière de procédures collectives internationales (5), du projet du Bénélux du 26 novembre 1973 sur les contrats d'agence (6), du projet européen relatif à la fusion internationale des sociétés anonymes (7), ou encore de la proposition de directive communautaire en matière de sûretés personnelles et de garanties à première demande (8).

Une telle profusion constitue le signe d'une volonté de dépasser les insuffisances de la méthode conflictuelle en matière de créances. Le désir d'harmonisation ne porte pas en effet sur les règles de conflit de lois, mais bien sur les règles matérielles devant appréhender la circulation des créances (effets de commerce, affacturage), leurs garanties (sûretés personnelles, garanties autonomes), leur recouvrement (« faillite internationale »), de même que le financement du

(1) Sur les conséquences de cette qualification sur le plan de la compétence juridictionnelle, v. *supra*, n° 247 notes 1 & 2.

(2) V. E. MOKHTAR BEY, *Le leasing international*, RJC.82.165.

(3) V. E. MOKHTAR BEY, *La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international*, JCP.89.E.II.15643. (4) V. P. BLOCH, *Le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre*, J.79.770.

(5) V. Ch. GAVALDA, *L'état actuel du droit international de la faillite*, TCFDIP. 1962-1964, p. 225 ; P. BELLET, *L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché Commun*, J.65.833 ; J. NOËL et J. LEMONTEY, *Aperçus sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues*, RTDE.68.703 ; J. LEMONTEY, *Perspectives d'unification du droit dans le projet de convention C.E.E. relative à la faillite*, RTDE.75.172 ; du même auteur, v. *Actualités du droit international de la faillite*, TCFDIP. 1987.85 ; Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 275, Dalloz-Sirey, spéc. p. 288. Sur les rapports entre la loi de la créance et la *lex concursus*, v. *infra*, n° 772 sq.

(6) V. D. MATRAY et O. SERVAIS, *L'harmonisation des contrats d'agence*, DPCI.81.387.

(7) V. *supra*, n° 443, p. 302, note 5.

(8) V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, RTDCom.80.1, spéc. p. 6.

commerce international (crédit-bail international, etc.), de telle sorte que la question de la localisation des créances soit réglée en *amont* .

Ce mouvement de codification n'est guère gênant pour la méthode conflictuelle tant que les Conventions restent à l'état de projet, ou dans l'attente du nombre des ratifications nécessaires à leur entrée en vigueur. Néanmoins, elles finissent bien par entrer en application un jour ou l'autre, de sorte que l'inadaptation de certaines règles de conflit de lois, notamment en matière de circulation des créances, risque de devenir criante.

448.- Conclusion de la première Partie. Au terme de la recherche entreprise de la loi applicable aux créances, il paraît utile de synthétiser les différentes propositions qui ont été faites. Nous avons montré que deux séries de raisons conduisaient à une pluralité des règles de conflit de lois. D'une part, la localisation des créances, qui est tributaire tant de l'existence de trois éléments de rattachements, classés en fonction du lieu, de la source, et de la personne, que de leur combinaison. De l'autre, la pluralité des sources des créances et de leurs moments d'exécution dans les contrats à exécution successive, qui favorisent l'éclatement de la compétence législative dès lors que les créances sont soumises par principe à la loi de la source. L'analyse des mérites et inconvénients des différents rattachements nous a conduit à voir dans la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique le rattachement le meilleur, quitte à le compléter par une série de rattachements spéciaux en nombre limité. La compétence de principe de la loi de la source débouche en effet sur un certain nombre d'impasses (notamment à propos des cessions de créances futures et des contrats à exécution successive), et ne rend pas compte de l'évolution des droits de créance, lesquels, plus qu'un simple effet du contrat, constituent des valeurs économiques dont la circulation est l'une des conditions du développement du commerce international (voir le Préambule de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 relative à l'affacturage international). Plus encore, l'étude du droit conventionnel (voir les deux Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973 relatives à la loi applicables aux obligations alimentaires) a permis de prouver que les créances pouvaient parfaitement constituer une catégorie de rattachement du droit international privé, et obéir à une loi propre (1).

Toutefois, nous avons aussi montré que les faiblesses de la méthode conflictuelle (difficultés posées par la localisation des créances, inadaptation de certaines solutions aux besoins du commerce international) étaient en relation directe avec la pluralité des méthodes de règlement des créances et la multiplication de Conventions internationales portant règles matérielles, de sorte que la question de la localisation des créances et de leur autonomie se trouve être réglée *en amont* (2).

La concurrence ainsi établie entre méthode conflictuelle et règles matérielles oblige, nous semble-t-il, à un effort d'adaptation des règles de conflit de lois en matière de créances, de telle sorte que l'évolution de leurs caractéristiques et leur autonomie soient davantage prises en compte. Tel n'est pas le cas de la compétence de la loi de la source, mais bien celui de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Certes, on peut objecter qu'on ne peut dissocier une créance de sa source. Le traitement des créances alimentaires prouve néanmoins le contraire. De surcroît, s'il paraît plus fort au moment de la naissance de la créance, le lien entre celle-ci et sa source est susceptible de se relâcher tant en amont qu'en aval. Aussi bien, la compétence de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique doit-elle subir la contre-épreuve de sa mise en œuvre pour asseoir réellement son bien-fondé.

(1) V. *supra*, n° 220 *sq.* et 441.

(2) V. *supra*, n° 446, à propos de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 relative à l'affacturage international. **L'autonomie** est soulignée par le fait que les créances peuvent être cédées par affacturage international **peu importe** le contenu des clauses du contrat de vente.

Seconde partie

LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE AUX CRÉANCES

449.- La mise en œuvre de la loi applicable aux créances équivaut à la délimitation de son domaine. Elle doit suivre les différentes phases que traverse le droit de créance, qu'il s'agisse de sa naissance ou de sa réalisation. *A priori*, il semble difficile de dissocier la créance de sa source, et d'admettre une compétence différente de celle de la loi de la source. Pourtant, le droit conventionnel a bien organisé l'autonomie des créances alimentaires, en les érigeant en tant que *catégorie* du droit international privé. Il nous semble, de surcroît, que l'autonomie de la créance s'étoffe au fur et à mesure que l'on s'éloigne du moment de *sa naissance*, en amont ou en aval. En ce sens, la circulation des créances montre bien qu'elles sont devenues des valeurs, des biens, ce qui justifie la recherche de solutions spécifiques qui tiennent compte à la fois de leur évolution et des besoins du commerce international, exprimés par le souci de simplicité, de sécurité et de prévisibilité.

450.- Il apparaît toutefois nécessaire d'aborder de manière liminaire quatre points, en ce que leur examen soit pose un problème de méthode, soit conduit à l'exclusion de la loi de la créance, soit, au contraire, à la compétence systématique de la loi de la créance, de sorte qu'il est possible de les résoudre globalement, indépendamment du moment et des formes de la créance.

VUES PRÉLIMINAIRES

L'appréciation du domaine de la loi de la créance suppose préalablement que soit posée la distinction entre conflit des lois et jouissance des droits. Ensuite, certaines questions échappent toujours à la compétence de la loi de la créance, de sorte que leur exclusion, à titre liminaire, est justifiée. Enfin, et à l'inverse, les modalités et l'individualisation des créances obéissent par principe à la loi de la créance.

1. Distinction entre conflit des lois et jouissance des droits

451.- De longue date, le droit international a subordonné l'exercice de certains droits à l'appréciation de leur jouissance. L'exemple classique est celui de l'accès des étrangers à la propriété commerciale (1). Le commerçant étranger ne pouvait y accéder qu'en satisfaisant à un certain nombre de conditions posées par l'administration. La difficulté est considérée traditionnellement comme un préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Il ne sert en effet à rien de s'interroger sur la loi applicable à la créance du preneur lorsque ce dernier, parce qu'étranger, ne peut bénéficier du droit à la propriété commerciale.

452.- Certes, un tel raisonnement peut être critiqué en ce que certaines questions, analysées classiquement en terme de jouissance des droits, obéissent aujourd'hui à la méthode conflictuelle (2). Il n'en demeure pas moins qu'il garde sa pertinence s'agissant des personnes morales qui entendent se livrer à certaines activités commerciales ou invoquer le bénéfice de la propriété commerciale.

453.- Plus précisément, la question est de savoir si la condition de nationalité posée en vue de

(1) V. le décret-loi du 17 juin 1938. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 1981, 7ème éd., LGDJ., n° 180 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 426 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 1004 ; R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*, n° 46 ; M. de JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, t. I, 4ème éd., par E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, Montchrestien, 1988, n° 117 ; R. HOUIN et M. PÉDAMON, *Droit commercial*, 8ème éd., Dalloz, 1985, n° 124 *sq.*

(2) V. en ce sens, **l'ancienne hypothèque légale de la femme mariée**. Traditionnellement abordée en termes de jouissance des droits (v. Cass. 27 janv. 1903 *Monnet*, D.1903.I.249, J.1903.623), l'hypothèque légale de la femme mariée se prêtait mal à une telle analyse en raison de sa spécificité, et de sa combinaison nécessaire avec les règles de conflit de lois. Aussi bien, et sans doute devant les critiques de la doctrine, la Cour de cassation finit-elle par raisonner uniquement en termes de conflit de lois. V. en général Cass. 27 juill. 1948 *Lefait*, R.49.75 note H. BATIFFOL ; Cass. 22 déc. 1959 *Le Chant du Monde*, D.60.93 note G. HOLLEAUX, R.60.361 note F. TERRÉ, J.61.420 note B. GOLDMAN ; v. spécialement Cass. 31 janv. 1984 *Abed*, R.84.638 note Y. LEQUETTE, J.85.444 note G. LÉGIER, JCP.85.II.20362 note F. BOULANGER. V. H. BATIFFOL, *L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé*, in *Choix d'articles*, LGDJ., 1976, p. 225 ; J. PATARIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Hypothèque légale*, n° 30 ; sur la loi applicable à l'hypothèque légale des conjoints, v. *infra*, n° 562.

l'accès à la propriété commerciale doit être appréciée en termes de conflit de lois ou de jouissance des droits. Dans son arrêt *Shell-Berre*, la Cour de cassation trancha la question de l'accès à la propriété commerciale en termes de jouissance des droits, et non de conflit de lois (1), de sorte que la capacité de jouissance de la société est un préalable nécessaire à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois.

454.- De même, continue de poser, pour les sociétés étrangères, un problème de jouissance des droits, et non de conflit de lois, l'accès aux activités de crédit sur le territoire français. Certes, le droit communautaire a modifié l'approche traditionnelle à travers le couple liberté d'établissement / liberté de prestations de services, qui a vocation, à terme, à s'appliquer aussi aux activités de banque et d'assurance (2).

455.- Néanmoins, et hors le cas du droit communautaire, l'exercice d'activités de crédit en France par une société étrangère continue de poser le problème préalable de la jouissance des droits. Ainsi, une société d'affacturage étrangère devra respecter la loi bancaire du 24 janvier 1984 pour réaliser, à partir de la France, des opérations de mobilisation de créances (3), et relèvera du contrôle de la Commission bancaire (articles 37 *sq.* de la loi du 24 janvier 1984). Il est manifeste que l'opération de mobilisation des crédits liés à l'exportation par une société d'affacturage continuera de poser préalablement un problème ressortissant à la condition des étrangers, et non au conflit de lois.

(1) Cass. 8 févr. 1972 *Shell-Berre*, R.73.299 note P. LAGARDE, J.73.218 note B. OPPETIT. V. L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, thèse, LGDJ., 1984, n° 59 *sq.*

(2) V. par exemple Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, n° 247 *sq.* Un régime de faveur a été mis en place par deux directives des 12 décembre 1977 et 28 juin 1979. Un projet de directive est en cours, qui vise à instituer une procédure **d'agrément unique**, dont les effets joueraient sur l'ensemble des territoires des Etats membres, complété par le *Home country control*. Sur ce projet, v. Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, n° 399.

(3) V. Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring*, n° 8. L'établissement de crédit étranger devra se plier aux exigences de la procédure générale d'agrément. V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 30.

456.- Le fonctionnement du marché des valeurs mobilières est lui aussi susceptible de rendre l'exercice des droits liés aux titres tributaire de la question préalable de la jouissance des droits, indépendamment du conflit de lois. A une certaine époque, la jouissance des droits liée aux titres de sociétés étrangères était ainsi affectée par le respect d'une réglementation fiscale et unilatérale (1). Certes, le contrôle des investissements étrangers en France a été fortement assoupli depuis quelque temps (2), le principe étant dorénavant celui de la liberté d'émission (3). Il n'empêche que cette autorisation générale relève de la condition des étrangers, et non du conflit de lois. Elle pourrait, de plus, n'être que spéciale et individuelle, et non générale et abstraite (4).

457.- De même, l'accès à la jouissance de certains droits peut être tributaire de la nationalité de la société, de sorte que le choix entre filiale ou succursale que la société-mère, souhaitant s'implanter à l'étranger, doit opérer, n'est pas indifférent (5).

458.- Enfin, il a déjà été proposé d'appliquer aux contrats d'Etat et à la théorie de la souveraineté permanente des Etats sur leurs richesses naturelles la distinction entre jouissance et exercice des droits (6). Selon cette analyse, l'Etat concédant conserverait de manière permanente la jouis-

(1) Les émissions d'actions ou d'obligations étaient soumises à un régime d'autorisation préalable, en ce qu'elles étaient analysées en termes de capacité de jouissance (condition des étrangers), et non en termes de capacité d'exercice (conflit des lois). L'Administration invoquait en ce sens les articles 249 et 250 du C.G.I. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 13 *sq.* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 1981, 7ème éd., LGDJ., n° 202 & 203.

(2) V. *supra*, n° 420 *sq.*

(3) Toutefois, au-delà d'un seuil de 5 millions de francs, une concertation préalable continue d'être imposée.

(4) Ce qui est le cas du Pacte Andin, dont les pays membres sont la Bolivie, la Colombie, l'Equateur, le Pérou et le Venezuela. V. la décision n° 24 du 17 juillet 1971, prise sur le fondement des articles 26 et 27 de l'accord de Carthagène (Code andin des investissements étrangers), modifiée le 11 mai 1987 par la décision n° 220. V. D. CARREAU, T. FLORY et P. JULLIARD, *Droit international économique*, LGDJ., 1980, p. 499 *sq.*

(5) V. Y. LOUSSOUARN, *La succursale, technique juridique du commerce international*, DPCI.85.359.

(6) V. la Sentence 27 novembre 1975 *Texaco* ; v. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 113, qui fait observer qu'une restriction de la capacité d'exercice de l'Etat supérieure à dix ans, et assortie d'une clause de stabilité du droit applicable équivaut, en réalité, à une atteinte réelle à la souveraineté permanente de l'Etat sur ses richesses naturelles.

sance de ses droits souverains ; mais parce qu'il n'est qu'une simple restriction à la capacité d'exercice des droits de l'Etat, le contrat d'Etat ne pourrait être contesté sur le fondement de la souveraineté permanente de l'Etat concédant. On constate ainsi que cette question échappe au conflit de lois pour ne relever que de l'analyse des capacités de jouissance et d'exercice de l'Etat concédant.

Aussi bien, la distinction entre jouissance des droits et conflit des lois nous semble-t-elle toujours appartenir au droit positif, quand bien même serait-elle contestée par une partie de la doctrine. Selon M. Carmet (1), la question de la condition des étrangers aurait cessé d'être un préalable nécessaire à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, les textes continuant à envisager le sort de l'étranger ne le faisant que de manière *incidente*. Or, il ne nous apparaît pas que les exemples donnés montrent que la condition des étrangers n'interviendrait que de manière incidente. Ceci est d'ailleurs d'autant moins concevable lorsque l'accès à certaines activités est protégé par l'octroi d'un monopole et sanctionné pénalement (v. par exemple les articles 10 et 75 de la loi bancaire du 24 janvier 1984). Dans cette dernière hypothèse, la condition des étrangers n'est certainement pas subordonnée au conflit des lois, puisque l'incidence pénale est exclusive de la méthode conflictuelle (2).

En définitive, nous avons montré que dans les différents exemples cités, non seulement la loi de la créance n'a aucune compétence pour trancher la difficulté posée (exemple : la loi de

(1) V. O. CARMET, *Etude critique de la distinction entre la condition des étrangers et les conflits de lois*, thèse, 1977. p. 351 *sq.* . Cet auteur est suivi par P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 986 *sq.* . et B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, p. 387 *sq.* . En revanche, la distinction classique continue d'être appliquée dans des thèses postérieures à celle de M. CARMET. V. par exemple L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, thèse, LGDJ., 1984, n° 59 *sq.* .

(2) Les auteurs cités affirment cependant que la question de la condition des étrangers ne pourrait se poser que dans les hypothèses excluant la méthode conflictuelle, ce qui serait le cas des lois de police. Mais alors, comment peut-on d'un côté être subordonné à la méthode conflictuelle et ne jouer qu'*après*, et, de l'autre, n'intervenir que dans les cas où l'on *exclut* la méthode conflictuelle ? Il nous semble qu'il existe une contradiction logique entre ces deux propositions.

la créance cédée n'a aucune compétence pour fixer les conditions que la société d'affacturage étrangère doit remplir pour accéder au marché français), mais encore et surtout, que la question de la condition des étrangers continue d'échapper à la méthode conflictuelle, de telle sorte qu'elle lui reste préalable.

2. Questions exclues du domaine de la loi de la créance

459.- Au contraire de l'hypothèse précédente, les deux questions qui vont être examinées obéissent à la méthode conflictuelle, mais échappent par principe à la compétence de la loi de la créance.

Il en est ainsi, tout d'abord, de la capacité générale de protection (1), qui relève, dans les droits continentaux des conflits des lois, de la loi nationale (2), au contraire des droits anglo-américains (3). La règle est bien établie, qu'il s'agisse des effets de commerce (4), des titres au porteur (5), des warrants (6), de la mise en demeure (7), de l'action en justice (8), des dona-

(1) Mais la **capacité spéciale d'exercice** relève de la *lex contractus*. De manière générale, v., sur cette distinction, Cass. 15 mai 1963 *Patino*, (deux arrêts), J.63. 966 et 1016 note Ph. MALAURIE, R.64.506 et 532 note P. LAGARDE, JCP.63.II.13365 note H. MOTULSKY ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 37-38.

De manière spéciale, s'agissant des rapports entre le contrat de prêt et les régimes matrimoniaux, v. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497.

(2) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 393 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 277 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 507 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 330.

Contra, v. l'article 35 de la loi **suisse** du 18 décembre 1987, R.88.409, qui soumet la capacité à la loi du **domicile**.

(3) V. Y. LOUSSOUARN, *L'intervention obligatoire de la loi française*, in *La loi française et l'activité internationale des entreprises*, RJC. févr. 1984, p. 21.

(4) V. La capacité active relève de la loi nationale (article 2 des Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931) sous réserve du renvoi *in favorem*. V. *supra*, n° 50 *sq.* Toutefois, la **capacité passive** en matière de chèque est fixée par la loi du lieu de paiement (article 3 de la Convention du 19 mars 1931).

(5) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 694 *sq.*

(6) V. J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Warrant*, n° 3.

(7) V. A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 53.

(8) V. F. TERRÉ, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Action en justice*, n° 28.

tions (1), des contrats de prêt (2), etc.

460.- Cependant, l'appréciation de la capacité donne lieu à une approche parfois différente devant les arbitres internationaux. Ainsi, la capacité de l'Etat de compromettre a cessé de dépendre de la méthode conflictuelle et résulte aujourd'hui d'une règle matérielle du commerce international (3). De même, les arbitres se bornent à se référer à la notion de bonne foi, et n'acceptent pas qu'un Etat soulève après coup son incapacité par application de sa propre loi (4). En réalité, ce n'est pas tant la loi nationale qui est écartée par l'arbitre international, que la méthode conflictuelle elle-même.

461.- La forme des actes fait également l'objet d'un rattachement spécifique au profit soit de la *lex loci actum*, soit de la *lex contractus*, soit de la loi nationale commune (5). L'option est toutefois exclue en matière d'effets de commerce (6), et la compétence de la loi du lieu de l'acte est habi-

(1) V. Cass. 15 mai 1963 *Patino*, (deux arrêts), J.63. 966 et 1016 note Ph. MALAURIE, R.64.506 et 532 note P. LAGARDE, JCP.63.II.13365 note H. MOTULSKY. Selon M. MALAURIE, *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques*, n° 72 *sq.*, la question de savoir si l'acte nécessite la forme authentique relève uniquement de la *lex loci actus*. V. aussi H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 539.

(2) V. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497. Selon H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, p. 331, il est difficile, pour une banque, d'invoquer l'ignorance excusable de la loi étrangère pour échapper à l'application de la loi nationale de l'emprunteur s'agissant de sa capacité. *Comp.* avec Cass. 16 janv. 1861 *Lizardi*, S.1861.I.305 note MASSÉ, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 3.

(3) V. Cass. 2 mai 1966 *Galakis*, R.67.553 note B. GOLDMAN, J.66.648 note P. LEVEL, D.66.575 note J. ROBERT, et B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 43.

(4) V. la Sentence 30 avril 1982 *Framatome*, v. B. OPPETIT, *Arbitrage et contrats d'Etat*, J.84.37. V. aussi la Sentence *NIOC*, citée par A. S. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence*, Rev.arb.84.3.

(5) V. R. GÉNIN-MERIC, *La maxime locus regit actum Nature et fondement*, thèse, LGDJ., 1976 ; Cass. 28 mai 1963 *Chaplin*, R.64.513 note Y. LOUSSOUARN, J.63.1004 note B. GOLDMAN, JCP.63.II.13347 note Ph. MALAURIE ; Cass. 10 déc. 1974 *Pierucci*, R.75.475 note A. P., J.75.542 note Ph. KAHN ; v. l'article 9 de la **Convention de Rome** du 19 juin 1980, où l'alternative est limitée à la *lex loci actus* et à la *lex contractus*.

(6) Compétence impérative de la *lex loci actus*. V. les articles 4 des Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931. V. *supra*, n° 50 *sq.* J.-P. NIBOYET, *in Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 695 *sq.*, critiquait cette solution au motif que la question devait être tranchée par la loi de la créance.

tuellement écartée en matière de notification des créances (1), à supposer que l'on puisse admettre qu'une telle formalité constitue une publicité (2).

A l'inverse de la capacité et de la forme des actes, les modalités des créances et leur individualisation sont en principe gouvernées par la loi de la créance.

3. Modalités des créances

482.- En ce qu'elles affectent le droit dans son existence (condition suspensive ou résolutoire), son exécution (terme, indivisibilité), ou ses garanties (solidarité active ou passive), les modalités des créances obéissent logiquement à la loi de la créance (3). L'incidence de la périodicité de la créance sur la durée de la prescription extinctive (4) est elle aussi gouvernée par la loi de la créance, car la qualification n'affecte pas le conflit de lois, de sorte qu'elle n'est qu'en sous-ordre.

463.- L'intérêt attaché à la compétence de la loi de la créance est l'unité de traitement qu'elle permet d'obtenir. Ainsi, en matière de souscription d'actions, la *lex societatis* gouverne les

(1) Cette question est en principe tranchée par application de la loi du domicile du débiteur cédé. V. Paris 11 févr. 1969, J.69.918 note Ph. KAHN, R.70.459 note R. DAYANT, D.70.552 note Ch. LARROUMET. Sur cette question, v. *infra*, n° 607 *sq.*

(2) *Contra*, v. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, thèse, LGDJ., 1975, n° 214 *sq.*, en ce que la publicité est abstraite, cependant que la notification de la cession de créance est faite à personne dénommée. Toutefois, l'exigence d'un écrit en matière de **nantissement** de créance dépend de la *lex loci actus*. V. *infra*, n° 682 *sq.*

(3) V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 486 ; A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, n° 100 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 610 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 111 *sq.* Sur la pluralité de débiteurs, v. J. MESTRE, *La pluralité d'obligés accessoires*, RTDCiv.81.1.

On considère toutefois que l'influence de l'**annulation** du contrat ou de sa caducité pour défaut d'accomplissement de la condition dans le temps imparti sur le régime des **droits réels** relève de l'application cumulative de la loi de l'obligation et de la *lex rei sitae*. V. H. DESBOIS, *Des conflits de lois en matière de transfert de propriété*, J.31.281, spéc. p. 301.

(4) V. L. TOPOR, *La notion de créance à caractère périodique au sens de l'article 2277 du Code civil*, RTDCiv.86.1.

droits et obligations du titulaire, les conditions d'exercice du droit de vote, la responsabilité solidaire du souscripteur originaire pour le reliquat non libéré, etc. (1).

Toutefois, la loi de la créance risque de buter sur trois points, la solidarité, l'indivisibilité, et la clause de réserve de propriété transmise avec la créance cédée.

464.- Selon H. Batiffol (2), la solidarité passive doit relever de la loi de la créance, car autrement, il ne serait pas possible d'obtenir une unité de traitement des différents débiteurs. L'égalité de traitement rend en effet parfaitement légitime la compétence de la loi de la créance. Elle est assurée avec la même efficacité par la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Néanmoins, H. Batiffol citait lui-même des décisions allemandes soumettant l'appréciation de la solidarité passive à la loi du domicile de chaque codébiteur poursuivi (3), système qui n'est pas sans évoquer celui de la lettre de change internationale, où l'engagement de chaque souscripteur est soumis à la loi du lieu de souscription (4). Enfin, en matière de responsabilité délictuelle, l'obligation *in solidum* pourrait être régie, au choix de la victime, par la loi de sa résidence habituelle ou par la *lex loci delicti commissi*.

465.- L'appréciation de l'indivisibilité des créances peut aussi être à l'origine de certaines difficultés. Certes, dans un premier temps, la loi de la créance est juge du fondement de l'indivisibilité, *individuitas solutione, natura ou obligatione* (5). Mais l'opposabilité de l'indivi-

(1) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 31 sq., qui citent Seine 15 avril 1881, J.1891.920.

(2) V. H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 39 sq. V. dans le même sens R. DAYANT, *Rép. Dalloz Droit international, v° Solidarité*, n° 7 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 114 sq. ; v. Cass. 9 déc. 1903, J.1904.391, D.P.1906.I.354, S.1909.I.167.

(3) V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 518 sq.

(4) V. l'article 4 al. 2 de la Convention de Genève du 7 juin 1930 ; v. *supra*, n° 56.

(5) V. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, 1869-1882, Paris, Imprimerie générale, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. XXV, vol. 2, n° 509.

sibilité risque par la suite d'être tributaire de la *lex concursus* dans le cadre d'une faillite internationale (1).

466.- Enfin, bien qu'en principe, la créance soit cédée avec ses différentes modalités (2), deux hypothèses peuvent entraver l'application de la loi de la créance, celle de la solidarité active (3), et celle de la transmission de la clause de réserve de propriété, accessoire de la créance cédée (4).

Ainsi, en présence d'une cession de créance de droit interne, et à défaut d'une signification, le cédant et le cessionnaire peuvent chacun demander au débiteur cédé le paiement de la créance (5). Sur le plan du droit international privé, est-il admissible de considérer que la solidarité active continue d'obéir à la loi de la créance, ou doit-on décider de faire application de la loi du contrat de cession, au motif que la solidarité active est un effet de la cession, ou de l'application de la loi du domicile du débiteur cédé, par égard à la protection de ses propres intérêts ? Il nous semble que la compétence de la loi du contrat de cession est la plus justifiée en ce que la solidarité affecte le paiement de la créance cédée et constitue l'une des conséquences de la cession à défaut de signification au débiteur cédé. De sorte qu'en l'absence de choix de la loi par les parties, devra être appliquée la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, soit la loi du domicile du cédant.

467.- L'appréciation de la clause de réserve de propriété garantissant la créance cédée est de même susceptible de favoriser la dispersion des lois applicables. Certes, qu'elle soit qualifiée

(1) Sur l'immixtion de la *lex concursus*, v. *infra*, n° 772.

(2) V. par exemple B. SOINNE, *La transmission de la réserve de propriété*, GP. 1985. doct.287.

(3) V. aussi *infra*, n° 616 *sq.*, en matière de cession de créance.

(4) V. *infra*, n° n° 696 *sq.*

(5) Sur cette question v. B. PETIT, note sous Civ.3 26 févr. 1985 **SA. SOPREL**, JCP.86.II.20607. Le paiement ainsi effectué est cependant libératoire. V. l'article 1198 C. civ.

de condition suspensive (1), résolutoire (2), ou de terme (3), la clause de réserve de propriété constitue une modalité de l'obligation et, en tant que telle, devrait logiquement obéir à la compétence de la loi de la créance. Toutefois, nous verrons que dans l'hypothèse d'une cession de créance, cette loi est sérieusement concurrencée à la fois par la loi du contrat de cession, laquelle peut prévoir des dispositions spécifiques (4), et par la *lex rei sitae* de la chose objet de la réserve de propriété (5).

La compétence de principe de la loi de la créance est également affirmée s'agissant de l'individualisation des créances.

4. Individualisation des créances

468.- L'individualisation des choses de genre est l'une des conditions de leur transmission. En ce sens, l'article 1138 du Code civil énonce que l'acquéreur ne devient propriétaire de la marchandise vendue qu'à compter de son individualisation (6).

L'individualisation est une opération d'autant plus nécessaire qu'elle constitue le préalable du transfert d'une créance de somme d'argent par un effet de commerce (7), ou que la cession

(1) En ce sens, E. du PONTAVICE, *Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété*, B.80.1097 ; M. PÉDAMON, *La réserve de propriété en droit allemand et en droit français*, in *L'évolution des sûretés*, RJC. février 1982, p. 57, spéc. p. 62 ; A. GHOZI, *Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété*, D.86.chron.317.

(2) V. A. J. BELLENGER, *La clause de réserve de propriété. Propos d'un post-glossateur*, RJC.81.325.

(3) V. J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D.81.chron.1 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, Sirey, 1987, n° 548 sq. ; *contra*, Cass. 20 nov. 1979 *Mecarex*, D.80.IR.571 obs. B. AUDIT, JCP.81.II.19165 note J. GHESTIN.

(4) Sur les clauses de réserve de propriété à effets prolongés, v. *supra*, n° 116, et *infra*, n° 696. V. P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019.

(5) La *lex rei sitae* devra le plus souvent être appliquée de manière cumulative. *Comp.* avec l'article 103 de la loi suisse du 18 décembre 1987 qui soumet la réserve de propriété à la loi du lieu de destination des biens affectés à l'exportation.

(6) De même, en matière de connaissance, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 707 sq.

(7) V. F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261.

porte sur des créances futures (1). Or, l'individualisation d'une créance de somme d'argent est une opération d'autant plus délicate qu'elle concerne des droits issus de courants d'affaires réguliers (2). Dès lors, il est indispensable de connaître la loi qui a compétence pour fixer les conditions de l'individualisation. Lorsqu'elles interviennent en tant que préalable au transfert de la créance, les conditions d'individualisation ne peuvent plus logiquement relever de la compétence de la loi de la créance. Elles doivent être gouvernées par la loi applicable au contrat de cession. En effet, le respect des conditions d'individualisation prévues par la loi de la créance cédée ne peut suffire à en assurer la transmission si les termes de la loi du contrat de cession ne sont pas suivis (3). De même, la loi du contrat de cession peut poser des conditions spécifiques à l'égard des cessions de créances éventuelles (4).

469.- Les mêmes remarques peuvent être formulées à l'égard des transmissions de créances par subrogation personnelle. Il appartiendra à la loi de la subrogation de fixer les conditions d'individualisation des créances transmises, notamment dans le cas d'une créance globale de

(1) En matière d'affacturage international, v. B. CASSANDRO-SULPASSO, *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?*, RTDCom.84.639, et les articles 5 et 8 de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988. L'individualisation des créances futures est possible lorsqu'il existe un courant d'affaires régulier entre le vendeur et l'acheteur. Sont également pris en compte le nom et le domicile du débiteur cédé, les contrats à l'origine des créances cédées, les dates de conclusion.

(2) V. F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261. Cet auteur estime que la **source** de la créance ne permet pas de résoudre cette difficulté, et propose que les créances soient individualisées par leur date, en ce que l'individualisation des créances ne présente pas de permanence. Sur le rôle du temps dans les **immunités** et l'individualisation des créances, v. *infra*, n° 786 *sq.*

(3) Exemples : la cession par bordereau **Dailly** d'une créance internationale doit respecter les conditions de la loi du 2 janvier 1981, quand bien même la loi applicable à la créance cédée ne serait pas la loi française. Il en est de même de la cession d'une créance garantie par une **hypothèque** (respect des conditions de l'article 2148 du Code civil), ou encore de l'endossement d'un **effet de commerce** de mobilisation de créances à court terme nées sur l'étranger. V. sur ce point M. VASSEUR, *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTDCom.77.1. Parmi les différentes mentions doivent figurer les dates de sortie du territoire douanier de la marchandise, dans le cadre du système dit de dispense de référencement, qui permet une mobilisation globale d'un ensemble de créances. V. aussi *infra*, n° 647 *sq.*

(4) Jadis, la jurisprudence française exigeait que le droit éventuel fût pratiquement déjà entré dans le patrimoine du cédant. V. Paris 31 janv. 1854, S.1854.II.734 ; Trib. com. Seine Paris 3 août 1901, RTDCiv. 1904.172 obs. R. DEMOGUE. V. R. DEMOGUE, *Des droit éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, R.T.D.Civ.1905.723, spéc. p. 731. Aujourd'hui, la créance peut être cédée dès lors que "*les éléments nécessaires à la formation de la créance étaient réalisés pour parties*" (v. Paris 30 nov. 1938, JCP.39.II.1048).

remboursement (1). On constate ainsi que la détermination du droit relève de la loi de la créance en ce qu'elle porte sur son exécution, cependant que l'individualisation de la créance cesse d'obéir à la loi de la créance pour être appréhendée par la loi du contrat de cession, en ce qu'elle en conditionne la réalisation.

470.- En définitive, la pertinence des rattachements proposés doit être confrontée à l'épreuve du domaine de la loi applicable. Les vues préliminaires ont permis à la fois d'écarter certaines questions échappant par principe soit à la méthode conflictuelle, soit à la loi de la créance, cependant que l'étude des modalités et de l'individualisation des créances a laissé entrevoir que la loi compétente peut varier en fonction du moment considéré (formation ou circulation des créances). Aussi bien, doit-on procéder à sa mise en œuvre en distinguant la formation et la réalisation des créances.

(1) Pour un exemple en droit interne, v. Cass. 27 nov. 1985, RTDCiv.86.752 obs. J. MESTRE. Sur la loi applicable à la subrogation personnelle, v. *infra*, n° 631 *sq.*

TITRE I

LA FORMATION DES CRÉANCES

471.- La formation des créances doit être analysée en deux temps, le temps où la créance n'est qu'éventuelle, et le temps où la créance vient à naître. On conçoit que l'attraction de la loi de la source puisse être importante au moment de la naissance du droit. L'importance de la source rend légitime l'analyse du domaine de la loi de la créance en fonction de la source considérée, qu'il s'agisse d'un fait ou d'un acte juridique (délict, enrichissement sans cause, contrats, titre cambiaire, droit patrimonial de la famille). Pourtant, il ne faut pas se méprendre sur l'importance de ce lien. **Bartole** avait bien posé la fameuse distinction entre *les effets immédiats* et *les suites* du contrat, en les soumettant à des lois différentes (1). Et une telle distinction n'est pas désuète puisqu'elle constitue la base même du **mariage**, où les conditions de formation et les effets n'obéissent pas aux mêmes rattachements (2). De même, les **créances alimentaires** obéissent à une loi propre, qui n'est pas celle qui a présidé à leur naissance (3).

Aussi bien paraît-il logique que la période qui *précède* la naissance du droit de créance puisse faire l'objet de rattachements spécifiques, desquels la source risque le plus souvent d'être absente par la force des choses.

Nous mettrons ainsi en œuvre les rattachements proposés à la lumière de la distinction entre la période en amont de la naissance de la créance, et le moment même de sa naissance.

(1) BARTOLE de Sassoferato (1314-1357), professeur à Pérouse, soumettait les effets immédiats du contrat à la *lex loci actus* et les suites du contrat à la loi du lieu d'exécution. V. E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge*, RCADI.1934.III.595, spéc. p. 605.

(2) La loi nationale de chacun des futurs époux définit les conditions du mariage ; les effets de celui-ci sont gouvernés par la loi des effets du mariage, soit la loi nationale commune ou, à défaut, la loi du domicile commun ou, à défaut, la *lex fori* .

(3) V. *supra* , n° 220 sq ., et *infra* , n° 537 sq .

CHAPITRE I

LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE EN AMONT DE LA NAISSANCE DE LA CRÉANCE

472.- Les hypothèses d'opérations juridiques portant sur des créances éventuelles ont pris une grande importance dans la pratique contemporaine. Le souci toujours grandissant d'anticiper sur le temps conduit les contractants à prévoir la cession de droits qui ne sont pas encore nés (1). Le droit international privé ne peut ignorer de tels développements, et la compétence de la loi de la source montre très vite ses limites. Aussi semble-t-il nécessaire de faire précéder la détermination du domaine de la loi de la créance par un bref inventaire des hypothèses où la loi de la créance est appelée à être appliquée.

SECTION I

LES HYPOTHÈSES D'APPLICATION DE LA LOI DE LA CRÉANCE

473.- L'application de la loi de la créance suppose que le créancier entende réaliser une opération juridique sur son droit éventuel. La créance peut, en elle-même, ne pas encore exister, être réduite à l'état de virtualité. Néanmoins, il est loisible au créancier d'effectuer certains actes juri-

(1) V. *supra*, n° 111 *sq.* sur les enjeux pratiques.

diques qui, eux, sont présents, et qui ont pour objet le droit éventuel. Le droit cambiaire permet en ce sens de céder une créance future (1). Il en est de même de la loi *Dailly* du 2 janvier 1981, ou des conventions d'affacturage international (2). Certes, le droit civil se montre plus strict en ce que l'exigence d'un germe de créance est posée, mais la jurisprudence fait preuve de souplesse (3).

Le créancier peut adopter deux attitudes différentes. Soit il entend garder son droit, tout en souhaitant le consolider. Soit il entend le céder sans plus attendre, afin, par exemple, de mobiliser un crédit à naître.

§ 1.- Le créancier entend consolider son droit éventuel

474.- La consolidation de la créance éventuelle peut être opérée de deux manières, selon que son titulaire procède à une saisie-conservatoire, ou qu'en tant que porteur d'une lettre de change non acceptée, il adresse avant l'échéance une défense de payer au tiré.

L'intérêt attaché à la procédure de saisie-conservatoire est d'immobiliser le germe de créance (4), sans pour autant bénéficier d'une quelconque préférence (5). Le débiteur éventuel perdra de la sorte la libre disponibilité du paiement, sauf à solliciter et à obtenir la mainlevée de la mesure.

(1) V. l'article 116 C. com. V. F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261.

(2) V. l'article 5 de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988.

(3) V. par exemple, une créance peut être **cause** d'une saisie-arrêt dès lors qu'elle est **certaine** en son principe (v. Cass. 12 déc. 1984, RTDCiv.85.623 obs R. PERROT), et faire l'**objet** d'une saisie-arrêt alors même qu'elle resterait **éventuelle** (v. Cass. 13 mai 1987, JCP.88.II.20923 note Ph. DELEBECQUE et E. PUTMAN). En matière de cession, le transfert est possible dès lors que "*les éléments nécessaires à la formation de la créance étaient réalisés pour parties*" (v. Paris 30 nov. 1938, JCP.39.II.1048), ce qui est assez flou.

Le droit civil du crédit autorise également le recours avant paiement de la **caution** contre le débiteur (v. les articles 2032 et 3039 C. civ.). L'objet du recours est de consolider le droit éventuel de la caution. V. Cass. 1er févr. 1977, Bull.civ.IV.n° 33.

(4) Sur les intérêts d'une telle procédure au plan international, v. *infra*, n° 756 *sq.*

(5) V. par exemple Cass. 1er févr. 1977, Bull.civ.IV.n° 33. V. P. CATALA et F. TERRÉ, *Procédure civile et voies d'exécution*, P.U.F., Thémis, 2ème éd., 1976, p. 492 *sq.*

Parallèlement, le fait d'être porteur d'une lettre de change, même non acceptée, conforte la position du créancier. D'une part, dans l'attente de l'échéance, il lui est loisible de procéder à une saisie conservatoire quand bien même ne disposerait-il pas d'un germe de créance (1). De l'autre, la remise du titre lui assure un droit de préférence à l'encontre des créanciers du tireur (2). Enfin, il lui est possible de présenter, avant l'échéance, la lettre de change à l'acceptation du tiré.

Plus radicalement, le créancier peut décider de céder son droit éventuel.

§ 2.- Le créancier entend transmettre son droit éventuel

475.- L'hypothèse de la cession anticipée d'une créance future relève principalement des techniques modernes de cessions simplifiées (bordereau *Dailly*, affacturage), et de l'escompte par remise d'un effet de commerce. Le cédant sera le plus souvent un exportateur qui préfère mobiliser son crédit auprès d'une banque plutôt que d'attendre l'échéance. Lorsque l'acheteur est domicilié à l'étranger, la mobilisation du crédit sera effectuée en général par la remise d'une traite *pro forma*, c'est-à-dire par la remise d'un effet qui n'est pas destiné à être présenté à l'acceptation (3).

En somme, le titulaire du droit éventuel peut souhaiter soit consolider sa position, soit céder sa créance avant l'échéance, de sorte qu'il paraît nécessaire de délimiter le domaine de la loi de la créance.

(1) V. P. LESCOT et R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, 2 vol., Paris, 1953, Rousseau, n° 196 ; F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261.

(2) V. l'article 140 C. com., qui n'admet les oppositions à paiement qu'en cas de perte du titre ou de liquidation judiciaire du porteur. V. P. LESCOT et R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, 2 vol., Paris, 1953, Rousseau, n° 196.

(3) V. B. BOULOC, *La mobilisation des créances nées sur l'étranger en l'absence d'effets signés par l'acheteur étranger*, JCP.69.I.2258 ; M. VASSEUR, *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTDCom.77.1 ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

SECTION II

LES ÉLÉMENTS DU DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE

La délimitation du domaine de la loi de la créance doit être effectuée en distinguant les opérations de consolidation et les opérations de transmission du droit éventuel.

§ 1.- Opérations de consolidation du droit éventuel

Nous distinguerons le domaine de la loi de la créance suivant que la mesure projetée par le créancier est une saisie-conservatoire ou la présentation à l'acceptation de la lettre de change avant son échéance.

(a).- LA SAISIE-CONSERVATOIRE

476.- Inéluctablement, la possibilité de saisir-arrêter à titre conservatoire une créance éventuelle devra être permise par l'application cumulative des lois de la créance éventuelle et du lieu de saisie. Alors que la loi du lieu de saisie ne pose pas de difficultés quant à sa détermination, la loi de la créance éventuelle risque de rester muette si le rattachement prôné est celui de la source, dès lors que celle-ci demeure incertaine. En revanche, le rattachement de la créance à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique offre une solution fiable (1), dans la mesure où le débiteur de la prestation caractéristique est le plus souvent le créancier du paiement du

(1) V. *supra*, n° 196 *sq.* . L'intérêt de ce rattachement est accru lorsque le créancier est en relation d'affaires régulière avec le débiteur. Il en est ainsi de l'hypothèse de contrats d'approvisionnement.

prix, c'est-à-dire la partie qui cherche à mobiliser son crédit auprès d'une banque.

Les lois en présence devront définir les conditions que la créance cause de la saisie-conservatoire doit remplir, notamment le point de savoir si elle doit exister dans son principe ou ne constituer qu'un germe de droit (1).

Enfin, dans l'hypothèse où le saisissant est en même temps porteur d'une lettre de change non encore acceptée, son droit de préférence sera tributaire de la loi du lieu d'endossement du titre (2). Cette question est d'une grande importance si, dans le même temps, le porteur entend faire défense expresse au tiré de s'exécuter entre les mains du tireur avant l'échéance (3). Il lui est néanmoins loisible de présenter le titre à l'acceptation.

(b).- LA PRÉSENTATION À L'ACCEPTATION DE LA LETTRE DE CHANGE

477.- La question est réglée par les Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931, qui disposent que la présentation à l'acceptation est gouvernée par la loi du lieu de paiement (4). La loi de la source n'a donc aucune compétence, et les facteurs de rattachement sont tout orientés vers le lieu d'exécution de l'obligation.

§ 2.- Opérations de transmission du droit éventuel

(1) V. Cass. 12 déc. 1984, RTDCiv.85.623 obs R. PERROT et Cass. 13 mai 1987, JCP.88.II.20923 note Ph. DELEBECQUE et E. PUTMAN précités.

(2) Article 4 de la Convention de Genève du 7 juin 1930. Mais la question de la transmission de la provision doit être régie par la loi du lieu d'émission, selon l'article 6 de la Convention. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 201 sq.

(3) V. P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, 2 vol., Paris, 1953, Rousseau, n° 195 ; F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261. Cette question est en rapport avec la date de transmission de la créance. Si le porteur acquiert la provision dès l'émission, ce point est sans importance. V. Com. 14 déc. 1970, D.72.1 note B. BOULOC. Mais s'il n'acquiert la provision qu'à l'échéance, le porteur peut souhaiter consolider sa position, notamment afin de se prémunir contre une éventuelle action des créanciers du tireur. V. Com. 4 déc. 1984, JCP.85.II.20445 note H. SYNDET, D.85.181 note A. BÉNABENT. V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit*, t. II, Litec, 1988, n° 88 ; M. VASSEUR, *Droit des affaires, maîtrise*, Les Cours du droit, 1988-1989, p. 103 sq.

(4) Article 4 al. 1 de la Convention de Genève du 7 juin 1930.

478.- La transmission du droit éventuel entraîne deux questions, celle de son admission et celle des conditions d'individualisation du droit éventuel.

(a).- L'ADMISSION DU PRINCIPE

479.- Deux lois ont en principe compétence pour connaître de la possibilité de transmettre une créance future : la loi du contrat de cession, et celle de la créance future, référence qui n'a de sens qu'à la condition d'écarter le rattachement de la créance à la source, au profit du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Il est parfaitement concevable que l'une des lois en présence exige un germe ou un principe de créance, cependant que l'autre organise la cession des créances futures (1), de sorte qu'il semble préférable de procéder à l'application cumulative des lois en présence, afin d'éviter, en cas de litige postérieur, l'irruption intempestive de la loi ignorée. Cet écueil est néanmoins évité si l'application de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 est possible, en ce qu'elle pose une règle matérielle du commerce international autorisant le transfert des créances futures (article 5). De plus, elle contient certaines précisions relatives à l'individualisation des créances futures.

(b).- LES CONDITIONS D'INDIVIDUALISATION

480.- L'un des intérêts attachés aux cessions de créances futures est d'éviter d'avoir, postérieurement à la date du contrat, à se préoccuper d'individualiser les créances transmises. En d'autres termes, les critères d'individualisation doivent être fixés une fois pour toutes au moment de la conclusion du contrat. Il n'est pas nécessaire que les créances soient d'ores et déjà indivi-

(1) Cette différence peut aussi être interne à la loi applicable, selon que la cession est civile ou simplifiée. Sur les exigences du droit civil quant à la créance cédée, v. A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, 3ème éd., 1980, Dalloz, n° 229.

dualisées. Il suffit qu'elles puissent l'être au moment de l'échéance, en vertu de critères préalablement définis. Nous avons déjà exposé que la compétence de la loi du contrat de cession nous semblait justifiée par le fait que l'individualisation des créances était l'une des conditions du transfert (1). Cette difficulté est cependant susceptible d'être contournée par le recours à l'affacturage international. En effet, l'article 5 de la Convention d'Ottawa énonce : “a) *Une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance elles sont déterminables ;*

b) *Une clause du contrat d'affacturage en vertu de laquelle des créances futures sont cédées opère leur transfert au cessionnaire dès leur naissance, sans nécessité d'un nouvel acte de transfert* ”. Le texte est assez remarquable, en ce qu'il se borne à poser comme condition le caractère simplement déterminable des créances futures, et en ce qu'il ajoute que le transfert a lieu dès la naissance de la créance, sans qu'il soit besoin de procéder à un nouvel acte de transfert, les critères d'individualisation étant contenus dans le contrat d'affacturage, peu importe les clauses du contrat de vente duquel la créance cédée découle.

En définitive, l'étude des opérations portant sur des créances éventuelles ou à naître montre clairement que la loi de la source n'est d'aucune utilité, cependant que l'application de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, c'est-à-dire le cédant, qui est en même temps le vendeur et le créancier du paiement du prix, permet une résolution satisfaisante du conflit de lois. En revanche, plus forte paraît la compétence de la loi de la source au moment de la naissance de la créance.

(1) V. *supra*, n° 468.

CHAPITRE II

LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE AU MOMENT DE LA NAISSANCE DE LA CRÉANCE

Il est parfaitement logique que la loi de la source exerce une attraction importante au moment de la naissance de la créance. Pourtant, son intensité n'est pas égale et varie selon la source considérée. Incontestable lorsque la source est un contrat ou un délit, elle décline néanmoins s'agissant des créances incorporées dans un titre cambiaire, pour devenir quasiment inexistante à l'égard des créances alimentaires. Aussi paraît-il nécessaire d'étudier le domaine de la loi de la créance en distinguant selon ses différentes sources (délit, contrat, titre cambiaire, droit patrimonial de la famille).

SECTION I

CRÉANCES NÉES D'UN DÉLIT

Les créances nées d'un délit nécessitent une distinction selon que les solutions de rattachement procèdent du droit commun ou du droit conventionnel. Alors que les accidents de la circulation routière font l'objet de la Convention de La Haye du 4 mai 1971, les quasi-délits et la responsabilité extracontractuelle des groupes de sociétés continuent de relever du droit international privé non conventionnel.

§ 1.- Créances délictuelles et accidents de la circulation routière

481.- Traditionnellement gouvernée par la *lex loci delicti commissi* (1), la question de la détermination de la loi applicable aux accidents de la circulation routière est aujourd'hui appréhendée par la Convention de La Haye du 4 mai 1971, laquelle complète la compétence de la *lex loci delicti commissi* par une série de rattachements spécifiques mettant en œuvre la méthode du groupement des points de contact (2). Qu'elle soit déterminée par des règles de conflit de lois nationales ou internationales, la loi compétente a vocation à embrasser une série importante de questions, afin d'imprimer à la responsabilité délictuelle une unité de régime (3). La volonté de maintenir l'unité du régime de la responsabilité délictuelle est telle que le rôle de l'ordre public international y est particulièrement atténué (4). Il est nécessaire dans un premier temps de préciser le contenu du domaine saisi par la loi de la créance délictuelle, afin d'en mesurer toute l'ampleur. Toutefois, plusieurs exceptions devront être analysées, qui constituent soit des dérogations communément admises, soit des solutions spécifiques de certains droits étrangers.

(a).- L'ÉTENDUE DU DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE

Souvent entière, la compétence de la loi de la créance délictuelle doit parfois souffrir un

(1) V. *supra*, n° 150 *sq.*

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5.

(3) V. H. BATIFFOL, note sous Seine 13 mars 1963, R.63.573. V. aussi R. SAVATIER, *La surabondance des débiteurs de réparation autour de la victime d'accident et l'enchevêtrement de leurs dettes*, D.62.chron.173.

(4) V. Seine 13 mars 1963 précité : la loi étrangère compétente n'est pas écartée, bien qu'elle refuse d'exonérer le débiteur de sa responsabilité délictuelle en présence d'une faute non exclusive de la victime. V. aussi Cass. 30 mai 1967 *Kieger*, R.67.728 note P. BOUREL, J.67.622 note B. G., D.67.629 note Ph. MALAURIE : la réparation du *pretium doloris* n'est pas d'ordre public international. Cette position est aujourd'hui contestable compte tenu de l'évolution de la responsabilité civile et de l'amélioration très nette des droits de la victime.

partage des rôles avec d'autres lois.

1. *Compétence entière de la loi de la créance délictuelle*

482.- Le principe a été acquis avec l'arrêt *Lautour* (1) que la loi de la créance délictuelle englobe le principe comme l'étendue de la responsabilité délictuelle (2). La Cour de cassation de Belgique a retenu la même solution en énonçant que la loi du délit doit déterminer “*les éléments du fait générateur de la responsabilité civile, délictuelle ou quasi-délictuelle, ainsi que le mode et l'étendue de la réparation*” (3). Le droit conventionnel (4) attribue lui aussi à la loi du délit une compétence très large, puisque la liste fournie, qui n'est pas exhaustive, mentionne les conditions et l'étendue de la réparation, les causes d'exonération, les partages et limitations de responsabilité, la nature des dommages pouvant donner lieu à réparation, les modalités et l'étendue de la réparation, la transmission éventuelle et la disponibilité de la créance délictuelle, les personnes pouvant agir à fins d'indemnisation, la nature de leur action, la responsabilité du commettant du fait de ses préposés, la prescription extinctive, etc.

L'article 11 de l'avant-projet C. E. E. relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles et extra-contractuelles attribuait également une compétence très importante à la loi du délit, qu'il s'agît des conditions et de l'étendue de la responsabilité, des causes d'exonération, des limitations et partages de responsabilités, etc. (5).

(1) Cass. 25 mai 1948 *Lautour*, R.49.89 note H. BATIFFOL, D.48.357 note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, S.49.I.21 note J.-P. NIBOYET, JCP.48.II.4532 note M. VASSEUR.

(2) *Comp.* avec l'article 142 al. 1 de la loi suisse du 18 décembre 1987. En matière de troubles de **voisinage**, la loi du délit devra apprécier le trouble causé. V. Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Biens*, n° 65.

(3) Cass. Belgique 22 oct. 1969, R.70.692 note P. LAGARDE.

(4) Article 8 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 et article 9 de la Convention du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable à la responsabilité du fait des produits défectueux.

(5) V. R. VANDER ELST, *Projet de convention CEE. sur la loi applicable. Obligations non contractuelles*, RTDE.75.187. L'article 11 incluait aussi la responsabilité du fait d'autrui, question écartée par l'article 2 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971. L'article 12 faisait par ailleurs référence aux lois de police et au Code de la route du lieu de survenance de l'accident. V. dans le même sens, l'article 142 al. 2 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

483.- La loi applicable aux accidents de la circulation routière devra se prononcer plus particulièrement sur la ou les fautes commises (1), la situation des victimes (2), et les véhicules « impliqués » dans l'accident (3). De manière plus générale, la loi du délit devra apprécier les différentes conditions de la responsabilité (4).

484.- La loi du délit appréhende également dans son ensemble le régime de la créance délictuelle. Elle est appelée à se prononcer sur la qualité des personnes qui invoquent le droit à réparation (5), la nature et la classification des préjudices indemnisables (6), le mode de réparation; c'est-à-

(1) Cette question est importante lorsque la loi désignée connaît un régime spécial de responsabilité objective, en principe détaché de la notion de faute. *Comp.* avec l'article 3 al. 1 de la loi du 5 juillet 1985 qui dispose que la faute de la victime ne lui est opposable, en présence de dommages corporels, que lorsqu'elle a été la cause exclusive de l'accident. Mais dans le cas de dommages causés aux biens, toute faute, même simple, peut diminuer ses droits à réparation.

(2) Notamment la question de savoir sous quelles conditions la faute de la victime exonère-t-elle l'auteur de l'accident. V. en droit interne, par exemple, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2ème éd., 1988, t. I, *Les sources*, Sirey, n° 561 *sq.*

(3) En principe, l'appréciation du sens du terme « impliqué » devrait échoir à la *lex causae*, en ce que ce terme influe sur le lien de causalité. *Contra*, v. Paris 24 juin 1981 **Brandicourt**, R.82.695 note M. PÉLICHET, qui considère que ce terme doit être apprécié *lege fori*. Le terme « impliqué » résultait, dans cette espèce, de l'article 4-b de la Convention de La Haye du 4 mars 1971. Les alinéas *a* et *b* de l'article 4 emploient une conception *objective* du terme « impliqué », cependant que l'alinéa *c* comporte une coloration *subjective*, une idée de culpabilité. La position de la Cour d'appel de Paris ne semble, en réalité, acceptable que dans la mesure où la *lex causae* ne contient aucune disposition spécifique relative au terme « impliqué ».

(4) Exemples : en matière de responsabilité du fait des **produits défectueux**, la loi compétente devra se prononcer sur les conséquences attachées à la mise en circulation du produit ; v. M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, J.84.765 ; ... en matière de **concurrence déloyale**, la notion de marché affecté est également déterminante ; v. les articles 136 et 137 de la loi suisse du 18 décembre 1987 ; ... en matière de **crédit-documentaire**, le banquier confirmateur engage sa responsabilité délictuelle s'il abuse de la pratique des *réserves*, lui permettant de se ménager un recours contre le vendeur si la marchandise n'est pas conforme aux documents contractuels ; v. Cass. 16 mai 1955, cité par M. VASSEUR, *Droit et économie bancaires*, Les Cours du droit, 1983-1984, p. 977 ; ... en matière de **contrôle des changes**, où la violation du contrôle des changes peut causer un préjudice dont la réparation peut être obtenue par l'application cumulative de la *lex loci delicti commissi* et de la *lex damni* ; v. C. A. New York 4 avr. 1963 **Banco do Brasil**, cité par F. GIANVITI, *Le contrôle des changes étranger devant le juge national*, R.80.479 et 659.

(5) Notamment dans l'hypothèse du **décès** de la victime et de l'exercice de l'action par ses héritiers, ce qui pose la question de la transmissibilité de la créance de réparation. V. *infra*, n° 553.

(6) V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 63 et 104 *sq.* La loi devra être consultée sur les différentes composantes du dommage (frais et dépenses causés par l'accident, incapacité et invalidité, perte de soutien financier, dommages moraux, préjudice esthétique, d'affection, *pretium doloris*).

dire les modalités de la créance, exprimées en un capital ou par une rente (1), la traduction monétaire de la créance (2), la qualification de dette de valeur (3), et la disponibilité de la créance de réparation, ce qui recouvre l'exercice de l'action oblique (4), sa transmissibilité, la possibilité de transiger (5), ou de saisir-arrêter la créance (6), ou, d'une manière plus générale, le degré de « patrimonialisation » de la créance de réparation (7).

La volonté d'assurer l'unité de régime de la responsabilité délictuelle est ainsi largement consacrée par l'importance du domaine reconnu à la loi du délit. Pourtant, certains éléments nécessitent dans leur mise en œuvre l'intervention d'une loi tierce.

(1) V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 104, s'agissant du droit interne, et l'interdiction de principe faite aux juges du fond de distinguer les différents postes. M. P. BOUREL, note Cass. 30 mai 1967 *Kieger*, R.67.728, estime que le régime de réparation doit être entièrement laissé à la *lex loci delicti commissi*, et qu'il ne faut pas, notamment, se fonder sur une définition purement française des notions d'usage, de garde, de contrôle et de direction de la chose.

(2) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 613 *sq.*, qui affirment que s'il évalue traditionnellement l'obligation en sa propre monnaie, le juge peut néanmoins décider de retenir, pour le *quantum*, une monnaie de compte étrangère, par exemple celle du lieu du dommage ou celle du lieu de résidence de la victime. L'accent est ainsi mis sur la créance de réparation, et non sur la dette de responsabilité. V. Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDCiv.87.1.

(3) L'évolution de la responsabilité vers une créance de réparation milite en faveur de la qualification de dette de valeur, qui permet au créancier de n'avoir pas à supporter les conséquences de l'érosion monétaire. V. sur ce point B. STARCK, *Droit civil, Obligations*, Litec, 1972, n° 921 *sq.*; F. DERRIDA, *L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation*, JCP.51.I.918; Ph. MALAURIE, *L'inflation et le droit civil français des obligations*, in *Etudes à la mémoire du Doyen P. AZARD, Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Cujas, 1980, p. 179.

Cette question inclut le sort des dommages-intérêts **moratoires**. V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 322; G. ENDRÉO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTDCom.84.223, spéc. p. 245.

(4) C'est à la loi de la créance délictuelle qu'il appartient de se prononcer sur sa disponibilité. V. *infra*, n° 749. Du point de vue du droit français, l'action oblique semble impossible, compte tenu du caractère personnel de la créance de réparation.

(5) V. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 78; v. Paris 7 juillet 1954 *Patino*, R.54.552 note Ph. FRANCESKAKIS.

(6) Du point de vue du droit français, la possibilité de saisir-arrêter la créance de réparation doit être écartée pour les mêmes raisons que celles qui sont exposées pour l'action oblique.

(7) Ceci correspond notamment au point de savoir si les héritiers peuvent agir en réparation, non pas sur le fondement de leur préjudice personnel, mais sur le fondement du préjudice éprouvé par le défunt. Cette question est proche des questions préalables, en ce que si la *lex loci delicti commissi* doit se prononcer sur l'existence de la créance, la loi successorale devrait gouverner la transmission de la créance de réparation aux héritiers du *de cuius*. Pour l'admission d'une telle transmission en droit interne, v. C. M. 30 avr. 1976, D.77.189 note M. CONTAMINE-RAYNAUD.

2. Compétence partagée de la loi de la créance délictuelle

Trois hypothèses peuvent conduire à un partage de la compétence législative, qui tiennent à la « faillite » de l'auteur du dommage, aux dommages multiples, et au plafonnement légal de responsabilité.

_- La faillite de l'auteur du dommage

485.- Lorsqu'il advient que l'auteur du dommage fasse l'objet d'une procédure collective, la *lex loci delicti commissi* entrera en concurrence avec la *lex concursus*. En effet, la victime devra déclarer sa créance lors de la procédure de vérification des créances (1). Il en résulte une dissociation entre l'appréciation de la naissance de la créance, soumise à la loi du délit, et l'appréciation de son admission, qui incombe à la *lex concursus*.

_- Les dommages multiples

486.- Certains types de délits se prêtent à l'éparpillement de leur localisation, notamment en matière d'atteinte aux droits de la personnalité par voie de presse, de sorte qu'un seul fait (l'édition du journal) va entraîner une multitude de dommages, dont la localisation est dispersée sur plusieurs territoires (la diffusion internationale du journal). Il en résulte un partage de compétence entre la loi du fait initial, appelée notamment à se prononcer sur le lien de causalité des divers dommages subséquents, et les lois des lieux de réalisation du dommage, ayant voca-

(1) Si la procédure a été ouverte en France, la question de la régularité de la naissance du droit se posera lorsque le créancier entendra se prévaloir des dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985. V. M. CABRILLAC, *L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application*, B.86.115.

tion à fixer la réparation des préjudices subis sur chaque territoire. Il apparaît ainsi que le sort des créances de réparation est tributaire d'une pluralité de lois applicables, dont le nombre est lui-même tributaire de l'éclatement international du délit (1). Il en résulte une dissociation entre l'appréciation du délit, soumise à la loi du lieu de commission du délit initial, et l'appréciation du dommage, qui incombe aux lois des différents lieux de réalisation des dommages.

_. - Le plafonnement légal de responsabilité

487.- Alors que la limitation conventionnelle de responsabilité délictuelle n'est pas admise en droit français, il se peut que la loi applicable organise un mécanisme de plafonnement légal de l'étendue de la réparation (2). L'existence d'une limitation de l'indemnisation ne suscite guère de difficultés lorsque la technique de plafonnement n'est pas globale, mais calculée de manière individuelle pour chaque créancier (3). En effet, dans cette hypothèse, une loi unique statuera sur l'existence de la créance délictuelle et sur le plafonnement éventuel de son montant.

En revanche, des complications sont à craindre lorsque le plafonnement est instauré de manière globale par la loi, et calculé, non par individu, mais par événement (4). L'hypothèse

(1) Sur l'étude de cette hypothèse sous l'angle de la recherche de la loi applicable, v. *supra*, n° 173 *sq.*

(2) V. par exemple Cass. Belgique 21 janv. 1907, Pas.1907.I.135 ; dans le même sens, v. les droits néerlandais, italien, portugais, allemand, turc et grec, qui admettent la possibilité d'une limitation en matière de responsabilité délictuelle V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 214 et 313 *sq.* Recourent à la technique du plafonnement légal de responsabilité les Conventions de Bruxelles du 29 novembre 1969 (pollution par hydrocarbures, v. l'article V), et de Londres de 1976 (limitation de responsabilité en matière de créances maritimes, v. les articles 6 et 7), la directive communautaire du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (article 16), la loi suisse du 18 décembre 1987 (articles 135 al. 2 et 137 al. 2 : le montant des indemnités allouées au titre de l'application de la loi étrangère ne saurait dépasser ce qu'aurait accordé la loi interne suisse dans des circonstances identiques).

(3) V. par exemple la responsabilité de l'hôtelier (articles 1953 al. 3 et 1954 al. 2 C. civ.), le transport de passagers ou de marchandises, v. Com. 8 janv. 1985, JCP.85.II.20500 note V. GRELLIÈRE.

(4) Exemples : l'article 5 de la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile du propriétaire de navires pour les dommages causés par la pollution des hydrocarbures ; les articles 6 et 7 de la Convention de Londres de 1976 ; la directive du 25 juillet 1985. Des limitations sont aussi prévues en matière de responsabilité nucléaire. V. les articles 9 de la loi du 12 novembre 1965 et 4 de la loi du 30 octobre 1968.

la plus délicate est celle où le plafonnement s'applique aux conséquences dommageables multiples d'un seul événement. En effet, la difficulté résulte à la fois de l'existence d'un plafonnement calculé globalement pour l'événement dommageable, et de la dispersion des lieux de réalisation des différents dommages. La responsabilité du fait des produits défectueux et les atteintes à l'environnement se prêtent particulièrement à de telles hypothèses (1). Or, il est parfaitement concevable que les lieux de survenance de l'événement dommageable, les lieux où les dommages sont éprouvés par les différentes victimes, et le lieu de l'établissement du responsable, ne coïncident pas.

Aussi bien, le sort des créances de réparation sera-t-il étroitement dépendant de l'intervention de deux lois : celle du lieu de survenance de l'événement dommageable, qui est présumée fixer le montant du plafonnement légal et global de réparation, et celle du lieu de l'établissement du responsable. Et la mise en œuvre de la globalisation de la réparation nécessitera l'existence d'une procédure collective de répartition entre les différentes victimes si le plafond est atteint (2). Toute la question est alors de savoir si la procédure doit être créée au lieu de survenance de l'événement dommageable ou au lieu de l'établissement du responsable. Dans le premier cas, seule la loi du lieu de survenance de l'événement dommageable aurait compétence pour organiser le déroulement de la procédure collective de répartition. Deux obstacles sont cependant concevables. Il se peut, tout d'abord, que le dommage soit survenu en haute mer, où aucune loi n'existe. De plus, à supposer que le dommage ait été causé dans un espace relevant d'une souveraineté, il n'est pas impossible que les victimes se heurtent aux dispositions moins favorables de la loi du lieu de l'établissement du responsable. Dans le second cas, la procédure serait organisée par la loi du lieu de l'établissement du responsable, rattachement qui présente deux avantages et un inconvénient de taille. Le premier avantage tient à la coïncidence de la loi

(1) V. Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDCiv.87.1.

(2) V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 314, p. 417.

gouvernant la réparation des préjudices et de la loi du lieu où la condamnation pécuniaire sera exécutée (le siège de l'entreprise responsable). Le second avantage est que la compétence de la loi du siège de l'entreprise responsable offre un rattachement de substitution dans l'hypothèse où l'événement dommageable serait survenu en haute mer. Néanmoins, l'inconvénient attaché à cette solution est tel qu'il la rend impraticable en l'absence de correctif. En effet, il serait aisé, pour l'entreprise responsable, de localiser les filiales exploitant des activités dangereuses dans des pays dont la législation se montre particulièrement laxiste. De sorte que le second rattachement n'est admissible qu'à la condition d'être complété par la possibilité de remonter jusqu'à la maison-mère (1).

On constate en définitive que l'hypothèse du plafonnement légal de responsabilité constitue la jonction des dissociations rencontrées précédemment (dissociation de la naissance de la créance et de son admission, d'une part ; dissociation de l'appréciation du délit et de celle des dommages, de l'autre).

Dans l'ensemble, pourtant, le domaine de la loi du délit a fait jusqu'ici preuve d'une certaine homogénéité, dont la raison tient à la volonté d'assurer à la responsabilité délictuelle une unité de régime. L'idée de justice paraît accomplie par le traitement en principe égal réservé aux différentes victimes et à l'auteur du dommage. Cependant, l'homogénéité du domaine de la loi du délit doit céder en présence de certaines considérations. spécifiques de quelques droits étrangers.

(b).- LES LIMITATIONS APPORTÉES AU DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE

488.- Certaines limitations sont largement répandues et admises par différentes Conventions internationales, de sorte qu'on peut les qualifier de communes. D'autres, en revanche, sont spé-

(1) V. Cour de district de l'Illinois 18 avril 1984 *Amoco Cadiz*, DMF.84.688 note P. BONASSIÈS, où la responsabilité de la maison-mère fut mise en cause en dépit de l'écheveau constitué par l'enchevêtrement des filiales et sous-filiales.

Dans l'un et l'autre cas, la limitation est fonction soit de la nature juridique de l'institution considérée, soit de la qualification prônée par certains droits étrangers.

1. *Dérogations communément admises*

Les dérogations communément admises sont liées à la subrogation personnelle, à l'action directe de la victime et aux règles de preuve.

_- La subrogation légale

489.- Depuis un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 mars 1970, l'étendue, les modalités et la mise en œuvre de la subrogation personnelle relèvent d'une loi propre (1). La même solution a été consacrée en Belgique (2) et en Allemagne (3). La CJCE. retient une solution similaire (4). L'**autonomie** de la subrogation personnelle par rapport à la source de la créance est également affirmée par la Convention de La Haye du 4 mai 1971 (5) et par l'article 13 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, de sorte que la position dissidente des Néerlandais qui soumettaient la subrogation personnelle à la loi de la source, soit, en l'espèce, la loi du délit (6), paraît aujourd'hui caduque.

L'autonomie de la subrogation personnelle a été justifiée par sa nature et par des considéra-

(1) V. Paris 18 juin 1969 et Cass. 17 mars 1970, J.70.923 note G. DE LA PRADELLE, R.70.688 note P. LAGARDE ; v. aussi Cass. 19 mars 1973, J.74.132 note J. BIGOT.

(2) V. Cass. Belgique 23 oct. 1969, R.70.692 note P. LAGARDE.

(3) V. BGH. 26 avr. 1966, GP.67.I.CEE.35.

(4) V. CJCE. 11 mars 1965, GP.65.I.436.

(5) V. les articles 2-4, 2-5 et 6 de la Convention ; v. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5. Tout recours entre coresponsables ou assureurs échappe au domaine de la Convention.

(6) Maastricht 28 mai 1964, J.69.988 note R. D. KOLLEWYJN.

tions propres aux conflits de lois.

Bien qu'il soit resté flou assez longtemps (1), le fondement de la subrogation personnelle est aujourd'hui la prise en compte de certains besoins sociaux par la technique juridique. Ainsi, les justifications traditionnelles de la subrogation personnelle (2) ne suffisent pas à en livrer la nature. En réalité, la subrogation personnelle constitue à la fois une modalité de paiement et un transfert de créance consenti en vue d'une fin précise, de sorte que son autonomie justifie l'octroi d'un rattachement propre.

Ensuite, la soumission de la subrogation légale à une loi propre s'explique par les nécessités liées au fonctionnement du *solvens* (3). L'institution subrogée dans les droits de la victime ne peut supporter que la loi applicable à ses recours soit tributaire du lieu de réalisation du dommage. La subrogation doit obéir à une loi propre afin de permettre une unité de gestion. Aussi comprend-on que la jurisprudence française soumette la subrogation légale à la loi de l'institution pour le fonctionnement de laquelle elle a été créée (4). En cela, les arguments tirés de la protection des intérêts du débiteur se trouvent nécessairement mis à l'écart (5).

490.- Les solutions ainsi consacrées ne peuvent toutefois éviter l'irruption de la loi du délit, prise en tant que loi de la créance, s'agissant de l'appréciation des conditions d'exercice du recours

(1) V. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, réimpression de l'édition de 1937, p. 468 ; G. DE LA PRADELLE, note sous Cass. 17 mars 1970, J.70.923 ; J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, thèse, LGDJ., 1979.

(2) **Modalité du paiement** : v. Seine 2 janv. 1935, J.36.904 note approbative J. PERROUD ; ... **transfert de la créance** : v. J.-P. NIBOYET, note sous Riom 29 janv. 1932, R.34.920 et *Traité de droit international privé*, t. V, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris, n° 1426 ; Besançon 14 mai 1959, R.60.67 note Y. LOUSSOUARN ; Maastricht 28 mai 1964, J.69.988 note R. D. KOLLEWYJN ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*.

(3) En ce sens, v. P. LAGARDE, note sous Cass. Belgique 23 oct. 1969, R.70.692.

(4) V. en ce sens, H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 341 ; du même auteur, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 51.

(5) Sur ces arguments, v. P. LAGARDE, note sous Cass. Belgique 23 oct. 1969, R.70.692, spéc. p. 694. On peut citer en ce sens l'intangibilité de la situation du débiteur et les questions liées à la transmission de la créance, qui ne devraient relever que de la loi de la créance. V. en ce sens, l'article 17 du projet Bénélux portant loi uniforme relative au droit international privé ; v. aussi l'article 145 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

subrogatoire des établissements tiers payeurs. En effet, le tiers payeur ne pourra être subrogé dans les droits de la victime indemnisée qu'à la condition que la créance présente un caractère indemnitaire, et non un caractère personnel ou forfaitaire (1). Or, ce point ne peut être tranché que par l'application de la loi de la créance, non par l'application de la loi de la subrogation personnelle (2). Ainsi, lorsque la prestation présente un caractère forfaitaire, le tiers payeur ne peut prétendre être subrogé dans les droits de la victime, de sorte que la victime peut cumuler les prestations forfaitaires avec l'indemnisation de son préjudice (3). La mise en œuvre de la règle de conflit de lois est alors aux confins des questions préalables (4).

On constate ainsi que la circulation des créances justifie la détermination d'un rattachement propre et indépendant de la source, et que la doctrine ne trouve pas critiquable la référence partielle à la loi du délit afin de savoir si la créance peut être transmise au *solvens*.

_- L'action directe de la victime

491.- En principe, la jurisprudence soumet à la loi du délit l'action directe de la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage (5). Bien que fondée en droit sur le principe de l'effet relatif des conventions (la victime est un tiers au contrat d'assurance), cette solution aboutit à des

(1) Cette considération est certainement à l'origine du refus du droit néerlandais ou du projet Bénélux de voir la subrogation personnelle obéir à une loi propre. Elle repose toutefois sur une confusion entre la *cessibilité* de la créance, soumise à la loi de la créance, et le *mode de cession*, qui peut faire l'objet d'un rattachement propre. V. *infra*, n° 601.

(2) V. en ce sens P. LAGARDE, note sous Cass. Belgique 23 oct. 1969, R.70.692, spéc. p. 695 ; G. DE LA PRADELLE, note sous Cass. 17 mars 1970, J.70.923 ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 13.

(3) V. les articles 29, 30 et 33 de la loi du 5 juillet 1985. V. C. E. 14 mars 1986, D.86.530 concl. M. ROUX ; v. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 153 *sq.* ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, D.87.chron.97.

(4) L'admission du caractère indemnitaire de la prestation est un préalable à l'exercice de la subrogation personnelle par le *solvens*.

(5) V. Req. 24 févr. 1936, D.P.36.49 note R. SAVATIER ; Cass. 13 juill. 1948, JCP.48.II.4635 note A. BESSON, R.49.94 note H. BATIFFOL ; Cass. 21 avr. 1971, R.72.302 note P. LAGARDE, J.72.58 note J. BIGOT ; Aix-en-Provence 30 mars 1979, R.80.717 note G. LÉGIER.

conséquences particulièrement injustes lorsque la loi du lieu de l'accident n'admet pas le principe de l'action directe, cependant que le lieu de l'accident ne présente aucun lien avec la nationalité des différents protagonistes ou le siège de l'assureur. Dans une telle hypothèse, le lieu purement fortuit de l'accident risque de priver les victimes de toute réparation concrète pour peu que l'auteur du dommage soit insolvable, alors que leur loi nationale ainsi que la loi du contrat d'assurance admettent le principe de l'action directe.

Aussi comprend-on que le droit conventionnel ait adopté des solutions plus favorables aux intérêts de la victime. Bien que la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable à la responsabilité du fait des produits défectueux ait exclu l'action directe de son domaine (1), l'article 9 de la Convention du 4 mai 1971 la soumet à un triple rattachement hiérarchisé comprenant la loi du délit, la loi du contrat d'assurance et la loi du lieu d'immatriculation des véhicules automobiles (2). La loi compétente appréhende alors non seulement la recevabilité de l'action directe, mais aussi son régime, et notamment la durée de la prescription extinctive (3). L'action directe échappe ainsi partiellement à la compétence de la loi du délit pour faire l'objet d'un rattachement propre, afin d'en améliorer l'efficacité et d'éviter des solutions par trop choquantes.

(1) L'exclusion résulte de l'article 8 de la Convention. Les raisons sont dues au fait que l'assurance de dommage n'est pas obligatoire, ce qui paraît factice, et très en retrait par rapport à la Convention du 4 mai 1971. V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32, spéc. n° 34. L'article 11 du projet de Convention CEE. relatif à la loi applicable aux obligations extra-contractuelles excluait, lui aussi, la question de la loi applicable à l'action directe. V. R. VANDER ELST, *Projet de convention CEE. sur la loi applicable. Obligations non contractuelles*, RTDE.75.187, qui se prononçait pour la compétence de la *lex loci*. *Contra*, v. P. LAGARDE, in *Compte-rendu du Colloque du 24 mars 1973 sur l'Avant-projet de convention C.E.E. concernant la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, par D. MAYER, R.73.373, spéc. p. 379, et le texte de l'Avant-projet, R.73.209.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5, spéc. n° 30. V. aussi l'article 141 de la loi suisse du 18 décembre 1987, qui prévoit une option de compétence au profit de la victime entre la loi de l'acte illicite et la loi du contrat d'assurance, sans condition de hiérarchie.

(3) V. Cass. 2 oct. 1984, J.85.674 note R. DAYANT, R.86.59 note P. LAGARDE. L'article 9 vise la recevabilité et le régime de l'action directe. Si elle connaît l'action directe, la loi du délit régira la durée de sa prescription extinctive. De sorte que si l'action en responsabilité est prescrite en vertu de la loi du délit, l'action directe contre l'assureur le sera aussi, quand bien même la loi du contrat d'assurance fournirait une autre solution. La solution est choquante. V. en ce sens, Cass. 10 juill. 1942, D.43.1 ; v. A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, n° 315 ; *contra*, l'article 141 précité de la loi suisse du 18 décembre 1987.

_. - Les règles de preuve

492.- Parce qu'elles appartiennent à la procédure, et non au fond (1), les règles de preuve obéissent à la *lex fori*, et non à la *lex loci delicti commissi* (2).

Pourtant, certaines questions se situent aux confins des deux notions, où l'appréciation des faits litigieux est soumise à la *lex fori*, alors que les éléments examinés conditionnent le lien de causalité et devraient, en tant que tels, relever de la *lex causae* (3).

L'exception ainsi apportée à la compétence de la loi du délit repose sur la conception spécifique de la catégorie « procédure », et n'est pas propre aux créances.

Enfin, certaines limitations subies par la loi du délit ne sont pas communes aux différents Etats, mais spécifiques de quelques droits étrangers.

2. *Dérogations spécifiques de certains droits étrangers*

Les droits de la *Common Law* présentent un particularisme marqué s'agissant de la protection des intérêts nationaux, de la limitation de la responsabilité, et de la contribution à la dette.

_.- La protection des intérêts nationaux

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 705 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 373 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 462 *sq.* ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 864. V. aussi M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, thèse, Economica, 1986, n° 567.

(2) V. l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 ; v. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32, spéc. n° 32.

(3) Exemple : l'appréciation du terme « impliqué » utilisé par l'article 4 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971. Soumettant son analyse à la *lex fori*, et non à la *lex causae*, v. Paris 24 juin 1981 *Brandicourt*, R.82.695 note M. PÉLICHET.

493.- La volonté de protection des intérêts nationaux est particulièrement nette en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Ainsi, une personne pourra être condamnée par un tribunal américain en vertu de la *lex fori* lorsqu'elle aura fabriqué ou fait réparer, même à l'étranger, et quand bien même la mise sur le marché américain aurait été pour elle imprévisible (1), un produit qui, ultérieurement, aura causé dans le ressort du tribunal saisi des dommages aux personnes. La solution entraînait des conséquences nettement injustes lorsqu'elle était combinée avec les règles relatives à la compétence juridictionnelle, un simple lien fortuit avec le for suffisant par le passé à fonder la compétence des juridictions américaines (2).

Fondée sur la seule compétence de la *lex fori*, prise en tant que loi de sûreté, la position des juridictions américaines paraît empreinte d'un particularisme excessif.

__.- La limitation de responsabilité

494.- Certains systèmes juridiques, tel celui des Pays-Bas (3) ou de la *Common Law*, dissocient l'appréciation de la faute et celle des limitations de responsabilité, la première étant soumise à la loi du délit, cependant que la seconde revient à la *lex fori*, par le biais de la qualification (4). Une telle solution pourrait justifier l'intervention de l'ordre public international français dans la mesure où le principe de la réparation intégrale du préjudice subi fait obstacle à la validité des clauses limitatives de responsabilité délictuelle.

(1) Aussi comprend-on les solutions posées par l'article 7 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 ou par la loi suisse du 18 décembre 1987, qui font de la prévisibilité de l'introduction de la marchandise défectueuse sur le marché considéré une condition de la responsabilité du fabricant. De même, selon les articles 135 al. 2 et 137 al. 2 de la loi suisse du 18 décembre 1987, le montant des indemnités allouées au titre de l'application de la loi étrangère ne saurait dépasser ce qu'aurait accordé la loi interne suisse dans des circonstances identiques.

(2) Sur cette jurisprudence, v. *supra*, n° 259 sq.

(3) V. Rotterdam 2 févr. 1965, J.69.989 obs. R. D. KOLLEWYJN.

(4) La limitation de responsabilité étant considérée comme une question de procédure, et non de fond. *Contra*, v. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 262 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 41.

De même, les droits de la *Common Law* valident les clauses limitatives de responsabilité par le biais de la qualification, ce qui les dispense d'un recours à l'effet d'éviction de l'ordre public international (1), le droit anglo-américain ne distinguant pas selon la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité (2). Une telle solution présente le double inconvénient de dissocier le régime de la faute et de favoriser le *forum shopping* (3).

Enfin, les droits de la *Common Law* rattachent, pour des motifs identiques, la question de la contribution à la dette à la *lex fori*.

_. - La contribution à la dette

495.- Analysant la contribution à la dette comme une question ressortissant à la procédure, et non au fond, le droit anglo-américain la soumet à la *lex fori*, et non à la *lex causae* (4). Cette qualification favorise le *forum shopping*, et conduit à dissocier le régime de la faute de celui des différents recours entre les co-responsables, ce qui est particulièrement gênant s'agissant des causes d'exonération. Or, ainsi que le souligne H. Batiffol, "*l'homogénéité du régime de la responsabilité veut certainement que l'exonération du responsable soit soumise à la même loi que celle qui met sa responsabilité en cause*" (5). Aussi paraît-il préférable de laisser la question de la contribution à la dette sous l'empire de la loi de la créance délictuelle (6).

(1) L'effet d'éviction conduirait à la compétence de la *lex fori*. Le résultat est le même. Seule la technique change. Mais la qualification est une technique plus discrète que celle de l'ordre public.

(2) V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 214, p. 297, note 216.

(3) V. en ce sens R. D. KOLLEWYJN, obs. J.69.989, spéc. p. 990.

(4) V. H. BATIFFOL, note sous Seine 13 mars 1963, R.63.573 ; v. aussi R. D. KOLLEWYJN, obs. J.69.989, spéc. p. 990.

(5) H. BATIFFOL, note sous Seine 13 mars 1963, R.63.573, spéc. p. 582. V. dans le même sens, P. BOUREL, note sous Cass. 30 mai 1967 *Kieger*, R.67.728, J.67.622 note B. G., D.67.629 note Ph. MALAURIE.

(6) *Comp.* avec l'article 140 de la loi suisse du 18 décembre 1987, qui soumet les recours du créancier contre les différents débiteurs à un rattachement propre en cas de pluralité de coobligés, et l'article 144 al. 2, qui prévoit aussi un rattachement propre au stade de la contribution à la dette entre les différents coobligés.

L'étude du domaine de la loi du délit se solde globalement sur son unité, censée assurer l'homogénéité du régime de la responsabilité délictuelle. Néanmoins, nous avons constaté que certaines questions tendent à faire l'objet de rattachements propres et **autonomes**, tels le cas de la subrogation personnelle et, dans une moindre mesure, celui de l'action directe. Le désir de faciliter la circulation des créances justifie pleinement ces dérogations, qui montrent que la loi de la source perd prise dès que l'on s'éloigne du moment de la naissance des créances.

Les créances nées d'un fait juridique, essentiellement gouvernées par des règles d'origine nationale, subissent davantage l'attraction de la loi applicable à la source.

§ 2.- Créances délictuelles et faits juridiques

496.- Nous entendons par « faits juridiques » l'enrichissement sans cause, la répétition de l'indu et la gestion d'affaires (1). Les créances qui en découlent n'obéissent pas à la loi d'autonomie, ce qui montre bien, en l'espèce, que le terme de « quasi-contrat » est impropre et source de confusion, du moins en droit international privé. Elles obéissent à la loi applicable au fait juridique leur ayant donné naissance (2). En réalité, la catégorie de droit international privé utilisée par la doctrine est celle d'enrichissement sans cause, qui englobe la répétition de l'indu et la gestion d'affaires (3). Il nous semble néanmoins possible de distinguer entre l'enrichissement sans cause

(1) Nous considérons que la terminologie de « quasi-contrats », employée par le Code civil, ne saurait constituer une catégorie du droit international privé. En effet, le terme signifierait qu'on doit appliquer la loi d'autonomie, ce qui est faux.

(2) Sur ces rattachements, v. *supra*, n° 70 *sq.* . V. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, thèse, LGDJ., 1961, p. 89 *sq.* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 562 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 410 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 681 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1429. Sur l'application éventuelle de la loi du contrat annulé, v. *supra*, n° 70 *sq.*

(3) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 562 et 564.

et la répétition de l'indu, la gestion d'affaires ne présentant pas de difficultés particulières (1).

(a).- ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

497.- La loi de la créance est appelée à se prononcer sur les éléments constitutifs de l'enrichissement sans cause, soit l'existence d'un enrichissement ou d'un appauvrissement non causé et ouvrant droit à répétition. Ainsi, entrent dans le domaine de la loi de la créance l'examen du déplacement de valeur, l'existence éventuelle d'un plafond entre les montants corrélatifs de l'appauvrissement et de l'enrichissement, le lien de causalité entre les deux déplacements de valeur et la détermination du montant de la restitution, qui constitue l'objet même de la créance (2). De même, la loi compétente devra se prononcer sur l'incidence des contrats cause de l'enrichissement (3). De surcroît, elle devra définir l'étendue de l'action *de in rem verso*, c'est-à-dire la mise en œuvre éventuelle d'un double plafond (4), et fixer la date d'évaluation du montant de la restitution. Ce point peut être source de difficulté lorsque la restitution porte sur

(1) La loi compétente, soit la loi du lieu où l'acte a été accompli, devra apprécier l'utilité de la gestion, et les obligations du gérant ainsi que celles du maître. V. Ph. DRAKIDIS, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Gestion d'affaires*.

(2) V. Ph. DRAKIDIS, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Enrichissement sans cause* ; *comp.* avec l'article 13 du projet CEE. relatif à la loi applicable aux obligations extra-contractuelles ; v. R. VANDER ELST, *Projet de convention CEE. sur la loi applicable. Obligations non contractuelles*, RTDE.75.187.

(3) Cette question est cependant très délicate. En droit interne, le contrat à l'origine de l'enrichissement est opposable au tiers appauvri en tant que fait juridique, de sorte que l'enrichissement a bien une cause. V. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse, LGDJ., 1984, n° 49 *sq.* V. aussi Ph. DRAKIDIS, *La subsidiarité, caractère spécifique et international de l'enrichissement sans cause*, RTDCiv. 61.577. Selon H. et L. MAZEAUD, obs. RTDCiv.39.770, n° 49 : "L'objection tirée de ce que le contrat passé par l'enrichi avec l'intermédiaire est inopposable à l'appauvri comme étant à son égard *res inter alios acta* est à écarter : l'article 1165 ne doit pas entrer en jeu car le principe de relativité des conventions ne s'applique aux contrats que pour autant qu'ils engendrent des obligations ; or, ici le contrat n'est invoqué dans son existence que comme un fait, simplement pour dire que l'enrichissement sans cause a une cause légitime". Dans cette analyse, l'appréciation de la cause du contrat échappe à la *lex contractus*. Elle incombe à la loi de la créance, en ce que l'appauvri est un tiers audit contrat.

(4) Dans la mesure où le droit compétent ne retient comme somme faisant droit à restitution que celle qui, d'entre l'enrichissement et l'appauvrissement, est la plus faible.

une obligation monétaire. En effet, il conviendra nécessairement de fixer une date d'évaluation du *quantum* de la créance (1). Or, en faisant application du principe du nominalisme monétaire, la jurisprudence écarte le système de la dette de valeur en évaluant le montant de l'enrichissement au jour de l'introduction de l'instance, et celui de l'appauvrissement au jour de son apparition (2). Les Pays-Bas pratiquent un système d'évaluation similaire, qui conduit à faire peser le risque de dévaluation monétaire sur l'appauvri (3).

498.- Enfin, la loi de la créance devra trancher la question de la prescription extinctive. Cette solution est contestée par certains auteurs lorsque l'enrichissement sans cause procède de l'annulation d'une lettre de change émise en blanc (4).

499.- Néanmoins, la compétence de la loi de la créance risque d'être fortement battue en brèche par l'intervention de la *lex fori*. La question est de savoir à quelle loi il convient de soumettre

(1) V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 587 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 322 *sq.* . Trois dates sont concevables : la naissance de l'appauvrissement et de l'enrichissement, le jour de l'introduction de l'instance, le jour du paiement de la créance.

(2) V. par exemple Cass. 18 janv. 1960, D.60.753 note P. ESMEIN ; Cass. 15 févr. 1973, D.75.509 note R. SAVATIER.

(3) V. Hoge Raad 3 nov. 1961 *De Barry*, J.69.986 note R. D. KOLLEWYJN. En dépit des instructions de son client, le banquier enrichi avait oublié de convertir en florins les sommes virées en marks allemands. La perte fut pour le client, non pour la banque. Les faits étaient certes complexes. Une Hollandaise résidant en Hollande avait donné l'ordre, au début du mois d'avril 1945, à une banque allemande implantée à Berlin de transférer un avoir en marks allemands auprès d'une banque hollandaise implantée en Hollande. Cette espèce était compliquée pour deux raisons principales ; l'ordre était illicite en regard de la législation allemande ; la monnaie allemande avait été dans l'intervalle fortement dévaluée. Une telle solution serait aujourd'hui sans doute écartée.

(4) La question est de savoir si un recours subsiste à la déchéance ou à la prescription extinctive de la lettre de change. La Convention de Genève du 7 juin 1930 ne l'a pas tranchée. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, n° 209, et P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, 2 vol., Paris, 1953, Rousseau, n° 1122, se prononcent pour la *lex fori*. R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, Sirey, 1975, n° 695, et J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 258, proposent de distinguer selon que la provision a été ou n'a pas été constituée. S'il est fondé sur l'existence de la provision, le recours devrait obéir à la loi du lieu d'émission de la provision (article 6) pour ce qui concerne le transfert de la provision, et à la loi du rapport antérieur pour ce qui concerne le régime du recours. S'il est exercé en l'absence de provision, le recours devrait obéir à la loi gouvernant chacune des différentes signatures (article 4 al. 2).

l'appréciation du caractère subsidiaire de l'enrichissement sans cause. La subsidiarité de l'enrichissement sans cause commande sa recevabilité (1). Or, en tant qu'elle relève des conditions de recevabilité de l'action, elle doit être soumise à la compétence de la *lex fori*. Elle justifiera également le rejet de la demande d'*exequatur* d'une décision étrangère ayant admis l'action *de in rem verso* alors que d'autres voies de droit étaient en théorie ouvertes à l'appauvri (2). La compétence de la loi de la créance risque ainsi de rester lettre morte si la *lex fori* fait obstacle à la mise en œuvre de l'enrichissement sans cause.

(b).- RÉPÉTITION DE L'INDU

500.- La loi de la créance a vocation à gouverner dans leur ensemble les questions posées par la répétition de l'indu, qu'il s'agisse de la notion d'indu, objectif (3) ou subjectif, de l'erreur fautive ou non du *solvens*, du *quantum* de la restitution, de l'octroi de dommages-intérêts en cas de mauvaise foi de *l'accipiens*, de la charge des risques en cas de perte fortuite, et de la durée de la prescription extinctive. Deux points doivent cependant appeler certaines précisions.

D'une part, la créance de restitution est un droit distinct du rapport initial, de sorte que la loi applicable à ce dernier doit être ignorée (4).

(1) Du point de vue de la procédure, l'enrichissement sans cause est subsidiaire. Dès lors qu'une voie de droit existe, l'action *de in rem verso* est fermée. Il en est de même si un obstacle de droit se dresse, mais non si l'appauvri bute sur un obstacle de fait. V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 590.

(2) V. Ph. DRAKIDIS, *La subsidiarité, caractère spécifique et international de l'enrichissement sans cause*, RTDCiv. 61.577, n° 35. Plusieurs pays étrangers permettent le cumul, dont l'Allemagne (articles 812 et 852 BGB.) et la Suisse (article 62 du Code suisse). Mais, ainsi que le fait remarquer Ph. DRAKIDIS, la durée de la prescription extinctive est beaucoup plus courte qu'en France (trois ans en Allemagne), ce qui rend le cumul supportable.

(3) En droit interne, v. I. DEFRENOIS-SOULEAU, *La répétition de l'indu objectif*, RTDCiv.89.243.

(4) Pour une solution différente en cas de restitutions consécutives à l'annulation du contrat, v. l'article 10 § 1-e de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Pour une critique de ce texte, v. Mme H. GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international européen des contrats*, RTDE.81.215. Sur l'analyse du droit anglais, qui met davantage l'accent sur l'idée d'enrichissement sans cause et sur le caractère extracontractuel des suites de l'annulation du contrat, v. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8ème éd., 1982, Dalloz, n° 193 et 194. La mise à l'écart de la loi applicable au rapport originaire est particulièrement importante s'agissant de la durée de la prescription extinctive.

De l'autre, il arrive que l'admissibilité même de l'action en répétition de l'indu et le *quantum* de l'obligation de restitution soient dissociés sous l'angle de la compétence législative (1). L'hypothèse est celle où le paiement indu procède d'un virement fait par erreur d'une banque à une autre banque. Il convient alors de distinguer entre le *quantum* de la créance de restitution, qui doit relever de la loi de la banque *accipiens*, et l'appréciation de l'erreur fautive ou non commise par la banque *solvens*, qui doit être gouvernée par sa propre loi, en ce que la commission de l'erreur ressortit à l'organisation interne de la banque *solvens* (2).

En somme, il apparaît que la loi de la créance présente globalement une compétence affirmée en matière de faits juridiques, étant entendu que la loi applicable est celle du lieu où l'acte matériel à l'origine du déplacement de valeur a été commis.

La détermination du domaine de la loi compétente à l'égard des créances délictuelles procédant de l'activité de groupes de sociétés est en revanche plus délicate à mener.

§ 3.- Créances délictuelles et groupes de sociétés

501.- Nous rappellerons tout d'abord que la recherche de la loi applicable aux créances délictuelles issues de l'activité d'un groupe de sociétés nous avait conduit à retenir l'application cumulative de la loi de la maison-mère et de celle de la filiale, lorsque celle-ci n'est pas fictive, pour ne retenir que l'application de la loi de la maison-mère dans le cas inverse (3).

502.- Lorsqu'elle est seule à s'appliquer, la loi de la maison-mère devra être consultée sur l'ensemble des éléments relatifs à l'admissibilité et au régime de la créance de réparation.

(1) V. en ce sens J.-P. NIBOYET et W. NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalanen Privatrechts*, Zurich, 1961, p. 187 *sq.*., cités par Ph. FRANCESKAKIS, note sous Paris 7 juill. 1954 *Patino*, R.54.566.

(2) En droit interne, v. J. GHESTIN, *L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu*, D.72.chron.271 ; P. DAUCHY, *L'influence du droit civil sur le droit bancaire*, RTDCom.86.1, spéc. p. 35.

(3) V. *supra*, n° 329 *sq.*

En revanche, lorsque la filiale ayant accompli l'acte incriminé n'est pas fictive, la détermination du domaine respectif des lois en présence est pour le moins délicate. D'abord, il ne nous paraît pas réaliste d'ignorer la loi de la maison-mère, car une telle attitude conduirait à faire abstraction du lien de causalité entre l'acte accompli par la filiale et les instructions qu'elle a reçues de la maison-mère. La question revient alors à savoir si l'on doit procéder à une application cumulative ou distributive des lois de la maison-mère et de la filiale.

On pourrait concevoir que ce qui participe de l'admission de la créance de réparation relèverait de l'application cumulative des lois en présence, cependant que ce qui a trait à la contribution à la dette et aux causes exonératoires nécessiterait une application distributive. Ainsi, seraient soumis à l'examen des deux lois l'ensemble des conditions de naissance de la créance - les fautes, préjudice et lien de causalité (1), le régime de la créance, l'existence d'une responsabilité *in solidum*, la prescription extinctive, l'existence éventuelle d'un plafond de réparation (2) -. En revanche, relèveraient de l'application distributive de chacune des deux lois l'effet exonératoire de l'organisation et de la légitimité des ordres donnés (3), la responsabilité personnelle des dirigeants et l'imputabilité de la créance de réparation sur leur patrimoine personnel (4), ainsi que l'influence de la forme juridique de la société sur l'étendue de la responsabilité des associés.

Il faut toutefois bien reconnaître que le système proposé est assez complexe, et risque de constituer pour les créanciers un véritable labyrinthe juridique. Aussi, pourrait-il être souhaitable de s'inspirer du droit des troubles de voisinage, où la jurisprudence retient une responsabilité *in solidum* des différents débiteurs, sans s'interroger sur le point de savoir s'il existe concrètement

(1) V. Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429, qui propose comme modèle de responsabilité pour les actes de la filiale celui de la responsabilité pour crédit abusif consenti à une société dont la situation était d'ores et déjà compromise.

(2) Sur cette hypothèse, v. *supra*, n° 487.

(3) Sur cette question, v. R. RODIÈRE, *La protection des minorités dans les groupes de sociétés*, R.soc.70.243.

(4) Ce point sera tranché par la *lex concursus* en cas de procédure collective.

un groupe de sociétés, en ce qu'elle procède à l'application du régime des coauteurs de dommages (1). Mais il s'agit d'une responsabilité objective, détachée de la notion de faute (2).

En définitive, la loi du lieu de réalisation du dommage connaît un empire incontestable, mais qui s'estompe dès que la circulation de la créance délictuelle est envisagée. L'unité d'ensemble ainsi concédée est fondée sur le désir d'assurer autant que possible l'homogénéité du régime de la responsabilité délictuelle, les cas de dissociation demeurant en nombre limité.

Lorsque la source de la créance est un contrat, la loi qui lui est applicable présente également un domaine important *au moment* de la naissance du droit.

SECTION II

CRÉANCES NÉES D'UN CONTRAT

503.- En dépit de la consécration du dépeçage, la tendance contemporaine est à l'unité contractuelle, que l'on envisage la formation ou les effets du contrat (3), ce qui semble contradictoire. Considérée à sa naissance, la créance contractuelle est affectée par cette volonté d'unité contractuelle, laquelle est exprimée par la compétence de la loi de la source (4). L'importance du domaine de la loi de la source étant incontestable au moment de la naissance de la créance, il

(1) V. par exemple Paris 19 mars 1979, D.79.429 note R. R. ; Cass. 17 oct. 1984, Bull.civ.II.n° 154.

(2) V. M.-Cl. LAMBERT-PIÉRI, *Construction immobilière et dommages aux voisins*, thèse, Economica, 1982.

(3) Cass. 6 juill. 1959 *Fourrures Renel*, R.59.708 note H. BATIFFOL, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 36, par B. ANCEL et Y. LEQUETTE ; Cass. 25 mars 1980 *Soc. Mercator Press*, R.80.576 note H. BATIFFOL, J.80.650 note Ph. KAHN ; v. A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972.

(4) V. *supra*, n° 95 sq .

ne paraît pas nécessaire d'entreprendre un exposé détaillé, qui tournerait vite à l'inventaire. Aussi bien, est-il plus intéressant d'analyser le domaine de la *lex contractus* selon la structure du lien contractuel, sa complexité laissant augurer des difficultés qui n'existent pas en présence de rapports contractuels simples.

§ 1.- Rapports contractuels simples

Nous entendons par rapports contractuels simples les contrats nommés et considérés isolément, indépendamment de toute chaîne contractuelle ou de toute combinaison associant des qualifications distinctes. La source de la créance est donc unique, homogène, ce qui confère à la loi de la source un domaine incontestable, que la créance soit plutôt de nature civile, bancaire, ou salariale.

(a).- CRÉANCES DE NATURE CIVILE

Le terme de « nature civile » doit être pris dans un sens large, qui ne correspond pas à l'opposition de droit interne entre droit civil et droit commercial. En effet, et à titre d'exemple, la distinction entre vente civile et vente commerciale de marchandises est ignorée du droit du commerce international, car les droits anglo-américains ne la connaissent pas. De sorte que la terminologie employée porte sur l'objet de la vente, non sur sa nature (1). Le domaine de la loi de la source sera illustré par le contrat de vente et le contrat de louage.

(1) Exemples : la Convention de la Haye du 15 juin 1955 relative à la loi applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels ; la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises ; sur les raisons des variations terminologiques, v. M. PELICHET, *La vente internationale de marchandises et le conflit de lois*, RCADI.1987.I.9. Sur la CVIM., v. Ph. KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, R.80.951 ; J.-P. PLANTARD, *Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, J.88.311.

1. Contrat de vente

504.- Dès lors que les parties n'auront pas eu recours au dépeçage, qui permet de soumettre les différentes créances à des lois différentes, les règles de conflit de lois d'origine nationale ou internationale convergent pour assurer à la loi de la source une unité d'application. Parce qu'elle ne peut être dissociée de la source qui l'a engendrée, la créance subit l'attraction de la loi de la source au moment de sa naissance (1). Certes, des solutions dissidentes ont paru prendre corps en France, en attribuant à la loi du domicile du débiteur un rôle important en matière de prescription extinctive (2), ou d'opposabilité des cessions de créance (3), mais l'une a vécu (4), et l'autre ne survivra peut-être pas à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (5). Et il est facile de souligner que l'instauration de rattachements spécifiques n'affectait pas la naissance de la créance, mais bien sa circulation ou son extinction, de sorte que le principe de la compétence de la loi de la source restait entier *au moment* de la naissance de la créance, mais allait en s'affaiblissant, et continue de s'affaiblir, au fur et à mesure que l'on s'éloigne du moment de la naissance de la créance.

2. Contrat de louage

505.- On entend ici par contrat de louage, à la fois le contrat de louage de chose et le contrat

(1) Exemples : **l'existence et la date de la naissance** de la créance - v. l'article 8 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 - ; ... **la détermination du prix** - son absence entraîne la nullité de la vente ; v. en matière de cession de créance, Trib. civ. Vitry 9 mars 1938, GP.38.I.895 - ; ... les **modalités de calcul du prix** - v. l'article 10 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 - ; v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 613 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 384 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 737 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1366.

(2) V. *infra*, n° 743 *sq.*

(3) V. *infra*, n° 606 *sq.*

(4) V. *infra*, n° 743 *sq.*

(5) L'article 12 de la Convention de Rome écarte la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé s'agissant de l'opposabilité de la cession *à son égard*. La question de la loi applicable à l'opposabilité de la cession à l'égard des *autres tiers* reste donc ouverte.

d'entreprise (1). En effet, bail et entreprise sont ici réunis en ce que l'un et l'autre sont tributaires dans la même mesure de la *lex contractus* (2) et de la *lex rei sitae* (3) du bien, mobilier ou immobilier, objet du contrat. L'irruption de la *lex rei sitae* ne constitue pas en réalité l'expression d'un rattachement propre des créances issues des contrats de louage, de chose ou d'ouvrage, mais l'obligation de tenir compte des dispositions souvent impératives du lieu de situation de la chose sur laquelle porte le contrat.

(b).- CRÉANCES BANCAIRES

506.- Bien que reposant à l'origine sur des contrats connus du Code civil, les contrats bancaires présentent actuellement une spécificité indéniable, d'ailleurs consacrée par la loi bancaire du 24 janvier 1984 (4). De manière quelque peu schématique, il est possible de distinguer les contrats de crédit, de dépôt, et de garantie. La distinction est schématique, car le régime des comptes courants et des comptes de dépôt tend à se rapprocher (5) ; de même, un dépôt bancaire peut constituer une garantie, ou encore le remboursement de prêts financés par l'établissement de crédit. Néanmoins, son caractère usuel justifie que l'analyse du domaine de la loi de la source soit menée en la suivant.

(1) Sur les créances issues du contrat de travail, v. *infra*, n° 514 *sq.*

(2) Exemples : la réglementation de la durée du contrat, les échéances, le calcul du loyer, la jouissance de la chose, les obligations des parties, etc. V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938 ; R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*.

(3) Exemples : les garanties de la créance inhérentes au contrat de louage, l'octroi du privilège mobilier spécial ne pouvant échapper à la *lex rei sitae* ; v. *infra*, n° 699 ; l'intervention des dispositions de police du lieu de situation de la chose louée ; v. Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Biens*, n° 8 *sq.* ; R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*, n° 42 *sq.* V. *supra*, n° 91 *sq.*

(4) L'article 2 de la loi du 24 janvier 1984 définit le contrat de dépôt en écartant toute référence exclusive aux conceptions du droit civil. De même, l'article 3 définit les opérations de crédit de manière plus large que ne le fait la notion civiliste de contrat de prêt de consommation. V. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11ème éd., LGDJ., 1988, n° 2356 *sq.* ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Cujas, 1988, qui affirment que le droit des affaires a « bancarisé » le droit civil.

(5) V. J. BELOT, *Compte de dépôt et compte courant en matière bancaire (de la dualité à l'unité)*, RJC.85.41.

1. Contrat de crédit

507.- Le mode d'attribution du crédit peut recouvrir plusieurs formes, selon qu'il s'agisse de crédits par caisse ou par signature (1). Seuls nous retiendront ici les crédits par caisse, car les crédits par signature (2), et les emprunts obligataires (3) seront abordés ultérieurement.

Le crédit par caisse peut résulter de la mise en place de crédits adossés, de mobilisation, ou de l'ouverture d'un compte courant (4). Fréquents dans les groupes de sociétés (5), les prêts **adossés** ou parallèles relèvent naturellement de la loi d'autonomie. En l'absence de choix de la loi par les parties, le prêteur, débiteur de la prestation caractéristique, paraît le pivot de l'opération, de sorte que la compétence de la loi de son domicile est justifiée (6).

508.- Les crédits de **mobilisation** sont susceptibles d'obéir à deux lois différentes. D'une part, il convient d'isoler ce qui a trait au fonctionnement et à l'exécution de la convention de crédit, qui, sauf clause expresse en sens contraire, relèvera de la loi de la banque tenant le compte (7). De l'autre, en vertu de l'application de la Convention de Genève du 7 juin 1930 (8), l'escompte, l'endossement et le paiement de lettres de change internationales font l'objet de solutions

(1) V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 84 sq. ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

(2) Les crédits par signature s'apparentent aux contrats de garantie. V. *infra*, n° 513 sq.

(3) V. *infra*, n° 521 sq.

(4) Le crédit par caisse peut aussi être lié à un **trust**. Dans ce cas, le trustee détient les sommes versées par le débiteur en assurant une priorité de paiement au créancier bénéficiaire. Par la mise en place de prêts subordonnés, le trustee apparaît alors comme un créancier de dernier rang. V. M. E. GOLDSMITH, *Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales*, DPCI.80.445.

(5) Ils constituent une source de crédit inter-entreprises. V. J.-P. MATTOUT, *Opérations d'échange de taux d'intérêt et de devises*, B.87.24, et *Droit bancaire international*, Banque, 1988.

(6) *Ibidem*. Le crédit adossé met en place deux prêts distincts. Le crédit parallèle fait intervenir quatre participants, liés les uns par rapport aux autres.

(7) V. en ce sens, J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 84 sq. Les créances nées du fonctionnement du compte dépendent de la loi de la banque. Mais M. J. STOUFFLET, *op. cit., loc. cit.*, considère que tout ce qui en est détachable doit échapper à l'application de la loi de la banque.

(8) V. *supra*, n° 56, et *infra*, n° 528.

spécifiques, qui peuvent ne pas coïncider avec la loi de la banque. Aussi les établissements de crédits essayent-ils de faire domicilier l'effet chez eux, afin de conférer à la loi compétente une unité de domaine. Mais le recours à la technique de la domiciliation présente plusieurs limites importantes (1).

509.- Le crédit peut enfin résulter de l'ouverture d'une convention de **compte courant**. La loi de la banque tenant le compte jouit d'un empire important, la compétence de la loi de la créance initiale n'étant que résiduelle. Selon M. J. Stoufflet, la créance ne peut échapper à l'application de la loi de la banque tenant le compte que si elle est issue d'éléments qui en sont détachables (2). Dans le cas inverse, la loi de la banque est alors appelée à gouverner le fonctionnement du compte (3), la stipulation de taux d'intérêt (4), l'affectation des crédits (5), et le *quantum* du prêt (6).

(1) Les rattachements mis en place par les Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931 sont impératifs, de sorte que l'autonomie de la volonté n'a, en principe, aucune place. De plus, en matière de cession de créance, la domiciliation risque de rester sans portée si la question de l'opposabilité de la cession est soumise à la loi du domicile du débiteur cédé. Sur cette question, v. *infra*, n° 608.

(2) V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 84 *sq.*

(3) Exemples : la durée de la convention, les intérêts et commissions perçus par la banque, la mise à disposition des fonds. V. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497 ; H. BATIFFOL, *Crédit et conflits de lois*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 223, Dalloz-Sirey, 1985 ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

(4) V. R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats* ; J. STOUFFLET, *op. cit., loc. cit.* L'application de la loi de la banque conduira à celle des dispositions de police qu'elle contient. Pour la France, v. l'article 1905 C. civ., la loi du 28 décembre 1966 et le décret d'application du 4 septembre 1985. Pour l'application de ces textes à la convention de compte courant, v. Civ.1 9 févr. et Com. 12 avr. 1988, B.88.590 obs. J.-L. RIVES-LANGE, RJC.88.146 note Ph. DELEBECQUE, JCP.88.E.II.15204 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET.

Dans l'hypothèse où l'emprunteur exercerait une action en répétition relative aux intérêts payés indûment, la loi de la banque doit recevoir entière compétence et apprécier l'ampleur de l'obligation de restitution, ainsi que la durée de prescription extinctive.

(5) V. J.-P. ECK, *Le financement de projet*, RJC. févr. 1985, p. 57.

(6) Ce qui inclut la monnaie de paiement. V. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497 ; H. BATIFFOL, *Crédit et conflits de lois*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 223, Dalloz-Sirey. ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68.

510.- Le centre du domaine de la loi de la banque porte sur le mécanisme et les effets de l'inscription en compte des créances. Ainsi, doit être tranchée par application de la loi de la banque la question de savoir si l'inscription de la créance équivaut à son paiement, la réponse apportée commandant le jeu de la prescription extinctive (1). De même, le caractère disponible ou indisponible du montant inscrit au compte doit être apprécié selon la même loi (2).

511.- D'apparence importante, le domaine de la loi de la banque doit néanmoins souffrir quelques limitations. D'une part, son application peut être perturbée par le jeu des lois de police, notamment en matière de contrôle des changes (3) et de réglementation des taux d'intérêts. De l'autre, il sera parfois difficile d'éluder la compétence parallèle de la loi de l'obligation fondamentale, notamment à l'égard de la cause (4).

En somme, les contrats de crédit bancaire obéissent largement à la loi de la banque. Il importe toutefois de souligner que la banque constitue en l'espèce le **débiteur** de la prestation caractéristique, de sorte que la loi de la créance correspond en réalité à la loi du débiteur. De plus, l'exercice par les parties de la faculté de choix de la loi applicable aboutit fréquemment au même résultat (5), ce qui en conforte les mérites.

(1) L'hypothèse est notamment celle de la nullité de la stipulation conventionnelle de taux d'intérêts. Selon l'article 1906 C. civ., les sommes versées ne peuvent être répétées, même si la stipulation est nulle. Il appartiendra donc à la loi de la banque de décider si l'inscription en compte des intérêts dûs au titre de la stipulation d'intérêts vaut ou ne vaut pas paiement. V. pour la négative, en droit interne, Civ.1 9 févr. et Com. 12 avr. 1988, B.88.590 obs. J.-L. RIVES-LANGE, RJC.88.146 note Ph. DELEBECQUE, JCP.88.E.II.15204 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET. V. **pour** cette solution, MM. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET précités ; **contre**, M. J.-L. RIVES-LANGE note précitée et J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 4ème éd., 1986, Dalloz, n° 216.

Curieusement, la Cour de cassation décide parfois le contraire, notamment en matière d'**affacturage**, où l'inscription du montant de la créance en compte équivaut à son paiement et rend possible la subrogation personnelle. Sur ce point, v. *infra*, n° 654 sq.

(2) Cette question est importante en matière de **saisie**. Il s'agit de savoir si une ouverture de crédit ou une autorisation de découvert peut constituer une créance saisissable. V. par exemple Paris 16 nov. 1983, B.85.525 obs. J.-L. RIVES-LANGE, qui décide que la créance n'est pas saisissable tant que le montant du crédit n'a pas été inscrit en compte. En revanche, le solde du compte est saisissable. V. R. RODIÈRE et J.-L. RIVES-LANGE, *Droit bancaire*, 3ème éd., Dalloz, 1980, n° 102-1.

(3) V. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497.

(4) V. *supra*, n° 328.

(5) V. R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*, n° 59.

2. Contrat de dépôt

512.- A l'instar des prêts bancaires, le banquier dépositaire est considéré comme le débiteur de la prestation caractéristique. Application de sa loi sera donc le plus souvent faite, qui aura vocation à régir l'étendue de ses droits et obligations (1). Toutefois, l'appréciation de l'exonération du banquier dépositaire de son obligation de restitution par un cas de force majeure est susceptible d'engendrer certaines complications lorsque, par exemple, la succursale aux guichets de laquelle les fonds ont été déposés a été par la suite nationalisée par l'Etat d'accueil. La jurisprudence est contrastée, l'acte de nationalisation sans indemnisation étant parfois tenu (2) ou non (3) pour un cas de force majeure, sur des fondements différents (4).

L'incidence des lois territoriales s'explique certainement par le caractère *réel* du contrat de dépôt, quand bien même le dépôt bancaire serait irrégulier (5). Mais elle est relativisée en ce que la loi territoriale correspond ici au lieu d'implantation du banquier, débiteur de la prestation caractéristique.

3. Contrat de garantie bancaire

513.- La délimitation du domaine de la loi de la banque, considérée comme devant régir le

(1) V. R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*, n° 66.

(2) V. TGI. Paris 8 et 12 mars 1985, D.85.IR.500 obs. B. AUDIT, B.85.409 note J.-L. RIVES-LANGE.

(3) V. Cass. 23 oct. 1963 *Hazan*, JCP.63.II.13434 note P. LEVEL.

(4) **Application** au titre de la *lex contractus* (TGI. Paris 8 et 12 mars 1985 précité) ou de la prise en compte des lois de police étrangères (v. Cass. 6 févr. 1973 *Sellam*, J.75.66 note B. AUDIT) ; **exclusion** au titre de l'ordre public international (v. Cass. 23 avr. 1969, D.69.341 concl. Av. Gal. BLONDEAU, R.69.717 note E. SCHAEFFER, J.69.912 note P. CHARDENON) ou du refus de prise en considération des lois de police étrangères (v. Cass. 23 oct. 1963 *Hazan* précité). V. *supra*, n° 430 *sq.* . Le blocage des fonds peut aussi être lié au fonctionnement d'une émission d'**euro-monnaie**, lorsqu'une loi de police du lieu d'émission de la monnaie de dépôt vient s'opposer au transfert des fonds. V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 84 *sq.*

(5) V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 243 ; R. DAYANT, *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats*, n° 66.

le contrat de garantie à défaut de choix de la loi par les parties (1), est rendue délicate par sa nécessaire articulation avec la loi du contrat de base (2). La difficulté est double en ce que, d'une part, les lois applicables à la garantie et à la créance garantie ne sont pas forcément les mêmes (3), et que, de l'autre, la situation juridique est triangulaire, mettant en présence le donneur d'ordres, son cocontractant, et la banque garante. La loi de la garantie bancaire devra apprécier le caractère subsidiaire ou autonome de la garantie, les conditions de son déclenchement, et les causes de déchéance (4).

En définitive, la loi de la créance jouit d'un domaine important, mais il importe de rappeler qu'elle s'identifie dans la pratique avec la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, de sorte que l'analyse des créances bancaires ne permet pas d'asseoir l'autorité de la loi de la source.

(c).- CRÉANCES DE SALAIRE

514.- L'ordre public de protection imprime un certain particularisme au traitement des créances de salaire internationales. Logiquement, l'idée de faveur qui anime la détermination de la loi applicable au contrat de travail (5) doit également guider la délimitation de son domaine. Certes souvent entière, la compétence de la loi de la créance est cependant parfois partagée, voire exclue.

(1) V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, RTDCom.80.1 ; Paris 12 juill. 1982 et TGI. 26 janv. 1983 *ECOFISA*, D.83.IR.297 obs. M. VASSEUR.

(2) V. J. MESTRE, *Des conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles*, TCFDIP. 1986-1987, p. 57.

(3) Sur cette discussion, v. *supra*, n° 97.

(4) Relativement à l'articulation d'un crédit acheteur ou d'un crédit fournisseur avec le contrat de base, il a été déjà jugé que lorsqu'elle finance un marché, la **COFACE** n'a pas à s'assurer de la validité du contrat de base. V. Cass. 11 juin 1981, D.82.IR.23. Des difficultés analogues peuvent se présenter en matière de commissionnaires du croires. V. D. MATRAY et O. SERVAIS, *L'harmonisation des contrats d'agence*, DPCI.81.387.

(5) Sur la loi applicable aux créances de salaire, v. *supra*, n° 231 sq .

1. *Compétence entière*

515.- Le souci d'unité contractuelle, évoqué précédemment en matière de vente et de louage, justifie également que les droits et obligations des parties au contrat de travail relèvent d'une loi unique (1). Apparemment traité comme un contrat classique, le contrat de travail fait néanmoins l'objet d'un traitement de faveur au profit du salarié à trois égards.

516.- D'une part, au contraire du principe classique de son autonomie, la validité de la clause compromissoire est ici tributaire de la loi du contrat de travail (2). De l'autre, la jurisprudence inclut au titre de l'application de la loi du contrat de travail les dispositions des conventions collectives, ce qui témoigne d'un souci de protection des salariés (3).

517.- Enfin, dès lors que la situation présentera un lien avec l'ordre juridique français (4), l'article L. 122-12 C. trav. aura vocation à s'appliquer aux hypothèses de cession d'une parcelle d'activité économique, assurant de la sorte le maintien, du moins temporaire, des contrats de travail en cours (5). L'importance de cette question est telle que le projet communautaire relatif à la fusion

(1) Sur l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international européen des contrats*, RTDE.81.215, et *La loi applicable au contrat de travail international*, in *La Semaine juridique*, n° 28 / 29, 17 juillet 1986, *Les relations internationales de travail*, Cahiers de droit de l'entreprise. V. aussi P. FIESCHI-VIVET, *La règle de conflit de lois applicable au contrat de travail international*, D.87.chron.255.

(2) V. Soc. 7 mai 1987 *Wraber*, R.88.78 note H. GAUDEMET-TALLON, D.88.Somm.341 obs. B. AUDIT. *Contra*, v. Civ.1 16 juin 1987 *Air Afrique*, R.88.78 note H. GAUDEMET-TALLON, D.88.Somm.341 obs. B. AUDIT, qui décide que dès lors que le contrat de travail avait un caractère international, les parties avaient pu déroger aux règles de l'article R. 517-1 C. trav. et conclure valablement une **clause attributive de juridiction**.

(3) V. Paris 27 nov. 1986 *Wuetig*, R.88.314 note G. LYON-CAEN ; Soc. 7 mai 1987 *Wraber*, R.88.78 note H. GAUDEMET-TALLON, D.88.Somm.341 obs. B. AUDIT. La solution avait déjà été envisagée par le projet de Règlement CEE. du 23 mars 1972, JOCE. 18 mai 1972, RTDE.73.152. V. P. RODIÈRE, *Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (Mars 1972)*, RTDE.73.1.

(4) Exemples : lieux du siège de l'employeur, d'exécution du contrat de travail, d'embauche du salarié.

(5) V. G. H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER, *Droit du travail*, 13ème éd., Dalloz, 1986, n° 113 *sq.*

internationale de sociétés retenait une solution voisine (1). Elle milite également en faveur de la qualification de loi de police, à l'instar de l'obligation de reclassement pesant sur la société-mère vis-à-vis des salariés expatriés dont le contrat de travail a pris fin (2).

L'application de la loi du contrat de travail est ainsi entourée d'un certain particularisme qui s'explique par l'ordre public de protection sous-jacent. Cependant, elle doit parfois supporter des partages de compétence.

2. Compétence partagée

518.- Le partage de compétence est surtout occasionné par l'exécution contrainte du droit de créance. Il en est ainsi, d'abord, dans l'hypothèse de la mise en « faillite » de l'employeur, auquel cas la *lex concursus* risque d'intervenir à l'égard des modes et conditions de rupture du contrat de travail, du paiement des indemnités, de la continuation ou de la transmission des contrats en cours, et de l'étendue des privilèges garantissant le paiement des créances (3).

519.- Ensuite, la compétence de la loi du contrat de travail risque d'être morcelée si le recouvrement de la créance de salaire se heurte aux immunités des Etats étrangers, lesquelles obéissent à un régime spécifique (4).

Enfin, alors qu'elles obéissaient traditionnellement à la compétence de la loi du contrat de travail, les créances issues d'un accident du travail font actuellement l'objet de rattachements spécifiques.

(1) V. B. GOLDMAN, *Rapport concernant le projet de convention sur les fusions internationales de sociétés*, RTDE.74.464. V. l'article 30 § 1 du projet.

(2) V. l'article L. 122-14-8 C. trav. V. aussi Soc. 10 mai 1972, R.soc.73.139 note M. DESPAX.

(3) V. spécialement, *infra*, n° 776 sq. Les projets de conventions internationales tentent de garder à la loi du contrat de travail une certaine compétence. V. J. NOËL et J. LEMONTEY, *Aperçus sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues*, RTDE.68.703 ; J. LEMONTEY, *Perspectives d'unification du droit dans le projet de convention C.E.E. relative à la faillite*, RTDE.75.172.

(4) V. *infra*, n° 786 sq.

3. Compétence exclue

520.- Par le passé, les accidents du travail ont été soumis à la compétence de la loi du contrat de travail (1). Toutefois, cette question a cessé de relever de la méthode conflictuelle, chaque système national de sécurité sociale posant ses propres règles d'indemnisation (2). Cette évolution est à l'inverse de celle qui a affecté l'exercice des recours subrogatoires des établissements tiers payeurs étrangers, lesquels obéissent actuellement à la méthode conflictuelle, après lui avoir longtemps échappé (3).

Elle est d'ailleurs favorable aux intérêts des salariés, certaines affaires internationales ayant montré que l'application de la méthode conflictuelle pouvait aboutir à priver le salarié du droit à réparation de l'accident du travail dont il avait été victime (4).

En définitive, l'analyse du domaine de la loi applicable aux créances issues de rapports contractuels simples établit d'une part que la compétence de la loi de la source supporte de nombreuses exceptions (immixtion de la *lex rei sitae* en matière de contrats de louage, intervention des lois de police en matière bancaire et en droit du travail), et que, d'autre part, dans le cas des créances bancaires, application est presque systématiquement faite de la loi de la banque, c'est-à-dire de la loi du domicile du **débiteur** de la prestation caractéristique, ce qui ne permet pas d'asseoir l'autorité de la loi de la source. De plus, les cas où la structure contractuelle est complexe laisse augurer un affaiblissement accru du domaine de la loi de la source.

(1) V. C. R. 26 mai 1921, cité par H. GAUDEMET-TALLON, *La loi applicable au contrat de travail international*, in *La Semaine juridique*, n° 28 / 29, 17 juillet 1986, *Les relations internationales de travail*, Cahiers de droit de l'entreprise, spéc. p. 3 note 6.

(2) V. H. GAUDEMET-TALLON, *La loi applicable au contrat de travail international*, in *La Semaine juridique*, n° 28 / 29, 17 juillet 1986, *Les relations internationales de travail*, Cahiers de droit de l'entreprise.

(3) V. *supra*, n° 412 *sq.*

(4) V. Cour d'appel Londres *Sayers NV* [1971] 1 W.L.R. 1176, citée par W. WENGLER, *Immunités législatives et grands contrats internationaux*, R.71.637 *sq.*

§ 2.- Rapports contractuels complexes

521.- Nous entendons par rapports contractuels complexes les cas où la créance découle soit d'un acte collectif, tel que le contrat d'émission d'actions ou d'obligations, soit d'une chaîne de contrats, laquelle est susceptible de modifier le domaine de la loi applicable, voire de favoriser les cas de fraude. Aussi est-il nécessaire d'entreprendre l'analyse du domaine de la loi applicable aux créances dans chacune de ces trois hypothèses.

(a).- ÉMISSION D'ACTIONNAIRES OU D'OBLIGATIONS

522.- Le caractère collectif de l'acte d'émission rend particulièrement impérieuse la nécessité de réduire autant que possible l'éclatement des lois applicables (1). L'unité est assurée par la compétence de la *lex societatis*, la collectivité émettrice étant la débitrice de la prestation caractéristique.

S'agissant de l'émission d'**actions**, la *lex societatis* gouvernera les modalités de la naissance de la créance, la procédure d'émission, de souscription, de placement (2), les droits et obligations de l'actionnaire (3), la possibilité de dissocier le droit de vote de la perception des dividendes (4),

(1) La cohésion et l'unité du domaine de la loi applicable sont une condition du succès du contrat d'émission. En faveur de l'unité de loi applicable, pour les **actions**, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 1981, 7ème éd., LGDJ, n° 203 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 425 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 993 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 16 *sq.* ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 18 *sq.* ; pour les **obligations**, v. M. JACQUEMONT, *L'émission des euro-emprunts obligataires*, thèse, Litec, 1976, n° 10 *sq.*

(2) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 22 et 55 *sq.* ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 22 et 26 *sq.* ; sur le placement des actions par un **trustee**, v. B. OPPETIT, *Le trust dans le droit du commerce international*, R.73.1, et M. E. GOLDSMITH, *Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales*, DPCI.80.445.

(4) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 551-3 *sq.* Cette dissociation est possible en France depuis la loi du 3 janvier 1983.

les conditions gouvernant le transfert et le nantissement des valeurs mobilières (1), la question de l'exécution en bourse et les modalités de libération du souscripteur (2). Le domaine de la *lex societatis* déborde ainsi très largement la seule question de la naissance de la créance, pour appréhender l'ensemble de son devenir. Le caractère collectif de l'émission et les fondements de la compétence de la *lex societatis* (la collectivité émettrice est débitrice de la prestation caractéristique ; elle est le pivot de toute l'opération) justifient une telle solution.

523.- A l'égard du contrat d'émission d'**obligations**, en l'absence de choix de la loi applicable, la compétence de la loi de l'auteur de l'émission semble cohérente, compte tenu des dispositions spécifiques du droit des sociétés relatives à l'émission d'obligations ainsi qu'à la protection de la masse des obligataires. Le caractère collectif de l'acte imprime au domaine de la loi applicable une unité importante, qu'il s'agisse du régime et des modalités de réalisation de l'émission, de la nature juridique et de la négociabilité des obligations (3), du recours au trust (4), de la durée de l'échéancier d'amortissement, des stipulations de taux d'intérêts, des monnaies de compte et de paiement (5), ainsi que des causes de prescription et de déchéance (6).

(1) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 688 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 115 *sq.* ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 36 *sq.* Pour la compétence de la *lex rei sitae*, v. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 138 *sq.* Toutefois, la dématérialisation des valeurs mobilières a fortement réduit les titres d'application de la *lex rei sitae* et augmenté les mérites de la *lex societatis*. V. *supra*, n° 82 *sq.*

(2) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 32 *sq.* Il est cependant possible d'opter pour la compétence de la loi du lieu d'exécution, compte tenu de la prééminence des aspects procéduraux. Toutefois, les deux lois coïncideront dans la plupart des cas.

(3) Notamment la qualification d'obligations convertibles ou échangeables ; v. M. JACQUEMONT, *L'émission des euro-emprunts obligataires*, thèse précitée, Litec, 1976 ; v. aussi M. LUTTER, *Les obligations convertibles et échangeables contre des actions en droit allemand*, R.soc.72.201.

Sur la **négociabilité**, v. G. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Leyde, 1955, 2ème éd., 1964.

(4) V. B. OPPETIT, *Le trust dans le droit du commerce international*, R.73.1, n° 15.

(5) M. JACQUEMONT, *L'émission des euro-emprunts obligataires*, thèse précitée, Litec, 1976.

(6) Et notamment la question de la protection internationale des obligataires. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 81 *sq.* ; Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC, févr. 1984.68. Sur l'application unilatérale de l'article 9 de la loi du 29 janvier 1831, v. C. E. 21 juill. 1972 *Vve Hermann*, R.74.330 note H. BATIFFOL, J.73.706 note A. WEILL.

Cependant, l'internationalité de l'emprunt ne fait pas obstacle à l'intervention des lois de police du marché local, compte tenu de l'importance des conséquences attachées au caractère international de l'émission et de la nécessaire protection du crédit public (1).

En somme le caractère collectif de l'acte d'émission rend particulièrement nécessaire que la multitude de rapports qui en résulteront obéissent à une loi unique dont le domaine doit être aussi étendu que possible. Néanmoins, la *lex societatis* n'intervient pas tant comme loi de la source qu'en tant que loi du domicile du **débiteur** de la prestation caractéristique.

(b).- INCIDENCE D'UNE CHAÎNE DE CONTRATS SUR LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE

L'existence d'une chaîne de contrats doit conduire à s'interroger sur l'appréciation de l'indivisibilité des différents contrats qui la composent, sur les clauses qui en assurent l'équilibre, et sur la détermination du prix.

1. *L'indivisibilité des maillons de la chaîne*

524.- En dépit de la consécration du dépeçage, dans le silence des parties, la jurisprudence a tendance à soumettre à une même loi les différents contrats conclus par elles, dès lors que les uns préparent ou garantissent les autres. Il est en effet tentant de déduire de l'indivisibilité conventionnelle de droit interne une compétence législative indivisible. Prise sous cet angle, la chaîne de contrats est susceptible d'avoir un rôle fédérateur, à la condition néanmoins que les différents contrats puissent former une unité économique (2), et non une suite disparate d'intérêts divergents. La loi de la créance aura ainsi à se prononcer sur l'interprétation de la volonté des

(1) Sur l'internationalité de l'emprunt, v. M. JACQUEMONT, *L'émission des euro-emprunts obligataires*, thèse précitée, Litec, 1976, n° 18 *sq.*

(2) Sur cette notion, v. Trib. com. Belfort 5 oct. 1976, RTDCom.77.344 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; Com. 9 nov. 1982, RTDCiv. 83.356 obs Ph. RÉMY, qui admet que les créances nées de différents contrats sont connexes les unes par rapport aux autres dès lors que les contrats participaient d'un même ensemble économique.

parties et sur le point de savoir si elles ont entendu former un tout indivisible (1).

2. L'équilibre des maillons de la chaîne

525.- Les chaînes de contrats posent de manière récurrente la question de la nature des actions en responsabilité intentées par l'un des maillons contre l'autre, et l'existence d'éventuelles actions directes en garantie (2). Leur présence est indispensable à l'équilibre de la chaîne en ce que, par exemple, le sous-acquéreur doit pouvoir agir en responsabilité ou en garantie contre le fabricant, notamment si son revendeur est introuvable ou insolvable. Or, la jurisprudence est en matière de recours internationaux avare de motivation. Certes, d'un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1983 *VACU-LUG* (3), il semble résulter que les actions internationales de garantie ont une nature contractuelle, en ce que l'action en garantie du sous-acquéreur français contre le fabricant anglais y fut admise sur le terrain contractuel, bien que la chose achetée eût causé par son explosion en France des dégâts matériels. Mais l'arrêt reste ambigu en ce que la question de l'incidence de la loi applicable au contrat de vente initial est demeurée dans l'ombre. Pourtant, l'action directe de la victime obéit en principe, sauf rattachement spécifique, à la loi du lieu du délit (4), et non à la loi du contrat d'assurance, de sorte que la qualification contractuelle lui est refusée sous l'angle du

(1) Sur la compétence de la loi du contrat quant à l'interprétation de la volonté des parties, v. l'article 10 § 1-a de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Selon M.-L. CROS, *Les contrats à exécution successive*, D.89.chron.49, n° 17, le critère ne serait pas tant celui de la divisibilité des opérations que celui de leur durée.

L'appréciation de la divisibilité ou de l'indivisibilité des obligations commande aussi l'étendue dans le temps de la **résolution** des contrats à exécution successive. V. J. GHESTIN, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 203. Certes, il est parfaitement concevable de traiter la résolution en terme de divisibilité du rapport de droit. Ce n'est cependant pas le critère retenu par l'article 73 de la Convention de **Vienne** du 11 avril 1980, qui fait application du critère de la *contravention essentielle* à l'économie du contrat. V. Ph. KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, R.80.951, spéc. p. 984.

(2) Sur l'évolution du droit interne et l'extension des actions de nature « nécessairement contractuelle », v. *supra*, n° 159 sq.

(3) V. Cass. 9 mars 1983 *VACU-LUG*, Bull.civ.I.n° 92, RTDCiv.83.753 obs. Ph. RÉMY, JCP.84. II.20295 note P. COURBE.

(4) V. Req. 24 févr. 1936, D.P.36.49 note R. SAVATIER ; Cass. 13 juill. 1948, JCP.48.II.4635 note A. BESSON, R.49.94 note H. BATIFFOL ; Cass. 21 avr. 1971, R.72.302 note P. LAGARDE, J.72.58 note J. BIGOT ; Aix-en-Provence 30 mars 1979, R.80.717 note G. LÉGIER.

Droit international privé. Enfin, le sort des clauses élusives de responsabilité contractuelle est dès plus épineux. Puisque l'action directe en garantie de droit interne est en principe de nature contractuelle, les clauses élusives de responsabilité doivent pouvoir être opposées aux recours intentés par des maillons inférieurs de la chaîne. C'est d'ailleurs là une des principales justifications de la consécration de la nature contractuelle de la responsabilité au sein des groupes de contrats. Or, sur le plan du conflit de lois, il n'est pas impossible que les lois applicables aux différents maillons de la chaîne apportent à la question de l'opposabilité des clauses élusives de responsabilité des réponses différentes, de sorte qu'il paraît très difficile, voire illusoire, d'envisager l'application d'une loi unique dès lors que les contrats sont régis par des lois différentes, sauf à admettre que devrait être appliquée la loi du lieu de survenance de l'accident. Mais alors, la nature nécessairement *délictuelle* de l'action en responsabilité imposée par ce rattachement fermerait la porte à l'opposabilité des clauses élusives de responsabilité contractuelle. Aussi doit-on regretter que la consécration en droit interne de la nature contractuelle de la responsabilité dans les groupes de contrats n'ait pas été accompagnée, de la part de la Cour de cassation, d'une plus grande précision s'agissant des recours en garantie exercés dans des chaînes de contrats internationales, ce qui était le cas de l'arrêt *VACU-LUG*.

3. La détermination du prix

526.- Les groupes de contrats suscitent enfin une autre difficulté, particulièrement délicate, qui est celle de la détermination du prix dans les contrats-cadre et les contrats d'approvisionnement. La question n'est pas tant d'analyser la position adoptée par la Cour de cassation en droit interne (1), que de s'interroger sur sa transposition en droit international privé. La question est triple.

(1) V. par exemple, Cass. 11 oct. 1978 *Portella*, JCP.79.II.19034 note Y. LOUSSOUARN, D.79.135 note R. HOUIN.

A quelle loi incombe-t-il de fixer les conditions de détermination du prix ? Dans l'hypothèse où la loi française serait applicable au contrat-cadre international, les exigences des articles 1129 et 1591 du Code civil doivent-elles être respectées ? Dans l'hypothèse où la loi française n'est pas applicable, alors que l'acheteur est implanté en France, les articles 1129 et 1591 du Code civil sont-ils d'ordre public international ? Bien que classique, la difficulté est bien réelle, ainsi qu'en témoignent les positions contradictoires adoptées par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 (1).

Une partie de la jurisprudence (2) et de la doctrine (3) considèrent que les conséquences inhérentes à l'indétermination du prix sont d'ordre public international. Une telle solution nous semble contraire aux intérêts des parties en raison de l'imprévisibilité même qu'elle engendrerait, et surtout nuisible à la loi française, en raison de l'inadaptation aux besoins du commerce international qui en résulterait.

Aussi paraît-il préférable d'une part de soumettre cette question à la loi applicable au contrat-cadre et, de l'autre, d'écarter la transposition des solutions internes de la jurisprudence française au droit du commerce international, que la loi française soit ou ne soit pas déclarée applicable.

En somme, l'appréciation de l'incidence d'une chaîne de contrats sur le domaine de la loi applicable demeure très empirique, l'imprécision de la motivation des décisions de justice étant regrettable. Qu'il s'agisse de l'indivisibilité des différents contrats, de l'exercice des recours en garantie ou de la question de la détermination du prix dans les contrats-cadre, il est à chaque fois

(1) La détermination du prix est une condition de l'offre de contracter (article 14), mais non de l'exécution du contrat de vente (article 55). V. Ph. KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, R.80.951 ; J.-P. PLANTARD, *Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, J.88.311.

(2) V. Trib. civ. Vitry 9 mars 1938, GP.38.I.895, qui annule un contrat de cession de créance pour indétermination du prix ; Paris 3 nov. 1977, Rev.arb.78.486 note Ph. F. V. aussi B. MERCADAL, *La détermination du prix dans les contrats*, DPCI.79.443.

(3) V. B. BERLIOZ-HOUIN, *L'application volontaire de la loi française*, RJC. février 1984.33, qui considère que la jurisprudence française menace tous les contrats à contenu variable, dont les contrats d'**euro-crédits**.

difficile de préciser quelle est la loi applicable et si les solutions spécifiques du droit interne doivent être transposées telles quelles dans l'ordre international.

(c).- INCIDENCE DE LA FRAUDE ENTOURANT LA NAISSANCE DE LA CRÉANCE

527.- Il se peut que la mise en œuvre d'un droit résultant de l'un des contrats de la chaîne soit entourée d'une fraude. La question est alors de savoir dans quelle mesure la fraude qui entoure la naissance du droit de créance peut rejaillir sur les autres éléments du groupe de contrats. Soit un contrat d'approvisionnement dont l'exécution est assortie, du côté de l'acquéreur, d'une garantie à première demande. *A priori*, l'autonomie de la garantie à première demande s'oppose à la prise en considération de la fraude, laquelle ne peut se comprendre qu'en regard du contrat de base. Aussi est-il logique que seule la loi du contrat de garantie détermine les conditions d'appréciation de la fraude (1) et ses conséquences sur la rupture éventuelle de l'autonomie de la garantie (2).

Néanmoins, autant l'appréciation des conséquences de la fraude sur la garantie doit rele-

(1) V. en ce sens M. VASSEUR, note sous Cass. 21 mai 1985 *Fechoz*, 11 déc. 1985 *Banque Téjarat*, 20 nov. 1985 *Dipra*, D.86.213 ; A. PRÜM, *Application de l'adage Fraus omnia corrumpit à propos des garanties à première demande*, DPCI.87.121 ; J. STOUFFLET, *La garantie bancaire à première demande*, J.87.265. La question est de savoir si la fraude doit aller au-delà de la simple inexécution ou de l'exécution défectueuse du contrat de base. Selon M. J. STOUFFLET, la fraude résiderait dans la volonté de "s'assurer un avantage illégitime au détriment du donneur d'ordres", ce qui n'est pas sans rappeler l'interprétation de l'article 121 C. com. Sur cette question, v. par exemple J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse, LGDJ., 1984, n° 383 sq.

(2) V. par exemple Cass. 21 mai 1985 *Fechoz*, 11 déc. 1985 *Banque Téjarat*, 20 nov. 1985 *Dipra*, RTDCom.85.548 obs. M. CABRILLAC ET B. TEYSSIÉ, D.86.213 note M. VASSEUR. L'arrêt *Banque Tejarat* énonce que "la collusion frauduleuse fait échec au principe de l'autonomie en matière de garanties et de contre-garanties". V. aussi Cour de justice civile Genève 17 mai 1984 et 27 sept. 1984, D.86.IR.163 obs. M. VASSEUR. V. A. PRÜM, *Application de l'adage Fraus omnia corrumpit à propos des garanties à première demande*, DPCI.87.121. Selon cet auteur, spéc. p. 122, la fraude "rétablit les liens latents entre les rapports juridiques d'un même groupe de contrats". V. aussi, en matière de crédit-documentaire, Chambre des Lords 1982 2 WLR 1038 *United City Merchants Ltd. v. Royal Bank of Canada*, DPCI.83.179 obs. M. E. GOLDSMITH, où l'autonomie de la garantie fut rompue sur le fondement de l'article VIII section 2-b des statuts du FMI., les parties en présence ayant mis sur pied un montage frauduleux censé contourner l'article précité. L'application sans aucun correctif du principe d'autonomie de la garantie aurait conduit à donner effet à un contrat frappé de nullité au titre de l'article VIII section 2-b des statuts du FMI.

ver de la loi qui lui est propre, autant son incidence sur le contrat de base doit également donner lieu à la mise en œuvre de la loi du contrat de base, dès lors que les créances issues du contrat garanti et du contrat de garantie n'obéissent pas à la même loi.

Enfin, dans l'hypothèse où une contre-garantie aurait été stipulée, et bien que la solution contraire ait été affirmée, la jurisprudence n'exige plus actuellement que la fraude, pour qu'elle puisse être retenue, soit établie à l'égard de chaque garantie (1). L'unité économique de l'opération l'emporte ainsi sur l'analyse ponctuelle de chacun de ses maillons, ce qui rejoint les considérations précédentes.

528.- En définitive, l'hypothèse des rapports contractuels complexes a montré qu'excepté le cas de l'acte collectif d'émission d'actions ou d'obligations, la pluralité de rapports contractuels s'insérant dans une opération économique unique compliquait singulièrement le règlement du conflit de lois et la délimitation du domaine des lois en présence dès lors que la qualification contractuelle était maintenue. En effet, au contraire de l'analyse délictuelle qui conduit à l'application d'une loi unique correspondant au lieu de réalisation du dommage, la qualification contractuelle des recours exercés au sein des chaînes de contrats est susceptible de multiplier le nombre de lois applicables, qu'il s'agisse des recours en garantie, en responsabilité, ou des actions directes. De sorte qu'est critiquable soit la référence à la loi de la source, soit le principe même de la qualification. Le fait que la créance soit issue d'un contrat ne suffit donc pas nécessairement à asseoir l'autorité et le domaine de la loi de la source en présence d'une multiplicité de contrats. *A fortiori*, l'instauration d'un régime spécifique fondé sur l'autonomie de la créance, telles les créances incorporées dans un titre cambiaire, augure un déclin du domaine de la loi de la source.

(1) V. en ce sens Cass. 11 déc. 1985 *Banque Tèjarat*, RTDCom.85.548 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, D.86.213 note M. VASSEUR.

SECTION III

CRÉANCES NÉES D'UN RAPPORT CAMBIAIRE

529.- La question du domaine de la loi de la créance cambiaire présente une double spécificité. La première est inhérente au fait que la créance est incorporée dans un titre. Il s'ensuit que la question applicable au transfert du titre pose corrélativement la question de la loi applicable au transfert de la créance sous-jacente. La seconde tient à l'origine des règles applicables. La question est en effet dominée par les Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931 (1). Or, à la question de savoir quelle loi convient-il d'appliquer à la provision et à son transfert, les Conventions de Genève apportent une réponse incomplète. Autant le transfert de la provision fait l'objet de règles de conflit de lois (2), autant les deux Conventions ne contiennent aucune précision relativement à l'existence et à la consistance de la provision.

530.- Certes, le transfert de la provision est traité par les Conventions de Genève, mais les règles posées par les articles 6 de la Convention de 1930 et 7 de la Convention de 1931 sont différentes. L'article 6 soumet à la loi du lieu d'émission la question du transfert de la provision, cependant que l'article 7 attribue sur ce point la compétence à la loi du lieu de paiement. L'exclusion de la compétence de la loi du lieu de paiement en matière de lettre de change peut être expliquée par le fait que celle-ci ne constitue pas uniquement un titre de paiement, mais permet en même temps d'effectuer des opérations de crédit ou de garantie. Au contraire du chèque, l'attention n'est pas toute orientée et seulement orientée vers le paiement. Parallèlement, en

(1) Sur ces deux Conventions et les rattachements qu'elles retiennent, v. *supra*, n° 46 *sq.*

(2) Article 6 de la Convention du 7 juin 1930 relative à la lettre de change ; article 7 de la Convention du 19 mars 1931 relative au chèque.

ce que le porteur de la lettre jouit d'un droit sur la provision dès l'endossement et avant même l'acceptation, l'échéance ou le paiement (1), il est nécessaire d'assurer l'unité de régime de la provision par l'application d'une loi unique, qui est, à l'instar du régime des recours, la loi du lieu d'émission (2). Bien que la compétence de la loi du lieu d'émission ait été défendue par le passé (3), la doctrine contemporaine se prononce majoritairement en faveur de la loi du lieu de paiement (4).

Ecartée en matière de lettre de change, la compétence de la loi du lieu de paiement est en revanche nettement consacrée à l'égard du chèque, où seule domine la fonction de paiement. Ainsi que l'écrivait J.-P. Niboyet (5), c'est au lieu du paiement que “*viennent s'agglutiner les questions de publicité de la propriété*” de la provision.

531.- Les deux Conventions de Genève ne présentent cependant pas seulement la particularité de soumettre à des lois différentes les questions relatives au transfert de la provision, selon que le conflit de lois intéresse le chèque ou la lettre de change. Elles offrent surtout l'intérêt de dissocier le transfert du titre de celui de la provision. En effet, alors que le transfert du titre est soumis à la loi du lieu de l'endossement (6), la transmission de la provision fait l'objet d'un rattachement

(1) V. F. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11^{ème} éd., LGDJ., 1988, n° 1979 ; F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261.

(2) En vertu de l'article 5 de la Convention de Genève du 7 juin 1930, les recours sont soumis à la loi du lieu d'émission, ce qui déroge au principe d'indépendance des signatures.

(3) V. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, Paris, Sirey, 1924, p. 845 ; P. SAFA, *Incidences de la provision du chèque en droit interne et en droit international*, RTDCom.85.427, spéc. p. 449, n° 62 ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, p. 339, se prononçait pour la compétence de la loi du contrat de base ; P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, 2 vol., Paris, 1953, Rousseau, n° 1092, se prononçaient pour la compétence cumulative de la loi du lieu d'émission et celle du contrat de base.

Antérieurement à la Convention du 7 juin 1930, la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de la loi du lieu de création du titre. V. Cass. 6 févr. 1900, J.1900.605 ; S.1900.I.161 note C. LYON-CAEN.

(4) V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Effets de commerce*, n° 30 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 567-A, *Effets de commerce*, 2^{ème} éd. refondue par P. BLOCH, n° 206.

(5) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 700.

(6) Article 4 de la Convention du 7 juin 1930 pour la lettre de change ; article 5 de la Convention du 19 mars 1931 pour le chèque.

spécifique et distinct selon qu'il s'agit de la provision de la lettre de change (1), ou de celle du chèque (2). En d'autres termes, il apparaît que la créance liée à la provision est traitée de manière distincte et séparée, en dépit de son incorporation dans le titre. Elle est autonome et, contrairement aux souhaits d'une partie de la doctrine (3), elle n'obéit pas à la loi du contrat de base !

532.- Cette dualité de rattachement et l'autonomie de la créance qui en résulte ont sans doute désorienté la doctrine classique. Ainsi de P. Arminjon et P. Carry (4), qui considéraient qu'on devait faire prévaloir la loi régissant le transfert du titre sur la loi régissant le transfert de la créance. De même, J.-P. Niboyet commençait par affirmer que seule la loi de la créance devrait décider de l'effet translatif de l'effet de commerce (5). Des solutions posées par les deux Conventions de Genève (6), J.-P. Niboyet déduisait alors que la loi de la créance correspondait à la loi du lieu d'endossement, et considérait que la loi du lieu d'endossement n'était autre que celle du lieu de situation du titre, soit la *lex rei sitae*, dont l'application était concevable en matière de créances incorporées dans un titre (7). Mais l'auteur ajoutait qu'il refusait "*toute vocation à la lex rei sitae du titre*" (8), car la *lex rei sitae* du titre gouvernerait le transfert de l'effet, et non celui de la créance. La contradiction entre les deux propositions s'explique en réalité par le fait que les Conventions de Genève dissocient la transmission de la provision du transfert du titre.

533.- D'une manière plus générale, le droit cambiaire montre que la créance peut faire l'objet

(1) Article 6 de la Convention du 7 juin 1930.

(2) Article 7 de la Convention du 19 mars 1931.

(3) V. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, p. 339, (compétence de la loi du contrat de base) ; P. LESCOT et R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, 2 vol., Paris, 1953, Rousseau, n° 1092, (compétence cumulative de la loi du lieu d'émission et de celle du contrat de base).

(4) P. ARMINJON et P. CARRY, *La lettre de change et le billet à ordre*, Paris, Dalloz, 1937, p. 453.

(5) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 700, n° 1306 *sq.*

(6) Article 4 de la Convention du 7 juin 1930 pour la lettre de change ; article 5 de la Convention du 19 mars 1931 pour le chèque.

(7) V. *supra*, n° 64 *sq.*

(8) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 700, n° 1306 *sq.*

de rattachements autonomes affectant à la fois son existence (1) et sa transmission (2), et qui sont indépendants de la loi du contrat de base et de la loi du titre (3).

534.- Enfin, la loi applicable à la provision est appelée à régir les droits du porteur, la nature de la provision (4), son antériorité (5) et sa disponibilité (6).

535.- En somme, l'étude de la provision a clairement montré que le droit positif a consacré

(1) Certes, en matière de **lettre de change**, la Convention de Genève du 7 juin 1930 ne contient aucune règle spécifique à l'égard de l'existence et de la consistance de la lettre de change. Il paraît toutefois préférable d'étendre la solution gouvernant la transmission de la provision (compétence de la loi du lieu d'émission ; v. l'article 6) afin d'assurer une unité de rattachement. V. en faveur de la loi du lieu d'émission C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 8 vol., 2ème éd., Paris, Pichon, 1889-1899, t. IV, n° 643 ; A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, Paris, Sirey, 1924, p. 845

En matière de **chèque**, la compétence est celle de la loi du lieu de paiement (article 7 de la Convention du 19 mars 1931). L'autonomie de la créance considérée à sa naissance est donc plus faible. V. cependant pour la compétence de la loi du lieu d'émission, P. SAFA, *Incidences de la provision du chèque en droit interne et en droit international*, RTDCom.85.427, spéc. p. 449, n° 62.

(2) Article 6 de la Convention du 7 juin 1930 ; article 7 de la Convention du 19 mars 1931.

(3) La loi applicable au transfert du titre est celle du lieu d'endossement. V. les articles 4 de la Convention du 7 juin 1930 pour la lettre de change et 5 de la Convention du 19 mars 1931 pour le chèque.

(4) Article 6 de la Convention du 7 juin 1930 ; article 7 de la Convention du 19 mars 1931. V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Effets de commerce*, n° 64 sq. ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 198 sq. La scission consacrée par les Conventions de Genève montre que la conception **unitaire** de la provision est clairement écartée. En effet, cette théorie, défendue notamment par J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, t. II, 1967, Dalloz, p. 413, qui se fonde sur l'**incorporation** de la créance dans le titre, ne suffit pas à rendre compte des solutions du droit positif. En réalité, la dissociation des règles de conflits de lois procède de la conception **dualiste** de la provision, selon laquelle le mécanisme cambiaire et la provision se superposent sans pour autant se confondre. V. J.-P. MARTY, *Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change*, RTDCom.78.307, spéc. n° 58.

Sur la traite **pro forma**, v. *infra*, n° 644.

(5) L'**antériorité** de la provision est surtout importante en matière de **chèque**. V. Crim. 20 oct. 1959 *Buchsbaum*, D.60.300 note P. LAGARDE, relatif à un conflit mettant en présence un Etat signataire et un Etat non signataire de la Convention du 19 mars 1931. V. aussi P. SAFA, *Incidences de la provision du chèque en droit interne et en droit international*, RTDCom.85.427.

(6) La question n'est pas traitée par l'article 6 de la Convention du 7 juin 1930. Sur les conflits entre les cessionnaires successifs d'une même créance, v. *infra*, n° 675. Sur l'hypothèse d'une mise en « faillite » du tireur d'une lettre de change en contrepartie d'une mobilisation de créances nées sur l'étranger, v. Aix-en-Provence 24 avr. 1981, RTDCom.82.598 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, D.82.425 note J. STOUFFLET, censuré par Cass. 23 févr. 1983,

des solutions autonomes, l'existence, la consistance et le transfert de la provision étant dissociés tant du titre cambiaire que du contrat de base. La dissociation de la provision et du titre cambiaire procède de l'analyse dualiste dont les conséquences sont tirées sur le plan du conflit de lois. L'indépendance de la provision par rapport à la source illustre sans ambage que les créances sont des valeurs susceptibles de relever de rattachements propres. Le droit cambiaire n'est pas le seul à l'affirmer. Il en est de même du droit patrimonial de la famille et, plus spécialement, des créances alimentaires.

SECTION IV

CRÉANCES NÉES D'UN RAPPORT FAMILIAL

536.- Les créances issues d'un rapport familial (rapports alimentaires, succession mobilière, régime matrimonial) connaissent une « patrimonialisation » accrue, de sorte qu'elles sont davantage perçues comme des valeurs. Néanmoins, ce n'est pas tant leur « patrimonialisation » qui a conduit à l'élaboration de règles spécifiques gouvernant les rapports alimentaires, mais bien la volonté de protéger le créancier d'aliment. Aussi la source est-elle reléguée à l'arrière-plan, et ne constitue-t-elle plus le rattachement de principe.

§ 1.- Créances alimentaires

537.- Nous avons précédemment (1) exposé que le lien entre les créances alimentaires et leur

RTDCom.83.438 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, qui n'admet pas que les créances nées à l'exportation puissent constituer la provision de la lettre de change, de sorte que le bénéficiaire de la lettre ne pouvait aucunement revendiquer les sommes versées par les débiteurs étrangers entre les mains du tireur.

(1) V. *supra*, n° 220 sq .

source a été rompu par les Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973, afin de consacrer leur autonomie. L'évolution de la règle de conflit de lois s'est accompagnée d'une réflexion sur sa nature, la structure classiquement neutre de la méthode conflictuelle ayant laissé la place à des considérations matérielles (1), voire de police, selon certains auteurs (2). Cette dernière analyse a d'ailleurs reçu le renfort d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 octobre 1987 *Cressot* (3), qui laisse entendre que l'ensemble du régime primaire constituerait des lois de police.

538.-L'effritement de la loi des effets du mariage, applicable par le passé aux créances alimentaires, s'est traduit par une extension de la catégorie des aliments, l'autonomie des créances alimentaires dispensant, en principe, de s'interroger sur l'origine de la créance (famille légitime, naturelle, adoptive), et contribuant à forger une catégorie propre du droit international privé (4). Dès sa naissance, l'autonomie de la créance conduit ainsi à la mise en œuvre d'un rattachement propre (5). Et la volonté d'éviter l'atomisation des lois applicables conduit à lui reconnaître un

(1) V. Jacques FOYER, *Problèmes de conflit de lois en matière de filiation*, R.C.A.D.I.1985.IV.9 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 599.

(2) Selon G. A.-L. DROZ, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Régimes matrimoniaux*, n° 212, l'article 214 C. civ. serait une loi de police. Sur ce texte, v. Douai 10 juill. 1981, J.84.320 note P. COURBE ; Nancy 4 oct. 1985, J.87.96 note H. GAUDEMET-TALLON. V. aussi J.-P. KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PUF., 1977, n° 310.

Au début du 20ème siècle, certaines décisions avaient pu laisser croire que les règles de conflit applicables aux créances alimentaires étaient des lois de police. La controverse a été levée par Cass. 17 déc. 1958 *Valentinis*, R.59.691 note J. DÉPREZ, J.59.824 note J.-B. SIALELLI.

(3) Cass. 20 oct. 1987 *Cressot*, J.88.447 note A. HUET, R.88.540 note Y. LEQUETTE. La **contribution aux charges du mariage** relèverait ainsi de la méthode des lois de police, cependant que les **créances alimentaires** continueraient d'obéir à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973. V. A. HUET, note précitée.

(4) Les créances alimentaires échappent à la loi d'autonomie. Elles sont exclues du champ d'application des Conventions de La Haye du 14 mars 1978 relative à la loi applicable aux régimes matrimoniaux et de Rome du 19 juin 1980. Selon Mme H. GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international européen des contrats*, RTDE.81.215, il convient d'exclure toutes les créances alimentaires du champ d'application de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Enfin, les Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973 ont dissocié l'action alimentaire de l'action d'état, et donc, du statut personnel.

(5) V. Cass. 28 oct. 1986, R.87.745 note M. SIMON-DEPITRE, qui réaffirme le principe de l'autonomie des créances alimentaires par rapport à la filiation d'état.

champ d'application important.

539.- En vertu des articles 1 et 7 des Conventions de La Haye des 24 octobre 1956 et 2 octobre 1973, qui doivent être appliqués d'office par le juge (1), relèvent de la loi de la créance la détermination des titulaires de l'action et des personnes débitrices (2), l'étendue et le *quantum* de la créance, la prescription extinctive de l'action alimentaire (3), et la question de la subrogation du *solvens* dans les droits de *l'accipiens* sous l'angle de ce que doit le débiteur (4). La loi de la créance précisera donc les modalités de la pension et de son éventuelle révision, définira sa nature (obligation de faire ou obligation de donner se transformant en obligation de faire lors de son exigibilité), et déterminera le caractère portable ou quérable de la créance. Dans l'hypothèse d'une pluralité d'ayants droit, ce qui est le cas de la polygamie valablement constituée à l'étranger, il appartiendra à la loi de la créance de préciser les modalités de répartition des droits alimentaires (5). Enfin, la loi de la créance est appelée à examiner l'hypothèse de la transmissibilité passive du droit en cas de décès du débiteur (6).

L'étendue du domaine de la loi de la créance alimentaire est indéniable *dès* la naissance du droit. La volonté d'assurer la cohérence et l'unité de régime de la créance alimentaire expli-

(1) V. Cass. 9 mars 1983, JCP.84.II.20295 note P. COURBE ; Cass. 28 nov. 1986, JCP.88.II.20967 note P. COURBE ; Cass. 25 mai 1987, JCP.88.II.20976 note P. COURBE, R.88.60 note Y. LEQUETTE.

(2) Dans le même sens, v. l'article 18-6 de la loi allemande du 25 juillet 1986. Mais les deux Conventions de La Haye ne visent pas les créances alimentaires entre collatéraux.

(3) L'adage *Les aliments n'arréagent pas* n'est pas d'ordre public international ; v. Paris 24 avr. et 9 juill. 1981, cités par M. SAUTERAUD-MARCENAC, *Du recouvrement des aliments franco-allemands et des difficultés d'application des Conventions de Bruxelles et de La Haye*, GP.83.I.doctr.58, spéc. p. 63, col. 3.

(4) Mais le recours subrogatoire du *solvens* est soumis à sa loi propre. V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 58 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 34.

(5) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 569.

(6) Le mouvement de « patrimonialisation » des créances est susceptible d'écarter le principe d'intransmissibilité passive des créances alimentaires. V. J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 323, p. 253, qui se prononce en faveur de la loi de la créance, et non en faveur de la loi successorale. V. aussi P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 830, et Colmar 25 avr. 1961, R.62.109 note Ph. FRANCESKAKIS, J.62.696 note A. PONSARD, décision se prononçant en faveur de la transmission de la créance.

que une telle situation. Néanmoins, la loi de la créance doit supporter une limite aux frontières clairement définies, cependant que le risque de conflit avec des rattachements voisins continue d'entretenir des îlots de turbulence.

(a).- DES ÎLOTS DE TURBULENCE

Trois questions continuent d'entretenir certaines turbulences affectant la délimitation précise du domaine de la loi de la créance alimentaire. D'une part, bien qu'elle soit en principe écartée, la loi de la source risque de resurgir par le biais des questions préalables. De l'autre, une querelle affecte le classement des contributions aux charges du mariage. Enfin, l'appréciation du caractère saisissable de la créance continue d'échapper à la compétence de la loi de la créance, solution dont le bien-fondé est très contestable.

1. *Les questions préalables*

540.- La théorie des questions préalables est susceptible d'intervenir lorsque l'attribution d'un droit, son exercice ou sa reconnaissance sont tributaires d'une institution tierce (1). Ainsi, la prétention à une vocation successorale nécessite, pour son aboutissement, l'établissement d'un lien de filiation avec le *de cuius*. Afin de connaître la loi applicable à la question préalable, trois méthodes différentes peuvent être mises en œuvre. Soit on soumet la question préalable à la *lex causae*, soit on décide de faire application de la *lex fori*, soit on abandonne la difficulté aux règles de conflit de lois de la *lex causae* (2).

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 435-1 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 459 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 276 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 518 *sq.*

(2) La jurisprudence française se prononce en faveur de la compétence de la *lex fori*. V. Req. 21 avr. 1931 *Ponnoucannamale*, R.32.526 note J.-P. NIBOYET ; Cass. 3 janv. 1980 *Boumaza*, R.80.331 note

S'agissant des créances alimentaires, la question préalable de la loi applicable au lien de filiation peut être appréhendée par l'une des trois méthodes décrites. Or, il est bien évident que les résultats obtenus ne seront pas les mêmes selon qu'on applique la *lex fori*, la *lex causae* ou les règles de conflit de lois de la *lex causae*. Le cas des créances alimentaires entre époux le montre clairement. Ainsi, le créancier d'aliment risque d'être dépourvu de tout droit aux aliments dès lors que, deuxième conjoint d'un polygame, il réside en France et que la question préalable du lien conjugal est soumise à la *lex causae*. On constate en effet que dans une telle hypothèse, la loi française, loi de la créance en tant que loi de la résidence du créancier d'aliment, et loi applicable à la polygamie au titre des questions préliminaires, refusera de tenir compte de la deuxième union, de sorte qu'elle privera le créancier de tout droit aux aliments. Or, la solution serait différente si la question préalable était soumise, non pas à la *lex causae*, mais aux règles de conflit de lois de la *lex causae*. En effet, le droit international privé français acceptant de faire produire effet en France à une union polygamique valablement prononcée à l'étranger, le conjoint du polygame pourrait alors bénéficier des droits aux aliments octroyés par la loi française (1). Cet exemple montre aussi que la mise en œuvre des règles de conflit de lois permet de coordonner les différents systèmes juridiques (2) et d'assurer la continuité d'une situation juridique.

541.- Aussi est-il regrettable que le droit positif soumette la question préalable du lien de filiation ou du lien conjugal à la *lex causae*, et non aux règles de conflit de lois de la *lex causae*. En

H. BATIFFOL, J.80.327 note M. SIMON-DEPITRE, D.80.549 note E. POISSON-DROCOURT ; Cass. 11 mars 1986 *Djenangi*, J.86.1025 note A. SINAY-CITERMANN, R.88.302 note J.-M. BISCHOFF. V. aussi P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI. 1986.II.229, spéc. p. 309 sq.

(1) V. en ce sens, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, p. 233.

(2) V. pour le même constat, en matière de lettre de change internationale, Cass. 4 mars 1963 *Hocke*, JCP.63.II.13376 note P. LESCOT, J.64.806 note B. GOLDMAN, R.64.264, et P. LAGARDE, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?*, R.64.235.

effet, cette solution résulte de l'interprétation de l'article 2 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (1). Pourtant, l'article 5 a-2 de la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 attribuait aux règles de conflit de lois de la *lex causae* le soin de trancher la question préalable (2).

La difficulté posée par les questions préliminaires n'est pas à mettre au débit de l'autonomie de la créance alimentaire et de la compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliment. Elle est en effet de résolution aisée si l'on veut bien se donner la peine de recourir aux mécanismes régulateurs du droit international privé, au rang desquels figure la théorie des questions préliminaires. Elle survient de la même façon dans le droit des successions, sans que l'on s'émeuve pour autant de la compétence de la loi successorale (*lex rei sitae* ou *lex ultimi domicilii*). En réalité, l'hypothèse des questions préliminaires montre que l'autonomie de la créance peut être pratiquée dès *sa naissance*, dès lors que certains correctifs sont éventuellement mis en place.

2. La contribution aux charges du mariage

542.- Le classement des charges du mariage dans les catégories du droit international privé est une question controversée. Deux thèses s'affrontent. Soit l'on considère que la distinction de droit interne entre les créances alimentaires et la contribution aux charges du mariage doit être projetée dans l'ordre international, de sorte que les Conventions de La Haye ne seraient pas applicables. Soit l'on décide que les deux notions ne font qu'une sur le plan international, ce qui revient à

(1) V. P. BELLET, *Les nouvelles conventions en matière d'obligations alimentaires*, J.74.5, spéc. p. 9 ; I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, thèse, Dalloz, 1977, n° 194 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 435-1 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 459 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 566 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 518 sq.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *Les Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires envers les mineurs*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 691, spéc. p. 703.

soumettre à la loi de la créance alimentaire l'aspect pécuniaire de la contribution aux charges du mariage. Il résulte d'un arrêt *Cressot* de la Cour de cassation en date du 20 octobre 1987 (1) que la contribution aux charges du mariage constitue une catégorie spécifique du droit international privé français, échappant par là-même non seulement aux Conventions de La Haye, mais aussi à la loi du régime matrimonial et à la loi des effets du mariage, pour n'obéir qu'à la méthode des lois de police.

543.- Pourtant, la loi de la créance alimentaire présentait un certain nombre de titres à s'appliquer. Certains auteurs considèrent en effet que la distinction entre les créances alimentaires et la contribution aux charges du mariage est à usage purement interne, et que sa projection sur le plan international entraînerait une atomisation indésirable des lois applicables. De surcroît, ils ont souligné que les deux notions connaissent un triple rapprochement affectant leur définition et la compétence judiciaire interne et internationale, de sorte que le maintien de la distinction en droit international privé constituerait un anachronisme (2).

544.- A l'inverse, d'autres auteurs (3) militent en faveur de la projection des deux notions en droit international privé. Ils font d'abord observer qu'en droit interne, la distinction affecte surtout la responsabilité des époux dans l'exécution des obligations de la communauté de vie. En ce sens, la contribution aux charges du mariage présente un caractère bilatéral, elle est vécue au jour le jour, et repose sur l'idée d'un compte commun entre les époux portant sur la gestion des charges du mariage. A l'instar de l'indivision post-communautaire, la communauté résultant du mariage

(1) Cass. 20 oct. 1987 *Cressot*, J.88.447 note A. HUET, R.88.540 note Y. LEQUETTE.

(2) V. M. A. HUET, note précitée. V. aussi P. COURBE, note précitée sous Douai 10 juill. 1981, J.84.320, spéc. p. 323.

(3) V. M. SIMON-DEPITRE, *L'obligation alimentaire en droit international privé*, Paris, 1983, N° 631. Sur cette discussion, v. aussi P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 566.

nécessiterait la tenue d'un compte, elle jouerait même le rôle d'une « banque » des époux (1).

Ensuite, le fonctionnement de la contribution aux charges du mariage montrerait que la notion ressortit à la catégorie des effets du mariage, et non à la catégorie des créances alimentaires. Les “*rappports personnels à aspects patrimoniaux*” (2) constitueraient ainsi une survivance de l'ancien domaine de la loi des effets du mariage, qui embrassait aussi les créances alimentaires avant l'entrée en vigueur des Conventions de La Haye. Un tel argument est cependant facile à retourner dans la mesure où il montre surtout que les créances alimentaires et la contribution aux charges du mariage n'étaient pas dissociées par le passé. Il conduit en réalité à l'application de la loi de la créance alimentaire à la contribution aux charges du mariage.

Enfin, la jurisprudence manifeste un attachement évident à la notion de contribution aux charges du mariage, au point de la qualifier de composante de l'ordre public international (3), ou de loi de police (4).

En réalité, ces différents arguments soulignent chacun le *particularisme* de la notion interne de contribution aux charges du mariage, qui serait gommé, sur le plan international, par l'application de la loi de la créance alimentaire. La solution consacrée par l'arrêt *Cressot* n'a donc de raison d'être que pour autant que les différences de régime entre les deux notions perdurent en droit interne, point sur lequel certains auteurs émettent des doutes (5).

(1) V. en ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Cujas, 1988, n° 90-93. Ces auteurs soulignent la différence de régime existant entre les deux notions, qu'il s'agisse de leur essence, de leur but, et de leur exécution. Sur la notion de compte indivisaire, v. aussi G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 1986, n° 333.

(2) Sur cette terminologie, v. I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, thèse, Dalloz, 1977, n° 379.

(3) V. Douai 10 juill. 1981, J.84.320 note P. COURBE ; Nancy 4 oct. 1985, J.87.96 note H. GAUDEMET-TALLON.

(4) V. Cass. 20 oct. 1987 *Cressot*, J.88.447 note A. HUET, R.88.540 note Y. LEQUETTE. V. aussi J.-P. KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PUF., 1977, n° 310.

(5) V. M. A. HUET, note précitée. V. aussi P. COURBE, note précitée sous Douai 10 juill. 1981, J.84.320, spéc. p. 323.

3. *Le caractère saisissable de la créance alimentaire*

545.- Les Conventions de La Haye n'ont pas abordé la question du caractère saisissable de la créance alimentaire. Aussi bien la question appartient-elle aux règles de droit international privé forgées par la jurisprudence. Normalement, seule la loi de la créance devrait pouvoir apprécier le caractère strictement personnel du droit, faisant obstacle à sa saisie (1). Pourtant, telle n'est pas la solution adoptée par la jurisprudence qui donne compétence sur ce point à la loi du lieu de saisie (2).

En définitive, les trois points analysés correspondent à des hypothèses où le domaine de la loi de la créance est controversé. Ecartée alors qu'elle aurait logiquement vocation à s'appliquer dans le cas de la contribution aux charges du mariage et de l'appréciation du caractère saisissable de la créance alimentaire, la loi de la créance appréhende la question préalable du lien de filiation ou du lien conjugal, au risque d'aboutir à des solutions malheureuses.

En revanche, l'exclusion de la loi de la créance est bien acquise et non contestée dans une hypothèse bien définie.

(b).- LIMITE AFFECTANT LA COMPÉTENCE DE LA LOI DE LA CRÉANCE

546.- Selon l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, les obligations alimentaires résultant du divorce et de la séparation de corps sont dépendantes de la loi régissant l'acte ou le fait juridique qui leur a donné naissance, soit la loi du divorce (article 311 C. civ.) ou la loi de la séparation de corps. Mais l'obligation alimentaire des parents divorcés envers leurs en-

(1) V. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, Sirey, 1923, n° 371.

(2) V. Trib. civ. Seine 12 janv. 1899, J.1899.345. V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 319 ; M. MERCIER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie-arrêt*, n° 70-74.

fants continue d'obéir aux rattachements définis par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (1).

Forte lorsqu'elle concerne les aliments, l'autonomie de la créance apparaît en retrait en présence d'une succession mobilière ou d'un régime matrimonial.

§ 2.- Créances et succession mobilière

547.- Les successions internationales constituent un point d'achoppement bien connu du droit international privé. Plusieurs raisons concourent à leur complexité. L'éclatement des lois applicables peut procéder de la qualification (2), ou de la dispersion de l'actif et du passif sur des territoires différents (3), ce qui risque d'entraîner de délicats problèmes d'articulation des différentes lois (4).

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 454 et 456.

La loi des effets du **divorce** est appelée à fixer les modalités de la pension et les modalités de sa révision. V. Mme SAUTERAUD-MARCENAC, *Du recouvrement des aliments franco-allemands et des difficultés d'application des Conventions de Bruxelles et de La Haye*, GP.83.I.doctr.58.

(2) La qualification réelle conduit à la compétence de la *lex rei sitae* ; la qualification personnelle incline à la compétence de la loi successorale - loi du dernier domicile du défunt - ; l'admission de la *professio juris* ménage une place importante à la loi d'autonomie. L'enjeu attaché à la qualification est accentué lorsqu'il est nécessaire de procéder dans le même temps à la liquidation des droits du conjoint survivant. V. D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 620 et 1325 sq .

La qualification affecte aussi le sort de certaines créances. Les effets du respect des masses de la succession nous conduisent à limiter notre analyse aux seules successions mobilières. Par exemple, la créance de somme d'argent provenant de la **vente d'un immeuble** relève de la loi successorale immobilière - la *lex rei sitae* -, et non de la *lex ultimi domicilii* . V. en ce sens Paris 31 déc. 1889, J.1890.121.

(3) V. F. BOULANGER, *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, thèse, 1964, LGDJ. ; J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986. En faveur de l'**unité** de rattachement, que la succession soit mobilière ou immobilière, v. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 481.

(4) V. Y. LEQUETTE, *Ensembles législatifs et droit international privé des successions*, TCFDIP., Sirey 1984, p. 163.

548.- Les inconvénients indéniables produits par le morcellement des successions internationales avaient jadis conduit les Etats à l'élaboration de Conventions instituant un système moniste, mais dont l'échec fut patent (1). Néanmoins, un nouveau projet a été mis en préparation conformément à une résolution de la 14^{ème} session des conférences de La Haye, et achevé lors de la 16^{ème} session (2).

549.- Ensuite, le règlement d'une succession (3) peut entraîner le chevauchement de trois séries de questions. Il est en effet possible de distinguer des créances *contre* la succession, les créances *dans* la succession et les créances *liées* à l'indivision post-successorale. Or, chacune de ces catégories de créances est susceptible d'obéir à une loi différente.

550.- Il est aujourd'hui établi que deux tendances traversent le droit des successions. D'une part, la succession, mode de dévolution à titre universel, implique la transmission corrélative d'un actif et d'un passif. De l'autre, sont distinguées des liaisons verticales affectant les immeubles et des liaisons horizontales affectant les meubles (4). Or, la compétence législative varie selon que l'on envisage l'un ou l'autre des transferts. A la transmission de l'actif devrait correspondre la loi successorale, soit, en matière de créances, la loi du dernier domicile du défunt ou *lex ultimi domicilii*. La raison en est que le droit successoral tend, au-delà d'une opération comptable de

(1) Un projet fut élaboré en 1904 qui envisageait de soumettre à la loi nationale du défunt les successions internationales, quels que fussent la nature des biens, mobiliers ou immobiliers, et le lieu de leur situation. V. R.1906.644 et 874.

(2) L'actuel projet semble s'orienter vers la thèse de l'unité successorale. V. en ce sens l'article 5 du texte définitif du projet, R.88.806. V. P. LAGARDE, *La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions*, R.89.249.

(3) En droit interne, le règlement d'une succession ne constitue pas une procédure organisée, au contraire de la « faillite ». Pour une comparaison entre ces deux notions, v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions*, Sirey, 1983, n° 200, 222, 223, 224 et 239.

(4) Sur ces liaisons, v. M. FERID, *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé*, RCADI.1974, t. 142, p.71 sq. ; Y. LEQUETTE, *Ensembles législatifs et droit international privé des successions*, TCFDIP., Sirey 1984, p. 163 ; J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986.

paiement des dettes et d'apurement du passif, à la transmission du patrimoine du défunt en direction de ses héritiers. Ainsi que l'écrit M. J. Héron (1), “*Le droit successoral organise l'insertion dans un ou plusieurs patrimoines des biens qui composaient le patrimoine du défunt*”. Aussi bien la transmission de l'actif participe-t-elle du domaine naturel de la loi successorale, *lex ultimi domicilii*.

551.- A l'inverse, au paiement du passif devrait correspondre la loi de la créance contre la succession, en ce que, d'une part, la question de l'exécution d'une créance fait partie intégrante du domaine de la loi de la créance et que, de l'autre, le règlement du passif successoral ne donne lieu à aucune procédure organisée par la loi (2). Pourtant, le fait juridique que constitue le décès risque de perturber la mise en œuvre de la loi de la créance contre la succession. Certes, dès lors que la créance est monétaire, et que l'on veut bien soumettre en général les créances à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, il y aura identité de solution entre la loi de la succession (*lex ultimi domicilii*) et la loi de la créance (*lex debitoris*). Mais il se peut que la loi de la créance ne coïncide pas avec la loi de la succession, soit parce que l'on fait application de la loi de la source, soit parce que la créance litigieuse fait l'objet de rattachements spécifiques. Aussi bien, paraît-il nécessaire de vérifier la distinction proposée en partant du domaine de la loi de la créance pour aller vers celui de la loi de la succession mobilière.

(a).- DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE

Le domaine de la loi de la créance doit être précisé en distinguant les créances *contre* la

(1) J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 323. Cette conception n'est pas sans évoquer la théorie du for du patrimoine. La compétence de la loi du dernier domicile du défunt favorise aussi les créanciers de la succession qui ne seront pas obligés de diviser leurs recours, les compétences judiciaire et législative coïncidant. Sur la notion de domicile, v. F. BOULANGER, *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, thèse, 1964, LGDJ., p. 73.

(2) V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions*, Sirey, 1983, précités.

succession, les créances *dans* la succession, et les créances *liées* à l'indivision post-successorale.

1. Les créances contre la succession

552.- Parce qu'est en jeu la liquidation du passif successoral, la compétence de principe doit être celle de la loi de la créance contre la succession (1). Lui échoient l'existence du droit de poursuite du créancier (2), les limitations que le testateur a pu lui apporter (3), l'extinction de la créance par une autre cause que son paiement (4), le sort des privilèges du créancier liés au partage (5), ou à la séparation de patrimoines (6), et la qualification et l'appréciation du salaire différé (7). Certes, il n'est pas à proprement parler question de la naissance de la créance, mais la survenance du

(1) V. en ce sens J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 323. Cet auteur rapproche ce point de la question du rattachement des actions protectrices du droit de gage général. V. *op. cit.*, p. 253 note 46.

(2) L'**existence** du droit de poursuite relève de la loi de la créance, mais non son **exercice**. V. Cass. 19 juill. 1976 *Mebtouche*, R.78.338 note B. ANCEL. Cet arrêt a également décidé que le créancier n'avait pas à diviser ses recours sur le plan international. V. aussi J. HÉRON, *op. cit.*, n° 323 *sq.*

(3) V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 404.

(4) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 830.

(5) V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 82 *sq.*

(6) La loi applicable au privilège du créancier lié à la séparation de patrimoines est une question controversée. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, Paris, n° 1182, se prononçait pour la compétence exclusive de la *lex rei sitae*, car il rattachait la question aux voies d'exécution. Selon M. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 82 *sq.*, il convient d'écarter la compétence de la loi de la créance. Il nous semble qu'on peut établir une distinction entre l'**attribution** du privilège et son **exercice**. Conféré aux créanciers du défunt à l'encontre des créanciers de l'héritier insolvable, le privilège de séparation de patrimoines vise à protéger et à garantir le recouvrement de la créance. V. en droit interne les articles 873 et 2103-6° C. civ. V. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions, les libéralités*, 2ème éd., Dalloz, 1988, n° 766 *sq.*; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions*, Sirey, 1983, n° 229 *sq.* En tant que tel, son attribution doit être décidée par la loi de la créance garantie. Mais son exercice est susceptible de donner lieu à inscription sur les immeubles de la succession. L'intervention de la *lex rei sitae* sera alors inévitable. Mais il appartiendra à la loi de la succession de dire si l'**exercice** du privilège est **divisible**. *A priori*, le créancier n'ayant pas à diviser ses recours sur le plan international, et la divisibilité de droit interne du privilège n'étant que la conséquence de la divisibilité même des recours (v. l'article 1220 C. civ.), il n'y a pas de raison de transposer dans l'ordre international le principe de division du droit interne. V. *infra*, n° 555 note 3.

(7) V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 335.

Décès du débiteur fait place à une situation nouvelle qui affecte ici un droit déjà né, et engendre là des droits nouveaux (1). La compétence de la loi de la créance contre la succession paraît logique dès lors que la liquidation du passif n'est pas organisée de manière collective. En revanche, on devrait s'attendre à ne pas la rencontrer à l'égard des créances dans la succession. Pourtant, tel n'est pas le cas.

2. *Les créances dans la succession*

553.- *A priori*, la loi de la créance n'a pas de vocation à s'appliquer sur les points relatifs à la transmission de l'actif successoral. Il appartient en effet à la loi successorale de se prononcer, sinon sur le passif successoral, du moins sur son actif. Pourtant, une catégorie de créances est soustraite à l'empire de la loi successorale au profit de la seule loi de la créance. La transmissibilité active et passive des créances alimentaires échet à la loi de la créance, non à la loi successorale (2). En réalité, l'autonomie des créances alimentaires prime le droit successoral (3). Enfin, la loi de la créance est également refoulée lors du fonctionnement de l'indivision post-successorale.

3. *L'indivision post-successorale*

554.- Par le passé, la compétence de la loi de la créance a été fermement défendue par J.-P.

(1) Exemples : créances contre la succession nées antérieurement au décès ; créances nées de la gestion et de l'administration de la succession ; créances nées du fonctionnement de l'indivision post-successorale.

(2) V. J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 323 sq. ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 830.

(3) Cependant, l'autonomie de la créance alimentaire prête à discussion s'agissant de la pension alimentaire du conjoint survivant dans le besoin contre la succession (v. l'article 207-1 C. civ.). Il semble préférable de soumettre à la loi de la succession les droits alimentaires du conjoint survivant contre la succession, soit la loi du dernier domicile du défunt, en ce que ces droits sont intimement attachés à la qualité successorale du conjoint survivant. Sur la qualification de la *quarte du conjoint pauvre* du droit maltais dans le droit des régimes matrimoniaux, et non dans le droit des successions, v. Alger 24 déc. 1889 *Bartholo*, J.1891.1171, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 9.

Niboyet. Selon cet auteur, l'entrée des créances dans l'indivision post-successorale devait être prévue par la loi de la créance (1). En cas de conflit avec la *lex rei sitae* ou la loi de la succession, la loi de la créance devait primer (2). La primauté de la loi de la créance était étendue à l'entrée des créances dans l'indivision post-successorale par le biais de la subrogation réelle (3). En réalité, une telle solution est aujourd'hui abandonnée (4), la loi de l'indivision s'imposant aussi bien à l'égard de la transmission de l'actif et du partage qu'à l'égard de la subrogation réelle. L'aspect lié à la transmission d'un actif dans le patrimoine des héritiers explique une telle solution.

En somme, il apparaît que l'hypothèse de départ est vérifiée. Bien que partielle, la compétence de la loi de la créance est certaine envers la liquidation du passif successoral. En revanche, elle est refoulée au profit de la compétence de la loi de la succession pour ce qui a trait à la transmission de l'actif, à l'exception, du moins, des créances alimentaires. La contre-épreuve sera fournie par l'examen du domaine de la loi de la succession.

(b).- DOMAINE DE LA LOI SUCCESSORALE

Par souci de clarté, nous suivons le même cheminement que précédemment, en distinguant les créances contre la succession des créances dans la succession et de l'indivision post-successorale.

1. *Les créances contre la succession*

(1) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, Paris, p. 683 *sq.*

(2) *Ibidem*, spéc. p. 684.

(3) *Ibidem*, spéc. p. 687. Selon J.-P. NIBOYET, la subrogation réelle de la créance du prix dans le bien aliéné devait être acceptée par la loi de la créance, *la lex rei sitae* du bien aliéné et la loi successorale.

(4) V. sur l'indivision, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 665 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 435 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 826.

555.- Alors que l'existence du droit de poursuite est soumise à la loi de la créance, son exercice relève de la seule compétence de la loi successorale, afin d'éviter tout éparpillement des lois applicables (1). Selon l'arrêt *Mebtouche* de la Cour de cassation (2), la loi successorale “*régit l'étendue de l'obligation des héritiers au passif comme le droit de poursuite des créanciers*”. La compétence de la loi successorale au stade de l'exercice des droits de poursuite permet ainsi leur *centralisation* (3). En d'autres termes, l'exercice du recours du créancier est tributaire de la seule loi successorale, sans qu'il soit nécessaire de considérer le lieu de situation des biens ou la masse à laquelle les biens appartiennent (4). Les difficultés sont donc reportées au stade de la *contribution* à la dette (5), les différents recours entre les cohéritiers étant soumis à la loi succes-

(1) V. en ce sens J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 322 et 343. Un tel système permet de **gommer** en partie l'absence d'organisation de la liquidation du passif successoral. L'exercice des recours est ainsi gouverné par la loi du dernier domicile du défunt. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 659 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 434 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 823. *Contra*, v. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 481, qui soumettaient le droit de poursuite à la *lex rei sitae*.

(2) Cass. 19 juill. 1976 *Mebtouche*, R.78.338 note B. ANCEL. Cet arrêt transpose finalement le système d'E. BARTIN qui distinguait **obligation** et **contribution** à la dette. Les difficultés suscitées par le morcellement successoral réapparaîtront donc lors de la contribution à la dette. La jurisprudence refuse de cloisonner les différentes masses, l'ensemble de l'actif répondant de l'ensemble du passif. Ainsi, il n'est pas possible de lier les dettes mobilières aux seuls meubles, et le passif immobilier aux seuls immeubles. V. Trib. civ. Seine 31 oct. 1894 *Ourousoff*, J.1895.118. V. J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 308.

(3) V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 303 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 659 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 434 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 823 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et G. A.-L. DROZ, *J.-Cl. Dr. intern.*, Fasc. 557-A, n° 223 ; P. LAGARDE, *Rép. Dalloz, Dr. intern.*, v° *Succession*, n° 169.

La division éventuelle des dettes héréditaires surgissant au stade de l'exercice des droits de poursuite doit être tranchée par la loi de la succession. Il en est de même du règlement du **concours** entre les créanciers de la succession et les créanciers personnels des héritiers. V. Crim. 4 juin 1941 *Szlapka*, D.42.4 note M. NAST, JCP.42.II.2017 note J. MAURY, S.44.I.133 note H. BATIFFOL ; Trib. civ. Papeete 7 mars 1975, R.76.674 note B. ANCEL. V. D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1346 *sq.* Certains auteurs se prononçaient cependant pour l'introduction d'une règle de **proportionnalité** entre les recours des différents créanciers. V. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 481 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Successions*, par J. MAURY et H. VIALLETON, t. IV, 2ème éd., 1956, L.G.D.J., n° 399.

(4) V. V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 354 et 357 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 659.

(5) V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 380 et 387, qui estime que la contribution à la dette doit être

sorale (1). Ainsi, l'appréciation de la solidarité passive entre les cohéritiers (2), l'obligation éventuelle de diviser les recours (3), et *l'application* des limitations éventuellement prévues par le testateur à l'exercice des recours (4) échappent à la loi de la créance. Enfin, et en considération de la même volonté d'assurer un minimum d'unité dans le règlement du passif successoral, on considère que la loi successorale doit primer sur les autres lois relativement à l'arrêt des inscriptions des sûretés dû à l'acceptation de la succession par le ou les héritiers (5).

556.- L'étendue du domaine de la loi successorale est indéniable. Une telle solution peut s'expliquer à la fois par la volonté d'assurer sur le plan international une certaine unité dans la liquidation du passif successoral, et par le fait que la mise en œuvre du droit de poursuite influe sur les contours de la transmission de l'actif (6), de sorte que la loi de la créance contre la succession est contrainte à un partage de compétence sur un point, le règlement du passif, qui devrait lui échoir pleinement.

En revanche, la compétence de la loi de la succession est plus aisée à justifier à l'égard des créances dans la succession.

2. Les créances dans la succession

soumise à la compétence de la loi du dernier domicile du défunt. Cet auteur souligne aussi que cette loi coïncidera fréquemment avec la loi de la créance contre la succession. *V. op. cit.*, n° 388.

(1) V. J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 380.

(2) V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 380 ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 3 *sq.*

(3) V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 357 *sq.* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 659 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 823.

(4) V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 404.

(5) V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 38 *sq.* ; *contra*, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, Paris, p. 313, qui y voyait une disposition de droit hypothécaire et retenait la compétence de la *lex rei sitae*.

(6) V. en ce sens F. BOULANGER, *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, thèse, 1964, LGDJ., p. 46 et 73 ; J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 343.

557.- La compétence de la loi successorale est certainement fondée dès lors qu'est en cause la transmission de l'actif successoral (1). Elle fixe ainsi les règles de dévolution, de même que la teneur et l'exercice de l'option successorale (2), sans que l'héritier puisse mettre des biens à l'abri des poursuites des créanciers en acceptant la masse à laquelle ils appartiennent sous bénéfice d'inventaire (3). L'insertion du patrimoine du défunt dans le patrimoine de ses différents héritiers incombe ainsi pleinement à la *lex ultimi domicilii*.

Le règlement de l'indivision post-successorale est néanmoins susceptible de lui échapper en partie

3. L'indivision post-successorale

558.- Le refoulement de la loi de la créance, en dépit des thèses de J.-P. Niboyet (4), ne profite cependant pas à la loi successorale. En effet, celle-ci risque d'être battue en brèche en raison de l'intervention de la *lex rei sitae*, en ce que l'indivision affecte l'organisation du droit de propriété (5). Pourtant, nous avons déjà montré que la mise en œuvre de la *lex rei sitae* était hasardeuse s'agissant des créances à personne dénommée (6). Aussi nous semble-t-il préférable de confier à la loi successorale le soin d'apprécier l'entrée des créances dans l'indivision post-successorale (7), y compris par le biais de la subrogation réelle. Dès lors, en effet, que la subrogation obéit à la loi

(1) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 823 et 830.

(2) V. J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 315 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 659 sq. ; P. MAYER, *op. cit.*, n° 830.

(3) V. J. HÉRON, *op. cit.*, n° 357.

(4) V. *supra*, n° 554.

(5) V. Cass. 22 oct. 1985, J.86.1005 note G. WIEDERKEHR, D.86.241 note A. BRETON ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 665 ; P. MAYER, *op. cit.*, n° 826.

(6) V. *supra*, n° 20 sq.

(7) Les règles applicables à la transmission des créances doivent échapper à la *lex rei sitae* au profit de la loi successorale. V. Cass. 22 déc. 1970, R.72.467 note A. P. ; P. MAYER, *op. cit.*, n° 826 ; Y. LOUSSOUARN et G. A.-L. DROZ, *J.-Cl. Dr. intern.*, Fasc. 557-A, n° 208. La compétence de la loi successorale est également judiciaire à l'égard du privilège des copartageants, en ce qu'elle permet d'assurer une **unité** de traitement, ce qui n'est pas le cas de la loi de la créance.

de l'institution pour le fonctionnement de laquelle elle a été prévue (1), il y a lieu de faire application de la loi de la succession.

Ainsi, la transmission de l'actif successoral conduit une nouvelle fois à écarter la loi de la créance au profit de la loi de la succession. En ce qu'elle conduira à un partage, soumis lui-même à la compétence de la loi de la succession (2), la période d'indivision organise et prépare la transmission de l'actif dans le patrimoine des différents héritiers (3).

Il apparaît en définitive qu'excepté le cas des créances alimentaires, qui échappent à la loi de la succession, la loi de la créance voit son domaine cantonné aux questions affectant l'existence et la consistance du droit, ainsi qu'à l'existence des recours des créanciers contre la succession, l'ensemble des points gravitant autour de la transmission de l'actif constituant l'apanage de la loi successorale.

Un constat similaire peut être dressé à l'égard des créances liées au fonctionnement d'un régime matrimonial.

§ 3.- Créances et régime matrimonial

559.- Les régimes matrimoniaux entretiennent plusieurs similitudes avec les successions. La

(1) V. J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, thèse, LGDJ., 1979, n° 91-92 et 115-118 ; J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, thèse, Economica, 1986, n° 356.

(2) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 662.

(3) A cette période d'attente correspond le **compte d'indivision**, dont le fonctionnement conduit à s'interroger sur la loi applicable. Deux questions peuvent être séparées, celle de l'**entrée** en compte des créances, et celle de leur **compensation**. Nous avons déjà expliqué que le premier point incombait à la loi de l'indivision, soit, en matière de créances, à la loi successorale. La loi successorale précise ainsi à la fois l'étendue de l'éventuelle division des créances *contre* la succession, et l'entrée en compte d'indivision des créances *dans* la succession. La recherche d'unité imposée par le règlement successoral prime ainsi sur le traitement individuel des créances. En revanche, on peut hésiter sur la détermination de la loi applicable à la compensation des créances. Doit-on appliquer de manière cumulative les différentes lois en présence, ou bien peut-on leur appliquer une loi unique, celle du compte d'indivision ? Il nous semble que le souci d'unité de traitement et d'**égalité** des coindivisaires milite en faveur de la compétence de la seule loi du compte d'indivision.

qualification y est tout aussi délicate (1) ; le décès de l'un des conjoints entraînera à la fois la liquidation du régime matrimonial et celle de la succession du prédécédé. Les interférences entre ces deux institutions expliquent que des auteurs ont pu proposer de soumettre à la loi du régime matrimonial le règlement de la succession (2), alors que d'autres défendaient la thèse consistant à soumettre les deux liquidations à une loi commune, de préférence la loi nationale du mari (3). Pourtant, les deux liquidations ne sont pas réductibles l'une à l'autre, et la Convention de La Haye du 14 mars 1978 relative à la loi applicable aux régimes matrimoniaux exclut de son champ d'application le règlement des successions (4).

Néanmoins, les similitudes évoquées nous amènent à suivre le même cheminement qu'en matière de règlement des successions, la délimitation des domaines de la loi de la créance et de la loi du régime matrimonial étant menée autour de la distinction des créances contre le régime matrimonial de celles du régime matrimonial et de l'indivision post-communautaire.

(a).- DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE

1. *Les créances contre le régime matrimonial*

560.- Nous entendons par *créances contre le régime matrimonial* les créances qui ne procè-

(1) V. B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, thèse, Dalloz, 1977 ; du même auteur, *L'objet de la qualification*, J.80.227. Les régimes matrimoniaux peuvent être classés parmi différentes catégories du for. La prise en compte des conséquences du mariage sur les biens des époux milite en faveur de la loi des effets du mariage. Le statut réel a vocation à s'appliquer en raison des incidences du régime matrimonial sur l'organisation du droit de propriété. Enfin, la qualification contractuelle peut se fonder sur l'idée de contrat de mariage, même tacite (régime légal). V. aussi G. COUCHEZ, *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, thèse, Dalloz, 1972 ; I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, thèse, Dalloz, 1977, n° 60 sq.

(2) V. G. WIEDERKHER, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux*, thèse, Dalloz, 1967, n° 242 sq.

(3) V. F. BOULANGER, *Les successions internationales*, Economica, 1981, p. 48.

(4) De même, le projet de Convention de La Haye relatif aux successions internationales exclut de son champ d'application les régimes matrimoniaux. V. l'article 2-1-c, texte R.88.806, et P. LAGARDE, *La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions*, R.89.249.

dent ni du fonctionnement et du partage du régime, ni des rapports personnels entre les époux. Tel est le cas des créances contractées avant le mariage, des dettes passées pour les besoins d'une activité professionnelle ou pour les besoins personnels de chaque époux (1).

A l'instar du règlement des successions, et pour les mêmes motifs, le sort des créances contre le régime matrimonial, leur existence et leur consistance, ainsi que les contours du droit de poursuite doivent échoir à la loi de la créance, et non à la loi du régime matrimonial. Cependant, la loi du 23 décembre 1985 a consacré un rapprochement du traitement des créances entre époux de celui des créances liées à la communauté, en leur étendant les règles relatives à l'évaluation des récompenses (2), de sorte que leur évaluation doit, nous semble-t-il, faire intervenir en même temps les dispositions de la loi du régime matrimonial y afférentes.

2. Les créances du régime matrimonial

561.- Il est bien établi que les rapports personnels entre époux autres que ceux qui dérivent du régime primaire (3) obéissent à la loi du régime matrimonial (4), celle-ci ayant compétence pour en préciser les règles de fonctionnement. Néanmoins, deux institutions appellent une attention toute particulière, compte tenu de leur spécificité et des difficultés qu'elles ont suscitées. L'une, l'hypothèque légale des époux, semble obéir à la loi du régime matrimonial, cependant que l'autre, le compte-joint entre époux, supporte l'intervention de la loi de l'établissement de crédit tenant le compte.

(1) De tels rapports établissent des liens directs entre les époux, laissant en dehors la communauté légale. Pour une liste de ces créances, v. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Cujas, 1988, n° 637 sq.

(2) V. A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 1986, n° 928.

(3) V. G. WIEDERKHER, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux*, thèse, Dalloz, 1967 ; G. COUCHEZ, *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, thèse, Dalloz, 1972.

(4) V. Cass. 20 oct. 1987 **Cressot**, J.88.447 note A. HUET, R.88.540 note Y. LEQUETTE. V. *supra*, n° 542.

_- L'hypothèque légale des époux

562.- Traditionnellement source d'interrogation sous l'angle des méthodes (1), l'hypothèque légale des époux continue de susciter la question de la loi qui lui est applicable, en dépit d'un arrêt de la Cour de cassation *Abed* en date du 31 janvier 1984 (2). La loi française y fut appliquée, sans que le titre de sa compétence fût précisé. Or, la loi française correspondait à la fois à la *lex fori*, à la loi de la créance garantie, à la *lex rei sitae* de l'immeuble grevé, à la loi des effets du mariage, et à la loi du divorce ! La doctrine est principalement divisée en deux tendances, certains auteurs se prononçant en faveur de la loi de la créance garantie (3), tandis que d'autres optent pour la compétence de la loi du régime matrimonial (4).

Il nous semble que la loi du régime matrimonial présente davantage de motifs de s'appliquer en ce que l'hypothèque légale des époux vise à garantir les créances liées au fonctionnement et au partage de la communauté en même temps que celles qui sont afférentes aux rapports personnels des époux. L'hypothèque légale des époux contribue ainsi à la mise en œuvre du régime matrimonial et à son équilibre, ce qui conduit de manière naturelle à la compétence de la loi du régime. Inversement, la compétence de la loi de la créance garantie aboutirait ici à dissocier l'hypothèque légale des époux du fonctionnement de la communauté, solution qui présente l'inconvénient d'éparpiller les lois applicables, et que l'évolution du droit interne ne saurait suffire à asseoir (5). En effet, la loi applicable varierait selon que la créance

(1) V. H. BATIFFOL, *L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé*, in *Choix d'articles*, LGDJ., 1976, p. 225 ; v. *supra*, n° 452 note 2.

(2) Cass. 31 janv. 1984 *Abed*, R.84.638 note Y. LEQUETTE, J.85.444 note G. LÉGIER, JCP.85.II.20362 note F. BOULANGER.

(3) V. G. WIEDERKHER, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux*, thèse, Dalloz, 1967, n° 251 ; G. COUCHEZ, *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, thèse, Dalloz, 1972, n° 200.

(4) V. B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, thèse, Dalloz, 1977, n° 350 ; I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, thèse, Dalloz, 1977, n° 110 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ, n° 439.

(5) Le droit interne tend à distendre les liens entre ces deux institutions. V. les articles 2137, 2138 et 2139 C. civ. La créance résulte de l'état d'époux, et non plus seulement du régime matrimonial. V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Cujas, 1988, n° 274.

garantie serait une conséquence du régime matrimonial (1), un effet du mariage, tel le paiement d'une pension alimentaire (2), ou liée à la contribution aux charges du ménage (3). La compétence de la loi du régime matrimonial paraît en définitive préférable en ce qu'elle permet d'assurer une unité de traitement et aussi parce que l'hypothèque légale des époux est étroitement liée à l'équilibre du régime matrimonial (4).

En revanche, la compétence de la loi du régime est battue en brèche par celle de la banque à l'égard du compte-joint entre époux.

__.- Le compte-joint entre époux

563.- Le compte-joint est une commodité offerte aux époux en ce que chacun est cotitulaire du compte, et créancier solidaire de la banque tenant le compte (5). Leurs pouvoirs de gestion sont ainsi égaux et concurrents. Le fonctionnement du compte joint entre époux est susceptible de poser plusieurs questions de droit international privé. D'une part, celle de sa qualification, l'aspect matrimonial semblant l'emporter sur l'aspect successoral (6) ; de l'autre, celle des présomptions de pouvoir, réglée, semble-t-il depuis l'arrêt *Cressot*, par la méthode des lois de police (7). Enfin et surtout, il importe de déterminer la loi applicable au fonctionnement du compte-joint.

(1) Compétence de la loi du régime matrimonial ; exemple : créance de participation aux acquêts.

(2) Compétence de la loi de la créance alimentaire. V. la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 ; v. *supra*, n° 539.

(3) Compétence de la loi française en tant que loi de police. V. Cass. 20 oct. 1987 *Cressot*, J.88.447 note A. HUET, R.88.540 note Y. LEQUETTE. V. *supra*, n° 542.

(4) V. J. FLOUR, *Cours de droit civil, 4ème année de licence*, 1966-1967, Les Cours de droit, p. 653-654.

(5) V. M. DUPUIS, *Une institution dérogeant aux règles des régimes matrimoniaux : le compte bancaire joint*, D.88.chron.39.

(6) V. F. BOULANGER, *Les successions internationales*, Economica, 1981, p. 144 sq. ; v. aussi Cour suprême de Suède 22 oct. 1970, J.75.596 obs. H. EEK, qui retient la qualification matrimoniale et non successorale s'agissant d'un compte-joint assorti d'une clause d'accroissement automatique au profit du conjoint survivant.

(7) Cass. 20 oct. 1987 *Cressot*, J.88.447 note A. HUET, R.88.540 note Y. LEQUETTE. Le régime primaire pose des règles de présomption de pouvoirs des époux. Or, la Cour de cassation applique en la matière la méthode des lois de police.

Deux lois sont susceptibles d'être appliquées : la loi de la banque tenant le compte, et la loi du régime matrimonial, en ce que le fonctionnement du compte-joint peut avoir des incidences sur la communauté. Autant la compétence de la loi de la banque paraît fondée s'agissant de la période de fonctionnement du compte, autant il sera difficile d'éluder l'application de la loi du régime matrimonial lors de la liquidation, en ce qu'il lui appartient de fixer le régime des récompenses (1). La créance globale issue du fonctionnement du compte-joint sera de la sorte rattrapée par la compétence de la loi du régime matrimonial soit lors de la clôture du compte, soit lors de la liquidation du régime.

3. *L'indivision post-communautaire*

564.- A l'instar de l'indivision post-successorale (2), J.-P. Niboyet (3) soumettait à la loi de la créance tant l'indivision post-communautaire que la subrogation réelle et le droit d'usufruit (4). Pour les mêmes raisons qui ont prévalu à l'égard de l'indivision post-successorale, une telle solution est aujourd'hui abandonnée, l'indivision obéissant à la *lex rei sitae*, et, en matière de créances, à la loi du régime matrimonial.

En somme, le domaine de la loi de la créance est essentiellement composé des cas relatifs aux créances contre le régime matrimonial. La maigreur du constat tient aux mêmes raisons que celles qui ont été rencontrées précédemment, à savoir que le besoin d'unité lié au fonctionnement du régime postule la compétence d'une loi unique, celle du régime lui-même.

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 633.

(2) V. *supra*, n° 554.

(3) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, Paris, p. 687 *sq.*

(4) *Ibidem*, spéc. p. 679 et 683. L'usufruit des créances est de plus susceptible de poser un problème de qualification dans la mesure où l'usufruit réalise un démembrement du droit de propriété. Or, en principe, l'organisation du droit de propriété ressortit à la compétence de la *lex rei sitae*. Sur la possibilité de mettre en usufruit des créances, v. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, par M. PICARD, t. III 2ème éd., 1952, L.G.D.J., n° 758 ; A. FRANÇON, *L'usufruit des créances*, RTDCiv.57.1, spéc. p. 5 et 6.

(b).- DOMAINE DE LA LOI DU RÉGIME MATRIMONIAL

Nous suivrons la même distinction que précédemment, en distinguant les créances contre le régime matrimonial des créances du régime matrimonial et de l'indivision post-communautaire.

1. *Les créances contre le régime matrimonial*

565.- A l'image du droit des successions (1), il est nécessaire de distinguer l'existence du droit de poursuite, qui ressortit à la loi de la créance, de la mise en œuvre du droit de poursuite, qui échet à la loi du régime, de même que la solidarité entre les époux (2), et la délimitation de la masse de biens, communs ou propres, affectée au paiement du passif, commun ou propre (3). Le cantonnement de la loi de la créance au stade de la mise en œuvre des droits de poursuite s'explique par la volonté d'assurer l'unité de règlement des dettes liées au régime. Etablie à l'égard de l'obligation à la dette, la solution doit être étendue à la contribution à la dette entre les époux. Enfin, la loi du régime est susceptible d'intervenir dans les modes de règlement des récompenses liées aux créances entre époux, depuis que la loi du 23 décembre 1985 a partiellement soumis au régime des récompenses cette catégorie de créances (4).

2. *Les créances du régime matrimonial*

566.- De longue date, la compétence de la loi du régime matrimonial est admise à l'égard du fonctionnement du régime. Connue dès les années trente (5), elle est régulièrement réaffirmée

(1) V. *supra*, n° 555.

(2) V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 5 *sq.*

(3) V. P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 779.

(4) V. *supra*, n° 560. V. en droit interne l'article 1479 al. 2 C. civ., qui limite la réévaluation des récompenses au seul profit subsistant. V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Cujas, 1988, n° 638.

(5) V. Req. 13 déc. 1938, R.39.278.

en jurisprudence (1), approuvée par la doctrine (2), et retenue par l'article 9 de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 (3). En revanche, et à l'instar des successions mobilières (4), la possibilité de transmettre les créances alimentaires ne peut appartenir qu'à la loi de la créance (5). Le rôle de la loi du régime est justifié par le fonctionnement du régime, le respect de son équilibre postulant l'application d'une loi unique.

3. *L'indivision post-communautaire*

567.- Bien que le régime soit dissous, il appartient à la loi du régime de trancher en général les questions suscitées par le fonctionnement de l'indivision post-communautaire. Il en est particulièrement ainsi de l'entrée des créances de la communauté dissoute dans l'indivision (6), du jeu de la subrogation réelle, et de la question de savoir si les créances doivent être considérées comme divisées à l'égard des tiers (7). A l'instar de la loi successorale, la compétence de la loi du régime est donc caractérisée par la continuité, seuls quelques points lui échappant.

(1) Cass. 12 juin 1979 *Dujardin*, D.79.IR.460 obs. B. AUDIT, D.80.202 note F. BOULANGER, R.81.491 note H. BATIFFOL ; Cass. 3 janv. 1985 *Greiner*, R.85.652 note H. BATIFFOL, D.86.57 note J.-P. RÉMERY. Selon cet arrêt, la loi du régime matrimonial règle la liquidation du régime, mais les époux ont la possibilité d'en disposer autrement, en appliquant par exemple la *lex rei sitae*.

(2) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 631 et 633 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 390 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 779 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1323.

La compétence de la loi du régime porte sur la répartition des biens, la charge du passif, les modes de preuve d'appartenance des biens, le régime du bénéfice d'émolument en ce qu'il affecte les modalités du droit de poursuite des créanciers, et l'attribution des pouvoirs, excepté le cas du régime primaire, qui relève de la méthode des lois de police. Sur l'hypothèque légale des époux, v. *supra*, n° 562.

(3) V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, J.79.5.

(4) V. *supra*, n° 553.

(5) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, Paris, n° 1384 *sq.*

(6) La compétence de la loi du régime, et non celle des diverses créances, est justifiée en ce que l'entrée des créances dans l'indivision commande la composition de la masse indivise du côté actif. Elle permet donc une unité de traitement, ce qui ne serait pas le cas si l'on devait appliquer les lois des différentes créances.

(7) Par un arrêt du 1er mars 1988, JCP.88.II.21158 note Ph. SIMLER, la Cour de cassation paraît bien avoir transposé à l'indivision post-communautaire le principe de l'article 1220 C. civ. imposant la division des créances à l'égard des tiers en matière d'indivision post-successorale.

568.- Conclusion du TITRE I. Au terme de ce Titre premier, un certain nombre d'enseignements peuvent être dégagés. Nous sommes partis de l'idée que le lien entre une créance et sa source pouvait difficilement être rompu *lors* de la naissance de la créance, mais que la période en *amont* de la naissance était susceptible d'être l'objet de rattachements spécifiques. Nous avons effectivement constaté que l'application de la loi de la source conduisait le plus souvent à une impasse lors de la période de formation de la créance, qu'il se soit agi d'opérations de consolidation ou de transmission du droit éventuel (1). Au contraire, la mise en œuvre de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique permet de résoudre les difficultés posées par la transmission de créances futures, dès lors que le cédant est en même temps le débiteur de la prestation caractéristique du contrat de base et du contrat de cession (2).

En revanche, l'idée selon laquelle il n'est pas possible de séparer la créance de sa source *au moment* de sa naissance a été battue en brèche de manière importante. Certes, la compétence de la loi de la source est indéniable s'agissant des rapports contractuels simples d'origine civiliste (3) et des délits, à la condition d'admettre que l'application de la *lex loci delicti commissi* équivaut à celle de la loi de la source (4). Mais, d'une part, l'analyse des créances bancaires a fait ressortir que la loi applicable était presque systématiquement la loi de la banque, soit la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, de sorte que la référence à la loi de la source n'était pas décisive (5). D'autre part, la mise en œuvre de la loi applicable aux créances issues de rapports contractuels complexes a révélé les limites de la loi de la source en matière d'actions en responsabilité à l'intérieur des chaînes de contrats (6).

(1) V. *supra*, n° 476 *sq.*

(2) V. *supra*, n° 479 *sq.*

(3) V. *supra*, n° 504 *sq.*

(4) V. *supra*, n° 481 *sq.* Cependant, les hypothèses relatives aux dommages multiples (n° 486), au plafonnement légal de responsabilité (n° 487), à la subrogation personnelle (n° 489), à l'action directe de la victime (n° 491), et aux groupes de sociétés (n° 502) ont fait ressortir soit l'intervention de plusieurs lois, soit l'existence de rattachements autonomes.

(5) V. *supra*, n° 506 *sq.*

(6) V. *supra*, n° 524 *sq.*

Enfin et surtout, sont **autonomes** et indépendantes de la loi de leur source *dès leur naissance* la provision des effets de commerce (1) et les créances alimentaires (2).

Remarquable, l'autonomie de la créance a aussi une signification toute particulière. Elle montre d'une part qu'il est parfaitement possible d'attribuer aux créances un rattachement autonome et indépendant de leur source *dès leur naissance* (3). D'autre part, bien qu'elle repose dans les deux cas sur des considérations différentes, l'autonomie des créances alimentaires et de la provision de la lettre de change a une signification commune et plus profonde. Bien que de caractère strictement personnel (4), la créance alimentaire est autonome par faveur envers le créancier d'aliments. Bien qu'incorporée dans le titre cambiaire, la provision est autonome par rapport à la loi du contrat de base et à la loi du titre parce que la conception des effets de commerce consacrée par les Conventions de Genève est dualiste, et non moniste (5). Mais leur autonomie a surtout pour signification commune que les créances sont des valeurs, des biens, dont la « patrimonialisation » constante justifie et nécessite des rattachements propres. Elle prouve enfin que les créances peuvent constituer une catégorie de rattachement du droit international privé à part entière.

Déjà présente lors de la période de formation, l'autonomie de la créance ne peut que s'étoffer au fur et à mesure que l'on s'en éloigne, la réalisation et la circulation des créances appelant un traitement spécifique.

(1) V. *supra*, n° 529 *sq.*

(2) V. *supra*, n° 537 *sq.* L'autonomie de la créance alimentaire conduit d'ailleurs à faire prévaloir la loi de la créance non seulement sur la loi de la source, mais aussi sur la loi de la succession mobilière (n° 553) et sur la loi du régime matrimonial (n° 566).

(3) L'éventuelle articulation de la loi de la créance et de la loi de la source étant opérée grâce à la technique des questions préalables. V. *supra*, n° 540.

(4) V. *supra*, n° 220 *sq.*

(5) V. *supra*, n° 534 note 4.

TITRE II

LA RÉALISATION DES CRÉANCES

A l'instar de sa période de formation, la réalisation de la créance est le plus souvent étalée dans le temps. Certes prescriptible, la créance est toutefois susceptible de circuler comme le ferait n'importe quel bien corporel. La part croissante prise par les créances dans la composition des patrimoines explique l'importance des questions liées à l'exploitation de leur valeur, qu'il s'agisse de leur circulation ou de leur utilisation pour obtenir du crédit. Il est ainsi possible de distinguer une première période correspondant à la vie de la créance, période au cours de laquelle la créance est appelée à circuler, à être engagée, illustrant ainsi le caractère interpersonnel du droit. Cependant, le destin de la créance est de s'achever dans un paiement, volontaire ou contraint, de sorte qu'à la vie succèdera, sinon la mort, du moins l'extinction de la créance.

CHAPITRE I

LA VIE DE LA CRÉANCE

Les créances se prêtent de manière croissante à leur circulation, leur mise en gage. A de nombreux égards, la créance est traitée comme un bien. L'importance prise par les créances dans la composition des patrimoines se ressent jusque dans le traitement de leurs accessoires, dont le sort est intimement lié à celui de la créance elle-même. Ainsi, la mise en œuvre de la loi compétente peut d'abord reposer sur l'analyse de la créance, considérée en elle-même, puis sur l'étude de la créance et de ses accessoires.

Toutefois, il nous semble utile de faire précéder la discussion par des vues préliminaires, dont l'objet est de poser un certain nombre de considérations qui nous guideront par la suite tout au long de nos développements.

VUES PRÉLIMINAIRES

L'une des données les plus à même d'influencer les règles de conflit de lois et la mise en œuvre de la loi compétente est relative à l'évolution des rapports entre la notion de droit de propriété et celle de créance. Ensuite, l'objet et l'étendue de certains types de transfert de créance jettent un éclairage spécifique sur la mise en œuvre des règles de rattachement. Enfin, les différentes positions afférentes à la circulation des créances doivent être systématiquement confrontées à l'intérêt des tiers.

1. Créance et droit de propriété

569.- Les relations entre les notions de droit personnel et de droit réel et, plus spécialement, entre les créances et le droit de propriété, ont presque toujours donné lieu à des controverses fameuses (1). Or, il semble que l'idée d'une propriété des créances fasse, certes progressivement, son chemin (2). Ainsi, la Cour de cassation a consacré au profit du banquier cessionnaire d'une créance professionnelle une sorte d'action en revendication des deniers de la créance entre les mains du banquier réceptionnaire (3).

Une telle solution peut surprendre, et elle a choqué de nombreux auteurs (4), en ce que, traditionnellement, il est bien admis que le droit de propriété, protégé par l'action en revendica-

(1) V. par exemple S. GINOSSAR, *Pour une meilleure définition des droits réels et des droits personnels*, RTDCiv.62.573 ; J. DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTDCiv.62.20 ; R. SAVATIER, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels*, RTDCiv.58.1 ; F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits*, RTDCiv.82.705 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse, LGDJ., 1984, p. 170 sq.

(2) Les travaux de L. JOSSERAND ont beaucoup contribué à l'apparition de nouvelles formes de droits de propriété. V. spécialement *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, Mélanges dédiés au Professeur SUGIYAMA, Sirey, 1940, p. 95. Sur l'ensemble du débat, v. H. BATIFFOL, *Problèmes contemporains de la notion de bien*, in *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 10 ; F. TERRÉ, *Variation de sociologie juridique sur les biens*, in *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 18.

(3) V. Cass. 28 oct. 1986 *Banque Pelletier*, D.86.592 note M. VASSEUR, JCP.87.II.20735 note J. STOUFFLET, RTDCom.87.89 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ. V. aussi D. SCHMIDT, *Loi Dailly : les droits du cessionnaire à l'encontre du banquier du mandataire chargé de l'encaissement de la créance*, JCP.86.E.I.15465 ; M. VASSEUR, *Un grave problème d'application de la loi Dailly*, D.86.chron.73 ; D. MARTIN et H. SYNDET, *Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée*, JCP.87.CI.II.14940. Selon MM. MARTIN et SYNDET, la créance de somme d'argent "ne comporte aucun prolongement réel, en forme de vocation particulière ou de droit de suite sur les fonds détenus ou ayant appartenu au débiteur", *op. cit.*, n° 13.

Par le passé, la Cour de cassation avait déjà admis, sur le fondement de l'article 12 du décret du 4 août 1949, un droit de revendication sur les **valeurs mobilières** déposées auprès d'un établissement affilié à la SICOVAM, et mis en «faillite». V. Trib. com. Seine 11 janv. 1962, D.62.595 note M. VASSEUR, infirmé par Paris 2 déc. 1963, B.64.185 note X. MARIN, RTDCom.64.642 obs. R. HOUIN, R.66.44 note Y. LOUSSOUARN, et Cass. 13 févr. 1967, R.68.52. V. R. HOUIN, *La revendication des titres en SICOVAM. en cas de faillite*, RTDCom.61.41 ; Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 149 et 150. Cette jurisprudence admettait ainsi l'existence d'un droit de propriété sur des biens incorporels et fongibles.

(4) Parmi les différentes références citées note 3, seul M. M. VASSEUR a approuvé l'arrêt *Banque Pelletier*.

tion, ne peut pas porter sur des créances. Au regard des définitions traditionnelles, l'expression de *propriété des créances* est composée de notions qui s'opposent (1). Aussi bien, est-on conduit à s'interroger sur l'élément dont l'évolution a permis une décision telle que l'arrêt *Banque Pelletier*. Une ébauche d'analyse nécessite une confrontation des définitions traditionnelles et des conceptions actuelles.

_- Définitions traditionnelles

570.- Deux éléments expliquent et justifient l'opposition des notions de créance et de droit de propriété. Simple droit personnel tributaire d'autrui, la créance n'aurait qu'une opposabilité relative (2). Portant directement et de façon immédiate sur les biens corporels, le droit de propriété serait doté d'une opposabilité absolue (3). L'opposition ne porterait d'ailleurs pas seulement sur le *rayonnement* du droit. Elle affecterait aussi sa *durée*. Au contraire des créances, sujettes à prescription extinctive, le droit de propriété ne connaît que la prescription acquisitive, mais il reste imprescriptible (4). Ces différences se prolongent sur les manières d'acquérir le droit de propriété ou de transmettre les créances (5).

Pour certains auteurs, les oppositions sont irréductibles. Ainsi de J. Dabin, pour lequel les créances impliquent un assujettissement juridique, cependant que le droit de propriété représente

(1) Pour une critique de cette idée, v. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse, LGDJ., 1984, p. 203 *sq.*

(2) V. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse, LGDJ., 1984, p. 194 *sq.*

(3) V. M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, thèse, Economica, 1989. V. aussi DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition de la notion juridique de propriété*, RTDCiv.1905.443 ; L. JOSSERAND, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, Mélanges dédiés au Professeur SUGIYAMA, Sirey, 1940, p. 95 ; P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTDCiv.66.185.

(4) V. M. CABRILLAC, *Les accessoires de la créance*, Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 107, spéc. n° 12.

(5) V. J. STOUFFLET, *Propos sur la transmission des créances*, Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 511 ; B. SOINNE, *La transmission de la réserve de propriété*, GP. 1985. doctr.287. Alors que le droit de propriété se transmet par voie de succession, de donation ou de vente, les créances circulent par cession ou subrogation personnelle. Toutefois, les créances se transmettent aussi par voie de succession ou de libéralité, et le Code civil traite la cession de créance comme une vente (article 1692). Enfin, l'usufruit d'une créance est parfaitement possible.

un assujettissement matériel de la chose (1). D'autres insistent sur le caractère immédiat des droits réels, tels Ch. Aubry et C. Rau (2), qui énoncent : *“Il y a droit réel lorsqu'une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne en vertu d'un rapport immédiat, opposable à toute autre personne ”*. D'autres considèrent que le droit de propriété est un droit qui s'incorpore dans son objet (3). Or, l'incorporation nécessite en principe un support matériel à défaut duquel elle est réduite à n'être qu'une fiction. Selon l'expression de R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *“dans son sens technique, la propriété ne s'applique qu'aux choses corporelles ”* (4). Enfin, de Vareilles-Sommières énonçait qu'une *“définition de la propriété n'est bonne qu'à la condition de faire comprendre sans équivoque que le droit de se servir de la chose est la règle pour le propriétaire, et pour le propriétaire seul, non pas la règle sans exception, mais la règle générale ”* (5).

571.- Cependant, dès le début du XIX^{ème} siècle, des rapprochements entre les notions de propriété et de créance, certes ultérieurement condamnés par la doctrine et la jurisprudence, ont pu prendre forme dans le droit des régimes matrimoniaux. S'il fut qualifié dans un premier temps de droit de propriété préexistant (6), le droit de prélèvement lors de la liquidation de la communauté (7) fut analysé, à la suite de l'arrêt *Moinet* (8), en un droit de créance mobilière,

(1) V. J. DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTDCiv.62.20, p. 28.

(2) Ch. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, 1942, 7^{ème} éd., par P. ESMEIN, Litec, 1961, § 172.

(3) V. F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981 ; du même auteur, *Sur la constitution de la propriété*, D.85.chron.171 ; *Les biens*, Paris, PUF., 1988.

(4) R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^{ème} éd., t. IV, *Les biens*, par P. VOIRIN, Paris, Rousseau, 1938, n^o 158.

(5) DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition de la notion juridique de propriété*, RTDCiv. 1905.443.

(6) V. par exemple Civ. 1^{er} août 1848, D.1848.I.189.

(7) V. l'actuel article 1474 C. civ.

(8) C. R. 16 janv. 1858 *Moinet*, D.1858.I.5.

mais de nature particulière, associant les notions de créance et de partage. A la suite de R.-J. Pothier (1), on a parlé d'un "*droit plus fort* " que celui des créanciers du conjoint débiteur. Commentant cette décision, G. Marty et P. Raynaud écrivent que l'époux créancier "*avait déjà un droit sur la valeur incluse dans ce bien et le prélèvement transforme celle-ci en un droit de propriété ...* " (2). Ce qui est frappant dans cet épiphénomène jurisprudentiel, survenu à une époque où la plus grande orthodoxie régnait sur la définition du droit de propriété, c'est que les termes employés préfiguraient la terminologie actuelle. Néanmoins, selon l'approche classique des deux notions, que l'on définisse le droit de propriété par son objet, son sens technique, ou l'étendue et la répartition des prérogatives qu'il confère dans l'espace et dans le temps, il est clair que le droit de propriété et le droit de créance ne sont pas susceptibles de se rencontrer.

Or, les conceptions actuelles rendent possibles un certain nombre de rapprochements.

_- Conceptions actuelles

572.- L'un des premiers éléments ayant contribué à l'évolution du débat est que le droit de créance, perçu comme un bien, une valeur, est objectivé et détaché de la personne du débiteur. J.-P. Niboyet soulignait en ce sens que les créances sont des éléments de plus en plus importants dans la composition des patrimoines modernes, et qu'elles se rapprochent du régime du droit de propriété des biens (3). Il en résulte une « patrimonialisation » accrue des créances (4), entraînant sans doute un besoin de protection plus grand, compte tenu de l'accroissement de leur circulation.

(1) R.-J. POTHIER (1699-1772), *Des successions*, Chap. V, article 1 § 2, in *Œuvres complètes*, édition Bugnet, 11 vol., 1861-1862.

(2) G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 1986, n° 375.

(3) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 665 sq. V. aussi P. CHAUMETTE, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, RTDCiv.86.33, spéc. p. 41, qui écrit que l'on assiste à un renforcement du côté patrimonial des droits de créance.

(4) V. en ce sens, J. MESTRE, obs. RTDCiv.88.109.

573.- Parallèlement, la notion de propriété a elle aussi évolué. Elle a été idéalisée, démembrée et abstraite de ses fonctions primaires.

Selon L. Josserand (1), le droit de propriété a été idéalisé. En raison des inconvénients engendrés par la condition de matérialité de la conception traditionnelle, L. Josserand affirme qu'il "était ... urgent de « dématérialiser » et d'idéaliser le droit de propriété en le dissociant de son objet ", et d'ajouter, "le droit de propriété, à l'instar de toutes les autres prérogatives juridiques, présente un caractère immatériel, incorporel, et il s'établit sur la chose sans être absorbé, annexé par elle ". La conséquence de l'idéalisation du droit de propriété est que l'on va admettre que des droits immatériels puissent en être l'objet.

Démembré et dématérialisé, telles sont les épithètes qui viennent colorer le droit de propriété actuel (2), entraînant une altération de sa substance traditionnelle. Ainsi, bien qu'il soit un démembrement du droit de propriété, le droit d'usufruit peut avoir pour objet un droit de créance (3). Bien qu'il ne puisse être créé en France, mais simplement y être reconnu dès lors qu'il a été valablement constitué à l'étranger, le trust fournit un autre exemple de déformation du droit de propriété (4). De même, l'utilisation de la clause de réserve de propriété à titre de garantie de la créance réalise une altération et une dénaturation des prérogatives traditionnelles du droit de propriété, puisque le vendeur n'entend pas rester propriétaire et n'a plus l'utilité économique du bien. La dématérialisation et l'idéalisation du droit de propriété ont rendu possible l'apparition de nouvelles applications, qu'il s'agisse de la propriété littéraire ou industrielle (5),

(1) V. L. JOSSERAND, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, Mélanges dédiés au Professeur SUGIYAMA, Sirey, 1940, p. 95, n° 3 sq .

(2) L. JOSSERAND, *op. cit.* , parle même d'*épuration* du droit de propriété.

(3) V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français* , *Les biens* , par M. PICARD, t. III, 2ème éd., 1952, L.G.D.J., n° 758 ; A. FRANÇON, *L'usufruit des créances* , RTDCiv.57.1.

(4) V. J.-D. BREDIN, *L'évolution du trust dans la jurisprudence française* , TCFDIP. 1973-1975, p. 137 ; E. GAILLARD et D. T. TRAUTMAN, *La Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* , R.86.1.

(5) V. L. JOSSERAND, *op. cit.* ; P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne* , RTDCiv.66.185.

de la propriété de l'espace (1), de la propriété commerciale (2). Ainsi que l'écrivait L. Josserand, "ce sont bien là des prérogatives qui présentent les trois caractéristiques essentielles de la propriété, puisqu'elles mettent le titulaire en rapport direct avec son bien, puisqu'elles confèrent le maximum d'avantages que ce bien comporte, puisque, enfin, elles sont opposables à tous, créanciers ou acquéreurs, parties ou tierces personnes " (3).

574.- Idéalisée et démembrée, la propriété est aussi parfois détournée de ses fonctions traditionnelles. Elle est en effet de plus en plus utilisée comme une garantie des droits de créance. Ainsi, dans le cadre du financement du commerce à l'exportation, le banquier préfère obtenir la cession des créances par bordereau Dailly à titre de garantie des crédits consentis (4), au lieu et place du nantissement de créance. Lorsque les créances sont incorporées dans un effet de commerce, le porteur de la lettre de change a bien un droit de propriété sur la provision (5). La clause de réserve de propriété s'est développée à l'ombre du principe du transfert *solo consensu* du droit de propriété (article 1138 C. civ.), les conventions des parties la transformant en un accessoire de la créance garantie (6). La Cour de cassation admet également

(1) V. R. SAVATIER, *La propriété de l'espace*, D.65.chron.1 ; G. GOUBEAUX, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 279 ; J.-P. BERTREL, *Le banquier et la propriété de l'espace*, B.85.926.

(2) L. JOSSERAND, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, Mélanges dédiés au Professeur SUGIYAMA, Sirey, 1940, p. 95.

(3) L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 7.

(4) Sur ces techniques et les conflits de lois, v. *infra*, n° 648 sq.

(5) V. l'article 116 al. 3 C. com. *Comp.* avec F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261, qui considère que l'idée de garantir le porteur par une sûreté consistant dans la propriété de la créance est illusoire chaque fois que la créance ne peut faire l'objet d'un transfert immédiat en raison d'une naissance tardive. Selon M. F. GRUA, la sécurité du porteur ne reposerait pas sur la propriété de la créance, mais sur des règles d'opposabilité lui assurant l'exclusivité de la provision. Toutefois, le propre du droit de propriété est d'entraîner une opposabilité dite absolue, assurant l'exclusion des autres prétentions sur le droit.

(6) V. sur ce sujet F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, 1987 ; M. PÉDAMON, *La réserve de propriété en droit allemand et en droit français*, RJC. février 1982, p. 57 ; M. CABRILLAC, *Les accessoires de la créance*, *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 ; B. SOINNE, *La transmission de la réserve de propriété*, GP. 1985. doct.287 ; J. MESTRE, note sous Aix-en-Provence 15 mars 1985, RJC.85.174 ; Ph. MERLE, *L'interprétation jurisprudentielle de la clause de réserve de propriété*, B.86.644 ; D. BEN ABDERRAHMANE, *Les contrats d'exportation de l'entreprise française et le droit allemand des sûretés*, DPCI.87.129.

que la cession de créance résultant de la remise du titre représentatif d'un marché privé ne constitue pas un simple nantissement, mais en réalité un droit de propriété protégé par l'action en revendication (1). Enfin, bien qu'il soit en principe condamné, le pacte comissoire demeure licite dès la conclusion du contrat, dès lors qu'il a pour objet des créances de sommes d'argent (2). Or, l'exécution du pacte comissoire entraîne un transfert de propriété du bien qui en est l'objet.

575.- La subordination du droit de propriété au droit de créance conduit à s'interroger sur les conséquences du détournement des effets légaux attachés au droit de propriété. Ne serait-il pas possible de songer, à l'image du mariage (3), à la nullité de la clause ? Mais une telle interrogation entraîne une autre, celle de savoir si le transfert de propriété constitue l'élément essentiel des contrats de cession, ce dont la doctrine italienne doute (4).

576.- Ainsi, les conceptions actuelles ont « épuré » le droit de propriété. Elles ont rendu possibles les solutions portant sur la transmission de la clause de réserve de propriété, et relatives les positions tirées du caractère imprescriptible du droit de propriété.

D'une part, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1988 (5), la propriété d'un bien peut être transmise lors de la cession de la créance qu'elle garantit. Le droit de propriété,

(1) Cass. 18 oct. 1983, B.84.488 note L. M. MARTIN. La Cour d'appel avait au contraire estimé que la remise du titre ne valait que nantissement des créances. La solution de la Cour de cassation permet de contourner les faiblesses du nantissement de marché. V. Y. BACHELOT, *Un cas exemplaire ; le dépérissement du nantissement de marché*, B.81.1405. Le droit civil des obligations admet d'ailleurs l'insertion de **clauses à ordre** dans les contrats, l'endossement du contrat transférant alors les créances qui y sont attachées. V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 784.

(2) V. G. WIEDERKEHR, *Pacte comissoire et sûretés conventionnelles*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661, spéc. p. 668.

(3) Le détournement des effets légaux du mariage entraîne, à titre de sanction, soit son maintien, soit sa nullité. V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, La famille*, Cujas, 1987, n° 169 sq.

(4) V. R. BARSOTI, *Negozi giuridici e diritti realinel diritto internazionale privato*, 1975, compte-rendu B. ANCEL, R.77.855.

(5) Cass. 15 mars 1988, D.88.331 note F. PÉROCHON, GP.88.I.244 note B. SOINNE, B.88.699 note J.-L. RIVES-LANGE. V. aussi Cass. 11 juill. 1988, B.88.932 note J.-L. RIVES-LANGE.

droit réel principal, peut ainsi être mis au service d'une simple créance, droit personnel. Mais certaines formes de cession de créance n'entraînent-elles pas elles-mêmes le transfert de la propriété de la créance (1) ?

577.- D'autre part, l'argument tiré de la prescription extinctive des créances et du caractère imprescriptible du droit de propriété ne paraît plus aussi dirimant. En premier lieu, les cessions fiduciaires (2) et les clauses de réserves de propriété (3) sont temporaires. En second lieu, et indépendamment des hypothèses de cession, le droit positif connaît des propriétés temporaires, qu'il s'agisse de la propriété intellectuelle, industrielle, commerciale, ou encore de la multi-propriété saisonnière (4), où l'abandon par le vacancier des locaux, à l'expiration de la période à lui attribuée, n'entraîne pas la destitution de son droit de jouissance (5).

578.- En définitive, il apparaît que dans certains cas (6), la créance peut être objet de droit de propriété. Une telle évolution ne peut pas rester sans incidence sur le conflit de lois. Elle rend

(1) En ce sens Cass. 18 oct. 1983, B.84.488 note L. M. MARTIN et Cass. 28 oct. 1986 *Banque Pelletier*, D.86.592 note M. VASSEUR, JCP.87.II.20735 note J. STOUFFLET, RTDCom.87.89 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

De même, il semble admis aujourd'hui que la cession d'une participation majoritaire dans une société, appelée cession de **bloc de contrôle**, permet l'appropriation de la société. V. en ce sens J. PAILLUSSEAU et R. CONTIN, *La cession de contrôle d'une société*, JCP.69.I.2287 ; R. HOUIN, obs. sous Caen 26 nov. 1968, RTDCom.69.1006, n° 9 ; *contra*, G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2ème éd., LGDJ., 1951, n° 46 ; B. OPPETIT, *La cession de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société, essai de synthèse*, R.soc.78.631.

(2) V. Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1981, n° 168 sq.

(3) V. M. PÉDAMON, *La réserve de propriété en droit allemand et en droit français*, RJC. février 1982, p. 57 ; M. CABRILLAC, *Les accessoires de la créance*, Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 107.

(4) V. C. DEWAS-CLÉMENT, *La multi-propriété*, thèse, Paris II, 1974 ; M. DAGOT et P. SPITERI, *A la recherche de la multipropriété*, JCP.72.I.2481 ; B. STEMMER, *De la division dans le temps de la jouissance des immeubles, inexactement qualifiée de multi-propriété*, JCP.76.N.I.2789.

(5) Cependant, une loi du 6 janvier 1986, commentaire F. ZÉNATI, RTDCiv.86.442, a remplacé la multi-propriété par la création de sociétés d'attribution d'immeubles en temps partagé. L'« ex-multi-proprétaire » devient un associé, ses parts sociales lui conférant un droit de jouissance saisonnier. V. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 1988, n° 1320 sq.

(6) Pour la généralisation de l'affirmation, v. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance (Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux)*, Paris, LGDJ., 1960.

concevable l'adoption de règles spécifiques, notamment en matière de circulation des créances, qui tiennent compte à la fois de la « patrimonialisation » et de l'autonomie des créances, et des contraintes liées à l'environnement international. On ajoutera qu'il serait pour le moins curieux de refuser aux créances commerciales et professionnelles, qui sont appelées à circuler, ce que l'on accorde aux créances alimentaires, dont le caractère strictement personnel en diminue pourtant la patrimonialité et en limite les transmissions.

L'évolution des relations entre droit de créance et droit de propriété imprime ainsi une dimension particulière à la mise en œuvre de la loi applicable en matière de circulation des créances. De même, l'objet et l'étendue de certains types de transfert de créance sont susceptibles d'apporter un éclairage spécifique.

2. *Cessions particulières de créances*

Trois types particuliers de cessions de créance permettent d'illustrer les difficultés entourant la mise en œuvre de la loi applicable, les cessions de créances futures, les cessions d'antériorité, et les cessions de contrat.

__.- Cession de créances futures

579.- L'analyse de la cession de créances futures nous a déjà permis de montrer les limites et l'inadaptation de la loi de la source (1). Elle présente de surcroît l'intérêt d'exposer les enjeux attachés à la détermination de la loi applicable à *l'opposabilité* d'une telle cession. Les difficultés ne sont pas tant liées à la forme par laquelle l'information de la cession doit être portée à la connaissance du débiteur cédé, mais à l'information elle-même, le débiteur cédé risquant d'être

(1) V. *supra*, n° 111 *sq.*, et 475 *sq.*

inconnu au moment du contrat de cession. Or, cette hypothèse souligne clairement l'inadaptation aux besoins du commerce international de la solution qui consiste à soumettre l'opposabilité de la cession à la loi du domicile du débiteur cédé. En effet, tant que le débiteur cédé restera inconnu, ce qui sera généralement le cas lors de la conclusion du contrat de cession, il ne sera pas possible aux parties de s'enquérir des formalités prévues par cette loi. En revanche, la compétence de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique leur permettra dès la conclusion du contrat de cession de connaître les formalités qu'elles devront suivre si elles entendent procéder à la notification de la cession.

__.- Cession d'antériorité

580.- L'hypothèse de la cession d'antériorité annonce les difficultés de qualification suscitées par les accessoires de la créance. La question est de savoir quelle loi doit appréhender son opposabilité. En droit interne, la cession d'antériorité est l'opération par laquelle un créancier, en général hypothécaire, cède le rang de son inscription au profit d'un autre créancier, en général, un banquier, dont le rang d'inscription est subséquent (1).

En ce qu'elle affecte le droit de poursuite, la cession d'antériorité devrait être tributaire, à défaut de choix de la loi applicable par les parties, de la loi de la créance affectée et aussi de la *lex rei sitae* de l'immeuble faisant l'objet de l'inscription hypothécaire (2). Mais, en réalité, les complications apparaissent lorsque la créance affectée est elle-même cédée (3). La cession d'antériorité est-elle opposable au cessionnaire, et en vertu de quelle loi ?

(1) V. A. COURET, *Comptes courants d'associés et entreprises en difficulté*, B.81.1422 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 1986, n° 544 et 551 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, Sirey, 1987, n° 379.

(2) Sur les sûretés hypothécaires, v. *infra*, n° 716 sq .

(3) L'hypothèse est la suivante : les associés bénéficiant d'une garantie sur leurs créances en compte courant cèdent leur rang au profit du banquier consentant une ouverture de crédit. Par la suite, les mêmes associés cèdent à un tiers leurs créances initialement garanties. La cession d'antériorité lui est-elle alors opposable ?

Selon M. A. Couret (1), la cession d'antériorité ne serait pas opposable au tiers cessionnaire, dans la mesure où elle ne serait pas un accessoire de la créance cédée. Dès lors, le cessionnaire serait fondé à se prévaloir du rang initial de la créance cédée, sauf hypothèse d'une collusion frauduleuse. Mais il est également possible de considérer que le tiers peut parfaitement accepter d'être lié par la cession d'antériorité, auquel cas la loi compétente devrait être celle du contrat de cession, et non celle de la créance cédée, résultat auquel conduirait le raisonnement fondé sur la notion d'accessoire.

Cette hypothèse montre ainsi l'importance de la qualification d'accessoire de la créance sur le conflit de lois, les rattachements variant selon les analyses retenues.

_. - Cession de contrat

581.- La cession de contrat ne se limite pas à transférer les créances et les dettes qui en découlent ; elle réalise la cession de la qualité de contractant (2), sur le fondement d'une analyse unitaire, et non dualiste, de la cession du rapport d'obligation (3).

582.- Elle présente plusieurs intérêts sous l'angle de l'étude de la mise en œuvre de la loi applicable. D'une part, il est acquis que la cession de contrat implique celle des créances qui en découlent. On a pu parler d'incorporation des créances dans le contrat, de telle sorte que détenir le contrat reviendrait à détenir les créances y afférentes (4), ce qui n'est pas sans évoquer les

(1) A. COURET, *Comptes courants d'associés et entreprises en difficulté*, B.81.1422.

(2) V. L. AYNES, *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français*, thèse dactyl. Paris II, 1981, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF. Thémis, 1985, 13^{ème} éd., § 127 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, *Les obligations*, Cujas, 1986, n° 809 et 819 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2^{ème} éd., 1988, t. I, *Les sources*, Sirey, n° 351 *sq.* . Sont données comme exemples les cessions des promesses unilatérales de vente, des contrats de travail, des baux d'habitation, des contrats de fournitures, des contrats d'assurance, etc.

(3) V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, *Les obligations*, Cujas, 1986, n° 818 et 819.

(4) Cass. 18 oct. 1983, B.84.488 note L. M. MARTIN.

techniques de mise à disposition en matière de mobilisation des crédits à court ou moyen terme (1). D'autre part, la cession de contrat oblige à une nouvelle approche de son opposabilité aux tiers, et conduit à s'interroger sur une éventuelle transposition à la cession de créance des solutions susceptibles d'être dégagées sur le terrain de la cession de contrat.

583.- Bien que la jurisprudence ait décidé dans certains cas que les formalités de l'article 1690 du Code civil devaient être respectées même en matière de cession de contrat (2), il semble que plusieurs raisons militent en faveur de la solution inverse.

Les premières sont déduites du régime même de la cession de créance. Non seulement la jurisprudence admet l'opposabilité de la cession au débiteur cédé, en dépit du non respect des formalités de l'article 1690 C. civ., en présence d'une fraude du débiteur cédé, mais encore, elle assimile l'assignation en justice valant demande de paiement à la signification prévue par l'article 1690 C. civ. (3), ce qui amène la doctrine à comparer ce texte à une « ruine ». Aussi bien l'extension de l'article 1690 C. civ. aux cessions de contrat paraît-elle très discutable, d'autant plus que l'information du débiteur cédé peut être réalisée par des formalités équipollentes.

Les secondes procèdent du régime de la subrogation personnelle. Bien qu'elle entraîne la transmission de la créance, la subrogation personnelle est opposable au débiteur indépendamment du respect des formalités de l'article 1690 du Code civil, car elle constitue une substitu-

(1) V. M. VASSEUR, *Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire*, B.78.458.

(2) V. A. P. 14 févr. 1975, D.75.349, RTDCom.75.472 obs. M. PÉDAMON, qui subordonne au respect des formalités de l'article 1690 C. civ. l'opposabilité au débiteur cédé de la cession de contrat ; Cass. 28 oct. 1981, D.83.IR.216 obs. C.-J. BERR et H. GROUDEL. Selon cet arrêt, la cession du contrat d'assurance liée à celle d'un fonds de commerce entraîne également la cession des créances futures. Mais la cession ne peut être rendue opposable à l'assureur débiteur cédé que par le respect des formalités de l'article 1690 C. civ. La doctrine critique cette solution en la comparant, par exemple, avec l'article L. 113-6 C. ass., qui énonce qu'en cas de « faillite » de l'assuré, la transmission des contrats d'assurance est effectuée de plein droit, sans que le syndic doive accomplir une notification supplémentaire. V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2ème éd., 1988, t. I, *Les sources*, Sirey, n° 351.

(3) V. Req. 6 févr. 1878, DP.1878.I.275 ; Cass. 4 mars 1931, DP.33.I.73 note J. RADOUANT ; Com. 17 janv. 1951, JCP.51.II.6297 note A. COHEN, RTDCiv.51.390 obs. J. CARBONNIER. V. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse, LGDJ., 1984, n° 328.

tion de personne (1), de telle sorte que les relations entre le débiteur cédé et le *solvens* sont de nature contractuelle. Cette analyse a pour conséquence de soustraire à la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé la question de l'opposabilité du transfert de la créance (2). Il en résulte aussi que le débiteur cédé peut être informé autrement que par un exploit d'huissier, une simple information suffisant à lui rendre la transmission de la créance opposable, la connaissance personnelle étant de surcroît susceptible d'être constitutive d'une fraude (3).

Aussi est-il paradoxal de soumettre la cession de contrat aux formalités de l'article 1690 C. civ., et d'y soustraire la subrogation personnelle, alors que l'une et l'autre entraînent non seulement la transmission des créances, mais encore et surtout la cession de la qualité de cocontractant.

584.- Est-il dès lors possible d'étendre à la cession de créance internationale le régime de la subrogation personnelle, ce qui conduirait à la double mise à l'écart de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé (4) et des formalités de l'article 1690 C. civ., dans l'hypothèse où la loi française serait applicable ? L'ébauche d'une réponse passe par l'analyse préalable de l'objet de la

(1) V. J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, thèse, LGDJ., 1979 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 763 ; Com. 14 oct. 1975, JCP.75.II.18279 note Ch. GAVALDA.

(2) V. Trib. com. Paris 15 janv. 1975 *Fuster Boudon*, RTDCom.75.889 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, RJC.75.304 note Y. DESDEVISES, relatif à la loi applicable à l'affacturage international. MM. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE refusent que l'opposabilité du transfert de créance dépende de la loi du domicile du débiteur cédé, et considèrent qu'il convient d'appliquer la loi de la créance cédée. Deux raisons sont avancées en ce sens : les relations entre le *solvens* et le débiteur cédé sont de nature contractuelle, de sorte que la question ne peut se poser en termes d'opposabilité, mais de lien obligatoire ; le *solvens* serait substitué à *l'accipiens* dans le contrat de base conclu avec le débiteur cédé, substitution dont la portée inclurait la loi applicable au contrat de base.

(3) La connaissance effective de la cession par le débiteur cédé le prive de la possibilité d'invoquer l'absence de notification pour éviter de payer le cessionnaire. V. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse, LGDJ., 1984, n° 419 sq. Parallèlement, l'acceptation sous seing privé de la cession par le débiteur cédé est efficace à l'encontre des tiers complices d'une fraude ; v. Com. 19 mars 1980, Bull.civ.IV.n° 137.

(4) Nous verrons ultérieurement que la jurisprudence française soumet à la loi du domicile du débiteur cédé l'opposabilité de la cession, au prix d'un éclatement de la compétence législative. V. *infra*, n° 606 sq. V. par exemple Paris 16 févr. 1910, S.1912.2.276, J.1913.555 ; Paris 18 nov. 1927, J.28.972, D.H.28.73 ; Colmar 16 nov. 1935, J.37.782.

cession de créance, puis par son intégration dans la règle de conflit de lois.

585.- Classiquement, la cession de créance a été analysée comme emportant le transfert de l'émolument (1), et non comme une véritable succession à la créance (2). Il n'y aurait que cession du droit au paiement, et non d'un ensemble de qualités. La conséquence logique d'une telle analyse était de mettre l'accent sur les rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé, et de retenir l'application de la loi supposée protéger les intérêts de ce dernier, soit l'application de la loi de son domicile (3).

586.- L'approche moderne est tout autre. Elle repose sur l'idée que la cession de créance entraîne non seulement la cession du droit au paiement, mais également celle de la qualité de créancier, de sorte qu'il y aurait **substitution** de personne, sans qu'il en résulte pour autant apparition d'un lien contractuel direct entre le cessionnaire et le débiteur cédé (4). La conséquence logique de cette analyse est de mettre l'accent, non plus sur les relations entre le cessionnaire et le débiteur

(1) Sur cette notion, v. J.-P. SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, thèse, LGDJ., 1961.

(2) V. A. RIEG, *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Cession de créance* ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF. Thémis, 1985, 13^{ème} éd., § 123 *sq.* ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 771 ; pour J.-P. MARTY, *Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change*, RTDCom.78.307, n° 13 *sq.*, la cession de créance n'emporte pas complet remplacement du cédant.

(3) L'application de la loi du domicile du débiteur cédé est censée protéger ses intérêts en ce qu'il lui est aisé de se renseigner sur la teneur de sa propre loi. C'est toutefois confondre la connaissance de la loi applicable et sa teneur. Une telle solution n'est réellement protectrice des intérêts du débiteur cédé que si celui-ci a son domicile en France.

(4) V. Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, 1892-1903, p. 108 *sq.* ; J. PERCEROU, note sous Paris 4 janv. 1899, D.P.1900.2.121 ; Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1968, n° 24 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 771 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, Sirey, 1989, n° 811. Selon M. Ch. LARROUMET, *op. cit.*, p. 37, "La cession de créance ... réalise en principe, et sauf volonté contraire des parties, une véritable substitution d'un créancier à un autre dans un rapport d'obligation en faisant perdre au cédant sa qualité de créancier, pour l'attribuer au cessionnaire, non seulement dans les rapports du cédant et du cessionnaire, bien entendu, mais encore et surtout à l'égard du débiteur cédé". Mais l'auteur ajoute, p. 132, que la cession de créance n'emporte pas le transfert de la qualité de cocontractant.

cedé, mais bien sur les rapports entre le cédant et le cessionnaire, afin de restaurer l'unité de loi applicable, jusques et y compris à l'égard du débiteur cédé. En effet, l'existence de la substitution de personne doit conduire à laisser intacte la compétence de la loi de la créance, à l'instar des solutions appliquées en matière de subrogation personnelle (1). Le concept de substitution de personne dans un ensemble de qualités doit entraîner rationnellement le maintien de la compétence de la loi de la créance, et écarter l'irruption intempestive de la loi du domicile du débiteur cédé. De surcroît, on ne comprendrait pas au nom de quelle logique la substitution de personne serait prise en compte sur le terrain des conflits de juridictions (2), mais resterait ignorée sous l'angle du conflit de lois.

587.- En définitive, l'analyse moderne de la cession de créance et les comparaisons menées avec la subrogation personnelle et la cession de contrat ont fait ressortir les deux éléments suivants : d'une part, les justifications de l'application de la loi du domicile du débiteur cédé sont battues en brèche, au profit de l'application de la loi de la créance, y compris à l'égard de l'opposabilité de la cession au débiteur cédé (3) ; de l'autre, à supposer que la loi française soit compétente, il n'existe aucune raison valable de transposer dans l'ordre international le système tant décrié de l'article

(1) V. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, note sous Trib. com. Paris 15 janv. 1975 *Fuster Boudon*, RTDCom.75.889, RJC.75.304 note Y. DESDEVISES. V. aussi Y. LOUSSOUARN, note sous Paris 28 janv. 1961, R.63.64, spéc. p. 67, qui critique en ces termes l'éclatement de la compétence législative résultant de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé : *“ Cette fragmentation de la compétence législative facilite de façon sans doute excessive l'éclatement de la cession de créance en conduisant à considérer la signification comme une institution indépendante, alors qu'elle n'est qu'un rouage de l'institution ”*.

(2) V. Montpellier 2 mai 1985 *Soc. Garret*, R.87.108 note G. A.-L. DROZ ; Cass. 24 nov. 1987 *Soc. Garret*, R.88.364 note G. A.-L. DROZ, J.88.793 note E. LOQUIN, RTDCiv.88.544 obs. J. MESTRE, JCP.89.II.21201 note P. BLONDEL et L. CADIET. Sur les cessions de créance et les conflits de juridictions, v. *infra*, n° 627 *sq.*

(3) Cette solution a été consacrée par l'article 12 de la **Convention de Rome** du 19 juin 1980, qui reste cependant muet sur la loi applicable à l'opposabilité de la cession aux autres tiers. L'avant-projet soumettait ces deux points à la compétence de la loi de la créance. *Comp.* avec l'article 145 de la **loi suisse** du 18 décembre 1987, qui fixe trois séries de règles : d'une part, la clause *d'electio juris* n'est opposable au débiteur cédé qu'à la condition qu'il l'accepte ; de l'autre, les questions *“ concernant exclusivement les relations entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession ”* ; enfin, *“ la forme de la cession est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession ”*, ce qui permet d'exclure la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé, si l'on inclut dans les formes de la cession les formalités assurant son opposabilité aux tiers.

1690 du Code civil, dont l'inadaptation aux besoins du commerce international est certaine (1).

La question de l'opposabilité aux tiers du transfert de la créance peut enfin se présenter de manière spécifique, en fonction de l'étendue même de la transmission.

3. *Cession de créance et transfert international de patrimoine*

588.- Alors que la cession d'une universalité de fait ne permet pas de soustraire les créances y afférentes au respect des formalités de l'article 1690 du Code civil (2), le transfert d'une universalité de droit obéit à des règles spécifiques, incluant en principe les créances qui en dépendent. Toutefois, les résultats observés sont susceptibles de diverger selon que le transfert des créances s'inscrit dans le cadre d'une fusion de sociétés, ou d'une nationalisation des biens du débiteur.

__.- Cession de créance et fusion de sociétés

589.- Le terme de fusion sera pris ici dans son acception générique, sans qu'il soit distingué entre les différents modes de fusion, fusion-absorption, fusion-scission, etc. La fusion de sociétés entraîne deux sortes de conséquences sur les créances qui en dépendent.

Tout d'abord, la créance transmise n'est pas traitée de manière séparée au sein du patrimoine de la société absorbée. Elle n'en est qu'un élément d'actif, et l'unité du transfert procède de son objet même, une universalité de droit. Il en résulte que la question de la loi applicable à la

(1) V. en ce sens M. FONTAINE, *La transmission des obligations de lege feranda*, in *La transmission des obligations*, Travaux des IXèmes Journées d'études juridiques J. DABIN, LGDJ., 1980, qui se prononce pour la mise à l'écart des formalités de l'article 1690 C. civ.

(2) Exemple : la cession d'un fonds de commerce implique la cession des créances qui s'y rattachent. Mais le transfert n'est opposable aux tiers qu'en vertu du respect de l'article 1690 C. civ. V. A. P. 14 févr. 1975, D.75.349, RTDCom.75.472 obs. M. PÉDAMON ; Cass. 28 oct. 1981, D.83.IR.216 obs. C.-J. BERR et H. GROUDEL. *Contra*, v. Paris 15 oct. 1920, S.21.2.123.

cession de créance est en quelque sorte « absorbée » par celle de la loi applicable à la fusion internationale de sociétés (1).

Ensuite, parce que la fusion implique une substitution parfaite dans l'actif et dans le passif de la société absorbée (2), il n'est pas utile de recourir à d'autres modes de signification ou de publicité pour rendre le transfert des créances opposable au débiteur cédé (3). En d'autres termes, la fusion se suffit à elle-même, et c'est à la loi la régissant, et non à la loi du domicile du débiteur cédé, qu'il appartient de fixer les formalités de publicité nécessaires.

Pourtant, l'article 31 § 1 du projet CEE. sur les fusions de sociétés (4) énonçait que **la loi de la créance transmise** devait définir les conditions de son opposabilité aux tiers. En contradiction

(1) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 416, qui se prononcent pour l'**application cumulative** des lois des deux sociétés.

(2) V. l'article 1844-4 C. civ., et les articles 371 et 381 de la loi du 24 juillet 1966. La Convention de La Haye du 1er juin 1956 relative à la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés admet également ce principe (v. L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, thèse, LGDJ., 1984, n° 42), de même que l'article 19 de la troisième directive CEE. du 20 octobre 1978. V. O. LOŮ, *La troisième directive du Conseil des Communautés européennes du 9 octobre 1978 concernant les fusions de sociétés anonymes*, RTDE.80.354. V. aussi l'article 29 du projet CEE. sur les fusions de sociétés. V. B. GOLDMAN, *Rapport concernant le projet de convention sur les fusions internationales de sociétés*, RTDE.74.464, spéc. p. 515 sq. ; Y. LOUSSOUARN, *Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé*, RTDE.74.708, spéc. p. 720.

(3) Le transfert des créances est opposable aux tiers sans qu'il soit nécessaire d'accomplir les formalités de l'article 1690 C. civ. V. Cass. 7 mars 1972, JCP.72.II.17270 note Y. GUYON, RTDCom.72.654 obs. R. HOUIN, RTDCom.73.772 obs. Y. LOUSSOUARN, qui énonce que "L'article 1690 du Code civil n'a pas d'application lorsqu'à la suite d'une fusion de sociétés, la société absorbante vient activement et passivement aux lieu et place de la société absorbée" ; Cass. 25 avr. 1974, RTDCom.74.544 obs. R. HOUIN. *Contra*, Req. 28 avr. 1869, D.1869.I.445 ; Angers 30 mai 1961, D.62.Somm.86. Il en est de même pour les formalités d'endossement. V. Com. 4 mai 1981, D.82.IR.171 obs. M. CABRILLAC. Cependant, cette règle est écartée en matière de **mutation immobilière** (v. l'article 2 du décret du 4 janvier 1955) et de transfert de droits de **propriété industrielle** (v. l'article 14 de la loi du 31 décembre 1964, et l'article 46 de la loi du 2 janvier 1968 pour les brevets), pour lesquels les règles spécifiquement prévues doivent être respectées. V. F. WARENBOURG-AUQUE, *La succession aux biens d'une personne morale de droit privé, contribution à l'étude de la personne morale*, thèse, Lille II, 1977, t. I, p. 393 sq.

Dans ces deux hypothèses, il est possible de qualifier de **lois de police** ces dispositions, qui viendraient s'appliquer, nonobstant les dispositions de la loi de la fusion, dès lors qu'il existe un lien de rattachement avec la France (lieu d'enregistrement, lieu de situation de l'immeuble).

(4) V. B. GOLDMAN, *Rapport concernant le projet de convention sur les fusions internationales de sociétés*, RTDE.74.464, spéc. p. 515 sq. ; Y. LOUSSOUARN, *Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé*, RTDE.74.708, spéc. p. 720.

avec les règles que nous venons de dégager, ce texte trouvait son explication dans les divergences de réglementation des fusions de sociétés au sein des lois des Etats membres de la C. E. E. (1). Il était toutefois malencontreux en ce qu'il conduisait à une fragmentation de la compétence législative, spécialement dans l'hypothèse de la soumission des créances à la loi de la source. Mais il présentait le mérite de rompre avec la solution traditionnelle consistant à soumettre l'opposabilité de la cession de créance à la loi du domicile du débiteur cédé. Or, à partir du moment où l'on acceptait de soumettre en principe les créances à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, il y aurait eu le plus souvent coïncidence entre la loi de la créance cédée et celle de la société absorbée, ce qui aurait permis de réduire de manière significative les risques d'éclatement de la compétence législative.

590.- *A priori* satisfaisantes, les règles ainsi exposées sont néanmoins susceptibles d'entraîner des résultats injustes. L'arrêt précité de la Cour de cassation du 7 mars 1972 en fournit une bonne illustration (2). En vertu d'une opération de fusion, une créance de la société absorbée avait été transmise à la société absorbante. Mais, dans le même intervalle, l'actif du débiteur cédé fut appréhendé par une mesure de nationalisation non accompagnée d'une indemnisation, sans que son passif suivît le même sort. En raison de l'absence d'indemnisation, la nationalisation étrangère fut déclarée contraire à l'ordre public international, et donc privée de tout effet sur le territoire français. Le débiteur cédé ne pouvait dès lors s'en prévaloir pour tenter d'échapper aux poursuites des créanciers. Consciente de l'injustice qui s'abattait sur le malheureux débiteur cédé, la Cour d'appel plaça le débat, non sur sur le terrain de la reconnaissance des effets de la nationalisation, ce qui l'aurait exposée à une cassation certaine (3), mais sur celui de l'opposabilité de la cession

(1) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 406 sq.

(2) Cass. 7 mars 1972, JCP.72.II.17270 note Y. GUYON, RTDCom.72.654 obs. R. HOUIN, RTDCom.73.772 obs. Y. LOUSSOUARN.

(3) V. Cass. 23 avr. 1969, D.69.341 concl. Av. Gal. BLONDEAU, R.69.717 note E. SCHAEFFER, J.69.912 note P. CHARDENON.

de créance consécutive à la fusion. Elle affirma que faute d'avoir procédé aux formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil, la société absorbante n'était pas fondée à se prévaloir de la cession de créance à l'encontre du débiteur cédé. Cette solution était en l'espèce intéressante en ce qu'elle réalisait un difficile équilibre entre les effets de la nationalisation et ceux de la fusion. Mais elle fut censurée par la Cour de cassation qui refusa de tenir compte des données spécifiques de l'espèce.

D'une difficulté certaine, cette affaire permet d'introduire les conséquences des nationalisations sur les cessions de créance.

__.- Cession de créance et nationalisation

591.- Contrairement à la situation précédente, la créance appréhendée par une mesure de nationalisation sera le plus souvent envisagée séparément du reste du patrimoine nationalisé (1). La raison tient au fait que l'Etat nationalisant ne peut appréhender la créance qu'à la condition que celle-ci soit en son pouvoir, c'est-à-dire localisée sur son territoire (2). Il en résulte que nonobstant le transfert du passif et de l'actif (3), la créance doit faire l'objet d'un traitement

(1) *Contra*, v. P. BOUREL, note sous Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, J.82.157, qui considère que les juges auraient analysé la créance en tant qu'élément du patrimoine de la société nationalisée, transférée dès lors avec l'ensemble du patrimoine. Aussi la loi compétente ne serait-elle plus la loi de la créance, soit la loi du contrat, mais la loi gouvernant le transfert de patrimoine, soit la loi de l'Etat nationalisant. Le sort de la créance serait moins lié à sa source qu'aux effets de la nationalisation.

(2) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 675 *sq.* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 543 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 420 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 662 *sq.* ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1451 ; F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975, p. 139 *sq.* ; M. BOYE, *L'acte de nationalisation*, thèse, éd. Les nouvelles éditions africaines, 1979 ; E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Nationalisation*.

La jurisprudence française a parfois soumis la nationalisation soit à la loi de l'Etat nationalisant, soit à la loi du contrat. Y. LOUSSOUARN, *Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes*, RTDCom.68.215, et obs. sous Cass. 23 avr. 1969, RTDCom.69.641 et Paris 1er juill. 1969, RTDCom.69.1168.

(3) Cette règle n'est cependant pas toujours respectée. V. les nationalisations **soviétiques** consécutives à 1917 (v. Cass. 5 mars 1928 *La Ropit*, R.29.288 note J.-P. NIBOYET, DP.28.I.81 note R. SAVATIER), ... **lettoniennes** (v. Amsterdam 3 déc. 1942, J.69.979 obs R.-J.

spécifique, lié à sa localisation (1). De cette analyse, il ressort que la créance n'est plus considérée comme un simple effet de la mesure de nationalisation, mais doit être envisagée sous l'angle de sa localisation. En effet, la localisation de la créance constitue une étape préalable au point de savoir quelle loi doit l'appréhender.

En réalité, les zones de turbulence ainsi décrites ont pour explication sous-jacente la protection de l'intérêt des tiers.

4. *L'intérêt des tiers*

592.- En ce que la cession de créance engendre une modification de l'agencement des droits, son efficacité est tributaire de son opposabilité aux tiers. Organisée en droit interne autour de la notion de connaissance (2), l'opposabilité de la cession internationale (3) oblige à s'interroger sur la détermination de la loi devant gouverner la protection des intérêts des tiers.

Plusieurs considérations doivent guider cette recherche. En premier lieu, la protection du crédit public doit être assurée (4). Mais il s'agit là de la prise en compte d'un intérêt général, qui n'est pas spécifique de la cession de créance (5). En second lieu, l'information sur la situation

KOLLEWYJN), ... **est-allemandes** consécutives à 1945 (v. Cass. 15 mars 1961 *Carl Zeiss*, J.61.1072 note B. GOLDMAN), ... **algériennes** de 1961 (v. Cass. 23 avr. 1969, D.69.341 concl. Av. Gal. BLONDEAU, R.69.717 note E. SCHAEFFER, J.69.912 note P. CHARDENON), ... **libyennes** des années soixante-dix (v. J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, R.C.A.D.I.1983.III.21, spéc. p. 86), ... **malgaches** (v. Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH), ... **vietnamiennes** (v. TGI. Paris 8 et 12 mars 1985, B.85.409 note J.-L. RIVES-LANGE, D.85.IR.500 obs. B. AUDIT). *Comp.* avec la **théorie de la succession aux Etats**, un Etat ne succédant aux dettes d'un autre Etat que dans la mesure où il succède *aussi* à l'actif. Pour un exemple d'application, v. Cass. 21 nov. 1961 *Affaire du Congo belge*, R.62.329 note P. LAGARDE, J.62.686 note B. GOLDMAN, JCP.62.II.12521 note P. LOUIS-LUCAS, D.63.37 note Ph. FRANCESKAKIS. V. aussi J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières*, n° 85 sq.

(1) Sur la localisation des créances, v. *supra*, n° 20 sq.

(2) V. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse, LGDJ., 1984, n° 327 sq.

(3) V. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 534 sq.

(4) V. en ce sens, Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178 obs. B. AUDIT, J.85.664 note M. DIENER, qui soumet à la loi du domicile du débiteur cédé l'opposabilité de la cession aux tiers.

(5) Autre exemple : les sûretés mobilières conventionnelles. V. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

du droit et celle du débiteur cédé doit être facilitée dans son accès et centralisée dans sa connaissance. Enfin, le rattachement retenu doit bien évidemment réaliser la protection des intérêts des tiers. Or, seule une solution unitaire, et non scissionniste, du conflit de lois permet une coordination des différents enjeux en présence.

Si les premiers critères n'appellent pas d'observations complémentaires, il n'en est pas de même des deux derniers.

593.- La notion de tiers, d'abord, est une notion hétérogène, polysémique (1). La cession de créance comprend trois catégories de tiers : le débiteur cédé, qui est tiers au contrat de cession, mais partie au contrat dont dérive la créance cédée, les créanciers du cédant et du cessionnaire, et les ayants cause à titre particulier du cédant (hypothèse de la cession multiple d'une même créance). Or, il est bien évident que leurs intérêts sont contradictoires, de telle sorte que la notion d'intérêt des tiers ne présente aucune unité. L'intérêt du débiteur cédé est de n'avoir pas à payer deux fois la même créance ; ceux des créanciers du cédant et du cessionnaire, de protéger leurs droits, notamment par l'exercice des actions protectrices de leur droit de gage général, ou par la saisie-arrêt de la créance cédée ; ceux des ayants cause à titre particulier du cédant, de consolider leurs positions, au détriment des autres. Est-il dès lors possible d'appliquer à des intérêts aussi divergents et contradictoires un règlement unitaire du conflit de lois ? En réalité, l'idée de protection des intérêts des tiers, menée à son terme, signifie l'éclatement de la compétence législative, si l'on part du postulat qu'il importe d'appliquer une loi propre, celle du domicile du tiers dont l'intérêt est en cause. Outre sa complexité indéniable, une telle solution ruine de surcroît les autres objectifs en présence (2).

(1) V. R. NERSON, *Exercices de vocabulaire*, Mélanges P. VOIRIN, LGDJ., 1966, p. 603, spéc. p. 615.

(2) L'unité de la compétence législative, qui, seule, peut assurer la coordination des différents intérêts en cause ; la facilité d'accès aux informations sur l'état de la créance, ainsi que la centralisation de ces informations.

594.- En dépit de l'importance des enjeux attachés à la protection de l'intérêt des tiers, la jurisprudence est fluctuante, les décisions se partageant entre la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé (1) et celle de la loi de la créance cédée (2), ce qui aboutit à un système dualiste ou moniste de la cession internationale de créance. L'article 12 de la Convention de Rome du 19 juin a consacré la compétence de la loi de la créance cédée, mais en limitant le domaine à l'opposabilité de la cession au seul débiteur cédé (3).

595.- Face à l'alternative de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé ou de celle de la loi de la créance cédée, notre conviction réside dans l'application d'une loi unique, qui doit être celle de la créance cédée. La cession internationale de créance présente une complexité certaine, qu'il est inutile d'aggraver par un système de conflit de lois distributif et scissionniste. D'une part, en effet, l'application de la loi du domicile du débiteur cédé s'apparente à celle de la *lex rei sitae* (4). Or, les enseignements tirés de l'analyse des sûretés mobilières conventionnelles montrent un désengagement de la *lex rei sitae* (5). Il serait donc paradoxal de constater d'un côté le reflux de la *lex rei sitae* et, de l'autre, son irruption intempestive en matière de cession de créance. D'autre part, le règlement du conflit de lois ne peut continuer à ignorer tant l'évolution de la notion de créance (6), que celle de l'objet de la cession de créance (7). La créance est actuellement

(1) V. Colmar 16 nov. 1935, J.37.781 ; Luxembourg 8 déc. 1959, Pas. Lux. 1960, p. 84 ; Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178 obs. B. AUDIT.

(2) V. Middelburg 15 mai 1968, cité par B. CASSANDRO-SULPASSO, *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?*, RTDCom.84.639, note 1 ; Paris 11 févr. 1969, J.69.918 note Ph. KAHN, R.70.459 note R. DAYANT, D.70.552 note Ch. LARROUMET.

(3) V. H. GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international européen des contrats*, RTDE.81.215. Cette solution a été reprise par l'article 33 de la loi allemande du 25 juillet 1986 (R.87.182) ; v. aussi l'article 145 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

(4) V. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 534 *sq.*

(5) V. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

(6) V. *supra*, n° 569 *sq.*

(7) V. *supra*, n° 585 *sq.*

considérée comme une valeur, qui est susceptible de rattachements propres. Plus que par le simple transfert de l'émolument, la cession de créance se caractérise aujourd'hui par la transmission d'un ensemble de qualités, de telle sorte que l'accent doit être mis sur les relations entre le cédant et le cessionnaire, et non sur les rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé.

596.- Aussi bien, le règlement du conflit de lois doit-il s'ouvrir sur la compétence d'une loi unique, embrassant à la fois les relations entre les parties au contrat de cession et l'opposabilité de la cession aux tiers. En l'absence de choix de la loi par les parties, il convient de faire application de la loi de la créance cédée, soit la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, soit la loi du domicile du cédant. Or, s'agissant de la cession de créance de sommes d'argent, le cédant sera à la fois le débiteur de la prestation caractéristique du contrat de cession, et celui du contrat à l'origine de la créance cédée (1). L'intérêt de cette solution est donc de permettre une forte centralisation des différents enjeux en présence (2). La compétence de la loi du domicile du cédant est d'autant plus remarquable qu'un important arrêt *Wendling* de la Cour de cassation du 4 décembre 1985 (3) a précisé la notion de tiers à la cession de créance en énonçant qu'est tiers celui qui a intérêt à ce que le cédant soit encore créancier du débiteur cédé. Le pivot de l'opération est donc bien le cédant, et non le débiteur cédé, l'application de la loi de son domicile, en tant que loi de la créance cédée, assurant de surcroît l'intangibilité de la situation du débiteur cédé, puisque la dette de ce dernier reste régie par une seule et même loi, avant et après la cession.

(1) Exemple : le cédant est un vendeur qui cherche à mobiliser son crédit à l'exportation. En tant que vendeur, il est bien le débiteur de la prestation caractéristique du contrat de vente. En tant que cédant, il est aussi le débiteur de la prestation caractéristique du contrat de cession.

(2) La même loi va gouverner à la fois les relations entre les parties au contrat de base (le contrat de vente), et, notamment, les exceptions qui en découlent, les relations entre les parties au contrat de cession, et, notamment, les obligations de garantie du cédant envers le cessionnaire, et les relations entre le cessionnaire et le débiteur cédé et les autres tiers. C'est la seule solution qui permette d'obtenir une telle coordination des différents intérêts en présence.

(3) Cass. 4 décembre 1985 *Wendling*, Bull.civ.I.n° 336, RTDCiv.86.750 obs. J. MESTRE.

597.- En définitive, les vues préliminaires ont permis de dégager les grandes lignes qui vont nous guider tout au long de la mise en œuvre de la loi applicable. L'analyse des rapports entre les notions de propriété et de créance a montré et justifié la nécessité de retenir des solutions spécifiques respectant les traits contemporains de la notion de créance (1). L'étude de certaines cessions, particulières par leur objet ou par leur forme (2), a fait apparaître tant l'importance de la distinction entre la créance et ses accessoires, que l'évolution de l'objet même de la cession de créance. Il en est résulté, sur le terrain de la protection des intérêts des tiers, la mise en évidence des avantages liés à l'application unitaire de la loi de la créance cédée (3), qu'il s'agisse des relations entre les parties au contrat de cession ou de celles du cessionnaire avec les tiers. Aussi, l'étude de la mise en œuvre de la loi de la créance sera-t-elle menée en distinguant d'une part la créance considérée en elle-même et, d'autre part, la créance accompagnée de ses accessoires.

(1) V. *supra*, n° 569 *sq.*

(2) V. *supra*, n° 579 *sq.*

(3) V. *supra*, n° 592 *sq.*

SECTION I

LA CRÉANCE EN ELLE-MÊME

La créance peut être l'objet de deux types de conventions. D'une part, elle peut être transmise, certaines cessions fiduciaires réalisant même la transmission de *la propriété* de la créance. De l'autre, elle peut être engagée en tant que garantie d'une autre créance. Dans l'un et l'autre cas, il importe de procéder à l'étude du domaine de la loi de la créance.

§ 1.- La créance transmise

598.- L'étude du domaine de la loi de la créance nécessite une distinction suivant que l'objet de la cession est une créance civile ou une créance professionnelle. A la première hypothèse correspond la cession classique de droit civil ; à la seconde, les cessions à forme simplifiée (1). Chacune de ces catégories subit une évolution en droit interne, lente pour la première, accélérée pour la seconde, mais qui a pour trait commun l'objectivation des créances, due à leur circulation.

(a).- LA CESSION DE CRÉANCE CIVILE

599.- Les difficultés inhérentes à la cession de créance civile font de cette institution l'un des

(1) V. J. STOUFFLET, *Propos sur la transmission des créances*, Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 511. V. aussi Y. CHAPUT, *La transmission des obligations en droit bancaire français*, in Travaux des IXèmes Journées d'études juridiques J. DABIN, LGDJ., 1980, p. 371.

éléments les plus tourmentés et les plus discutés de l'étude des créances en droit international privé. Les controverses ont envahi chacun des rapports juridiques engendrés par la cession, qu'il s'agisse des relations entre les parties au contrat de cession, ou de leurs relations avec le débiteur cédé, et les autres tiers. En un sens, la cession de créance a été le laboratoire de la recherche de la loi de la créance. La raison est certainement liée à son importance économique et aux difficultés suscitées par son opposabilité internationale.

600.- Bien qu'elles perdurent à l'égard de l'opposabilité de la cession, les discussions se sont progressivement apaisées pour ce qui concerne la détermination de la loi applicable au contrat de cession lui-même. Aussi est-il possible d'être relativement concis sur ce dernier point, qui sera abordé avant d'exposer en détail le sort de l'opposabilité de la cession sous l'angle du conflit de lois.

601.- En dépit de quelques décisions isolées ayant jugé le contraire (1), il est bien acquis que les relations entre le cédant et le cessionnaire obéissent à la loi d'autonomie (2). La loi du contrat

(1) V. par exemple Rouen 6 mars 1980 *Soc. Holvrieka-International*, RJC.81.193, qui soumet dans son ensemble la cession de créance à la loi du domicile du débiteur cédé : *“Attendu que pour apprécier la régularité de la cession de créance et son opposabilité, les premiers juges ont fait application de la loi française ; que cette application est justifiée puisque la cession de créance, même conclue à l'étranger entre cédant et cessionnaire étrangers, est soumise à la loi du domicile du débiteur cédé”*, lequel avait son domicile en France.

(2) V. E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, § 374 *sq.* ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 527 ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 669 *sq.* ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd., n° 279 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 425 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 7 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 130 ; W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185.

La **jurisprudence** retient la même solution. V. TGI. Strasbourg 29 juin 1960, JCP.61.II.11909 note J. C., RTDCom.61.214 obs. Y. LOUSSOUARN ; Paris 11 févr. 1969, J.69.918 note Ph. KAHN, R.70.459 note R. DAYANT, D.70.552 note Ch. LARROUMET : *“Considérant que les rapports entre les parties qui ont conclu une cession de créance sur un tiers sont soumis à la loi qui régit cette convention particulière”*. En l'espèce, la Cour a soumis la cession à la loi nationale commune des personnes morales parties au contrat. L'article 12 de la **Convention de Rome** du 19 juin 1980 applique également à la cession de créance le principe d'autonomie.

de cession aura à se prononcer sur la transmissibilité *inter partes* de la créance (1). Mais la possibilité même de céder la créance ressortit à la compétence de la loi de la créance, et non à celle du contrat de cession (2).

602.- En raison du principe d'autonomie de la volonté, il est possible que les parties choisissent une loi différente de celle du contrat de base, de sorte que deux lois sont susceptibles de connaître la cession de créance, la loi du contrat de cession et la loi de la créance cédée. Une partie de la doctrine considère que cette hypothèse n'est pas gênante en dépit de la dualité qu'elle engendre, car elle recouperait deux types de questions différentes (3).

603.- Pourtant, il n'est pas inconcevable que les deux lois en présence prévoient des solutions divergentes, et que la dualité se mue en antagonisme. Un exemple permet de le montrer. Soit une cession de créance qui est soumise à la loi du banquier cessionnaire, alors que la loi de la créance est différente. En dépit des exigences de la loi du domicile du débiteur cédé, la cession n'est pas

(1) V. en ce sens A. PILLET, *Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, J.1896.5, spéc. p. 12, et *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, Sirey, 1923, n° 371 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 425 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 16 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 131. La loi compétente doit apprécier la cause, le consentement, les obligations de garantie du cédant et les modalités du transfert de la créance.

Contra, en faveur de la **loi de la créance**, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1295 et 1296, qui énonçait : “*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 l'a constituée*” ; ... de la **loi du domicile du débiteur cédé** en tant que *lex rei sitae*, v. E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, § 371 *sq.* ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd., n° 278 *sq.*

(2) V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 553 ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1295 ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd., n° 279 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 425 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 13. V. aussi R. D. KOLLEWYJN, obs. J.64.629.

(3) V. en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international européen des contrats*, RTDE.81.215.

signifiée à ce dernier. Dans l'ignorance de la cession qui lui est inopposable, le débiteur cédé règle de bonne foi (1) le montant de la créance entre les mains d'un autre banquier, agissant en tant que mandataire du cédant (2). La question, dès lors, consiste à déterminer la loi qui doit appréhender l'action du cessionnaire contre le banquier réceptionnaire ou contre le cédant (3). Or, il se peut que les différentes lois en présence n'accueillent pas de la même manière l'action du cessionnaire. La multiplicité des lois en présence contribue ainsi à donner à cette question une tournure particulièrement complexe (4), qu'il ne nous semble pas souhaitable d'encourager par un usage malencontreux de l'autonomie de la volonté ou par le choix de rattachements objectifs favorisant un tel résultat.

604.- En l'absence de choix de la loi applicable par les parties, la doctrine considère que le contrat de cession doit être gouverné par la loi de la créance cédée (5). La solution est techniquement bonne en ce qu'elle évite tout dépeçage inutile ; elle est juridiquement fondée en ce que la loi de la créance est seule compétente pour se prononcer sur la cessibilité de la créance.

(1) Pour l'importance de la bonne foi dans la cession de créance internationale, v. W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, spéc. p. 417.

(2) Selon l'avis aux cédants de la Banque de France du 21 mai 1973, le banquier réceptionnaire doit s'assurer avant l'encaissement que la créance n'a pas fait l'objet d'une mobilisation au profit d'une autre banque. V. Cass. 22 avr. 1980, D.81.48, qui a qualifié cet avis de "norme professionnelle imposant une obligation de prudence et de diligence dont la violation constituerait une faute". V. M. VASSEUR, *Le pouvoir de la Banque de France de prendre des règlements et d'édicter des normes professionnelles*, D.81.chron.25.

(3) Sur cette hypothèse, dans le cadre des cessions *Dailly*, v. Cass. 28 oct. 1986 **Banque Pelletier**, D.86.592 note M. VASSEUR, JCP.87.II.20735 note J. STOUFFLET, RTDCom.87.89 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE. V. aussi D. SCHMIDT, *Loi Dailly : les droits du cessionnaire à l'encontre du banquier du mandataire chargé de l'encaissement de la créance*, JCP.86.E.I.15465 ; M. VASSEUR, *Un grave problème d'application de la loi Dailly*, D.86.chron.73 ; D. MARTIN et H. SYNDET, *Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée*, JCP.87.CI.II.14940.

(4) Sur les conflits entre les ayants cause d'un même cédant, v. *infra*, n° 673 *sq.*

(5) H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 535 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 383 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 8 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 130.

Pour les contrats d'exploitation des droits de propriété industrielle, v. M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, Litec, 1986, n° 339 *sq.*

605.- Aussi, dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas choisi la loi applicable, le rattachement de principe que nous avons proposé conduit-il à la compétence de la loi du domicile du cédant lorsque la cession porte sur une créance de somme d'argent. Cette solution présente le mérite de réaliser une juxtaposition des lois applicables, la même loi (la loi du domicile du cédant) correspondant à la fois à la loi du contrat de cession (le cédant est bien le débiteur de la prestation caractéristique du contrat de cession) et à la loi de la créance cédée (le cédant est en même temps le débiteur de la prestation caractéristique du contrat de base). Paradoxalement, certaines difficultés sont susceptibles de se présenter lorsque le cessionnaire est un banquier. En effet, la jurisprudence a tendance à faire application de la loi de ce dernier (1), de telle sorte que cette solution conduit, dans le cas de la cession de créance, à la compétence de la loi du cessionnaire. Aussi, la cession risque-t-elle d'obéir à deux lois différentes si le banquier n'a pas son établissement localisé sur le même territoire que celui du cédant. Un tel risque peut être contourné soit par une clause d'*electio juris* soumettant la cession à la loi de la créance cédée, soit en faisant en sorte que la loi du cédant et celle du banquier cessionnaire soient identiques.

En réalité, les principales difficultés n'affectent pas la détermination de la loi applicable au contrat de cession, mais bien celle de la loi devant gouverner son opposabilité aux tiers. Aussi examinera-t-on dans un premier temps les différentes thèses relatives à la loi applicable à l'opposabilité de la cession. Cependant, quel que soit le résultat de cette recherche, la loi de la créance est appelée à régir certains points particuliers, de sorte qu'il sera nécessaire de mesurer l'étendue de son domaine. Enfin, la cession de créance entretient plusieurs éléments de similitude avec la subrogation personnelle qui justifient de procéder à leur comparaison.

(1) V. Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring* ; J. STOUFFLET, *L'ouverture de crédits bancaires en droit international privé*, J.66.582 ; G. VAN HECKE, *Le droit international privé des sûretés nouvelles issues de la pratique, in Colloque de Bruxelles*, 1983, Feduci, p. 453 ; F. BONELLI, *La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires*, RDAI.85.389.

1. La loi applicable à l'opposabilité de la cession

606.- Deux catégories de tiers doivent être distinguées. D'une part, celle où la personne est tiers au contrat de cession, mais partie à la créance cédée, soit le débiteur cédé lui-même. De l'autre, celle des personnes qui sont tiers à la fois au contrat de cession et à la créance cédée, mais qui présentent cependant un intérêt à ce que le cédant soit encore créancier du débiteur cédé. La détermination de la loi applicable à l'opposabilité de la cession est à ce point discutée qu'il est nécessaire d'envisager successivement les deux catégories de tiers énoncées.

_. L'opposabilité de la cession au débiteur cédé

607.- Deux courants s'affrontent. L'un, traditionnel (1), et ferme en jurisprudence (2), soumet l'opposabilité de la cession au débiteur cédé à la loi de son domicile. L'autre, plus ré-

(1) V. F. SURVILLE, *La cession de créance et la mise en gage des créances en droit international privé*, J.1897.671 ; A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, Paris, 1912, 2ème éd., p. 431 ; J. VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, Paris, Fontemoing et Cie, 1914, n° 626 ; A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, Sirey, 1923, n° 371 ; E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, § 374 sq. ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1295 ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd., n° 279 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 474 ; Ph. MALAURIE, *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques*, n° 72.

(2) V. Trib. civ. Nancy 25 mars 1890, J.1891.923 ; Paris 16 févr. 1910, S.1912.2.276, J.1913.355 ; Paris 10 nov. 1927, J.1928.972, R.34.12 note J.-P. NIBOYET ; Colmar 16 nov. 1935, J.37.781 ; Paris 28 janv. 1961, R.63.64 note Y. LOUSSOUARN ; Hoge Raad 17 avr. 1964 *Escompto Bank*, J.69.978 note R. D. KOLLEWYJN : "La loi qui régit une obligation détermine si celle-ci peut faire l'objet d'un transfert et dans quelles conditions, sous la réserve que le transfert s'opère sans le concours du débiteur. Il y a lieu d'observer les règles qui seront prescrites par la loi du domicile de ce dernier, dans son intérêt ou dans l'intérêt des tiers" ; Trib. civ. Athènes 12257 / 1974, J.81.95 note Ph. DRAKIDIS ; Rouen 6 mars 1980 *Soc. Holvrieka-International*, RJC.81.193 ; Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178 obs. B. AUDIT, J.85.664 note M. DIENER ; Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, D.86.374 note M. VASSEUR, R.87.351 note M.-N. JOBARD-BACHELLIER.

Sur la nature de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé, v. Ph. KAHN, note sous Paris 11 févr. 1969, J.69.918, qui considère qu'il s'agit pour la jurisprudence d'une **loi de police**.

cent (1), et retenu par l'article 12 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, attribue la compétence à la loi de la créance cédée.

L'analyse des fondements de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé permet de douter de son bien-fondé, et de lui préférer celle de la loi de la créance cédée. Quelle que soit la loi compétente, il est nécessaire de se prononcer sur les modes d'information du débiteur cédé.

608.- Les principales raisons avancées en faveur de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé sont la protection du crédit public (2), la sécurité du débiteur cédé (3), la facilité de connaître le domicile de ce dernier (4), et la fonction d'information et de renseignement qu'assurerait le débiteur cédé au profit des autres tiers (5).

(1) H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 536 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Cession de créance*, n° 28 ; V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse, Paris I, 1974, n° 398 ; Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 541 *sq.* ; B. AUDIT, obs. précitées sous Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178 ; M. DIENER, note sous Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, J.85.664 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, note sous Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, R.87.351 ; Ch. LARROUMET, note sous Paris 11 févr. 1969, D.70.522 ; M. VASSEUR, note sous Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, D.86.374.

V. aussi Paris 15 mars 1983, J.84.143 note A. JACQUEMONT.

(2) V. Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178 obs. B. AUDIT, J.85.664 note M. DIENER : “*Conformément aux règles françaises de conflit de lois, la loi applicable aux mesures de publicité relatives à une cession de créance est, dans l'intérêt du crédit public, la loi du domicile du débiteur cédé*”.

(3) V. Hoge Raad 17 avr. 1964 *Escompto Bank*, J.69.978 note R. D. KOLLEWYJN : “*La loi qui régit une obligation détermine si celle-ci peut faire l'objet d'un transfert et dans quelles conditions, sous la réserve que le transfert s'opère sans le concours du débiteur. Il y a lieu d'observer les règles qui seront prescrites par la loi du domicile de ce dernier, dans son intérêt ou dans l'intérêt des tiers*”.

(4) V. Ph. MALAURIE, *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques*, n° 72.

(5) V. Hoge Raad 17 avr. 1964 *Escompto Bank*, J.69.978 note R. D. KOLLEWYJN. Les différents motifs cités se recourent en réalité plus ou moins. V. Ph. MALAURIE, *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques*, n° 72, qui énonce que c'est au débiteur cédé que “*les tiers s'adresseront pour savoir si la créance a été cédée*”. Cet argument n'est pas convaincant, au moins pour deux raisons. La première est que le débiteur cédé sera rarement tenu informé de la cession. La seconde est que la connaissance de la cession n'est pas mieux assurée par la loi du domicile du débiteur cédé que par une autre loi, telle la loi de la créance cédée, que connaît tout aussi bien le débiteur cédé, et pour cause, puisque cette loi régit son engagement ! De plus, M. Ph. MALAURIE affirme que “*l'intérêt des tiers est prépondérant sur celui des parties*”, sans préciser le fondement de cette affirmation. Enfin, il écrit qu'il est plus facile de connaître le

Chacune de ces raisons est illusoire ; certaines apparaissent même comme dangereuses en raison de l'illusion qu'elles entretiennent.

609.- En premier lieu, la protection du crédit public nécessiterait la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé. Il est évident que l'idée qui affleure est celle du principe de souveraineté, en tant que fondement de la règle de conflit de lois. En ce sens, des auteurs ont pu entretenir des comparaisons et des analogies entre les cessions de droits réels et les cessions de créances (1), la loi du domicile du débiteur cédé jouant à leurs yeux le rôle de *lex rei sitae* (2), voire de loi de police (3).

610.- Le raisonnement repose sur une double confusion. D'une part, à l'égard du débiteur cédé, il ne s'agit pas tant d'une question de crédit public que de son information (4). De l'autre, on ne perçoit pas la raison pour laquelle la loi du domicile du débiteur cédé matérialiserait mieux que d'autres, telle la loi de la créance cédée, les impératifs liés à la protection du crédit public, sauf à assigner une telle fonction à la *lex rei sitae* (5), et à qualifier de *lex rei sitae* la loi du domicile

domicile du débiteur cédé que le lieu de conclusion du contrat source de la créance cédée. Or, cet argument n'a aujourd'hui plus guère de portée, car l'on se réfère actuellement, non au lieu de conclusion du contrat, qui peut être fortuit, mais au lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, soit, en l'espèce, au domicile du cédant. Et l'on ne voit pas en quoi le domicile de l'un serait plus ou moins facile à connaître que le domicile de l'autre. De surcroît, la référence au domicile du débiteur cédé ne sera pas d'un grand secours dans deux hypothèses, celle de la **mobilisation de créances futures**, et celle de la **cession d'un paquet de créances**. En effet, soit il n'est pas possible de connaître *a priori* le domicile du débiteur cédé. Soit les tiers risquent d'être confrontés à une multitude de lois, pour peu que les différents débiteurs cédés aient leur domicile sur des territoires différents ! On constate ainsi que dans ces deux exemples, et de manière plus générale, le domicile du cédant assure bien mieux les fonctions de centralisation des informations que ne peut le faire celui du débiteur cédé.

(1) V. D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Cession de créance*, n° 6, qui écrit : “*Une forte analogie demeure néanmoins, au regard du conflit de lois, entre la cession de créance, et la cession d'un droit réel à objet corporel*”.

(2) V. E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, § 374 *sq.* ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1295 ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd., n° 279.

(3) V. Ph. KAHN, note sous Paris 11 févr. 1969, J.69.918, qui considère que l'application de la loi du domicile du débiteur cédé correspond pour la jurisprudence à celle d'une loi de police.

(4) V. en ce sens B. AUDIT, obs. précitées sous Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178.

(5) Sur ce débat, v. *supra*, n° 77 *sq.*

du débiteur cédé, ce qui constitue une pure fiction (1). En réalité, le seul motif qui fonde de manière sous-jacente la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé repose sur le principe de souveraineté. Or, celui-ci n'a plus la même primauté que par le passé ; bien souvent, il doit actuellement céder le pas devant le principe d'autonomie de la volonté (2) ou devant le principe de proximité (3). Enfin, les résultats obtenus par l'application de la loi du domicile du débiteur cédé permettent de douter qu'elle contribue réellement à la protection du crédit public. En effet, il se peut que cette loi ne prévoie aucune notification particulière, ou une simple information libre en la forme, ou une signification par acte extra-judiciaire. En réalité, le malaise provient de ce qu'on assigne à la loi du domicile du débiteur cédé une finalité matérielle (4), voire la fonction d'une loi de police (5).

611.- En deuxième lieu, la protection du débiteur cédé serait mieux assurée par l'application de la loi de son domicile (6). Or, la protection est illusoire lorsque la loi de son domicile n'exige aucune formalité d'information ou, au contraire, se montre trop exigeante, de telle sorte que ses dispositions ne sont presque jamais respectées (7). En réalité, la seule réelle protection découle de l'intangibilité de la situation du débiteur cédé, qui n'est assurée que par l'application de la loi gouvernant son engagement, soit la loi de la créance cédée. Il se peut, d'ailleurs, que la protection

(1) Sur les critiques adressées à l'idée d'une *lex rei sitae* de la créance, v. *supra* , n° 23 *sq.* et 64 *sq.*

(2) En matière de sûretés mobilières conventionnelles, v. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé* , Economica, 1984.

(3) V. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* , R.C.A.D.I.1986.I.9 ; sur les fondements de la règle de conflit de lois, v. aussi H. MUIR-WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois* , thèse Paris II, 1985.

(4) La protection du débiteur cédé ne pourrait être assurée que par la compétence de la loi de son domicile.

(5) V. Ph. KAHN, note précitée sous Paris 11 févr. 1969, J.69.918.

(6) La raison en serait que le débiteur cédé est censé mieux connaître la loi de son domicile que les autres lois. C'est confondre la connaissance de la loi applicable avec son contenu. L'application de la loi du domicile du débiteur cédé peut n'être d'aucune utilité si elle ne contient aucune disposition spécifique. De surcroît, le débiteur cédé connaît en principe tout aussi bien la loi qui régit son engagement, soit la loi de la créance cédée.

(7) Ce qui est le cas de l'article 1690 C. civ. Doutant de l'admission de l'équivalence des formalités, v. G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations* , t. II, *Le régime* , Sirey, 1989, n° 272 ; *contra* , v. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation* , LGDJ., 2ème éd., 1988, n° 348.

conférée par la loi de son domicile soit moindre que celle que lui octroie la loi de son engagement ! En réalité, l'idée de protection menée jusqu'à son terme devrait conduire à offrir au débiteur cédé une **option** de compétence entre la loi de son domicile et la loi régissant son engagement, ce qui a été le cas, par le passé, de la prescription extinctive (1).

612.- En troisième lieu, le domicile du débiteur cédé serait plus facile à connaître que d'autres rattachements (2), ce qui rejoint les considérations fondées sur la protection du crédit public et des intérêts des tiers. Cette justification nous semble erronée. En effet, on ne voit pas en quoi le domicile du débiteur cédé serait plus facile à connaître que celui du cédant, auquel aboutit la compétence de la loi de la créance cédée. Et il n'est d'aucune utilité en présence de cession de créances futures ou de paquets de créances (3).

613.- En quatrième et dernier lieu, "*le débiteur cédé [serait] l'instrument de la publicité*" (4), de sorte que la loi de son domicile devrait régir les conditions d'opposabilité de la cession de créance. L'argument nous semble non seulement erroné, mais aussi et surtout dangereux par l'illusion qu'il entretient. Erroné, car les formalités organisant l'opposabilité de la cession de créance ne constituent pas une mesure de publicité au sens technique du terme (5), mais ont simplement pour objet d'informer le débiteur cédé de l'existence de la cession, ce qui la lui rend opposable. Une information efficace est d'ailleurs susceptible d'être organisée autre part qu'au

(1) Cass. 31 janvier 1950 *Banque de Pétrograd*, D.50.216 note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, S.50.1.121 note J.-P. NIBOYET, JCP.50.II.5541 note A. WEILL, R.50.415 note R. LENOAN. V. *infra*, n° 743.

(2) V. Ph. MALAURIE, *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques*, n° 72.

(3) V. *supra*, n° 608 note 5.

(4) V. Ph. MALAURIE, *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques*, n° 72.

(5) La publicité est abstraite et générale. La signification de l'article 1690 C. civ. est faite à personne dénommée. Ce n'est donc pas une mesure de publicité. V. V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse, Paris I, 1974, n° 398 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, thèse, LGDJ., 1975, n° 214 *sq.* ; B. AUDIT, obs. précitées sous Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178 ; M. DIENER, note sous Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, J.85.664 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, note sous Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, R.87.351 ; Ch. LARROUMET, note sous Paris 11 févr. 1969, D.70.522.

domicile du débiteur cédé (1). M. B. Petit a écrit en ce sens que confier au débiteur cédé la centralisation des renseignements concernant la créance cédée est surprenant et largement illusoire (2). L'argument fondé sur l'idée de publicité est également dangereux, car il ne pèse sur le débiteur cédé aucune obligation d'informer les tiers (3), même en matière de cession simplifiée, quand bien même, selon certains auteurs, la bonne foi devrait être essentielle (4).

614.- En somme, l'analyse des fondements de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé a permis de critiquer son bien-fondé. Il nous semble, en réalité, que la nécessaire protection du crédit public sera satisfaite dès lors que les intérêts du débiteur cédé seront eux-mêmes sauvegardés. La protection du débiteur cédé est tributaire de deux éléments, l'intangibilité de sa situation - le cessionnaire ne peut exiger du cédé davantage que ce à quoi avait droit le cédant -, et la volonté d'éviter les doubles paiements - le paiement de la créance réalisé de bonne foi délivre le débiteur cédé de son obligation, quand bien même le prix en aurait été réglé entre les mains du cédant, et non du cessionnaire -.

Seule la loi de la créance cédée peut assurer l'intangibilité de la situation du débiteur cédé, par cela seul qu'elle régit son engagement. Elle fait obstacle à une modification du contenu des droits et obligations du débiteur cédé. Déclarée applicable à l'opposabilité de la cession envers le débiteur cédé, elle aura à connaître des conditions et formalités que l'information adressée au débiteur cédé doit remplir (5). D. Holleaux considérait que le seul critère devrait être que l'information soit suffisante (6). Or, le contenu des droits nationaux n'est pas identique, les divergences portant principalement sur l'exigence d'une signification par acte extra-judiciaire.

(1) V. D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 27.

(2) V. B. PETIT, note sous Cass. 26 févr. 1985 *Soc. Soprel*, JCP.86.II.20607.

(3) V. Trib. com. Paris 26 mars 1985, RTDCom.85.799 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, D.85.IR.334 obs. M. VASSEUR.

(4) V. W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, spéc. p. 417 sq.

(5) *Comp.* avec l'article 12 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 : “*La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur*”.

(6) V. D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 27.

Aussi est-il nécessaire de s'interroger sur la transposition des dispositions de l'article 1690 du Code civil sur le plan international.

615.- Quels que soient les fondements de l'article 1690 du Code civil (1), les critiques de droit interne qui lui ont été adressées (2), l'évolution de la notion de cession de créance, qui ne réalise plus seulement le transfert de l'émolument, mais aussi celui d'un ensemble de qualités, la prise en compte des besoins du commerce international, et l'adaptation nécessaire entraînée par l'internationalisation d'une institution, militent pour la mise à l'écart des dispositions de l'article 1690 C. civ. et l'admission de l'équivalence des formalités sur le plan international.

616.- L'admission de l'équivalence des formalités en droit international privé peut d'abord prendre appui sur une jurisprudence traditionnelle qui dispense le cessionnaire de respecter l'article 1690 C. civ. dans deux cas : soit que le cessionnaire ait délivré une assignation en paiement de la créance cédée (3), soit que le paiement n'entraîne aucun grief à un droit advenu depuis la naissance de la créance (4). Cette jurisprudence aboutit à un résultat paradoxal : en l'absence de signification de la cession, le débiteur cédé ne peut s'en prévaloir pour opposer au cédant le paiement qu'il aurait fait au cessionnaire (5), sauf à réserver l'hypothèse du grief advenu à un droit depuis la naissance de la créance. En revanche, l'admission de l'équivalence des formalités autorise le cessionnaire à se prévaloir de la cession pour agir à l'encontre du débiteur cédé, en

(1) Ensaisinement du débiteur cédé ou simple information ; v. A. RIEG, *Rép. Dalloz, Droit civil*, v° *Cession de créance*.

(2) Le texte serait en ruine compte tenu de l'élargissement des formalités équipollentes ; le non respect de ses dispositions serait presque toujours préjudiciable aux intérêts du débiteur cédé, ce qui constitue un résultat paradoxal puisque cet article a pour dessein de protéger le débiteur cédé.

(3) V. Cass. 4 mars 1931, D.33.1.73 note J. RADOUANT ; Cass. 26 févr. 1985 *Soc. Soprel*, JCP.86.II.20607 note B. PETIT.

(4) V. Cass. 4 mars 1931, D.33.1.73 note J. RADOUANT ; Paris 17 déc. 1984, D.85.IR.200 ; Cass. 26 févr. 1985 *Soc. Soprel*, JCP.86.II.20607 note B. PETIT ; v. aussi J. MESTRE, obs. RTDCiv.86.349.

(5) V. Cass. 20 juin 1938, DP.39.1.26 note A. WEILL ; Cass. 27 nov. 1944, D.45.78 ; Cass. 12 juin 1985, JCP.85.IV.292 ; J. MESTRE, obs. RTDCiv.86.349. Pour la critique de cette jurisprudence, v. Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1968, n° 52.

l'absence de toute signification. Selon M. B. Petit (1), la contradiction ainsi soulevée procède du non-respect de l'article 1690 C. civ. lui-même. Et l'on doit constater que cette jurisprudence place le débiteur cédé dans une position périlleuse, notamment dans la mesure où ce dernier doit se faire juge des griefs susceptibles de naître du paiement de la créance, avant de décider s'il peut payer entre les mains du cessionnaire (2).

En réalité, au lieu de desservir les intérêts du débiteur cédé, un assouplissement des exigences de l'article 1690 C. civ. (3) conduirait à restaurer ses droits en l'autorisant à se prévaloir de la cession à l'encontre du cédant ou du cessionnaire en l'absence même d'une signification par acte extra-judiciaire.

617.- Enfin, de nombreuses institutions de droit interne ont été adaptées en vue de leur internationalisation ou de leur mise en œuvre dans un environnement international. Les exemples abondent, que l'on songe au mariage (4), au divorce (5), à la compétence judiciaire (6), à la capacité de compromettre (7), aux successions (8), aux créances alimentaires (9), à la subrogation personnelle (10), etc. Dès lors, il n'existe aucune raison de ne pas procéder à l'adaptation des

(1) V. B. PETIT, note sous Cass. 26 févr. 1985 *Soc. Soprel*, JCP.86.II.20607.

(2) Selon H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., *Obligations*, 7ème éd., par F. CHABAS, 1985, Montchrestien, n° 1262, et B. PETIT, note précitée, il est paradoxal de faire du débiteur cédé, en principe bénéficiaire des formalités de l'article 1690 C. civ., la victime de leur non-respect.

(3) Qui pourrait consister dans le remplacement de la signification par acte extra-judiciaire par une information libre en la forme. Dès lors, le débiteur cédé pourrait se prévaloir de la cession dont il a eu connaissance, ce que ne lui permet pas en principe la jurisprudence actuelle. Inversement, et pour des raisons de preuve, le cessionnaire continuerait sans doute de notifier la cession soit par exploit d'huissier, soit par lettre en recommandé avec accusé de réception.

(4) A l'égard de la polygamie.

(5) A l'égard de la répudiation.

(6) En matière de compétence indirecte et d'exequatur.

(7) Notamment celle de l'Etat en matière d'arbitrage international.

(8) A l'égard du trust testamentaire.

(9) Cet exemple n'est pas indifférent, car il concerne la filiation d'état. Des adaptations ont pourtant été admises en matière de preuve de la filiation naturelle, de reconnaissance d'actions alimentaires détachées de l'action d'état antérieurement à 1958, d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle, et d'adoption.

(10) Notamment à l'égard des recours subrogatoires des organismes de droit public étranger.

modes d'information du débiteur cédé en matière de cession de créance internationale (1), lesquels conditionnent son opposabilité. De surcroît, d'autres droits, tel le droit allemand (2), écartent la formalité de la signification par huissier, au profit d'une notification par lettre en recommandé avec accusé de réception. Le souci d'harmonisation des législations européennes apporte ainsi une autre raison de procéder à l'adaptation des formalités prévues par l'article 1690 C. civ., et à l'adoption éventuelle d'une règle matérielle du commerce international fixant les degrés d'une information suffisante.

Déclarée compétente, la loi de la créance cédée, soit la loi du domicile du cédant, aura à régir les conditions d'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé (3). Mais grandes demeurent les incertitudes qui pèsent sur son éventuelle application à l'opposabilité de la cession aux autres tiers.

_. L'opposabilité de la cession aux tiers autres que le débiteur cédé

618.- Constituent des tiers autres que le débiteur cédé les personnes qui sont étrangères au

(1) Cette hypothèse est notamment moins grave que l'établissement de la filiation d'état, laquelle a pourtant fait l'objet d'adaptations sur le plan international.

(2) V. les articles 409 et 410 BGB. V. L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ème éd., 1961, Berlin-Francfort, § 47, p. 506 ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 28.

(3) V. en ce sens H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 536 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 28 ; V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse, Paris I, 1974, n° 398 ; Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 541 *sq.* ; B. AUDIT, obs. précitées sous Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178 ; M. DIENER, note sous Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, J.85.664 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, note sous Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, R.87.351 ; Ch. LARROUMET, note sous Paris 11 févr. 1969, D.70.522. V. aussi TGI. Strasbourg 29 juin 1960, JCP.61.II.11909 note J. C., RTDCom.61.214 obs. Y. LOUSSOUARN.

La même loi devra apprécier les conséquences attachées au défaut d'information, et notamment la possibilité du débiteur cédé d'invoquer le contrat de cession, l'opposabilité aux autres tiers du paiement volontaire effectué par le cédé, et la possibilité pour le cessionnaire d'agir en restitution des sommes versées entre les mains du mandataire du cédant.

Pour un exemple concret, v. Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, D.86.374 note M. VASSEUR, R.87.351 note M.-N. JOBARD-BACHELLIER, qui autorise le donneur d'ordre à procéder à la saisie-arrêt de la créance résultant d'un crédit-documentaire entre les mains du banquier émetteur et débiteur cédé, dès lors que la cession de créance n'avait pas été signifiée à ce dernier.

contrat de cession et à l'obligation cédée, mais qui ont un intérêt à ce que le cédant ou le cessionnaire soit créancier du débiteur cédé (1).

La détermination de la loi applicable à l'opposabilité de la cession aux tiers autres que le débiteur cédé est brouillée par les postulats mêmes qui l'entourent. En effet, dès lors qu'elle serait conduite à son terme, la volonté de protéger les intérêts des tiers devrait logiquement impliquer que l'opposabilité de la cession ne soit examinée qu'en fonction de la loi du domicile de chaque tiers. Or, il est évident que la complexité de cette solution doit la condamner irrémédiablement.

619.- Aussi, la question a-t-elle longtemps paru ne pouvoir être tranchée que par la loi du domicile du débiteur cédé (2). Etaient avancés en faveur de cette solution la protection du crédit public (3), le rôle de centralisation des informations exercé par le débiteur cédé ainsi que la détermination aisée de l'emplacement de son domicile (4).

620.- L'application de la loi du domicile du débiteur cédé présentait de plus l'avantage de réa-

(1) Cass. 4 décembre 1985 *Wendling*, Bull.civ.I.n° 336, RTDCiv.86.750 obs. J. MESTRE.

(2) V. F. SURVILLE, *La cession de créance et la mise en gage des créances en droit international privé*, J.1897.671 ; A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, Paris, 1912, 2ème éd., p. 431 ; J. VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, Paris, Fontemoing et Cie, 1914, n° 626 ; A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, Sirey, 1923, n° 371 ; E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, § 374 sq. ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1295 ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd., n° 279 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 474 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 sq. ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 425 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 sq. ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 24 ; Ch. LARROUMET, note sous Paris 11 févr. 1969, D.70.522 ; Ph. MALAURIE, *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques*, n° 72.

Contra, v. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 541 sq. ; M. DIENER, note sous Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, J.85.664 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, note sous Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, R.87.351.

(3) V. Hoge Raad 17 avr. 1964 *Escompto Bank*, J.69.978 note R. D. KOLLEWYJN ; Rouen 6 mars 1980 *Soc. Holvrieka-International*, RJC.81.193 ; Paris 27 sept. 1984 *Soc. Bituma*, D.85.IR.178 obs. B. AUDIT, J.85.664 note M. DIENER.

(4) V. Ph. MALAURIE, *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques*, n° 72.

liser une certaine unité de l'opposabilité de la cession de créance internationale. En effet, la même loi gouvernait les droits et obligations du débiteur cédé et des autres tiers à la cession.

621.- Pourtant, alors même que la compétence de la loi de la créance cédée n'était pas encore affirmée, un certain nombre de raisons existaient déjà, qui permettaient de critiquer les mérites de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé. Cette loi n'était pas nécessairement celle qui entretenait les liens les plus étroits avec la situation litigieuse. En ce sens, d'autres lois ont une certaine vocation à appréhender l'opposabilité de la cession aux autres tiers, telle la loi du banquier cessionnaire qui entend agir en restitution des deniers de la créance auprès du mandataire du cédant, ou la loi du banquier réceptionnaire des fonds en ce que ceux-ci ont été virés sur un compte ouvert dans ses écritures, et surtout la loi de la créance cédée, notamment parce que la difficulté affecte les causes de son extinction.

622.- En dépit de ces différents arguments et des positions prises par une partie de la doctrine (1), la jurisprudence continue de soumettre à la loi du domicile du débiteur cédé la question de l'opposabilité de la cession aux autres tiers. Il est certain que l'application traditionnelle de cette loi à l'opposabilité de la cession au débiteur cédé contribue à son extension aux rapports avec les autres tiers. Ainsi, selon J.-P. Niboyet (2), l'ensemble des questions se polarise autour de la personne du débiteur cédé. Mais ainsi que l'avait fait observer D. Holleaux (3), les motifs d'application de la loi du domicile du débiteur cédé sont rarement exposés par la jurisprudence.

(1) V. Ph. FOUCHARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale*, RJC. févr. 1984.68, qui, d'une part, estime que le banquier cessionnaire ne peut compter sur une application privilégiée de sa propre loi, mais qui, de l'autre, considère que l'arrêt de Paris 11 févr. 1969, J.69.918 note Ph. KAHN, R.70.459 note R. DAYANT, D.70.552 note Ch. LARROUMET, a soumis à la loi de la créance cédée, et non à la loi du domicile du débiteur cédé, la question de l'opposabilité de la cession aux tiers autres que le débiteur cédé.

(2) J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1295.

(3) D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 20 sq. ; *comp.* avec A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 137 et 138.

Il nous semble pourtant qu'il existe deux bonnes raisons permettant de douter du maintien dans l'avenir de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé. La première est liée à la Convention de Rome du 19 juin 1980, la seconde, à la définition de la notion de tiers à la cession de créance.

623.- L'article 12 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 a condamné la jurisprudence classique qui soumettait l'opposabilité de la cession au débiteur à la loi de son domicile. En effet, la compétence est expressément attribuée à la loi de la créance cédée (1). Et bien que ce texte n'ait rien prévu à l'égard de l'opposabilité de la cession aux autres tiers, il est possible d'en tirer deux arguments pour la condamnation de l'application de la loi du domicile du débiteur cédé. D'une part, l'article 16 de l'avant-projet soumettait l'ensemble des questions posées par l'opposabilité de la cession à la seule loi de la créance cédée (2), de sorte que l'actuel article 12 contient de manière potentielle l'application de la loi de la créance cédée à l'opposabilité de la cession aux autres tiers. D'autre part, lorsque la Convention de Rome entrera en vigueur, le maintien de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé entraînerait le dépeçage de l'opposabilité de la cession, ce qui serait une solution malencontreuse et injustifiée.

624.- Ensuite, la définition de la notion de tiers à la cession, que la Cour de cassation a posée dans son arrêt *Wendling* du 4 décembre 1985 (3), milite en faveur de la compétence de la loi de la créance cédée. Selon cet arrêt, est tiers à la cession celui qui a un intérêt à ce que le cédant

(1) V. *supra*, n° 614 note 4.

(2) L'article 16 énonçait : *“La loi qui régit la créance originaire détermine le caractère transférable de celle-ci ainsi que les rapports entre cessionnaire et débiteur, et les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et aux tiers ”* (texte in RTDE.73.212). V. P. LAGARDE, *Examen de l'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, TCFDIP.1971-1973, p. 147 ; H. BATIFFOL, *Projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, RTDE.75.181 ; R. VANDER ELST, *Projet de convention CEE. sur la loi applicable. Obligations non contractuelles*, RTDE.75.187.

(3) Cass. 4 décembre 1985 *Wendling*, Bull.civ.I.n° 336, RTDCiv.86.750 obs. J. MESTRE. soit encore créancier du débiteur cédé (1). Cette définition met ainsi nettement l'accent sur la personne du cédant. La notion de tiers est strictement délimitée, elle n'englobe pas automatiquement ceux qui ne participent pas à l'acte de cession ; encore faut-il qu'ils présentent un lien d'intérêt à l'encontre du cédant. Ainsi que le note M. J. Mestre (2), *“dans cette acception du mot tiers seront donc notamment protégés les ayants cause à titre particulier du cédant, qui auraient acquis des droits sur la créance cédée et qui se seraient, eux, conformés aux exigences légales pour les conserver ... , et les créanciers du cédant qui auraient pratiqué une saisie-arrêt entre les mains du débiteur cédé antérieurement à l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil ”*.

625.- On comprend que la notion d'opposabilité n'a de sens et de portée qu'à l'encontre de ceux qui méritent la qualification de tiers au sens de l'article 1690 C. civ. De sorte qu'on devrait logiquement s'interroger préalablement sur la loi applicable à la qualification de tiers, avant même de chercher la loi qui doit gouverner l'opposabilité de la cession. Il semble, à la lumière de l'arrêt du 4 décembre 1985, que la loi à même de préciser si le cédant est encore créancier du débiteur cédé est la loi de la créance cédée (3), soit la loi du domicile du cédant. Il en résulte que la qualification de tiers à la cession doit être menée à la lumière de la loi du domicile du cédant. La définition résultant de l'arrêt du 4 décembre 1985 montre aussi que la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé serait par trop périphérique.

Ce n'est qu'une fois précisée la qualité de tiers à la cession que la question de l'opposabilité de la cession pourra être envisagée. Or, il n'est pas douteux que ces deux points sont étroite-

(1) *“Vu l'article 1690 C. civ. ; attendu qu'il résulte de ce texte que ne sont des tiers, au sens de ce texte, que ceux qui, n'ayant pas été parties à l'acte de cession, ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier ”.* Cet arrêt donne ainsi une définition limitative des tiers à la cession de créance.

(2) Observations précitées, RTDCiv.86.750. La préférence est ainsi donnée aux créanciers du cédant.

(3) Bien que l'hésitation soit permise avec la loi du contrat de cession, la loi de la créance cédée doit être préférée en ce qu'elle gouverne la possibilité même de transmettre la créance. V. *supra*, p. 435 note 2. Cependant, le débiteur de la prestation caractéristique du contrat de cession est également le cédant, de sorte que l'application de la loi du contrat de cession, en l'absence de choix par les parties, conduirait également à l'application de la loi du domicile du cédant.

ment dépendants l'un de l'autre (1). Aussi paraît-il rationnel d'étendre la compétence de la loi de la créance cédée aux modes d'opposabilité de la cession aux tiers, puisque c'est d'elle que dépend la définition préalable de la notion de tiers.

En somme, le système proposé reprend-il la solution initialement posée par l'article 16 de l'avant-projet de convention C.E.E. sur les obligations contractuelles et extra-contractuelles. Il présente le mérite de permettre une unité de rattachement et d'éviter tout fractionnement de la compétence législative, tout en réalisant l'intangibilité de la situation du débiteur cédé.

La détermination de la loi applicable à l'opposabilité de la cession nous amène alors à préciser l'étendue du domaine de la loi de la créance cédée.

2. L'étendue du domaine de la loi de la créance cédée

L'étude du sort des accessoires de la créance cédée étant réservée ultérieurement (2), la délimitation du domaine de la loi de la créance cédée appelle des observations spécifiques à l'égard de l'appréciation de la cause de la cession et de son incidence sur les conflits de juridictions.

_. L'appréciation de la cause

626.- La notion de cause intervient à un double égard. En effet, aussi bien la créance cédée que le contrat de cession doivent avoir une cause licite. Selon D. Holleaux (3), les lois en présence doivent être appliquées de manière distributive : à la loi de la créance cédée revient le soin

(1) Exemple : Soit la cession d'une créance de somme d'argent. Mais le cessionnaire ne l'a pas notifiée au débiteur cédé. Survient une personne qui entend saisir-arrêter la créance litigieuse. Elle ne pourra cependant pas prétendre que la cession lui est inopposable pour non-respect des formalités de l'article 1690 C. civ., si elle ne correspond pas à la définition de tiers posée par la Cour de cassation.

(2) V. *infra*, n° 693 *sq.*

(3) D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 10.

d'apprécier la cause de la créance ; à celle du contrat de cession, l'analyse de la cause de la cession elle-même. Certaines difficultés sont cependant susceptibles d'apparaître lorsque les lois en présence retiendront une conception divergente de la cause de l'obligation, ce qui sera le cas d'une créance dont la loi exige une cause licite, mais qui est transmise en vertu d'un acte qualifié d'abstrait par la loi qui le gouverne. La question dès lors consiste à savoir dans quelle mesure la loi de la créance cédée peut neutraliser la validité du contrat de cession.

En considération du principe d'intangibilité de la situation du débiteur cédé, la loi de la créance cédée doit primer sur les autres rattachements. La cession de créance ou la modification de la loi applicable ne peuvent alourdir les engagements pris par le débiteur cédé sans son accord (2). Ainsi, en matière d'effet de commerce, le tiré n'est lié par le droit cambiaire qu'à la condition d'accepter le titre qui lui est présenté au paiement, et son engagement reste soumis à la loi du lieu de paiement (3), et non à la loi du lieu d'endossement du titre (4).

_. L'incidence de la cession sur le conflit de juridictions

627.- En considération des dangers que représente pour le débiteur la cession de la créance (5), il semble rationnel de soumettre à la loi de la créance cédée l'appréciation des privilèges de juridiction (6). Pourtant, la jurisprudence décidait traditionnellement que le cessionnaire ou le

(1) De même, en matière d'endossement d'une lettre de change, la validité de l'obligation préalable, cause de la provision de la lettre de change, est soumise à une loi propre. V. *supra*, n° 328.

(2) V. en ce sens l'article 145 de la loi suisse du 18 décembre 1987, selon lequel la clause *d'electio juris* n'est « opposable » au débiteur cédé qu'à la condition qu'il l'accepte. Il en va différemment lorsque l'engagement du débiteur cédé obéit lui-même au principe d'inopposabilité des exceptions, ce qui est le cas du droit du change.

(3) V. *supra*, n° 56 et 61. V. l'article 4 de la Convention de Genève du 7 juin 1930.

(4) V. *supra*, n° 530 *sq.*

(5) *Comp.* avec le **retrait litigieux** qui permet au débiteur cédé de racheter auprès du cessionnaire la créance cédée, non pour son montant nominal, mais au prix payé par le cessionnaire, dès lors qu'un litige existe entre le cédant et le cédé. V. les articles 1699 à 1701 C. civ.

(6) V. en ce sens E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. I, Montchrestien, 1930, § 140, en considération de l'adage *Nemo plus juris*. V. aussi Paris 1er mars 1856, S.1857.2.107 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 38.

subrogé de nationalité française d'un cédant ou d'un subrogeant de nationalité étrangère pouvait se prévaloir des privilèges de juridiction institués par les articles 14 et 15 du Code civil (1). L'origine (2) et la nature des droits (3) étaient indifférentes. Seule était prise en compte la nationalité de l'ayant cause à titre particulier du cédant (4).

Cependant, cette jurisprudence a subi un net infléchissement depuis un arrêt *Société Garret* rendu par la Cour de cassation le 24 novembre 1987 (5). Le revirement opéré par cet arrêt est heureux en ce que deux griefs pouvaient être adressés à la solution traditionnelle. D'une part, il était inopportun de modifier l'équilibre que les parties s'étaient initialement fixé. Mais cet argument n'a de sens qu'en matière contractuelle (6). D'autre part, la seule considération de la nationalité du cessionnaire ou du subrogé, indépendamment de toute référence au rapport de droit initial, ne correspondait plus à l'approche moderne de la cession de créance, qui transfère

(1) V. Cass. 21 mars 1966 *Cie La Métropole*, D.66.429 note Ph. MALAURIE, JCP.66.II.14646, J.67.380 note J.-D. BREDIN, R.66.670 note A. PONSARD. La même solution a été consacrée aux Pays-Bas. V. Hoge Raad 8 juill. 1940, N.J.1940.959.

Cette solution a reçu l'approbation de J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. VI, Sirey, n° 1734 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 299 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 672 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 38 et 41.

Pour une critique de cette solution, v. G. A.-L. DROZ, *Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français*, R.75.1, spéc. p. 11 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 312 sq.

(2) V. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 404 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 40.

(3) Que le droit soit propre (stipulation pour autrui, action directe, action paulienne) ou dérivé. V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 46-48.

(4) V. G. A.-L. DROZ, *op. cit.*, R.75.1, et les réserves formulées, l'auteur n'acceptant la solution que pour la subrogation légale, mais non conventionnelle ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 49. V. aussi Cass. 16 janv. 1973, R.75.92.

(5) V. Montpellier 2 mai 1985 *Soc. Garret*, R.87.108 note G. A.-L. DROZ ; Cass. 24 nov. 1987 *Soc. Garret*, R.88.364 note G. A.-L. DROZ, J.88.793 note E. LOQUIN, RTDCiv.88.544 obs. J. MESTRE, JCP.89.II.21201 note P. BLONDEL et L. CADIET : "Le cessionnaire français d'une créance n'est pas en droit de se prévaloir des dispositions de l'article 14 C. civ. lorsque cette créance fait l'objet d'un litige devant un tribunal étranger saisi par le cédant, ou dont le cédant a accepté la compétence".

(6) Il ne concerne donc ni la subrogation légale ni les créances délictuelles. Selon E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. I, Montchrestien, 1930, § 139 et 140, G. A.-L. DROZ, R.75.1, spéc. p. 9, et H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. 25 nov. 1986 *Siaci*, R.87.396, on devrait tenir compte de la nationalité du cessionnaire en matière extra-contractuelle (exemple : le cas d'un assureur subrogé dans les droits de la victime d'un accident).

l'émolument et un ensemble de qualités (1).

628.- Il importe néanmoins de préciser la portée exacte de l'arrêt du 24 novembre 1987. Deux éléments de fait viennent en relativiser le sens. La Cour de cassation prend soin, en effet, de relever que le cédant avait entamé une procédure judiciaire à l'étranger, et qu'il avait cédé la créance afin de frauder les droits du débiteur cédé en l'attirant devant une juridiction à la compétence de laquelle ce dernier ne pouvait s'attendre. Il n'en demeure pas moins que le double effet négatif et positif (2) attaché à la cession de créance sur la compétence judiciaire a été paralysé, ce qui constitue une solution heureuse.

629.- En définitive, l'arrêt du 24 novembre 1987 tendrait à transformer les exceptions antérieures en composantes de la règle nouvelle. En effet, deux causes existaient traditionnellement, qui permettaient de faire obstacle à la mise en œuvre des articles 14 et 15 du Code civil. D'une part, la stipulation d'une clause attributive de juridiction (3) ou d'une clause compromissoire (4) fait échec à la mise en œuvre des privilèges de juridiction au nom du respect des prévisions contractuelles. De l'autre, il était déjà admis que la fraude privait la cession de créance de tout effet sur le plan de la compétence judiciaire (5). Mais il s'agit là de l'application d'un principe

(1) V. *supra*, n° 585 *sq.*

(2) La compétence judiciaire ne s'apprécie pas *rationae materiae* ; la substitution de compétence s'opère *rationae personae*.

(3) V. Cass. 9 avr. 1935, J.36.598, R.36.168 ; Cass. 25 nov. 1986 **Siaci**, R.87.396 note H. GAUDEMET-TALLON, RTDCiv.87.547 note J. MESTRE, qui écrit que la solution exprime "l'idée que le subrogeant ne recueille pas seulement une créance, mais qu'il pénètre aussi dans un contrat". V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 125 et 129. Cette solution est critiquée par Ph. MALAURIE, note précitée D.66.429, et A. PONSARD, note précitée R.66.670.

(4) V. Cass. 12 juill. 1950, J.50.1206 note B. GOLDMAN, R.52.509 note Ph. FRANCESKAKIS ; Sentence CCI., J.82.991 obs. Y. DERAIS. V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 134.

(5) La fraude consiste à organiser une cession de créance fictive afin de faire échapper le débiteur cédé à la compétence de son juge naturel. V. Ph. MALAURIE, note précitée D.66.429 ; A. PONSARD, note précitée R.66.670 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 41. Avant l'arrêt du 24 novembre 1987, M. G. A.-L. DROZ, note sous Montpellier 2 mai 1985 **Soc. Garret**, R.87.108, spéc. n° 14, avait proposé, afin d'élargir le nombre des exceptions à l'application des articles 14 et 15 C. civ., de distinguer entre *for de jugement* et *for de raisonnement*. Selon cette distinction, lorsqu'il paraît par trop étranger au litige, le juge saisi devrait raisonner selon les règles du for approprié, et non selon les siennes. Cette idée évoque à la fois la théorie du *double renvoi* de A.V. DICEY, et le principe de proximité, susceptible d'application en matière de compétence judiciaire.

général, qui n'est pas spécifique des cessions de créance.

630.- L'évolution de la jurisprudence contribue en même temps à estomper l'opposition qui existait entre nationalité et domicile en matière de privilèges de juridiction mis en œuvre dans le cadre d'une cession de créance, dans la mesure où la loi de la créance cédée - soit la loi du domicile du cédant - est désormais susceptible de primer sur la nationalité du cessionnaire.

L'étude de l'incidence des transmissions de créance sur les conflits de juridictions a montré que les cessions et la subrogation personnelle étaient traitées de manière voisine. Aussi paraît-il nécessaire de procéder à leur comparaison sous l'angle du domaine de la loi de la créance transmise.

3. Cession de créance et subrogation personnelle

631.- Les principes dégagés en matière de cession de créance ont vocation à inspirer ceux qui sont applicables à la subrogation personnelle. Notamment, doivent être transposées à la subrogation personnelle les solutions relatives à l'opposabilité de la cession de créance (1). Deux catégories de recours subrogatoires peuvent être distinguées. Alors que la subrogation conventionnelle obéit au principe de la loi d'autonomie (2), la subrogation légale jouit d'un rat-

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 610 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 383 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 51 ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 20 *sq.* ; Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring*, n° 12 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 28 *sq.* ; J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 99.

Contra, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 686.

(2) V. l'article 13 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

tachement propre, qui est celui de l'institution pour le fonctionnement de laquelle elle a été prévue (1). Toutefois, la dualité de rattachement n'est que relative. D'une part, un certain nombre de questions sont tranchées par la loi de la créance, que la subrogation soit légale ou conventionnelle. De l'autre, dans nombre de cas, la loi de la subrogation coïncidera avec la loi de la créance. Il est ainsi possible d'opposer au domaine invariable de la loi de la créance un domaine variable.

632.- La délimitation précise du domaine de la loi de la créance paraît d'autant plus utile que la subrogation personnelle connaît un succès important dans le commerce international, notamment par le biais de l'affacturage (2), dans la mesure où la transmission de la créance est opposable sans qu'il soit nécessaire de recourir aux formalités de l'article 1690 C. civ. (3).

_. Domaine invariable de la loi de la créance transmise

633.- Conformément aux solutions dégagées en matière de cession de créance, relèvent de la loi de la créance transmise la possibilité même de la transmettre et les relations entre le *solvens*

(1) Ceci revient à admettre **l'autonomie** de la subrogation légale. V. Paris 18 juin 1969 et Cass. 17 mars 1970, J.70.923 note G. DE LA PRADELLE, R.70.688 note P. LAGARDE ; Cass. Belgique 23 oct. 1969, R.70.692 note P. LAGARDE ; v. aussi Cass. 19 mars 1973, J.74.132 note J. BIGOT ; Trib. civ. Athènes 12257 / 1974, J.81.95 note Ph. DRAKIDIS. V. l'article 146 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

V. H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 52 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, thèse, Economica, 1986, n° 244 *sq.*

Contra, v. J.-P. NIBOYET, note S.34.2.49 ; Maastricht 28 mai 1964, J.69.988 note R. D. KOLLEWYJN.

(2) V. Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring*, n° 12 ; J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 99 ; S. PISAR, *Aspects juridiques du factoring international*, B.70.251.

La subrogation personnelle est également appliquée au **crédit-fournisseur**. V. M. VASSEUR, *Droit et économie bancaires*, Les Cours du droit, 1983-1984, p. 914 ; Cass. 15 mars 1983, JCP.83.IV.170. Cependant, la clause de réserve de propriété réduit l'intérêt du crédit-fournisseur. V. D. OHL, *La clause de réserve de propriété mobilière et son opposabilité à la masse en droit français*, DPCI.80.587.

(3) V. l'article 1250-1 C. civ. Au contraire de la cession de créance, la subrogation personnelle n'est pas spéculative.

et le débiteur cédé (1). Il ne semble pas concevable d'admettre la transmission de la créance alors que la loi qui la régit s'y oppose. Il en est ainsi notamment en matière de recours subrogatoire des tiers payeurs, qui ne peuvent être subrogés dans les créances de la victime à caractère forfaitaire (2). Et la compétence de la loi de la créance transmise à l'égard des relations entre le *solvens* et le débiteur cédé est justifiée par le principe d'intangibilité de la situation de ce dernier (3).

_. Domaine variable de la loi de la créance transmise

634.- Le domaine variable de la loi de la créance correspond en réalité aux hypothèses dans lesquelles cette loi coïncide avec la loi de la subrogation personnelle. Il en sera d'abord ainsi lorsque les parties auront omis de choisir la loi applicable à la subrogation personnelle (4). L'application de la loi de la créance transmise à la subrogation conventionnelle permet de la sorte l'unité de compétence législative, puisque les relations entre le subrogeant et le subrogé d'un côté, et le subrogé et le débiteur cédé de l'autre, obéissent à une même loi. Cette unité risque

(1) V. *supra*, n° 601. V. D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Cession de créance*, n° 20 *sq.* V. Paris 15 mars 1983, J.84.143 note A. JACQUEMONT.

(2) V. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, D.87.97. V. aussi P. LAGARDE, note précitée, R.70.688.

(3) V. Paris 15 mars 1983, J.84.143 note A. JACQUEMONT. Si la **notification** adressée au débiteur par le subrogé est ambiguë, le cédé se libère valablement entre les mains du subrogeant. V. l'article 1240 C. civ.

La validité et le caractère libératoire du paiement effectué par le débiteur relèvent de la loi de la créance transmise. V. Cass. 6 mai 1968, GP.68.2.243 ; Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Factoring*, n° 13 *sq.* Pour ce motif également, la forme de la notification doit relever de la loi de la créance transmise.

(4) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 610 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 383 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Obligations*, n° 51 ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Cession de créance*, n° 20 *sq.* ; Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Factoring*, n° 12 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 27 *sq.* ; J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 99. V. aussi l'article 146 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

La règle est la même qu'en matière de contrat de cession de créance. V. *supra*, n° 601.

cependant de voler en éclat si le subrogé est un banquier qui entend se prévaloir de sa propre loi, et dont l'établissement est situé sur un territoire différent de celui du subrogeant (1).

635.- Ensuite, la loi de la créance transmise coïncidera avec la loi de la subrogation légale lorsque le recours sera exercé par un codébiteur *solvens* ou par le tiers payeur ayant indemnisé la victime d'un accident (2). Ainsi que l'a écrit M. G. de la Pradelle (3), la jurisprudence consacre la compétence de la loi de la créance transmise "*lorsque la fonction de la subrogation est d'aménager les relations des parties au lien obligatoire initial*". Or, il n'est pas douteux que les deux hypothèses mentionnées correspondent aux recours les plus fréquents à la subrogation légale (4), de sorte que la loi de la créance transmise sera appelée à s'appliquer fréquemment.

Une fois compétente, la loi de la créance, en tant que loi de la subrogation, aura à préciser les conditions de la subrogation (5), sa portée (6), et l'incidence de la faute ou de la négligence du *solvens* sur l'étendue de l'effet translatif attaché au paiement subrogatoire (7).

En définitive, il est incontestable que la cession de créance civile demeure une institution qui se prête difficilement au conflit de lois, en raison des exigences spécifiques entourant son opposabilité, et qui ont conduit, jusqu'à présent, à l'éclatement de la compétence législative dû à l'irruption intempestive de la loi du domicile du débiteur cédé. En comparaison, la subrogation personnelle fait l'objet d'un traitement unitaire grâce à la compétence étendue de la loi de la cré-

(1) V. Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring*, n° 12 ; J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 99.

(2) En ce sens, v. A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, n° 323 ; P. LAGARDE, note précitée, R.70.688 ; G. DE LA PRADELLE, note précitée J.70.923. V. l'article 144 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

(3) V. note précitée.

(4) V. en ce sens, P. LAGARDE, note précitée, R.70.688.

(5) Et notamment la date du paiement. Sur la question des appels en garantie d'un assureur par un coobligé, v. H. GROUDEL, *Réflexions sur la subrogation anticipée en matière d'accidents de la circulation routière*, D.87.chron.283.

(6) Sur la transmission des accessoires de la créance, v. *infra*, n° 693 *sq.*

(7) Pour un exemple en droit interne, v. J. MESTRE, obs. RTDCiv.84.718.

ance transmise. Un tel constat explique certainement le succès de la subrogation personnelle en tant que rouage des techniques commercialistes de transmission de créances. Il permet également de comprendre l'importance revêtue par les modes de cessions simplifiés.

(b).- LES CESSIONS SIMPLIFIÉES

636.- Bien qu'elles obligent à examiner les mêmes questions que les cessions de créance civile (relations *inter partes*, transmissibilité de la créance, opposabilité de la cession), les cessions de créance simplifiées s'en distinguent à trois égards : le cessionnaire est un établissement de crédit ; la cession a pour objet des créances professionnelles, commerciales ou civiles, qui sont transmises par paquet ; les formes sont adaptées aux besoins de la vie des affaires (célérité, simplicité, et, en principe, sécurité).

637.- Tout d'abord, le cessionnaire est un établissement de crédit (1). La cession simplifiée constitue un substitut à l'escompte, une opération de refinancement (2), ou une garantie attribuée au banquier en contrepartie du crédit qu'il a consenti à l'entreprise cédante (3). Mais la présence de l'établissement de crédit risque d'exercer une certaine influence sur les rattachements, dans la mesure où les juges ont tendance à faire application de la loi de son siège à défaut de choix de la loi par les parties (4).

(1) V. l'article 1 de la loi *Dailly* du 2 janvier 1981.

(2) V. en ce sens M. VASSEUR, *L'application de la loi Dailly*, D.82.chron.272, et *Les garanties indirectes du banquier en droit interne*, RJC.82, févr., p. 104.

(3) V. l'article 1-1 de la loi du 2 janvier 1981 : "*Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée*". La cession est alors fiduciaire. V. Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1981, et *La fiducie-sûreté en droit français*, RJC. février 1982, p. 67. V. aussi D. SCHMIDT et Ph. GRAMLING, *La loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises*, D.81.chron.218 ; J. STOUFFLET et Y. CHAPUT, *L'allégement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit*, JCP.81.I.3044 ; J. HEMMELÉ et O. VANGASSE, *Réflexions sur les apports de la loi du 24 janvier 1984, dite loi bancaire, à la loi du 2 janvier 1981*, B.84.291.

(4) V. F. BONELLI, *La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires*, RDAI.85.389.

638.- Ensuite, la cession a pour objet des créances professionnelles qui, le plus souvent, sont transmises par groupes, par paquets. Limitée aux créances présentes lorsqu'elle permet le refinancement d'une opération commerciale, la cession englobe les créances présentes et futures lorsqu'elle est la contrepartie du crédit octroyé au cédant par la banque.

639.- La transmission par bordereau *Dailly* assure par exemple celle des créances qui sont mentionnées dans le récapitulatif qui l'accompagne. Elle constitue l'aboutissement de plusieurs tentatives visant à doter la France d'un substitut à l'escompte (1). De même, l'affacturage (2) ou certaines conventions-cadre permettent de transmettre des groupes de créances (2). L'utilité de ces procédés est telle que de nombreux droits étrangers connaissent également des techniques de cessions simplifiées assurant le transfert de paquets de créances, tels le Luxembourg (4), l'Allemagne et la Suisse (5), la Belgique (6), les U. S. A. (7).

640.- Les avantages procurés par ces techniques sont la simplicité et la célérité. Simplicité en

(1) Telles que la facture protestable (sur laquelle, v. *supra*, n° 65 *sq.*), les récapitulatifs de créances, les techniques de mise à disposition de créances ; v. M. VASSEUR, *Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire*, B.70.355, et *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTDCom.77.1.

(2) V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Le contrat dit de « factoring »*, JCP.66.I.2044.

(3) V. Evreux 11 juill. 1982, RJC.83.31 note X. V., B.84.363 note L.-M. MARTIN ; TGI. Strasbourg 17 sept. 1986, B.87.195 note J.-L. RIVES-LANGES ; Cass. 27 nov. 1985, RTDCiv.86.752 obs. J. MESTRE.

(4) V. Cl. WITZ, *Un texte exemplaire : le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédits*, DPCI.84.139.

(5) V. S. JOLLY, *Un procédé original de cession de créances en droit allemand, la Mantelzession*, B.75.277 ; R. SERICK, *Opération de virement et clauses de paiement dans la pratique allemande de la garantie des crédits*, DPCI.76.449 ; M. PÉDAMON, *La réserve de propriété en droit allemand et en droit français*, RJC. février 1982, p. 57 ; D. BEN ABDERRAHMANE, *Les contrats d'exportation de l'entreprise française et le droit allemand des sûretés*, DPCI.87.129 ; v. aussi le Manuel de financement des exportations du Crédit suisse, p. 18.

(6) V. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial belge*, 2ème éd., 1976, t. IV, Bruylant, n° 2571. Le droit belge (loi du 15 octobre 1919, modifiée par une loi du 31 mars 1958), écarte toute exigence de signification par huissier.

(7) L'*Uniform commercial Act* écarte les exigences de signification du transfert lorsque les créances sont transmises à une banque ou à un établissement financier, à condition que les créances soient commerciales, et liées au crédit octroyé au cédant par la banque mobilisatrice. V. G. GARVY, *Le mécanisme de l'escompte aux USA.*, B.69.875.

ce qu'il n'est pas utile d'établir autant de bordereaux que de créances cédées. Le droit devient ici un droit de masse, de par le volume de créances qu'il est nécessaire de traiter. Célérité en ce qu'une cession suffit à transmettre un ensemble de créances, présentes ou à naître d'une même relation d'affaires, sans pour autant que soit rendue obligatoire la réitération des volontés à chaque transfert ultérieur (1).

Mais la simplicité des solutions requises par tout droit de masse est rendue incertaine en raison de la dimension internationale de l'opération. Plusieurs facteurs sont en effet susceptibles de venir perturber l'exécution du transfert, qu'il s'agisse de l'éloignement des parties, de la pluralité des lois en conflit, de la diversité du contenu des droits nationaux. Ceci explique d'une certaine manière la primauté que la lettre de change internationale a su garder en raison de l'existence de la Convention de Genève du 7 juin 1930. L'adoption le 28 mai 1988 de la Convention d'Ottawa portant règles matérielles de l'affacturage international devrait contribuer à l'essor de ce dernier, et dispenser les sociétés d'affacturage d'établir des conventions dites *interfactor* afin de contourner le conflit de lois (2).

641.- De surcroît, l'objet spécifique de ce type de cession entraîne des difficultés nouvelles qui viennent s'ajouter à celles des cessions de créances civiles, telles que l'individualisation des créances actuelles et futures, le datage et la forme du bordereau récapitulatif, l'organisation de l'opposabilité de la cession (3), alors que les débiteurs cédés sont multiples et, probablement, localisés sur des territoires différents.

(1) V. l'article 5-b de la Convention d'**Ottawa** du 28 mai 1988 sur l'affacturage international : *“Une clause du contrat d'affacturage en vertu de laquelle des créances futures sont cédées opère leur transfert au cessionnaire dès leur naissance, sans nécessité d'un nouvel acte de transfert”*.

(2) La convention *interfactor* permet l'intervention d'une seconde société d'affacturage, qui est en général implantée sur le même territoire que celui de la première société d'affacturage.

(3) En faveur de la suppression de toute notification dans les cessions de créances commerciales, v. M. VASSEUR, *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTDCom.77.1, spéc. p. 38, n° 44.

642.- Enfin, les cessions de créances simplifiées se distinguent des cessions civiles par leur forme, qu'il s'agisse de l'endossement, des cessions fiduciaires, du bordereau *Dailly* et de l'affacturage.

643.- Bénéficiant des solutions spécifiques posées par l'article 6 de la Convention de Genève du 7 juin 1930 (1), le transfert de la provision trouve cependant ses limites lorsque le banquier escompteur n'a pu obtenir la transmission de la propriété des créances nées sur l'étranger. En effet, la jurisprudence (2) décide que la cession de créance, requalifiée de nantissement, et faute d'avoir été signifiée dans les termes de l'article 2075 C. civ., est « inopposable à la masse » des créanciers en cas de « faillite » de l'exportateur installé en France (3).

644.- Ainsi que l'a montré M. M. Vasseur (4), la solution consiste alors à émettre un double effet de mobilisation, le premier dont le tiré est le banquier bénéficiaire de la lettre de change (5), le second, appelé *traite pro forma* ou endossement pignoratif (6), dont le tiré est le débiteur cédé (7). Le double effet de mobilisation permet d'échapper à la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé parce que l'article 6 de la Convention de Genève du 7 juin 1930 rend applicable la

(1) V. *supra* , n° 529 *sq.* . La soumission du transfert de la provision à la loi du lieu d'émission, soit la loi qui régit les obligations du tireur, n'est pas sans analogie avec l'application de la loi du cédant en matière de cession de créance.

(2) V. Nancy 12 avr. 1976, RTDCom.77.39 ; Com. 23 févr. 1983 **Banque Veuve Morin-Pons** , RTDCom.83.438 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, censurant Aix-en-Provence 24 avr. 1981, RTDCom.82.598 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, D.82.425 note J. STOUFFLET, RJC.82.273 note M.-G. BARBIER.

(3) La loi du 25 janvier 1985 a remplacé l'inopposabilité par la nullité, et a fait disparaître la masse des créanciers. La compétence de la loi du domicile du débiteur cédé a permis en l'espèce la protection des intérêts des créanciers locaux.

(4) V. M. VASSEUR, *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger* , RTDCom.77.1.

(5) Ce qui permet au banquier de se refinancer.

(6) V. B. BOULOC, *La mobilisation des créances nées sur l'étranger en l'absence d'effets signés par l'acheteur étranger* , JCP.69.I.2258 ; Ph. FOUCARD, *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale* , RJC. févr. 1984.68.

(7) Ce qui permet de transférer au banquier la propriété des créances nées sur l'étranger et les droits à indemnité contre la COFACE, avec l'accord de celle-ci.

la loi du lieu de création du titre.

645.- Une autre forme de transmission repose sur la cession *fiduciaire* des créances, qui peut intervenir soit dans la gestion d'un actif (1), soit à titre de garantie (2). Ignorée en France, la fiducie connaît cependant des applications déguisées avec le bordereau *Dailly* (3). Elle entraîne alors la transmission de la *propriété* des créances.

646.- Enfin, la forme simplifiée de la transmission des créances peut résulter du bordereau *Dailly* ou de l'affacturage, que nous allons à présent étudier en tant que technique de mobilisation des créances sur l'étranger. Il sera ensuite possible de procéder à l'analyse, sous l'angle du conflit de lois, des conflits entre ayants cause d'un même cédant.

1. *La mobilisation des créances sur l'étranger*

647.- La mobilisation des créances professionnelles sur l'étranger est susceptible de revêtir deux formes spécifiques, le bordereau *Dailly* et l'affacturage international.

_. Les bordereaux de cession

648.- Le droit français a connu au cours de ces dernières années plusieurs tentatives visant à mettre en place des substituts à l'escompte, devant en principe être aussi efficaces, mais surtout

(1) Cas de la fiducie à l'américaine, soit le trust.

(2) Cas de la fiducie romano-germanique, très usitée en Allemagne, en Suisse, et au Luxembourg. V. *supra*, n° 639, et les références citées.

(3) V. en ce sens, Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1981, et *La fiducie-sûreté en droit français*, RJC. février 1982, p. 67 ; D. SCHMIDT et Ph. GRAMLING, *La loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises*, D.81.chron.218.

moins onéreux (1). Les leçons des échecs passés semblent avoir été tirées avec la mise en place du bordereau dit *Dailly* par la loi du 2 janvier 1981, modifiée par la loi bancaire du 24 janvier 1984 (2).

649.- Le bordereau de cession présente un intérêt considérable en ce qu'il transmet au banquier cessionnaire la propriété des créances cédées. Il présente en cela une supériorité sur le mandat d'encaissement. Selon cette technique, en contrepartie des ouvertures de crédit à lui consenties, l'exportateur donne à son banquier un mandat irrévocable d'encaisser les créances nées à l'exportation. Mais sa mise en faillite exposait le banquier au risque de perdre toute possibilité d'être payé (3).

650.- Sous l'angle du conflit de lois, le mandat de recouvrement des créances sera en partie soumis à la loi du siège de l'établissement de la banque (4), les relations entre le mandant et le

(1) V. *supra*, n° 639.

(2) V. Ch. GAVALDA, *La cession et le nantissement à un banquier de créances professionnelles*, D.81.chron.199 ; D. SCHMIDT et Ph. GRAMLING, *La loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises*, D.81.chron.218 ; J. STOUFFLET et Y. CHAPUT, *L'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit*, JCP.81.I.3044 ; J. TERRAY, *Les nouvelles sûretés*, DPCI.83.201 ; M. VASSEUR, *L'application de la loi Dailly*, D.82.chron.272 ; du même auteur, v. *Les garanties indirectes du banquier en droit interne*, et *Un grave problème d'application de la loi Dailly*, D.86.chron.73 ; L. MARTIN, *L'application de la loi Dailly*, RJC.83.81 ; J. STOUFFLET, *Propos sur la transmission des créances*, Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 511 ; J. HEMMELÉ et O. VANGASSE, *Réflexions sur les apports de la loi du 24 janvier 1984, dite loi bancaire, à la loi du 2 janvier 1981*, B.84.291 ; P. FALCON, *Loi bancaire : portée en matière de crédit d'exploitation aux entreprises*, B.84.527 ; Association française des banques, *L'application de la loi Dailly*, B.85.591 ; Y. BACHELOT, *La cession de créance et les marchés publics*, B.86.247 ; F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261 ; D. MARTIN et H. SYNDET, *Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée*, JCP.87.CI.II.14940.

(3) V. Com. 17 nov. 1981, JCP.82.CI.II.13762 obs. J. STOUFFLET et Y. CHAPUT ; en faveur de l'admission d'une **connexité** entre les différentes créances, v. Trib. com. Belfort 5 oct. 1976, D.77.168 note M. VASSEUR, RTDCom.77.344 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; Trib. com. Paris 23 avr. 1986, JCP.87.CI.II.14854 note J. STOUFFLET.

Pour une définition restrictive de la connexité, supposant que les créances découlent d'une même opération, et non plus seulement d'une relation d'affaires, v. Com. 20 janv. 1987, RTDCiv.88.140 obs. J. MESTRE.

(4) V. La loi applicable aux actes du banquier mandataire est la loi du banquier. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 603 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 377 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 728 ; R. de QUÉNAUDON, *Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire*, R.84.413, qui se prononce en faveur de l'autonomie du mandat.

mandataire obéissant à la loi d'autonomie.

651.- Quant au bordereau *Dailly*, plusieurs d'auteurs sont partisans de lui transposer les solutions appliquées en matière de cession de créance civile (1). Il est fait observer en ce sens que le bordereau *Dailly* constitue une cession, et non un cas de subrogation personnelle, et qu'il permet de transmettre aussi bien des créances commerciales que des créances civiles, dès lors qu'il s'agit de créances professionnelles (2).

652.- Cependant, il nous semble qu'une telle solution n'est pas souhaitable. En effet, elle méconnaîtrait les spécificités attachées tant à la qualité du cessionnaire qu'à la cession d'un paquet de créances, de sorte que les débiteurs cédés sont multiples. Déjà critiquée lors des cessions de créances civiles, la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé nous paraît ici impraticable en fait (3) et injustifiée en droit (4).

Aussi est-il préférable de soumettre à la loi de la créance cédée la question de l'opposabilité de la cession simplifiée, son domaine devant toutefois être distingué avec précision de celui de la loi du contrat de cession.

653.- La loi du contrat de cession est déterminée de la même façon qu'en matière de cession de créance civile (5). En l'absence de choix par les parties, les juges auront cependant tendance à

(1) V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 81 *sq.* ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 139 *sq.*

(2) Ainsi que le note M. Ch. GAVALDA, *La cession et le nantissement à un banquier de créances professionnelles*, D.81.chron.199, spéc. n° 22, il y a une brèche ainsi apportée à la distinction des créances civiles et commerciales.

(3) Nous rappellerons qu'il ne pèse sur le débiteur cédé aucune obligation d'information envers les tiers. V. Trib. com. Paris 26 mars 1985, RTDCom.85.799 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, D.85.IR.334 obs. M. VASSEUR.

(4) D'une part, les exigences de l'article 1690 du Code civil ont été écartées par la loi *Dailly*. De l'autre, l'opposabilité de la cession aux tiers résulte de la date du bordereau. Elle est, en tout état de cause, détachée de l'opposabilité de la cession au débiteur cédé.

(5) V. *supra*, n° 601 *sq.*

faire application de la loi du banquier cessionnaire, ce qui nous paraît une solution dangereuse par les risques de dépeçage et d'éclatement de la compétence législative qu'elle recèle (1). Aussi, et dans le silence des parties, l'application de la loi de la créance cédée est-elle préférable.

654.- Une fois déterminée, **la loi du contrat de cession** est appelée à connaître deux séries de questions. D'abord, elle doit gouverner les éléments participant à la formation du contrat de cession (2). Elle doit ensuite fixer les éléments qui caractérisent les cessions simplifiées, soit les techniques d'individualisation des créances nées et futures, la date du transfert de propriété, et la nature du bordereau (3). De plus, il lui appartiendra de fixer les rapports des parties au contrat de cession lorsque le cédé aura payé la créance entre les mains d'un tiers, par exemple le banquier mandataire du cédant, ou entre les mains du cédant lui-même (4).

655.- La mise en œuvre de **la loi de la créance cédée** peut se heurter à des difficultés plus ardues. La raison en est que le bordereau entraîne la cession d'un paquet de créances. La volonté d'unité législative peut alors être contrariée par la diversité des lois applicables aux créances transmises.

656.- Il en sera particulièrement ainsi lorsque les différentes créances cédées ne découleront pas d'un même contrat. Soit que les parties aient choisi des lois différentes, soit que les créances soient rattachées à la loi de la source, et que cette dernière varie selon les contrats considérés.

(1) V. l'exemple donné *supra*, n° 602 et 603.

(2) La solution est la même qu'en matière de cession de créance civile. V. *supra*, n° 601. Elle comprend les relations *inter partes*, et les garanties du cédant.

(3) S'il est qualifié par le droit français de cession de créance, le bordereau de créances est susceptible de recevoir d'autres qualifications à l'étranger. Ainsi du droit belge, qui qualifie les cessions de créance à titre de garantie de dation en paiement sous condition suspensive. V. M. VASSEUR, *Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire*, B.78.458.

(4) Il est parfaitement possible que le cédant fasse virer les deniers de la créance sur un compte tenu par un autre banquier. La doctrine considère que le cédant est alors privé de tout recours contre le banquier réceptionnaire. V. M. VASSEUR, note sous Cass. 28 oct. 1986 *Banque Pelletier*, D.86.592.

Le risque d'éclatement de la compétence législative est en réalité neutralisé si l'on veut bien accepter de soumettre les créances à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. En effet, la cession portant sur des créances de sommes d'argent, le débiteur de la prestation caractéristique sera toujours le cédant, de telle sorte que l'application de la loi de son domicile assure l'unité législative, quand bien même la cession porterait sur un paquet de créances issues de plusieurs contrats d'exportation. L'étude des cessions de créances en général, et des cessions simplifiées en particulier, permet ainsi d'illustrer les mérites du rattachement de principe des créances au domicile du débiteur de la prestation caractéristique.

657.- L'unité de rattachement assure dès lors à la loi de la créance, soit la loi du domicile du cédant, un domaine important. Conformément aux propositions précédentes (1), la loi de la créance cédée doit régir l'opposabilité de la cession aux tiers, les relations entre le cessionnaire et le débiteur cédé, le caractère cessible de la créance, la forme de la notification éventuelle adressée au cédé par le cessionnaire (2), et le caractère libératoire du paiement effectué par le cédé (3).

658. La mise à l'écart de la loi du domicile du débiteur cédé au profit de la compétence de la loi de la créance cédée a reçu le renfort d'un arrêt *Banque Pelletier* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 28 mai 1986 (4). Un vendeur installé en France avait cédé au profit d'un établissement de crédit lui aussi implanté en France des créances nées à l'exporta-

(1) V. *supra*, n° 614.

(2) Le cessionnaire doit prendre soin d'adresser au débiteur cédé une notification suffisamment claire quant à son contenu. A défaut, le cédé pourrait valablement se libérer en payant le cédant. V. Com. 14 oct. 1975, JCP.76.II.18279 note Ch. GAVALDA.

(3) V. Cass. 6 mai 1968, GP.68.2.243.

(4) V. Cass. 28 oct. 1986 *Banque Pelletier*, D.86.592 note M. VASSEUR, JCP.87.II.20735 note J. STOUFFLET, RTDCom.87.89 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ. V. aussi D. SCHMIDT, *Loi Dailly : les droits du cessionnaire à l'encontre du banquier du mandataire chargé de l'encaissement de la créance*, JCP.86.E.I.15465 ; M. VASSEUR, *Un grave problème d'application de la loi Dailly*, D.86.chron.73 ; D. MARTIN et H. SYNDET, *Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée*, JCP.87.CI.II.14940.

tion. Mais aucune notification ne fut adressée au débiteur cédé, domicilié en Italie. Dans l'ignorance de la cession, le cédé régla de bonne foi le montant de la créance entre les mains d'un second banquier, réceptionnaire des fonds. La question consistait dès lors à savoir si le banquier cessionnaire pouvait agir à l'encontre du banquier réceptionnaire en restitution des deniers de la créance. Sa résolution était tributaire de l'opposabilité internationale de la cession de créance et de l'incidence de l'inscription des deniers de la créance sur le compte courant tenu par le banquier réceptionnaire.

659.- L'arrêt de la Cour de cassation commença par affirmer que le banquier réceptionnaire est un tiers à la cession au sens de l'article 1er de la loi du 2 janvier 1981, la qualification de tiers étant ainsi opérée par application de la loi française (1). La qualification préalable de tiers à la cession étant acquise, il était alors possible d'aborder l'opposabilité de la cession. Or, en l'espèce, cette question entraînait un conflit de lois, puisque le débiteur cédé était domicilié à l'étranger. La solution traditionnelle eût consisté à faire application de la loi du domicile du débiteur cédé, soit la loi italienne (2). L'opposabilité de la cession au banquier réceptionnaire eût donc dû être soumise à la loi italienne. Or, telle n'a pas été la démarche de la Cour de cassation, qui a soumis ce point à la loi française, pour décider que la cession était opposable aux tiers à compter de la date portée sur le bordereau.

La loi du domicile du débiteur cédé ayant été implicitement écartée, il est nécessaire de s'interroger sur les fondements de l'application de la loi française. Deux lectures de l'arrêt sont possibles, mais elle restent fragiles compte tenu de son absence de motivation.

660.- Selon la première, la Cour de cassation aurait appliqué la loi française sur le fondement

(1) Sur la loi applicable à la qualification de tiers, v. *supra*, n° 624 & 625, où nous avons proposé de soumettre cette question à la loi du domicile du cédant. Dans l'arrêt *Banque Pelletier*, la loi française correspondait à la loi du domicile du cédant.

(2) Sur la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé et sa critique, v. *supra*, n° 607 *sq.*

du principe de proximité. En ce sens, à l'exception du débiteur cédé, chacun des intervenants était implanté en France : le cédant, le banquier cessionnaire et le banquier réceptionnaire, de sorte que la situation litigieuse se rattachait davantage à l'ordre juridique français qu'à l'ordre juridique italien (1). Une telle analyse conforterait d'ailleurs l'observation selon laquelle le principe de proximité intervient avec une certaine fréquence en droit bancaire (2). En somme, il y aurait eu mise en œuvre implicite d'une clause d'exception écartant la loi italienne, jugée par trop éloignée du centre de gravité du litige.

Selon la seconde lecture, la loi française aurait été appliquée en tant que loi de la créance cédée. En effet, le cédant, débiteur de la prestation caractéristique tant du contrat de vente que du contrat de cession, avait son domicile en France. Une telle interprétation nous semble préférable, compte tenu des griefs qu'encourt l'application de la loi du domicile du débiteur cédé.

661.- Cependant, un second obstacle était susceptible de venir paralyser la demande de restitution formulée par le banquier cessionnaire. Il tenait à la question de savoir si le virement opéré par le débiteur cédé italien était de nature à éteindre la créance cédée. La réponse est tributaire d'une analyse de ce qui est cédé.

662.- Deux conceptions sont possibles. Selon M. M. Vasseur, il serait artificiel de distinguer entre la créance elle-même et les deniers de la créance (3). C'est l'idée selon laquelle l'émolument ne saurait être dissocié du titre hors les cas expressément prévus par la loi (4). Aussi bien, le vire-

(1) Sur la notion d'ordre juridique compétent en tant que système de rattachement, v. P. PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI.1986.II.229.

(2) V. *supra*, n° 242.

(3) V. M. VASSEUR, note précitée sous Cass. 28 oct. 1986 *Banque Pelletier*, D.86.592, et *Un grave problème d'application de la loi Dailly*, D.86.chron.73.

(4) Sur les cas de dissociation entre les deux notions, v. J.-P. SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, thèse, LGDJ., 1961.

ment réalisé par le débiteur cédé ne peut-il atteindre le droit du cessionnaire de réclamer auprès du banquier réceptionnaire les deniers de la créance : le cessionnaire a bien la propriété de la créance, qui porte de manière indissociable sur la créance elle-même et sur ses deniers. L'arrêt *Banque Pelletier* du 28 octobre 1986 corrobore cette analyse (1).

663.- Au contraire, selon d'autres auteurs (2), il conviendrait de dissocier la créance de son montant monétaire. L'objet de la remise serait le montant de la créance, de sorte que son règlement par inscription en compte courant aurait pour conséquence d'éteindre la créance et, par voie de conséquence, le droit du cessionnaire de réclamer les deniers de la créance auprès du banquier réceptionnaire.

Quelle qu'elle soit, la réponse nous paraît devoir être confiée à la loi de la créance cédée, dans la mesure où celle-ci est la seule qui soit fondée à se prononcer sur la consistance du droit transmis.

664.- Enfin, lorsque le banquier réceptionnaire sera établi dans un Etat différent de celui du

(1) L'argument tiré de l'indivisibilité du compte courant est implicitement écarté. En effet, ainsi que M. VASSEUR l'a souligné, le banquier cessionnaire est un tiers à la convention de compte courant. Il ne saurait donc être lié par ses effets. En revanche, le banquier réceptionnaire est un tiers au sens de la loi *Dailly* et, dès lors, la cession lui est opposable à compter de la date portée sur le bordereau.

(2) A propos des cessions par **bordereau *Dailly***, v. J. STOUFFLET, note précitée, JCP.87.E.II. 14843, qui estime que la question n'est pas de déterminer la qualité du cessionnaire, mais de connaître le sort de la somme d'argent. Le virement aurait éteint la créance cédée, et le banquier réceptionnaire ne serait tenu que d'une responsabilité extra-contractuelle envers le banquier cessionnaire.

A propos des transmissions de créances par **affacturage**, v. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, obs. sous Paris 3 mai 1985, RTDCom.86.537, D.86.IR.318 obs. M. VASSEUR, JCP.86.E.I.14576, n° 43, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET. Selon MM. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, "*L'objet de la remise est le montant de la créance et non la créance elle-même*". En conséquence, l'inscription du montant de la créance en compte courant suffirait à entraîner son extinction. Dans le même sens, v. aussi D. MARTIN et H. SYNDET, *Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée*, JCP.87.CI.II.14940, n° 13, qui contestent l'assimilation faite par la Cour de cassation entre la créance et les fonds virés, et la reconnaissance d'une sorte de droit de suite sur le virement qui en résulterait.

M. M. VASSEUR (note précitée) et MM. D. MARTIN et H. SYNDET (article précité, n° 5) ont souligné que la question se posait en termes identiques en matière de transmission de créances par bordereau *Dailly* ou par affacturage. Or, la Cour de cassation considère en matière d'affacturage que l'objet de la remise est le montant de la créance, et non la créance elle-même (v. *infra*, n° 668). L'opposition des solutions retenues en matière de bordereau *Dailly* et d'affacturage semble donc complète.

cédant, il devra être tenu compte des dispositions de la loi régissant le compte courant sur lequel les fonds virés ont été inscrits, notamment pour apprécier l'existence et la portée du principe d'indivisibilité du compte courant (1).

En somme, il apparaît que l'objectif de simplicité qui préside aux cessions par bordereau *Dailly* commande l'application de la loi de la créance cédée, jusques et y compris l'opposabilité de la cession aux tiers, et ce, au détriment de la loi du domicile du débiteur cédé. *A fortiori* doit-il en être ainsi en matière d'affacturage international, où l'opposabilité du transfert de la créance échappe aux formalités de l'article 1690 du Code civil.

_. L'affacturage international

665.- L'affacturage international est une technique qui présente en soi une supériorité sur la cession de créance : le mécanisme faisant appel à la subrogation personnelle (2), l'article 1690 C. civ. n'est pas applicable (3). Constituant une acculturation juridique (4), l'affacturage permet à l'exportateur de mobiliser son crédit en subrogeant dans ses droits la société d'affacturage. Celle-ci est libre d'accepter ou de refuser les créances qui lui sont proposées, mais dès lors qu'elle

(1) La loi applicable à l'indivisibilité du compte courant étant, à défaut de choix par les parties, la loi de l'établissement de crédit tenant le compte.

(2) V. en ce sens Trib. com. Pontoise 20 juin 1967, Trib. com. Seine 11 janv. et 27 juin 1968, JCP.68.II.15160 note LÉVY, qui écartent la qualification de mandat au profit de celle de subrogation personnelle. Selon Cl. WITZ, *La fiducie-sûreté en droit français*, RJC. février 1982, p. 67, l'affacturage ne serait pas une véritable sûreté, car il intervient à titre principal, et non accessoire.

Sur l'affacturage, v. Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring* ; A. BONNAUD, *Le « factoring ». Une nouvelle forme d'aide à l'exportation*, B.64.671 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Le contrat dit de « factoring »*, JCP.66.I.2044 ; S. PISAR, *Aspects juridiques du factoring international*, B.70.251 ; B. CASSANDRO-SULPASSO, *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?*, RTDCom.84.639.

(3) Une notification libre en la forme suffit pour informer le débiteur.

(4) L'affacturage est pratiqué de longue date aux U.S.A. L'*Uniform commercial Act* (sections 9-103 et 9-401) attribue au factor un **droit de suite**, dès lors qu'une notification du privilège a été adressée à une autorité centrale, rendant possible leur classement sur les différentes créances qui en sont l'objet. Si les formalités sont respectées, le factor échappe aux conséquences de la faillite de son client et peut réclamer tout virement opéré auprès d'un banquier réceptionnaire par application du droit de suite. V. G. GARVY, *Le mécanisme de l'escompte aux USA.*, B.69.875 ; S. PISAR, *Aspects juridiques du factoring international*, B.70.251.

les accepte, elle perd tout recours contre l'*accipiens*, exceptée l'hypothèse où la créance transmise serait inexistante. L'exportateur peut même anticiper le règlement en recourant à la technique du tirage pour compte (1).

666.- Logiquement, la simplicité de l'affacturage doit être retrouvée au stade du conflit de lois. Bien que plusieurs lois puissent prétendre gouverner l'affacturage international, il nous semble que la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé doit être fermement écartée (2). En effet, aux motifs exposés lors de l'étude de la cession de créance, s'ajoute ici le fait que l'opposabilité de la quittance subrogative échappe à l'emprise de l'article 1690 C. civ. De sorte que les arguments avancés en faveur de l'application de la loi du domicile du débiteur cédé, au rang desquels on trouve l'idée que le débiteur cédé pourrait centraliser les différentes notifications, n'ont ici aucune raison d'être.

La supériorité de l'affacturage international sur la cession de créance explique sans doute l'adoption de la Convention d'**Ottawa** du 28 mai 1988 portant règles matérielles de l'affacturage international (3). Elle est dorénavant renforcée par l'existence de règles matérielles qui dispenseront de recourir au conflit de lois dès lors que la Convention sera applicable (4). Bien que la Convention fasse référence à la qualification de cession de créance (article 1), sans

(1) Le tireur pour compte est le factor, qui opère pour le compte de son adhérent. L'émission de la traite garantissant le paiement de la créance par le tireur précède la transmission des créances de fourniture. V. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11^{ème} éd., LGDJ., 1988, n° 1965. Pour la validité du procédé, v. Com. 5 nov. 1974, RTDCom.75.888 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; Paris 2 mars 1982, RTDCom.82.269 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, D.82.IR.407 obs. M. VASSEUR.

(2) V. en ce sens, Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring*, n° 19 ; *contra*, v. Trib. com. Paris 15 janv. 1975 **Fuster Boudon**, RTDCom.75.889 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, RJC.75.304 note Y. DESDEVISES, faisant application de la loi du domicile du débiteur cédé.

(3) Sur le projet de ce texte, v. B. CASSANDRO-SULPASSO, *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?*, RTDCom.84.639.

(4) V. l'article 2-1 de la Convention : "*La présente Convention s'applique lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des Etats différents et que :*

a) *Ces Etats ainsi que l'Etat où le cessionnaire a son établissement sont des Etats contractants ; ou*

b) *Que le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un Etat contractant.*

que l'on sache exactement si la qualification de subrogation personnelle est exclue, et que la cession des créances doit être notifiée aux débiteurs (article 1-2-c), l'avantage indéniable procuré par son application tient à la mise à l'écart de la loi du domicile du débiteur cédé et à la conception particulièrement souple de la notification par écrit (1).

Il demeure néanmoins nécessaire d'analyser le domaine des lois du contrat d'affacturage et de la créance transmise, la Convention d'Ottawa, qui réserve d'ailleurs la possibilité de son exclusion par les parties (v. l'article 3), n'étant pas encore en vigueur.

667.- La loi du contrat d'affacturage doit présenter un domaine similaire à celui de la loi gouvernant la subrogation personnelle (2). Elle appréhendera de la sorte les relations *inter partes*, les garanties dues par le subrogeant, et le moment du transfert des créances (3).

668.- Certaines difficultés sont cependant susceptibles d'apparaître, qui tiennent aux effets attachés à l'inscription en compte courant des créances transmises (4). En principe, il appartient à la loi du contrat d'affacturage de préciser le moment du transfert de la créance au profit du factor (5). Or, selon M. M. Vasseur (6), parce que l'objet de la remise en compte serait la créance de fourniture, il faudrait, pour que l'inscription en compte puisse valoir paiement de la créance, que le factor en soit devenu préalablement le titulaire. On risque alors de se trouver confronté à un cercle vicieux, dans la mesure où l'acquisition de la créance par le factor nécessite l'inscription

(1) V. l'article 1-4 : “Aux fins de la présente Convention :

a) Une notification par écrit n'a pas besoin d'être signée, mais doit indiquer par qui ou au nom de qui elle est faite ;

b) Une « notification par écrit » comprend également les télégrammes, les télex ainsi que tout autre moyen de télécommunication de nature à laisser une trace matérielle ;

c) Une notification par écrit est donnée lorsqu'elle est reçue par le destinataire ”.

(2) Sur laquelle, v. *supra*, n° 631.

(3) V. Trib. com. Paris 10 déc. 1976 *Hausdorf*, RJC.78.45 note Y. DESDEVISES.

(4) Les comptes courants tenus par le factor au nom des adhérents obéissent à la loi du contrat d'affacturage. V. Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring*, n° 11.

(5) V. cependant Sentence CCI. rendue en 1978, n° 3202, J.79.1003, qui exclut *prima facie* le transfert des créances approuvées au profit du factor import.

(6) V. M. VASSEUR, note précitée sous Paris 3 mai 1985, D.86.IR.318.

compte, laquelle permet le paiement subrogatif, mais qui ne serait possible que si le factor était devenu préalablement titulaire de la créance de fourniture, etc.

669.- Aussi, MM. M. Cabrillac et B. Teyssié (1) proposent-ils que l'objet de la remise soit, non la créance de fourniture, mais son montant. De la sorte, l'inscription en compte valant paiement (2), la subrogation personnelle interviendrait à cette date, sans qu'il soit nécessaire que le factor soit préalablement devenu le titulaire de la créance de fourniture.

Cependant, et pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées à propos de la cession par bordereau *Dailly* (3), il importe de soumettre la conception de l'objet de la remise à la loi de la créance transmise, et non à la loi du contrat d'affacturage.

670.- La **loi de la créance transmise** sera également compétente pour apprécier les conditions d'opposabilité du transfert de la créance aux tiers et au débiteur cédé (4), la cessibilité de la créance (5), la validité du paiement effectué par le débiteur cédé (6), les formes de la notification adressée au débiteur par le factor (7), et les exceptions que le cédé peut opposer à l'action en paiement du factor (8).

(1) V. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, note précitée sous Paris 3 mai 1985, RTDCom.86.537.

(2) V. en ce sens Cass. 25 janv. 1955, JCP.55.II.8547. Il en résulte qu'à compter de la date d'inscription en compte, le factor n'a plus de recours contre l'adhérent. Néanmoins, le Conseil d'Etat se réfère à la date d'encaissement de la créance par le factor auprès du débiteur cédé pour fixer la date d'exigibilité de la TVA. V. Cons. d'Etat 27 juill. 1984, JCP.85.I.3265 obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, B.85.91 note J.-L. RIVES-LANGE.

(3) V. *supra*, n° 663.

(4) V. en ce sens, Ch. GAVALDA, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring*, n° 19 ; *contra*, v. Trib. com. Paris 15 janv. 1975 **Fuster Boudon**, RTDCom.75.889 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, RJC.75.304 note Y. DESDEVISES, faisant application de la loi du domicile du débiteur cédé.

(5) Sur le fondement de cette solution, v. *supra*, n° 601 *sq.*

(6) V. Cass. 6 mai 1968, GP.68.2.243.

(7) La notification est libre en la forme. Mais elle doit être suffisamment claire, faute de quoi le paiement effectué par le cédé entre les mains du subrogeant est libératoire. V. Com. 14 oct. 1975, JCP.76.II.18279 note Ch. GAVALDA.

(8) Le débiteur cédé peut opposer au factor toutes les exceptions découlant du contrat de base dont la naissance est antérieure à la date de la quittance subrogative. V. Com. 9 mai 1977, D.78.IR.105 obs. M. VASSEUR. Il peut également lui opposer les exceptions apparues postérieurement, dès lors qu'elles sont connexes à une exception antérieure, ce qui peut être le cas en matière de compensation pour dettes connexes. V. Cass. 7 mai 1987, B.88.820 note J.-L. RIVES-LANGE. La compensation pour dettes connexes mettra cependant en œuvre les règles de conflit de lois relatives à la compensation. V. *infra*, n° 732 *sq.*

671.- Il appartiendra également à la loi de la créance transmise de préciser l'objet de la remise (la créance de fourniture ou son montant) (1). Paradoxalement, la jurisprudence française paraît retenir une conception différente de l'objet du transfert, selon que la créance est transmise par bordereau *Dailly* ou par affacturage. Dans le premier cas, l'objet de la transmission serait la créance elle-même (2), cependant qu'il ne porterait que sur les deniers de la créance dans le second (3). Cette différence de solutions peut recevoir un début d'explication en faisant observer que si le bordereau *Dailly* permet une incorporation de la créance dans le titre (4), la subrogation personnelle ne porte que sur un paiement, lequel touche uniquement le montant de la créance (5).

672.- En définitive, le souci de simplicité et d'efficacité qui transparait des techniques de mobilisation des créances sur l'étranger doit rejaillir sur le conflit de lois par l'attribution à la loi de la créance transmise des questions liées à l'opposabilité du transfert aux tiers. L'affacturage international présente cependant sur la cession de créance une double supériorité tenant à la mise à l'écart de l'article 1690 C. civ., de sorte que la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé n'est aucunement justifiée, et surtout à l'adoption de règles matérielles fixant les conditions et modalités de l'opposabilité internationale de l'affacturage, dès lors que les parties n'auront pas

(1) Sur cette discussion, v. *supra*, n° 668 & 669.

La distinction entre la créance et son montant est également appliquée en matière de mandat donné à un créancier gagiste de recouvrer la créance monétaire. La qualification de pacte comissoire est écartée parce que l'on considère que le mandat ne porte que sur les deniers de la créance et non sur la créance elle-même. V. Cass. 30 mai 1947, S.47.1.141 ; v. G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, Sirey, 1987, n° 90 : “*La jurisprudence écarte l'objection en remarquant que la convention de mandat n'attribue pas au gagiste la propriété de la créance engagée, mais seulement celle des deniers reçus en paiement*”.

(2) V. *supra*, n° 662 & 663. V. Cass. 28 oct. 1986 *Banque Pelletier*, D.86.592 note M. VASSEUR, JCP.87.II.20735 note J. STOUFFLET, RTDCom.87.89 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

(3) V. *supra*, n° 668 & 669. Cette solution permet d'expliquer que l'inscription en compte du montant de la créance suffise à entraîner le transfert de la créance, sans qu'il soit nécessaire que le factor soit préalablement devenu le titulaire de la créance de fourniture.

(4) Détenir le bordereau *Dailly* équivaut à détenir les créances qui y sont incluses.

(5) Il y aurait de la sorte une distinction entre l'*instrumentum* et le *quantum*.

écarté l'application de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988. Il demeure néanmoins que les solutions conflictuelles et matérielles ne sauraient suffire à écarter tout risque de mobilisation multiple d'une même créance, ce qui rend nécessaire l'analyse des conflits entre ayants cause d'un même cédant.

2. Les conflits entre ayants cause d'un même cédant

673.- Les conflits entre ayants cause à titre particulier d'un même cédant vont apparaître essentiellement au stade du paiement de la créance litigieuse. Confronté à des demandes de paiement multiples se rapportant à la même créance, le débiteur cédé occupe une place inconfortable dans la mesure où un paiement erroné comporte le risque d'un double paiement.

Classiquement, les prétentions des ayants cause à titre particulier d'un même cédant sont tranchées en droit interne par l'application de l'adage *Prior tempore, potior jure*. Ainsi, dans la lettre de change, c'est la date de remise du titre qui importe, et non la date de l'échéance de la lettre (1) ; dans le bordereau *Dailly*, la remise du titre et le datage de celui-ci arrêtent la situation des droits (2) ; le moment à prendre en compte en matière d'affacturage est celui de la quittance subrogative. Toutefois, l'application de l'adage *Prior tempore, potior jure* est écartée à propos de l'exercice par le sous-traitant de son action directe instituée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, de sorte qu'est inopposable au sous-traitant la transmission de la créance de l'entrepreneur par bordereau *Dailly* (3), affacturage (4), ou encore par lettre de change non-

(1) V. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11^{ème} éd., LGDJ., 1988, n° 1986 ; M. VASSEUR, note sous Cass. 4 déc. 1984, D.85.165 ; F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261.

(2) Article 4 de la loi du 2 janvier 1981.

(3) V. Ch. GAVALDA, *La cession et le nantissement à un banquier de créances professionnelles*, D.81.chron.199 ; P. TURCAS, *Le transfert des créances dans le cadre de la loi Dailly peut-il être neutralisé par l'acheteur ?*, GP.86.I.doctr.263.

(4) V. Trib. com. Paris 14 sept. 1979, Trib. com. Salon de Provence 13 juill. 1979, RTDCom.79.792 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. 1^{er} mars 1983, JCP.84.II.20279 note G. FLÉCHEUX ; Versailles 19 nov. 1986, D.87.282 note A. BÉNABENT, RTDCom.87.559 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

acceptée (1), quelle que soit la date d'exercice de l'action directe du sous-traitant (2). La mise à l'écart de l'adage *Prior tempore, potior jure* est parfaitement justifiée en ce que le sous-traitant exerçant un droit qui lui est propre, et qui n'est pas dérivé, n'est pas un ayant cause à titre particulier de l'entrepreneur. Le droit interne considère ainsi la qualité des personnes invoquant un droit sur la créance litigieuse et la date du transfert de la créance ou la date de notification lorsqu'il s'agit d'ayants cause à titre particulier.

674.- Le droit international privé ne peut suivre une telle démarche. Quand bien même l'appréciation de la transmission de la créance relèverait de la loi du contrat de cession (3), le principe d'intangibilité de la situation du débiteur cédé doit conduire à l'application de la loi de la créance transmise, soit la loi du domicile du cédant, en l'absence de choix par les parties. Cette loi gouverne en effet les relations entre le cédant et le débiteur cédé, de sorte que son application ne peut venir modifier la situation de ce dernier. De même, la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé doit être écartée au double motif que le litige a pour seul objet la créance litigieuse, et que l'opposabilité de la cession aux tiers obéit à la loi de la créance cédée.

Cependant, les conflits entre ayants cause d'un même cédant sont susceptibles de se présenter de manière diverse, non seulement parce que plusieurs types de transmission de la créance sont possibles, mais aussi et surtout parce que le conflit peut opposer des techniques de transmission différentes. Aussi est-il nécessaire d'analyser le domaine de la loi de la créance cédée en distinguant selon que le conflit oppose des techniques de transmission identiques ou différentes.

(1) V. Cass. 4 déc. 1984, JCP.85.II.20445 note H. SYNDET, D.85.181 note A. BÉNABENT, D.85.165 note M. VASSEUR, B.85.642 obs. J.-L. RIVES-LANGE, RTDCom.85.536 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ ; v. cependant Com. 18 févr. 1986, D.86.IR.324 obs. M. VASSEUR. Le porteur d'une lettre de change **acceptée** prime, en revanche, le sous-traitant.

(2) Cass. 22 nov. 1988, D.89.212 note A. BÉNABENT, D.89.Somm.189 obs. M. VASSEUR, JCP.89.E.II.15574 note Ph. DUBOIS, B.89.211 obs. J.-L. RIVES-LANGE.

(3) V. *supra*, n° 604.

_. Conflits procédant de l'utilisation de techniques de cession identiques

675.- Par hypothèse, la créance litigieuse a été cédée plus d'une fois. Le débiteur cédé va dès lors se trouver confronté à des prétentions contradictoires émanant de cessionnaires multiples. Mais la difficulté est en réalité relativement simple, car il ne s'agit que d'une question d'opposabilité aux tiers au sein d'une même catégorie de cession, les cessionnaires multiples étant bien des tiers les uns par rapport aux autres (1).

Les principes dégagés précédemment ont donc vocation à s'appliquer (2). Ainsi, pour les cessions et bordereaux de cession, il appartiendra à la loi de la créance cédée de trancher le conflit entre les cessionnaires multiples et de préciser les conditions d'opposabilité aux tiers. Cette solution présente l'avantage de soumettre à une loi unique le soin de départager des prétentions multiples, unicité que l'application de la loi du contrat de cession ne permet pas d'obtenir.

L'affacturage international et la lettre de change présentent toutefois une certaine particularité. S'agissant du premier, la loi de la créance transmise a vocation à trancher le conflit, pour autant que la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 ne soit pas applicable. En effet, celle-ci contient des dispositions spécifiques relatives aux cessions multiples d'une même créance. D'une part, est envisagé le cas où le cessionnaire initial cède à son tour la créance (3). De l'autre et surtout, la Convention d'Ottawa appréhende en partie l'hypothèse du conflit relatif à la transmission d'une même créance. En effet, l'article 8 dispose : “ 1. *Le débiteur est tenu de*

(1) V. en ce sens F. GRUA, *A propos des cessions de créances par transmission d'effets*, D.86.chron.261.

(2) V. *supra*, n° 606.

(3) V. l'article 11 : “1. *Lorsqu'une créance est cédée par un fournisseur à un cessionnaire en vertu d'un contrat d'affacturage régi par la présente Convention :*

a) *Sous réserve des dispositions de l'alinéa b du présent paragraphe, les règles énoncées dans les articles 5 à 10 s'appliquent à toute cession successive de la créance par le cessionnaire ou par un cessionnaire successif ;*

b) *Les dispositions des articles 8 à 10 s'appliquent comme si le cessionnaire successif était l'entreprise d'affacturage.*

2. *Aux fins de la présente Convention, la notification au débiteur de la cession successive constitue également notification de la cession à l'entreprise d'affacturage ”.*

payer le cessionnaire s'il n'a pas eu connaissance d'un droit préférable et si la notification par écrit de la cession :

a) A été donné au débiteur par le fournisseur ou par le cessionnaire en vertu d'un pouvoir conféré par le fournisseur ;

b) Précise de façon suffisante les créances cédées et le cessionnaire à qui ou pour le compte de qui le débiteur doit faire le paiement ; et

c) Concerne des créances qui naissent d'un contrat de vente de marchandises qui a été conclu soit avant soit au moment où la notification est donnée.

2. Le paiement par le débiteur au cessionnaire est libératoire s'il est fait conformément au paragraphe précédent, sans préjudice de toute autre forme de paiement également libératoire ”.

L'article 8 entoure ainsi le paiement d'un certain nombre de conditions qui ne sont pas nécessairement très précises (aucune définition n'est donnée de ce qu'est *un droit préférable*, et la notion de *précision suffisante* est relative). Cependant, s'il règle la situation du débiteur cédé confronté à des cessions multiples d'une même créance, l'article 8 n'envisage pas le sort des droits des autres cessionnaires. L'élimination du conflit de lois n'est donc pas totale, ainsi que l'atteste l'article 4-2 de la Convention, qui prévoit l'application subsidiaire des règles de conflit de lois du droit international privé (1).

677.- S'agissant de la lettre de change, il nous semble que la loi compétente doit être celle qui régit les obligations du tiré, soit la *lex loci solutionis* (article 4 al. 1 de la Convention de Genève du 7 juin 1930) dans la mesure où le conflit porte sur le paiement de la lettre (2). Sont ainsi

(1) Article 4-2 : “*Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé* ”.

(2) V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 169 et 191. Cette solution ne vaut que pour le tiré **accepteur**. Dans l'hypothèse où le tiré n'aurait pas accepté la lettre de change, il convient d'appliquer la loi régissant ses propres obligations, soit la loi du domicile du cédant.

écartées la loi du lieu d'émission et la loi du lieu d'endossement (1).

En somme, le conflit entre ayants cause à titre particulier d'un même cédant est relativement simple à trancher lorsque les techniques de cession utilisées sont identiques, en ce qu'il est parfaitement possible de parvenir à l'application d'une loi unique. En revanche, l'utilisation de techniques de cession différentes rend beaucoup plus malaisée l'application d'une loi unique.

_. Conflits procédant de l'utilisation de techniques de cession différentes

677.- Constituant la solution la meilleure, l'application d'une **loi unique** n'est possible qu'à la condition que les techniques de transmission soient similaires ou que le cessionnaire soit en conflit avec un tiers ne bénéficiant pas d'une protection spécifique sur le plan international. Il en sera ainsi lorsque la créance sera transmise par cession de créance et par subrogation personnelle ou affacturage. En effet, nous avons précédemment constaté que l'opposabilité du transfert obéissait dans les deux cas à la loi de la créance transmise. L'application de la seule loi de la créance transmise est dès lors parfaitement possible et permet l'obtention d'une solution qui sera commune à l'ensemble des ayants cause à titre particulier du cédant en conflit, quelles que soient les lois applicables aux contrats de cession.

678.- De même, le conflit opposant le cessionnaire de la créance en vertu d'un bordereau *Dailly*, d'un affacturage, ou d'une lettre de change, au sous-traitant pourra être résolu par l'application d'une loi unique, celle de la créance transmise (2). En effet, l'action directe du sous-traitant n'est

(1) Mais la régularité de la chaîne des endossements, nécessaire pour que le porteur puisse bénéficier des règles du droit cambiaire, doit être soumise à la loi du lieu de chaque endossement, ce qui peut poser de sérieux problèmes si l'un des endossements aura été réalisé dans un pays dont la législation exige la remise de la *value* pour que le porteur soit considéré comme légitime. V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 121.

(2) Ou celle du lieu de paiement dans le cas du tiré accepteur d'une lettre de change.

pas d'ordre public international (1), de sorte que ce dernier ne pourra s'en prévaloir sur le plan international. Ne disposant pas de droit propre, le sous-traitant verra sa prétention sur la créance litigieuse tranchée conformément à la loi de la créance.

679.- En revanche, l'application **cumulative** des lois en présence sera inévitable dans deux hypothèses. Soit que les différentes techniques de transmission en conflit apportent des solutions divergentes à l'opposabilité aux tiers du transfert de la créance. Soit que le cessionnaire se heurte au droit de revendication du vendeur initial bénéficiant d'une clause de réserve de propriété.

680.- Dans la première hypothèse, le cessionnaire de la créance ou le subrogé va entrer en conflit avec le porteur d'une lettre de change acceptée dont la provision correspond à la créance transmise. Or, si l'opposabilité aux tiers est tranchée par application de la loi de la créance transmise en matière de cession de créance ou de subrogation personnelle, les obligations du tiré accepteur envers le porteur de la lettre de change obéissent à la *lex loci solutionis* (article 4 al. 1 de la Convention de Genève du 7 juin 1930). Les lois n'étant pas identiques, il conviendra de procéder à leur application cumulative.

681.- Dans la seconde hypothèse, le cessionnaire ou le subrogé dans la créance du prix de revente effectuée par l'acheteur intermédiaire est opposé au vendeur initial agissant en revendication du montant de la créance sur le fondement d'une clause de réserve de propriété (2).

(1) V. C. M. 13 mars 1981, RJC.81.212 note G. FLÉCHEUX ; v. P. LAGARDE, *La sous-traitance en droit international privé*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186 ; J.-L. BISMUTH, *La sous-traitance internationale*, FEDUCI, 1988. Sur la loi applicable à l'action directe, v. *infra*, n° 746 sq.

(2) La jurisprudence de droit interne est partagée. **Pour** le vendeur revendiquant, v. Dijon 9 sept. 1987, D.88.74 note F. ZÉNATI ; Paris 3 févr. 1988, B.88.357 obs. J.-L. RIVES-LANGE ; **contra**, v. Trib. com. Nanterre 12 déc. 1986, B.87.198 obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Trib. com. Paris 16 janv. 1987, B.87.305 obs. J.-L. RIVES-LANGE. V. aussi D. MARTIN, *Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété*, D.86.chron.323. Sur le cas où l'acheteur intermédiaire serait en « faillite », v. *infra*, n° 772 sq.

Dès lors que la loi de la créance du vendeur initial et la loi de la créance de l'acheteur intermédiaire seront différentes, il ne sera pas possible de trancher le conflit par application d'une loi unique, ou par application de l'adage *prior tempore, potior jure* (1). De surcroît, il devra être tenu compte des dispositions de la loi du lieu de situation des biens affectés par la clause de réserve de propriété, qui peuvent s'opposer aux effets de celle-ci, quand bien-même elle aurait été valablement constituée à l'étranger (2). Il en sera de même dans le cas du jeu de la subrogation réelle (3), le droit du vendeur initial se reportant sur la créance du prix de revente.

En définitive, l'étude des cessions de créances civiles et des cessions simplifiées a permis de montrer les intérêts attachés à l'application de la seule loi de la créance cédée, soit la loi du domicile du cédant, débiteur de la prestation caractéristique tant du contrat de base que du contrat de cession. Une telle solution contribue en effet à faciliter l'internationalisation des transmissions de créances, à soumettre l'opposabilité aux tiers à une loi unique, tout en ne sacrifiant pas les intérêts du débiteur cédé, puisque la loi de la créance cédée est celle là-même qui régit ses propres engagements. Au contraire de la loi du contrat de cession ou de la loi du domicile du débiteur cédé, la loi de la créance cédée assure de la sorte une conciliation entre des intérêts contradictoires tout en réalisant la prise en compte par les règles du droit international privé de la « patrimonialisation » accrue des créances. Se trouve aussi pleinement vérifiée l'idée que la circulation des créances appelle un traitement spécifique et que l'autonomie des créances s'accroît au fur et à mesure que l'on s'éloigne du moment de leur naissance. Le constat est le même lorsque la créance est utilisée comme garantie d'une autre opération.

(1) Le conflit ne met pas en présence deux ayants cause à titre particulier d'un même cédant. V. S. PISAR, *Aspects juridiques du factoring international*, B.70.251, spéc. p. 257, qui privilégie la clause de réserve de propriété en écartant le principe *Prior tempore, potior jure*.

(2) V. P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019 ; Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 275, Dalloz-Sirey, 1985.

(3) Sur la subrogation réelle, v. *supra*, n° 554.

§ 2.- La créance engagée

L'utilisation de la créance comme garantie d'une autre opération sera envisagée à travers le nantissement et la délégation de créance.

(a).- LE NANTISSEMENT DE CRÉANCE

682.- Au contraire des cessions simplifiées, le nantissement de créance n'entraîne aucun transfert de propriété de la créance engagée. Mais à leur instar, il conduit à examiner des questions voisines tenant aux relations *inter partes* et à son opposabilité aux tiers. Cependant, le nantissement étant une sûreté réelle mobilière accessoire, la part de la loi de la créance garantie est susceptible d'être relativement étoffée. Cinq lois ont vocation à appréhender le nantissement de créance : la loi de la créance garantie, la loi d'autonomie au titre du contrat de nantissement, la loi de la créance engagée, la loi du domicile du débiteur cédé et la loi du lieu de l'acte. Les motifs tenant à l'application ou à la mise à l'écart de la loi du domicile du débiteur cédé, étant les mêmes que ceux qui ont été exposés lors de l'étude des cessions de créance (1), ne seront pas repris ici, de sorte que l'analyse portera principalement sur la délimitation des domaines de la loi du contrat de nantissement et de la loi de la créance engagée (2).

(1) V. *supra*, n° 606 sq .

(2) Leur rapport est également tributaire du jeu de la **qualification** du contrat. Pour les clauses de réserve de propriété, v. Cass. 24 mai 1933 *Kantoor de Mas*, R.34.142 note J.-P. N., S.35.1.253 note H. BATIFFOL ; Cass. 8 juill. 1969 *Soc. DIAC.*, J.70.916 note J. DERRUPPÉ, JCP.70.II.16182 note H. GAUDEMET-TALLON, R.71.75 note Ph. FOUCHARD ; Cass. 3 mai 1973, R.74.100 note E. MEZGER, J.75.74 note Ph. FOUCHARD ; Cass. 9 déc. 1974 *Locautra*, R.75.504 note E. MEZGER, J.75.534 note A. PONSARD. V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 525 sq . ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 421 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 654 sq . ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1453 sq . ; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984 ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 58 sq . ; G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 60 sq . ; M. CABRILLAC, *La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*, R.79.487 ; A. MARTIN-SERF, *L'extension des sûretés réelles*, RTDCom.80.677, spéc. n° 7.

Sur la qualification de dation en paiement, v. D. LÉOTY, *La nature juridique de la dation en paiement ; la dation en paiement, paiement pathologique ?*, RTDCiv.75.12.

683.- Il est acquis que les relations *inter partes* obéissent à la loi d'autonomie (1). A défaut du choix de la loi applicable par les parties, la doctrine considère qu'il convient d'appliquer la loi de la créance garantie (2) aux rapports personnels entre les parties, aux prérogatives du créancier (3) et aux diverses clauses contenues dans le contrat de nantissement, telles les clauses d'affectation des fonds ou de nantissement des soldes de comptes bancaires (4). L'intérêt des clauses d'affectation des sommes portées en compte est d'éviter d'avoir à procéder à la signification à l'étranger du nantissement lorsque la loi française est applicable (article 2075 C. civ.) (5). La loi du contrat de nantissement précisera également la possibilité de stipuler un pacte comissoire (6). Enfin, le mandat de recouvrement des produits de la créance engagée confié au créancier gagiste, lorsque les échéances de la créance garantie et de la créance engagée ne concordent pas (7), ne pourra échapper à l'application cumulative de la loi du contrat de nantissement et de la loi de la créance engagée. En effet, dans la mesure où le mandat n'est valable que s'il porte sur les deniers de la créance, et non sur la créance elle-même (8), cette distinction ne peut relever que de

(1) V. en ce sens les auteurs cités note 2 p. 483, et J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 680 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 626 *sq.*

(2) Soit la loi du domicile du créancier gagiste lorsque celui-ci a pour créance une somme d'argent.

(3) Selon G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 60 *sq.*, la loi d'autonomie est compétente à la condition de lier les prérogatives du créancier aux modalités du paiement dû par le débiteur.

(4) Sur cette technique, en droit allemand, v. R. SERICK, *Opération de virement et clauses de paiement dans la pratique allemande de la garantie des crédits*, DPCI.76.449. Sa validité est contestée en France par certains auteurs. V. B. BOULOC, *La mobilisation des créances nées sur l'étranger en l'absence d'effets signés par l'acheteur étranger*, JCP.69.I.2258, n° 16. Sur le droit français, v. J.-P. BERTREL, *les privilèges*, B.84.189 et 305 ; D. MARTIN, *Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires*, D.87.chron.229.

(5) V. en ce sens, B. BOULOC, *La mobilisation des créances nées sur l'étranger en l'absence d'effets signés par l'acheteur étranger*, JCP.69.I.2258, n° 6 *sq.*

(6) Mais les conditions de validité du pacte comissoire ressortissent à la compétence de la loi de la créance engagée.

(7) Cette technique peut faire appel à une compensation *in futurum*, ou à une compensation immédiate par le jeu d'une clause d'attribution des produits de la créance. V. M. VASSEUR, *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTDCom.77.1 ; J. TERRAY, *Les nouvelles sûretés*, DPCI.83.201.

(8) V. Cass. 30 mai 1947, S.47.1.141. V. aussi G. WIEDERKEHR, *Pacte comissoire et sûretés conventionnelles*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661.

la loi de la créance engagée (1).

684.- Cette dernière est également appelée à fixer les éléments relatifs à la constitution du gage, tels que la nécessité d'un écrit (2), et la dépossession du constituant, qui peut être assurée par la remise du contrat ayant donné naissance à la créance engagée (3). En d'autres termes, la compétence de la loi de la créance engagée est fondée sur l'idée de protection du crédit public, notamment parce que la liberté de constitution des droits réels accessoires n'est pas entière.

685.- Le domaine de la loi de la créance engagée ne se limite cependant pas aux seules questions relatives aux conditions de constitution du nantissement. Il doit aussi englober l'opposabilité aux tiers du nantissement (4), au détriment de la loi du domicile du débiteur cédé. Pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées lors de l'analyse de la cession de créance (5), il nous semble préférable de parvenir à l'application d'une loi unique, qui doit être celle de la créance engagée. Parallèlement, lorsque la loi française est compétente, la formalité de l'article 2075 du Code civil paraît quelque peu désuète et pourrait être remplacée, sur le plan international, par une notification avec accusé de réception en vertu du principe d'adaptation

(1) La raison en est que cette distinction affecte directement la conception du droit de créance. En matière de cession de créance, v. *supra*, n° 662 sq.

(2) La question pourrait relever de la compétence de la *lex loci actus*. Mais l'exigence de l'écrit affectant la validité du nantissement (v. en droit interne l'article 2074 C. civ.), la loi de la créance engagée doit primer sur la *lex loci actus*.

(3) V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 628. Pour un exemple de remise du contrat, v. l'article 188 du Code des marchés publics. V. Y. BACHELOT, *Un cas exemplaire ; le dépérissement du nantissement de marché*, B.81.1405. En matière de gage de biens mobiliers corporels, ces questions ressortissent en principe à la compétence de la *lex rei sitae*. V. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 138 sq.

(4) V. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, n° 269.

Contra, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, p. 680 sq. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 525 sq. ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Cession de créance*, n° 19 ; R. DAYANT, *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Gage*, n° 18 ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 58 sq. ; G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 60 sq. ; Nancy 12 avr. 1976, RTDCom.77.39 note D. MARTIN.

(5) V. *supra*, n° 606 sq.

des institutions de droit interne (1). En ce sens, le droit français lui-même a atténué les exigences de l'article 2075 du Code civil dans le cas des nantissements de marchés publics (2) et dans celui des nantissements réalisés par bordereaux *Dailly* (3). La compétence de la loi du domicile du débiteur cédé paraîtrait d'autant plus malencontreuse dans cette dernière hypothèse.

En somme, il nous semble préférable, avec une partie de la doctrine (4), de confier à la loi de la créance engagée la question de l'opposabilité aux tiers du nantissement.

(b).- LA DÉLÉGATION DE CRÉANCE

686.- Bien qu'elle ne soit pas une technique de circulation des créances, la délégation de créance peut jouer une fonction de garantie, qui permet de la comparer aux garanties à première demande (5), ou au crédit-documentaire (6), car le créancier est en présence de deux débiteurs dont l'engagement est propre (7).

687.- A défaut de choix de la loi applicable par les parties, il semble rationnel de soumettre la délégation de créance à la loi régissant l'obligation qui fait l'objet de la délégation, soit l'obligation principale (8). Cette solution est particulièrement utile dans les cas où il n'existe aucun lien de droit préalable entre le délégant et le délégué (9). Et quand bien même un tel lien

(1) V. *supra*, n° 615 *sq.*

(2) V. l'article 197 du Code des marchés publics.

(3) V. les articles 1 et 1-1 de la loi du 2 janvier 1981.

(4) V. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, n° 269.

(5) V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, RTDCom.80.1.

(6) V. M. VASSEUR, *Droit et économie bancaires*, Les Cours du droit, 1983-1984, p. 968.

(7) V. en droit interne H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., *Obligations*, 7ème éd., par F. CHABAS, 1985, Montchrestien, n° 1232 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 799, et *Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 1986, n° 253 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, Sirey, 1987, n° 628.

(8) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 122.

(9) Ce qui est parfaitement possible. V. Cass. 17 juill. 1980, Bull.civ.IV.n° 305.

existerait, ce serait vers le délégataire que les intérêts en présence se cristalliseraient, le paiement de la créance de somme d'argent libérant en même temps le délégant et le délégué.

688.- Aussi bien, la loi de la créance principale étant la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, le rattachement proposé conduit-il à l'application de la loi du domicile du délégataire, dès lors que la créance de ce dernier est monétaire.

689.- Ainsi définie, la loi de la délégation a vocation à fixer les conditions de formation et de validité de l'opération, soit l'existence d'un engagement personnel du délégué envers le délégataire (1), l'étendue de la règle de l'inopposabilité des exceptions, l'opposabilité aux tiers de la délégation (2), l'obligation éventuelle du délégataire d'informer le délégant en cas de non-paiement de la créance par le délégué (3), et les questions relatives à la monnaie de paiement (4).

690.- L'appréciation exacte des engagements du délégué est indispensable dans la mesure où elle fournit la clé de la qualification et facilite l'opposabilité de la délégation en cas de « faillite » du délégant (5).

691.- Enfin, l'utilisation de la délégation en tant que technique de financement de projet est

(1) Sur l'importance de l'existence d'un engagement personnel du délégué envers le délégataire du point de vue de la qualification, v. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., *Obligations*, 7ème éd., par F. CHABAS, 1985, Montchrestien, n° 1239 ; A. RIEG, *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Délégation*, n° 11 ; M. VASSEUR, *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTDCom.77.1.

(2) Pour un exemple, v. Paris 26 févr. 1985, B.85.856 obs. J.-L. RIVES-LANGE.

(3) Pour la négative, v. Paris 25 mai 1984, RTDCiv.86.755 obs. critiques J. MESTRE, RJC.86.138 note B. GROSS.

(4) V. Cass. 15 juin 1983, JCP.84.II.20123 note J. Ph. LÉVY, RTDCiv.84.720 obs. J. MESTRE.

(5) Ce que ne fait pas toujours la jurisprudence. V. Paris 19 oct. 1984, JCP.85.I.3265 obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Paris 25 mai 1984, RTDCiv.86.755 obs. critiques J. MESTRE, RJC.86.138 note B. GROSS.

susceptible d'entraîner une difficulté toute particulière. La qualification de délégation nécessite la preuve d'un engagement du délégué. Or, cette preuve sera pratiquement impossible à rapporter lorsque le délégué correspondra au client futur du projet dont le financement est mis en place en utilisant la technique de la délégation de créance (1). Il appartiendra alors à la loi de la délégation de préciser dans quelle mesure cette preuve peut être ménagée.

692.- En définitive, l'étude de la créance considérée en elle-même a établi que la loi de la créance jouissait d'un domaine important. Son application permet de résoudre avec bonheur les difficultés posées par l'opposabilité aux tiers des transmissions, car une seule et même loi viendra trancher les différentes prétentions relatives à une même créance. Cette solution ne sacrifie cependant pas les intérêts du débiteur cédé, car la loi de la créance cédée régit en même temps ses propres engagements. Elle traduit également la prise en compte dans la structure de rattachement de l'autonomie des créances, leur circulation attestant qu'elles constituent des valeurs, des biens, susceptibles de rattachements propres.

Il reste cependant à mesurer le rayonnement exact de la loi de la créance à l'égard de ses accessoires.

(1) Sur ce type de difficulté, v. J.-P. ECK, *Le financement de projet*, RJC. févr. 1985, p. 57, qui considère que la délégation de créance permet de fournir un cadre légal au *financing project*.

SECTION II

LA CRÉANCE ET SES ACCESSOIRES

693.- L'accessoire de la créance peut être défini comme étant tout élément ou action mis au service du droit de créance, dans le dessein de renforcer la situation du créancier (1). L'accessoire dépendant de la créance qu'il garantit, il semble *a priori* logique que son appréciation relève de la loi de la créance garantie.

La dépendance de l'accessoire nous conduit à écarter des développements présents les garanties autonomes, les crédits acheteur et fournisseur. Il importe toutefois de souligner que même dans ce cas, certaines interférences peuvent avoir lieu avec la loi de la créance garantie. Par exemple, la clause d'un contrat peut prévoir qu'une garantie autonomie doive être constituée au profit de telle créance. Si la création et les effets de la garantie obéissent à une loi propre (2), en revanche, l'obligation de fournir la garantie doit être appréciée à l'aune de la loi de la créance garantie (3).

694.- L'analyse de l'accessoire de la créance doit être menée d'un double point de vue. Lors

(1) Sur la notion d'accessoire de la créance, v. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par P. ESMEIN, J. RADOUANT, G. GABOLDE, 2ème éd., t. VII, *Obligations*, 2ème partie, 1952-1954, L.G.D.J., n° 1126, pour qui la notion d'accessoire “englobe tous les droits et actions attachés à la créance comme moyens de la faire valoir” ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ., 1969 ; C. GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans le droit des obligations*, RTDCiv.80.39 ; M. CABRILLAC, *Les accessoires de la créance*, Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 ; Ch. BOLZE, *L'unité du lien de connexité en droit des obligations*, RRJ.88.303. Selon M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 6, la notion d'accessoire déborde celle de sûreté, bien que l'une et l'autre soient des garanties de la créance. La définition qu'il propose est la suivante : l'accessoire serait ce qui est “conçu, par la loi ou par les parties, pour le service exclusif de la créance”.

Sont rangés parmi les accessoires de la créance les sûretés *stricto sensu*, les droits et actions protégeant la créance, voire la notion de connexité. V. M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 22.

(2) V. *supra*, n° 97.

(3) V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 123.

de la constitution de l'accessoire, le créancier peut apprécier exactement la situation de son droit. Lors de la transmission de la créance, l'accessoire suit en principe le même sort. Or, la part de la loi de la créance garantie peut varier selon que l'on envisage la constitution ou la transmission de l'accessoire.

§ 1.- Le domaine de la loi de la créance garantie et la constitution de l'accessoire

695.- Le domaine de la loi de la créance garantie est susceptible de varier selon l'origine même de l'accessoire. L'accessoire et la créance garantie ont-ils la même origine ? Il y a tout lieu de considérer qu'une seule loi doit être appliquée, celle qui a présidé à la naissance de l'un et l'autre. L'accessoire est-il constitué en vertu d'une origine distincte ? Il importera alors de mesurer l'incidence de la règle de l'accessoire sur la délimitation du domaine des lois en présence. Enfin, il convient de souligner que seules les questions relatives à la constitution de l'accessoire seront ici développées, de telle sorte que le partage des compétences variera selon que l'élément considéré est une condition de validité ou d'opposabilité aux tiers de l'accessoire (1).

(a).- COMPÉTENCE ENTIÈRE DE LA LOI DE LA CRÉANCE GARANTIE

La loi de la créance garantie sera seule à s'appliquer lorsque la créance et l'accessoire découlent du même contrat ou sont prévus par la même loi.

(1) L'exemple du gage permet de comprendre la relativité de cette distinction. En effet, le rôle de la remise de la chose y est controversé, certains auteurs considérant qu'il s'agit d'une condition de validité du gage, cependant que d'autres y voient une simple condition d'opposabilité aux tiers. Aussi bien, le domaine des lois en présence est-il susceptible de varier selon que l'une ou l'autre des analyses est retenue.

1. *L'accessoire et la créance ont une origine contractuelle commune*

696.- Lorsque la créance et son accessoire ont une origine contractuelle commune, la compétence de la loi de la créance a un double fondement, qui tient au principe d'unité contractuelle et au lien de dépendance de l'accessoire envers la créance garantie. La même justification de la compétence de la loi de la créance sera retrouvée lors de l'étude des actions protectrices du droit de créance (1), à la réserve près que toute action protectrice n'est pas nécessairement un accessoire de la créance (2).

Appartiennent à cette catégorie l'action résolutoire et la clause de réserve de propriété, bien que le rattachement de cette dernière soit controversé (3). Est susceptible d'y figurer le droit de rétention, du moins lorsqu'il procède d'une connexité juridique.

697.- Le droit de rétention est une garantie accordée au créancier qui lui permet de retenir les biens corporels ou incorporels à l'occasion desquels la créance est née, soit en vertu d'un lien contractuel - connexité juridique -, soit en vertu d'une situation de fait - connexité matérielle - (4). Selon la connexité juridique, le droit de rétention est lié au contrat ; selon la connexité maté-

(1) V. *infra*, n° 746 *sq.*

(2) Notamment lorsque l'action fait l'objet d'un rattachement propre ; v. *infra*, n° 746 *sq.*

(3) La clause de réserve de propriété n'implique ni dépossession ni publicité. Sa constitution doit échoir à la loi de la créance garantie, la détermination de la loi applicable à son opposabilité formant une question distincte. V. *infra*, n° 715.

V. G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984 ; G. WIEDERKEHR, *Pacte comissoire et sûretés conventionnelles*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661 ; M. CABRILLAC, *La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*, R.79.487 ; F.-E. KLEIN, *La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*, R.79.507 ; P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019, spéc. n° 9 à 15 ; Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 275, Dalloz-Sirey, 1985 ; H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. 8 juill. 1969 *Soc. DIAC.*, JCP.70.II.16182, J.70.916 note J. DERRUPPÉ, R.71.75 note Ph. FOUCHARD.

(4) Sur la notion, en droit interne, v. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 1986, n° 316 *sq.* ; M. DAGOT, *Les sûretés*, PUF., Thémis, 1981, p. 73 *sq.*

rielle, il est fonction de la chose remise.

Le rattachement du droit de rétention demeure incertain en droit international privé. Alors que certains auteurs optent pour la loi de la créance (1), d'autres prônent l'application de la *lex rei sitae* (2), compte tenu du rôle joué par la possession de la chose.

698.- Il n'est cependant pas inconcevable d'articuler les lois en présence en recourant à une distinction différente, tenant compte du fondement du droit de rétention. Le droit de rétention procède-t-il d'une connexité matérielle ? La compétence de la *lex rei sitae* paraît particulièrement forte en raison de la fonction jouée par la possession. En revanche, lorsque le droit de rétention résulte d'une connexité juridique, la possession de la chose n'est qu'une conséquence du lien contractuel. Aussi pensons-nous préférable de faire primer dans ce cas la loi de la créance garantie sur la *lex rei sitae*. Il paraîtrait en effet anormal de reconnaître au créancier le droit de retenir une chose qu'il détient seulement en raison du contrat, alors que la loi de la créance ne prévoit pas une telle faculté.

De même, la loi de la créance appréhendera seule l'accessoire lorsque ce dernier et la créance garantie sont reconnus par la même loi.

2. *L'accessoire est accordé par la loi de la créance*

699.- Lorsque la créance et l'accessoire sont reconnus par la même loi, il n'existe aucune raison de soustraire l'accessoire à la loi de la créance. En effet, la loi accepte d'octroyer au créancier tel accessoire, non en raison des qualités du créancier, mais bien en raison des qualités de la créan-

(1) V. en ce sens J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1221 *sq.*, qui fonde la solution sur le fait que le droit de rétention ne serait pas un droit réel. Aussi admettait-il la compétence de la *lex rei sitae* si le bien était situé dans un pays qualifiant le droit de rétention de droit réel.

(2) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 522 et 608, qui qualifient le droit de rétention de sûreté fondée sur la possession ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 87, au motif que le droit de rétention serait un droit réel de garantie.

ce, ce qui correspond à l'hypothèse des privilèges (1).

L'origine légale du privilège conduit naturellement à soumettre à la loi de la créance son existence, l'argument étant corroboré par le fait que son attribution est fonction des qualités de la créance. Cependant, autant il est logique de confier à la loi de la créance la reconnaissance du privilège, autant sa mise en œuvre risque de modifier l'agencement des droits et la situation des tiers, de sorte que la *lex rei sitae* en matière de biens corporels, ou la loi de la créance formant l'assiette du privilège, pourraient être prise en compte non seulement lors de la réalisation du privilège, mais aussi dès son attribution, dans la mesure où elles pourraient s'y opposer (2).

700.- Le critère de délimitation du domaine des lois en présence peut alors reposer sur la distinction entre la validité et l'opposabilité de l'accessoire. Soit l'on considère que les préoccupations liées aux sûretés réelles n'interviennent qu'au moment de la réalisation du privilège et de son opposabilité aux tiers, ce qui amène à soumettre à la seule loi de la créance garantie la création de l'accessoire.

Soit l'on estime que la protection du crédit public constitue une nécessité dès l'attribution du privilège, ce qui oblige à faire application de la *lex rei sitae* des biens affectés *ab initio*, de ma-

(1) V. en ce sens H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 518 bis ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 82 ; J. PATARIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Privilèges*, n° 7. V. toutefois H. BATIFFOL, *Crédit et conflits de lois*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 223, Dalloz-Sirey, 1985, spéc. p. 237, qui se prononce pour l'application cumulative des lois en présence.

En faveur de cette solution, v. aussi l'article 24 al. 3 de la Convention franco-italienne du 3 juin 1930, qui applique la loi de la créance pour la création des privilèges. *Comp.* avec P. LAGARDE, *La sous-traitance en droit international privé, in La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186, qui soumet à la loi de la créance l'existence du privilège, et à la *lex rei sitae* son opposabilité aux tiers.

Contra, v. A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, Paris, 1912, 2ème éd., p. 267, et J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1182, qui se prononçaient pour la compétence exclusive de la *lex rei sitae*.

(2) Ces considérations avaient d'ailleurs conduit les négociateurs du projet CEE. en matière de faillite à donner à la *lex rei sitae* une compétence entière. V. J. NOËL et J. LEMONTEY, *Aperçus sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues*, RTDE.68.703.

Une telle solution entraîne cependant le morcellement du régime des privilèges généraux et nécessite l'organisation de sous-masses. Le projet CEE. préconisait surtout une harmonisation du droit des sûretés des Etats membres de la CEE.

nière cumulative avec la loi de la créance.

701.- Cette dernière solution appelle deux séries de réflexions, les unes relatives à son fondement, les autres, à ses résultats.

En premier lieu, les arguments liés à la protection du crédit public et à l'information des tiers ne nous semblent pas justifiés au moment de la création de l'accessoire lorsqu'il s'agit de privilèges occultes, dont la révélation ne se manifesterait que lors de leur réalisation.

En second lieu, l'application cumulative des lois en présence conduit à un morcellement d'autant plus grand que le privilège porte sur des biens situés sur des territoires différents, et susceptibles de conflit mobile. Aussi est-il préférable de cantonner les difficultés engendrées par un tel morcellement au stade de la réalisation de l'accessoire ou lors des saisies-arrêts (1).

En définitive, que la créance et l'accessoire soient prévus par le même contrat ou par la même loi, il est possible de ne procéder qu'à l'application de la seule loi de la créance, les difficultés liées à l'opposabilité de l'accessoire n'intervenant que lors de sa réalisation.

(b).- COMPÉTENCE PARTAGÉE DE LA LOI DE LA CRÉANCE GARANTIE

702.- Deux données peuvent justifier un partage de compétence et un amoindrissement du rôle de la loi de la créance garantie. Soit que l'accessoire ait une origine distincte de celle de la créance. Soit que la possession du bien sur lequel porte la garantie ait un certain rôle. Certes, les deux facteurs évoqués peuvent être présents pour une même garantie. Plus précisément, leur cumul correspondra au cas des sûretés réelles, et la seule mise en œuvre du premier, aux sûretés personnelles. Mais plutôt que de scinder l'étude du domaine de la loi de la créance selon que l'accessoire est une sûreté personnelle ou une sûreté réelle, il nous semble préférable d'opter pour

(1) Sur la saisie-arrêt, v. *infra*, n° 756 sq .

une présentation mettant l'accent sur le rôle joué par la possession, selon qu'elle est indifférente ou déterminante.

1. *Cas de compétence partagée où la notion de dépossession est indifférente*

703.- L'hypothèse envisagée correspond essentiellement au cautionnement (1). La compétence de la loi de la créance est susceptible d'être rivalisée par la loi d'autonomie, le contrat de cautionnement pouvant être soumis à une loi propre. Cependant, le partage de compétence risque de n'être que relatif dans la mesure où le défaut de choix de la loi applicable par les parties conduit à présumer que celles-ci s'en sont remises à la loi de la créance garantie (2). Lorsque les parties auront choisi une loi différente de celle qui régit la créance garantie, il est admis qu'il incombe à la loi de la créance garantie de préciser ce que doit la caution (3), et à la loi du cautionnement de fixer le *quomodo* de l'obligation (4).

(1) V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 523 *sq.* ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 610 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 383 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 15 *sq.* ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cautionnement*, n° 11.

(2) V. Abidjan 7 janv. 1966, J.72.882 note Ph. FRANCESKAKIS ; Cass. 1er juill. 1981 *Total Afrique*, R.82.336 note P. LAGARDE, J.82.148 note P. BOUREL, Rev.soc.82.878 note J.-L. BISMUTH. V. J. MESTRE, *Des conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles*, TCFDIP. 1986-1987, p. 57.

Un problème de qualification peut se poser en présence d'une **lettre de confort**. La qualification étant secondaire, il appartient à la *lex causae* de préciser la nature de l'engagement et de dire s'il y a obligation de résultat ou obligation de moyen. V. J. TERRAY, *La lettre de confort*, B.80.329 ; M. LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, R.soc.81.697 ; J. PUECH, *Les différentes fonctions du crédit-documentaire selon les nouvelles règles et usances 1983*, RJC. févr. 1985, p. 18 ; M. BEN SLIMANE, *De quelques aspects des lettres de garanties bancaires émises au profit d'entités publiques en Arabie Saoudite*, DPCI.86.285. V. aussi Montpellier 10 janv. 1985, B.85.305 obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Trib. com. Paris 16 juin 1986, RJC.87.53 note C.-H. GALLET ; Cass. 21 déc. 1987, R.soc.88.398 note H. SYNDET.

(3) V. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 2, 3ème éd., Paris, 1958, n° 138 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 610 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 383 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 715 *sq.* ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 15 *sq.* ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cautionnement*, n° 11.

(4) Soit les causes directes d'extinction, les bénéfiques de discussion et de division, et les cessions d'actions. M. J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, et M. J. MESTRE, *op. cit.*, se prononcent sur ce point en faveur d'une compétence générale de la loi du cautionnement. Enfin, il importe de

Au contraire de l'hypothèse du cautionnement, le morcellement de la compétence législative risque d'être plus prononcé lorsque la notion de dépossession est déterminante.

2. Cas de compétence partagée où la notion de dépossession est déterminante

704.- Lorsque l'accessoire de la créance fait intervenir la notion de dépossession, des considérations spécifiques apparaissent, qui doivent guider le conflit de lois. Classiquement, les sûretés réelles affectent le crédit public, la sécurité des tiers et, bien souvent, la mutation des droits réels. La dépossession assure en principe la sécurité du créancier, une publicité sommaire et, par là-même, l'information des tiers et la protection du crédit public. Ces divers impératifs se trouvent pris en compte par la *lex rei sitae* et la *lex loci actus*.

Dès lors, trois situations doivent être distinguées lorsque l'accessoire de la créance porte sur un droit réel. La première est celle des sûretés réelles avec dépossession ; la deuxième correspond aux sûretés réelles sans dépossession mais avec publicité ; la troisième, enfin, aux sûretés réelles sans dépossession ni publicité. Alors que les deux premières sont tributaires de l'application de la *lex rei sitae*, la troisième lui échappe, aucune des raisons fondant son application n'étant présente.

_- Sûretés réelles avec dépossession

705.- La loi de la créance garantie sera concurrencée par la compétence de la *lex rei sitae* et, éventuellement, par la loi d'autonomie lorsque la sûreté réelle entraîne la dépossession du débi-

préciser qu'il appartient à la loi du fond, et non à la loi d'origine du jugement étranger, de dire si un jugement français ou étranger condamnant le débiteur principal est opposable à la caution. En ce que le juge fixe ce que doit la caution, cette question devrait être soumise à la loi de la créance garantie, et non à la loi du cautionnement. Pour la loi régissant l'engagement de la caution, v. P. LAGARDE, note sous Cass. 29 mars 1978, R.80.114.

teur. Il en sera ainsi du nantissement (1), et du droit de rétention procédant d'une connexité matérielle (2). Selon une distinction classique, le *jus in re* est soumis à la *lex rei sitae*, cependant que le *jus ad rem* naît dans la contemplation de la loi de la créance garantie (3). Toutefois, la primauté de la *lex rei sitae* est contestée par une partie de la doctrine qui milite en faveur d'une compétence plus étendue de la loi d'autonomie (4).

Pourtant, même les sûretés sans dépossession sont susceptibles d'être soumises pour partie à la *lex rei sitae* dès lors qu'elles sont sujettes à publicité.

_- Sûretés réelles sans dépossession mais soumises à publicité

706.- Constituent des sûretés réelles sans dépossession mais soumises à publicité l'hypothèque, conventionnelle ou légale (5), et toutes les sûretés mobilières sans dépossession,

(1) Sur le nantissement de créance, v. *supra*, n° 682 sq.

Le mouvement de dématérialisation prive de fondement l'application de la *lex rei sitae* au nantissement de valeurs mobilières. Le rôle de la *lex rei sitae* sera en réalité tenu par la loi de l'établissement détenant les titres.

Sur la dématérialisation des valeurs mobilières, v. *supra*, n° 82 sq.

(2) Sur la distinction entre connexité juridique et connexité matérielle, v. *supra*, n° 697 sq.

(3) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1181 sq. ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 58. En faveur de l'application de la *lex rei sitae*, v. aussi Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 138 sq. Pour une application extensive de la *lex rei sitae*, v. H. DESBOIS, *Des conflits de lois en matière de transfert de propriété*, J.31.281.

Sur la distinction entre le *jus in re* et le *jus ad rem*, v. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, Introduction, 1989, 9ème éd., par F. CHABAS, Montchrestien, n° 162.

L'appréciation de l'assiette du gage en cas de renouvellement de choses fongibles doit également appartenir à la *lex rei sitae*. Pour un exemple en droit interne, v. Agen 27 févr. 1985, JCP.86.II.20604 note A.-M. SOHM-BOURGEOIS. Mais la détermination des créances privilégiées relève de la seule loi de la créance, notamment dans l'hypothèse des contrats à exécution successive.

(4) V. H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. 8 juill. 1969 Soc. DIAC., JCP.70.II.16182, J.70.916 note J. DERRUPPÉ, R.71.75 note Ph. FOUCHARD ; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

(5) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1179 sq. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 518 sq. ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 422 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 641 sq. ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1453 sq. ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 47 sq. ; sur l'hypothèque légale de la femme mariée,

mais dont la mise en place nécessite une publicité, une inscription ou un enregistrement (1). Le défaut de dépossession est ainsi suppléé par la mesure de publicité, de sorte que la *lex rei sitae* demeure compétente dans les mêmes conditions que précédemment (2). Les formalités imposées par la *lex rei sitae* n'interviennent pas seulement en tant que condition d'opposabilité de l'accessoire de la créance, mais aussi en tant que condition de validité de sa constitution. Ainsi, en matière d'hypothèque, l'exigence de l'écrit n'affecte pas seulement son opposabilité aux tiers, mais en conditionne aussi la validité dans les relations inter partes (3).

Il reste enfin à examiner l'hypothèse où la sûreté réelle n'entraîne ni dépossession ni publicité.

_. - Sûretés réelles sans dépossession ni publicité

707.- L'absence de dépossession et de publicité contribue à rendre la sûreté occulte. Mais

v. supra , n° 252 et 562.

Mais les hypothèques judiciaires conservatoires (article 54 ACPC.) et des jugements de condamnation (article 2117 C. civ.) ne peuvent relever que de la *lex fori* . Si elle doit être appliquée aux conditions d'inscription de l'hypothèque judiciaire, la *lex fori* devra cependant être combinée avec la loi de la créance quant à son principe.

(1) Exemple : les nantissements de l'outillage et du matériel, du fonds de commerce, de marché public, etc. Le droit suisse exige un enregistrement, même à l'égard des clauses de réserve de propriété. V. F.-E. KLEIN, La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger , R.79.507, n° 11. De même, l'article 102 al. 2 de la loi suisse du 18 décembre 1987 dispose que le créancier a un délai de trois mois pour inscrire la réserve de propriété à compter de l'introduction en Suisse du bien qui en fait l'objet.

Une étude du CNRS., citée par D. LEGAIS, Les garanties conventionnelles sur créances , thèse, Economica, 1986, propose la mise en place d'une sûreté réelle uniforme et unique.

(2) V. supra , n° 705.

(3) Il doit s'agir d'un acte authentique (article 2128 C. civ.). Cependant, le décret du 4 janvier 1955 autorise la publication des actes reçus par les officiers publics étrangers, à la condition qu'ils aient été déposés au rang des minutes d'un notaire français, ou fait l'objet d'un exequatur. V. Y. FLOUR, L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé , thèse Paris, 1978, p. 152 sq .

La règle ne procède pas tant de l'adage *Locus regit actum* , que de la mise en œuvre de la *lex rei sitae* . Relèvent également de la loi réelle l'opposabilité des prérogatives du créancier hypothécaire, les biens hypothéqués, le principe de spécialité, l'étendue et l'assiette du droit. V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles* , n° 56.

cette absence ne se limite pas à cacher aux tiers l'existence de la sûreté. Elle prive aussi la *lex rei sitae* de ses fondements, car les motifs de son application reposaient soit sur les conséquences de la dépossession, soit sur l'organisation du système de publicité. Aussi bien, la constitution de l'accessoire doit-elle échoir à la seule loi de la créance garantie, du moins lorsque les parties n'auront choisi aucune loi. Cette solution a déjà été rencontrée à propos des privilèges et de la clause de réserve de propriété (1). Il convient de l'étendre au pacte comissoire ayant pour objet une créance monétaire. La loi de la créance risquera en réalité d'être paralysée par le jeu de l'ordre public international à la suite du déplacement international du bien qui lui est affecté, lorsque la loi du nouveau lieu de situation s'opposera aux effets de la sûreté (2)

Mais alors, il n'est plus tant question de la constitution de l'accessoire que de ses effets, notamment dans le cas où l'accessoire est transmis.

§ 2.- Le domaine de la loi de la créance garantie et la transmission de l'accessoire

708.- L'analyse du domaine de la loi de la créance doit être menée en ayant à l'esprit la distinction entre la constitution et l'opposabilité de l'accessoire (3). Nous avons montré que la loi de la créance garantie avait pleinement vocation à s'appliquer lors de la constitution de l'accessoire, exceptés les cas où la dépossession ou ses succédanés sont déterminants. En revanche, l'oppo-

(1) V. *supra*, n° 696 & 699.

(2) Pour la *floating charge*, v. Paris 19 janv. 1976 *Davis*, R.77.126 note P. LAGARDE ; Cass. 19 oct. 1977, J.78.617 note J. SCHAPIRA.

Pour le pacte comissoire et la clause de réserve de propriété, v. Cass. 24 mai 1933 *Kantoor de Mas*, R.34.142 note J.-P. N., S.35.1.253 note H. BATIFFOL ; Cass. 8 juill. 1969 *Soc. DIAC*, J.70.916 note J. DERRUPPÉ, JCP.70.II.16182 note H. GAUDEMET-TALLON, R.71.75 note Ph. FOUCHARD ; Cass. 3 mai 1973, R.74.100 note E. MEZGER, J.75.74 note Ph. FOUCHARD ; Cass. 9 déc. 1974 *Locautra*, R.75.504 note E. MEZGER, J.75.534 note A. PONSARD.

(3) L'intérêt de la distinction apparaît aussi au stade de la responsabilité contractuelle, qui relève de la seule loi de la créance, et non de la *lex rei sitae*. L'obligation de constituer l'accessoire peut ainsi être une obligation de résultat, des éléments tels que le contrôle des changes ne pouvant exonérer le constituant de sa responsabilité.

sabilité de l'accessoire va entraîner un amoindrissement du rôle de la loi de la créance garantie.

709.- Certes, il est bien établi en droit interne que la transmission de la créance, par cession ou subrogation (1), entraîne la transmission de ses accessoires, exceptés ceux qui sont étroitement liés à la personne du cédant (2). Logiquement, il en résulte que l'appréciation de la transmission de l'accessoire devrait échoir de manière distributive à la loi de la créance et à la loi gouvernant sa transmission (3). Cependant, il est fort possible que l'opposabilité aux tiers soit tributaire de la *lex rei sitae* dès lors que l'accessoire porte sur un bien corporel. Aussi distinguera-t-on d'abord les rôles respectifs de la loi de la créance cédée et de celle du contrat de cession, avant de mesurer la part revenant à la *lex rei sitae*.

(a).- RÔLE DES LOIS DE LA CRÉANCE CÉDÉE ET DU CONTRAT DE CESSION

710.- Il nous semble que le rattachement de principe doit être celui de la loi de la créance cé-

(1) V. les articles 1250 et 1692 C. civ. V. Ch. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. V, 1952, *Vente, louage*, par P. ESMEIN, 6ème éd., Litec, § 355 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par P. ESMEIN, J. RADOUANT, G. GABOLDE, 2ème éd., t. VII, *Obligations*, 2ème partie, 1952-1954, L.G.D.J., n° 1126 *sq.* ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF. Thémis, 1985, 13ème éd., § 131 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, vol. I, *L'acte juridique*, A. Colin, 3ème éd., 1986, n° 433 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 770 *sq.* ; J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, thèse, LGDJ., 1979, n° 353.

Le principe n'est cependant pas d'ordre public et peut être aménagé par la volonté des parties. Par exemple, le vendeur d'un fonds de commerce peut s'engager à ne pas concurrencer l'acquéreur initial, mais non les acquéreurs ultérieurs.

(2) Exemples : les accessoires prévus *intuitu personae* ; le super-privilège des salariés (article 134 de la loi du 25 janvier 1985 modifiant l'article L. 143-11-7 C. trav.) ; les actions échappant à l'action oblique. V. J.-P. MARTY, *Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change*, RTDCom.78.307, spéc. n° 23, qui considère que l'article 116 C. com. ne vise que l'émolument de la lettre de change, et non les accessoires, de sorte que la transmission ne porterait que sur la créance. *Contra*, v. Com. 11 juill. 1988, D.88.932 obs. J.-L. RIVES-LANGE, qui consacre le transfert de la clause de réserve de propriété en même temps que l'endossement de la lettre de change.

(3) C'est-à-dire soit la loi du contrat de cession, soit la loi de la subrogation personnelle ou de l'affacturage, soit la loi organisant le transfert universel du patrimoine (fusion, nationalisation). Sur une hypothèse de transmission des privilèges garantissant une créance cédée par nationalisation, v. Cass. 29 mars 1973 **CASOREC**, R.74.86. note R. JAMBU-MERLIN.

dée. En effet, la notion d'accessoire est définie par le lien exclusif qui l'unit à la créance garantie. La disparition de la créance entraîne celle de l'accessoire, et il n'est pas concevable d'admettre la transmission de l'accessoire alors que la loi de la créance s'y oppose (exemple : le super-privilege des salariés).

711.- La solution proposée conduit ainsi à la mise à l'écart, en tant que solution de principe, de la loi gouvernant la transmission et de la *lex rei sitae*. La loi gouvernant la transmission de la créance, prônée par une partie de la doctrine (1), ne peut en effet constituer le rattachement de principe dans la mesure où il ne lui appartient pas de décider du caractère transmissible de l'accessoire.

712.- Cependant, la mise à l'écart de la loi gouvernant la transmission doit cesser là où ses raisons cessent. Dès lors que la loi de la créance ne s'oppose pas à la transmission de l'accessoire, les parties sont libres d'aménager l'étendue de l'effet translatif du contrat de cession conformément aux dispositions de la loi d'autonomie (2), de telle sorte que les lois de la créance cédée et du contrat de cession seront appliquées de manière distributive. Leur mise en œuvre risque cependant d'être perturbée par l'intervention de la *lex rei sitae*, dès lors que l'accessoire de la créance porte sur un bien corporel.

(b).- RÔLE DE LA *LEX REI SITAE*

713.- De nombreux auteurs considèrent que la *lex rei sitae* a vocation à appréhender l'accès-

(1) V. L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ème ed., 1961, Berlin-Francfort, § 47 ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 15.

(2) V. dans le même sens l'article 7 de la Convention d'**Ottawa** du 28 mai 1988 : “*Dans les seuls rapports entre les Parties au contrat d'affacturage, le contrat peut valablement prévoir le transfert, directement ou par un nouvel acte, de tout ou partie des droits du fournisseur provenant de la vente de marchandises, y compris le bénéfice de toute disposition du contrat de vente de marchandises réservant au fournisseur la propriété des marchandises ou lui conférant toute autre garantie*” (souligné par nous).

soire de la créance non seulement au stade de son opposabilité et de sa transmission, mais aussi dès sa constitution (1). Une partie de la doctrine propose toutefois de cantonner l'application de la *lex rei sitae* en matière de sûretés mobilières conventionnelles, soit au profit du jeu de la loi d'autonomie, quitte à recourir au correctif de la bonne foi et de l'apparence (2), soit en la confinant à une fonction de loi de police (3).

714.- Il importe de rappeler de manière liminaire que la transmission de l'accessoire ne constitue initialement qu'une question ressortissant aux relations *inter partes*, et non à son opposabilité aux tiers. En d'autres termes, la loi compétente devrait être celle qui régit le contrat de cession, soit la loi d'autonomie et, à défaut de choix par les parties, la loi de la créance transmise. Ce n'est que lorsque le créancier bénéficiant de l'accessoire entendra le mettre en œuvre que la *lex rei sitae* sera susceptible d'intervenir, à la condition supplémentaire que l'accessoire ait pour objet un bien corporel. Il en résulte que l'intervention de la *lex rei sitae* est postérieure et limitée à l'opposabilité aux tiers de la transmission de l'accessoire.

Cette idée peut être illustrée par les exemples de la clause de réserve de propriété et de l'hypothèque conventionnelle.

1. La clause de réserve de propriété

715.- Il est désormais acquis que la transmission de la créance entraîne celle de la clause de ré-

(1) V. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 138 *sq.* ; J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 37 ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Biens*, n° 57 *sq.* ; G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 110 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 275, Dalloz-Sirey, 1985.

(2) V. H. GAUDEMMENT-TALLON, note sous Cass. 8 juill. 1969 *Soc. DIAC.*, JCP.70.II.16182, J.70.916 note J. DERRUPPÉ, R.71.75 note Ph. FOUCHARD ; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

(3) V. P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019, n° 14 *sq.*

serve de propriété qui la garantit (1). Sur le plan international, rien n'empêche de considérer que la transmission de la réserve de propriété en tant qu'accessoire de la créance relève, entre les parties, de la loi de la créance garantie, et non de la *lex rei sitae* (2). En ce sens, les conditions d'enregistrement ou d'inscription prévues par certaines législations (3) n'affectent que l'opposabilité aux tiers de la transmission de la clause de réserve de propriété, et non les relations *inter partes*. De sorte que l'intervention de la *lex rei sitae* doit être strictement limitée aux conditions d'opposabilité aux tiers de la transmission de la clause de réserve de propriété, ce qui contribuera à l'internationalisation de celle-ci.

En revanche, l'hypothèque conventionnelle subira pleinement l'attraction de la *lex rei sitae*

2. L'hypothèque conventionnelle

716.- Nous avons exposé précédemment les raisons pour lesquelles la *lex rei sitae* devait être

(1) Jusqu'aux arrêts de Cass. 15 mars 1988, D.88.331 note F. PÉROCHON, GP.88.I.244 note B. SOINNE, B.88.699 obs. J.-L. RIVES-LANGE et Cass. 11 juill. 1988, B.88.932 note J.-L. RIVES-LANGE, les juges du fond étaient divisés. S'étaient prononcés **en faveur** de la transmission : Trib. du Caire 20 févr. 1935, RTDCiv.35.694, n° 4 obs. R. DEMOGUE ; Aix-en-Provence 15 mars 1985, RJC.85.175 note J. MESTRE, B.85.258 obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Paris 25 nov. 1985, B.86.819 obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Dijon 12 mars 1987, JCP.87.E.II.14988 note Y. CHAPUT, jurisprudence approuvée par Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986, n° 762 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, Sirey, 1987, n° 542 ; J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, thèse, LGDJ., 1979, n° 498 ; M. CABRILLAC, *Les accessoires de la créance*, Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 ; Y. CHAPUT, *Les clauses de réserve de propriété (commentaire de la loi n° 80-335 du 12 mai 1980)*, JCP.81.E.II.13444.

S'étaient prononcés **contre** la transmission : Trib. com. Nice 1er juill. 1983, D.84.IR.1, 17^{ème} esp. ; Nancy 19 déc. 1985, D.86.246 note M. CABRILLAC ; J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D.81.chron.1 ; A. GHOZI, *Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété*, D.86.chron.317.

(2) *Comp.* avec l'article 7 de la Convention d'**Ottawa** du 28 mai 1988 : “*Dans les seuls rapports entre les Parties au contrat d'affacturage, le contrat peut valablement prévoir le transfert, directement ou par un nouvel acte, de tout ou partie des droits du fournisseur provenant de la vente de marchandises, y compris le bénéfice de toute disposition du contrat de vente de marchandises réservant au fournisseur la propriété des marchandises ou lui conférant toute autre garantie*” (souligné par nous).

(3) V. F.-E. KLEIN, *La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*, R.79.507 ; P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019, n° 23 et 24 ; l'article 102 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

appliquée dès la constitution de l'hypothèque (1). *A fortiori*, doit-il en être de même lors de la transmission de l'hypothèque conventionnelle. Deux situations peuvent cependant être distinguées, selon que la transmission de l'hypothèque est liée, ou n'est pas liée à celle de la créance garantie.

Dans le premier cas, la loi de la créance cédée et la *lex rei sitae* du bien hypothéqué seront appliquées de manière distributive, l'une appréhendant l'étendue de l'effet translatif attaché à la cession, cependant que l'autre régira les conditions de renouvellement des inscriptions et des modifications patronymiques.

717.- Dans le second cas, l'hypothèque conventionnelle sera transmise indépendamment de la créance garantie, ce qui correspond à la subrogation à l'hypothèque. *A priori*, il semble que la loi de la créance garantie n'ait pas de titre à s'appliquer, puisque la créance n'est pas cédée. Cependant, cette analyse est inexacte, et l'application de la *lex rei sitae* devra être complétée par celle de la loi de la créance initialement garantie. D'une part, il conviendra de consulter la loi de la créance bénéficiant de la cession de rang ou de la subrogation à l'hypothèque, afin de connaître les conditions de constitution de l'accessoire qu'elle pose. D'autre part et surtout, la loi de la créance initialement garantie devra être consultée, en raison même des conditions de la subrogation à l'hypothèque, qui n'intervient que dans la double limite du caractère cessible de la créance initiale et des droits du subrogeant, à concurrence du montant de la garantie de la créance initiale et de la survie de celle-ci (2). Selon M. P. Chaumette (3), la subrogation à l'hypothèque constitue en ce sens l'exercice "*par le second bénéficiaire ... d'une sûreté délimitée par les rapports personnels du bénéficiaire d'origine*". Or, les rapports du bénéficiaire d'origine obéissent à la loi de la créance initialement garantie. Son application ne pourra ainsi être éludée.

(1) V. *supra*, n° 706.

(2) Sur la cessibilité de la créance initiale, v. G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, Sirey, 1987, n° 373 sq.

(3) V. P. CHAUMETTE, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, RTDCiv.86.33. Contestée par des auteurs anciens - v. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXXI, 1887, 3ème éd., Paris, éd. Durand et Pédone Lauriel, n° 324 ; Ch. AUBRY et C. RAU, t. III, 6ème éd., par E. BARTIN, 1938, § 329 -, la subrogation à l'hypothèque est aujourd'hui pleinement admise. V. par exemple M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Sûretés réelles*, 1ère partie, par E. BECQUÉ, t. XII, 2ème éd., 1953, L.G.D.J., n° 338 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, 1er vol., *Sûretés - publicité foncière*, 1988, 6ème éd., par V. RANOUIL et F. CHABAS, Montchrestien, n° 610.

718.- Conclusion du chapitre premier. L'étude de la vie de la créance nous a permis de montrer que la loi de la créance jouissait d'un domaine important, tant dans les relations *inter partes* qu'à l'égard des tiers. D'une part, s'agissant des relations *inter partes*, la loi de la créance cédée a vocation à appréhender de nombreuses questions - transmissibilité de la créance, constitution (1) et cessibilité de ses accessoires -, quand bien même les parties auraient décidé de soumettre leurs relations à une loi différente. L'absence de choix de la loi applicable au contrat de cession conduit naturellement à soumettre ce dernier à la loi de la créance cédée. Une telle solution présente alors l'avantage de faire dépendre d'une loi unique l'ensemble des questions ressortissant aux relations *inter partes*.

719.- D'autre part, la loi de la créance cédée dispose d'une compétence importante à l'égard de l'opposabilité aux tiers des conventions de transmission de la créance. Il est cependant nécessaire de distinguer l'opposabilité aux tiers de la cession de créance de celle de la transmission de ses accessoires. Nous avons montré que l'article 12 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sonne le glas de la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé, et que l'application de cette loi ne présente plus de raison d'être, qu'il s'agisse de l'opposabilité de la transmission de la créance au débiteur cédé ou aux autres tiers. De sorte que la cession de créance internationale est susceptible d'obéir à un régime moniste. En revanche, la transmission de l'accessoire continue de subir l'emprise de la *lex rei sitae* dès lors que l'accessoire a pour objet un bien corporel, spécialement dans le cas de l'hypothèque, et de manière plus incertaine en matière de clause de réserve de propriété.

Il reste alors à la loi de la créance une étape ultime à franchir, celle de l'extinction du droit.

(1) Excepté le cas où les formalités prévues par la *lex rei sitae* conditionnent la validité même de la constitution de l'accessoire, ce qui est le cas, par exemple, de l'hypothèque. V. *supra*, n° 706.

CHAPITRE II

L'EXTINCTION DE LA CRÉANCE

L'extinction de la créance peut résulter de son exécution volontaire ou contrainte. Alors qu'elle jouit d'un domaine important dans le premier cas, la loi de la créance se trouve sérieusement concurrencée dans le second.

SECTION I

L'EXTINCTION DE LA CRÉANCE PROCÉDANT DE SON EXÉCUTION VOLONTAIRE

720.- L'extinction de la créance se présente de manière différente selon que le rapport qui l'a engendrée est unilatéral ou synallagmatique. En effet, alors qu'elles sont dépourvues de sens dans le premier cas, les exceptions liées au caractère synallagmatique de la relation - exceptions d'inexécution, de compensation - trouveront pleinement à s'appliquer dans le second.

721.- En d'autres termes, l'extinction de la créance peut résulter d'un paiement effectif, correspondant à la prestation initialement promise, ou d'une absence de paiement effectif, tributaire de ou extérieure à la volonté contractuelle.

§ 1.- L'extinction de la créance en vertu d'un paiement

722.- La loi de la créance jouit d'une compétence manifeste à l'égard de l'extinction de la créance due à un paiement effectif. Bien que des auteurs aient pu, par le passé, défendre la compétence de la loi du fait ou de l'acte juridique initial (1), ou celle de la loi du lieu de survenance ou de naissance de la créance (2), la doctrine professe aujourd'hui que les causes d'extinction de la créance ressortissent à la compétence de la loi de la créance (3). Pourtant, son domaine est susceptible d'être contesté par d'autres lois, qu'il s'agisse de la validité ou des modalités du paiement.

(a).- APPRÉCIATION DE LA VALIDITÉ DU PAIEMENT

723.- En principe, l'appréciation de la validité du paiement appartient à la loi de la créance (4). Il en est de même de la preuve du paiement et de la fraude pouvant l'entourer (5).

(1) V. en ce sens, P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, Paris, t. 2, 3ème éd., 1958, n° 154, pour la confusion.

(2) V. en ce sens F. DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, Paris, 1886, n° 314 ; J. VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, Paris, Fontemoing et Cie, 1914, p. 994 *sq.*, qui proposait de distinguer entre la substance des obligations, soumise à la loi du contrat, et les incidents d'exécution, relevant de conflits de lois séparés.

(3) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. V, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris, n° 1426 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 612 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 382 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 736 *sq.* ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1412 *sq.* ; H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 66 *sq.* ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 11 *sq.*

(4) V. Cass. 6 mai 1968, GP.68.2.243 ; X. TANDEAU DE MARSAC, *Le paiement et ses garanties dans la vente internationale d'objets mobiliers corporels*, DPCI.80.149. La loi de la créance apprécie aussi la **nature** du paiement. V. H. MOTULSKY, note sous Paris 27 janv. 1955, R.55.350.

De même, l'article 10 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 attribue à la loi de la créance une compétence de principe pour apprécier le caractère libératoire du paiement. Cependant, l'article 10 § 2 énonce qu'il conviendra d'avoir "égard à la loi du pays où l'exécution a lieu" pour "des modalités d'exécution et des mesures à prendre par le créancier en cas de défaut d'exécution".

(5) Mais l'exigence de formes spéciales pourrait relever de la loi du lieu d'accomplissement du paiement. Sur la facture, v. R. SAVATIER, *La facture et la polyvalence de ses règles juridiques en droit contemporain*, RTDCom.73.1.

724.- Toutefois, l'application de la loi de la créance risque d'être perturbée par celle du lieu de paiement. Il en sera tout d'abord ainsi en cas de mesures d'embargo, dont la nature unilatérale et de police conduit à paralyser le jeu traditionnel du conflit de lois (1).

725.- Ensuite, bien qu'il lui appartienne de préciser le lieu du paiement (2), la loi de la créance sera concurrencée par la loi du lieu de paiement en matière d'effets de commerce (3) et de paiement indû (4).

Mais c'est principalement à l'égard des modalités du paiement que le domaine de la loi de la créance sera contesté par d'autres lois.

(b).- MODALITÉS DU PAIEMENT

Deux questions doivent être distinguées, selon que l'attention se porte sur les techniques de recouvrement de la créance, ou sur les modes d'expression de son montant.

1. *Techniques de recouvrement de la créance*

726.- D'une part, la loi de la créance sera concurrencée lorsque la technique juridique affectée

(1) Sur les conflits interzonaux allemands de la zone orientale consécutifs à la Seconde guerre mondiale, v. G. VAN HECKE, *Principes et méthodes en droit international privé*, R.C.A.D.I.1969.IV.409, spéc. p. 553 ; sur les embargos, v. J. VIROLE, *Incidences des mesures d'embargo sur les contrats internationaux*, DPCI.81.311.

(2) Sur la notion de lieu de paiement, v. *supra*, n° 41 *sq.* . Selon G.-A. L. DROZ, note sous CJCE. 30 nov. 1976 *Mines de potasse d'Alsace*, D.77.613, R.77.563 note P. BOUREL, le lieu de paiement se confond souvent avec celui du domicile de l'une des parties.

Sur la qualification du caractère portable ou quérable du paiement, v. *supra*, p. 167 note 1. Le paiement est également qualifié de portable par l'article 59 de la LUVI. du 1er juillet 1964 et par la Convention européenne relative au lieu de paiement des obligations monétaires du 16 mai 1972. V. G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497.

(3) V. *supra*, n° 46 *sq.* . V. les articles 4, 7 et 9 des Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931. A titre d'exemple, la loi régissant le paiement précisera la date d'exigence de la provision. V. Seine 26 juin 1964, B.64.624 note X. MARIN.

(4) V. *supra*, n° 70 *sq.* .

au recouvrement de la créance peut faire l'objet de rattachements autonomes. De l'autre, et plus radicalement, la loi de la créance sera évincée dans certaines hypothèses, soit par l'irruption de lois de police, soit par la mise en œuvre de règles matérielles.

727.- Tout d'abord, l'application de la loi de la créance sera distributive lorsque la technique de recouvrement fera l'objet de rattachements autonomes. Il en sera ainsi du mandat (1), de l'affacturage (2), de l'indication de paiement (3), de la délégation (4), du trust (5), etc. Dans la mesure où la méthode employée peut faire l'objet d'un rattachement propre, il convient de prendre en considération le contenu des lois en présence pour décider de l'extinction de la créance. Le cas de la stipulation pour autrui permet de le montrer.

728.- En vertu de la stipulation pour autrui (6), le promettant s'engage envers le stipulant à exécuter une prestation au profit d'un tiers, appelé bénéficiaire, lequel n'est pas partie au contrat entre le promettant et le stipulant. Trois séries de rapports sont ainsi à distinguer. D'une part, les liens entre le stipulant et le promettant obéiront à la loi d'autonomie et, à défaut de choix par les parties, il conviendra d'appliquer la loi du domicile du promettant, débiteur de la prestation carac-

(1) V. *supra*, n° 649.

(2) V. *supra*, n° 665.

(3) V. Ch. BOLZE, *Réflexions sur la cession de dettes en droit privé français*, Etudes G. FLATTET, Payot, Lausanne, 1985, p. 13. Sur l'indication de paiement, v. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., *Obligations*, 7ème éd., par F. CHABAS, 1985, Montchrestien, n° 1236.

(4) V. *supra*, n° 686.

(5) Cette technique peut se révéler dangereuse lorsque le trust est soumis à une loi qui ne le connaît pas, l'opération pouvant être requalifiée par le juge. V. Trib. d'arr. Luxembourg 20 janv. 1971, R.73.51, et B. OPPETIT, *Le trust dans le droit du commerce international*, R.73.1, spéc. n° 20.

(6) V. Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, le contrat*, Economica, 1986, n° 796, et Rép. Dalloz, *Droit civil*, v° *Stipulation pour autrui*; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 603; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 381; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 734. La doctrine citée soumet la stipulation pour autrui à la loi d'autonomie. V. aussi Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, n° 310 *sq.*, qui n'admet que la relation entre une partie et un tiers puisse être détachée du statut contractuel qu'à la double condition qu'une qualification distincte et un rattachement "suffisamment attractif" existent.

téristique. D'autre part, la créance du bénéficiaire contre le promettant doit également être régie par la loi du domicile du promettant, débiteur de la prestation caractéristique. Dès lors que le bénéficiaire aura accepté la stipulation pour autrui, l'extinction de sa créance relèvera de la seule loi du promettant. Enfin, il n'est pas possible, *a priori*, d'envisager l'application d'une loi aux relations entre le stipulant et le bénéficiaire, puisqu'ils sont chacun des tiers l'un par rapport à l'autre. Cependant, il se peut que le stipulant soit débiteur du bénéficiaire en vertu d'un rapport juridique antérieur, et qu'il entende éteindre sa dette par le biais d'une stipulation pour autrui. Subséquemment, l'extinction de la créance du bénéficiaire ne relèvera plus de la seule loi du promettant, mais aussi de celle qui régit la créance initiale, et qui devra décider du caractère libératoire de la stipulation pour autrui envers le stipulant.

729.- Ensuite, la loi de la créance risque de se voir contestée dans sa compétence, non pas en raison de rattachements concurrents, mais en vertu du recours à des méthodes de résolution différentes (1), notamment en matière fiscale (2), ou de recouvrement des créances alimentaires d'Etat à Etat (3).

Le mode d'expression du montant de la créance peut également entraîner la mise en œuvre de rattachements concurrents.

2. Modes d'expression du montant de la créance

730.- L'exécution monétaire du paiement pourra difficilement échapper à la *lex loci solutionis*

(1) Sur les conflits de méthodes, v. *supra*, n° 433 *sq.*

(2) V. par exemple les modèles de Convention OCDE. ; v. G. MONTAGNIER, *Le contentieux du recouvrement en France des impôts étrangers*, DPCI.85.331, et *Un nouveau modèle de Convention OCDE.*, DPCI.87.359.

(3) V. M. SAUTERAUD-MARCENAC, *Du recouvrement des aliments franco-allemands et des difficultés d'application des Conventions de Bruxelles et de La Haye*, GP.83.I.doctr.58.

et la loi de la créance devra en partie s'incliner devant elle quant à la monnaie de paiement, la définition des taux de change et de conversion (1), et l'incidence de la réglementation financière avec l'étranger. En vertu d'une distinction classique entre le *quantum* et le *quomodo* de la créance, alors que la monnaie de compte dépend de la loi de la créance (2), la monnaie de paiement est tributaire de la loi du lieu de paiement (3). Le lieu du paiement ne pourra donc correspondre à la loi de la créance que dans les cas où la créance sera portable, et non quérable (4). Enfin, la réalisation du paiement risque d'être affectée par l'irruption des législations relatives au contrôle des changes, leur violation s'appréciant en principe en dehors de la méthode conflictuelle (5).

(1) Sur la responsabilité du mandataire en cas de retard dans la conversion, v. Ph. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, thèse, Litec, 1988, n° 583.

(2) V. Cass. 21 juin 1950 *Messageries maritimes*, D.51.749 note J. HAMEL, R.50.609 note H. BATIFFOL, JCP.50.II.5812 note J. Ph. LÉVY, S.52.I.1 note J.-P. NIBOYET ; Cass. 15 févr. 1972 *Atard*, R.73.77 note H. BATIFFOL, RTDCom. 73.417 obs. Y. LOUSSOUARN ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 613 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 384 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 737 ; J.-P. ECK, *Rép. Dalloz, Dr. international, v° Paiement* ; Ph. MALAURIE, *Clauses monétaires stipulées dans un contrat international*, J.66.571 ; *Les obligations libellées en monnaie étrangère*, TCFDIP. 1975, p. 17 ; *Le droit monétaire dans les relations privées internationales*, RCADI.78.II.265.

Sur les **clauses-or**, v. Y. LOUSSOUARN, note sous Paris 22 oct., 22 déc. 1951, 16 mai et 20 oct. 1952, R.53.376 ; L.-A. RABINOVITCH, *De l'exécution en France des obligations internationales libellées en or*, GP.56.2.49 ; M. PÉDAMON, *Le régime contemporain des clauses monétaires*, D.58.chron.101.

Sur les **clauses multi-devises**, v. TGI. Dijon 9 mai 1981, J.83.111 note Ph. FOUCHARD ; H. F. MARSAL, *A propos de la clause multi-devises*, B.84.343. Ces clauses risquent d'être appréciées à la lumière de la *lex fori* si le créancier intente une action au domicile du débiteur. En effet, les pays à fort taux d'inflation tolèrent difficilement ce genre de clauses, et les annulent parfois pour violation de leur contrôle des changes. D'autres pays attribuent, au contraire, des dommages-intérêts liés spécifiquement à l'érosion monétaire. Dans le premier cas, le risque de change pèse sur le créancier ; dans le second, sur le débiteur. Pour l'Argentine, v. I. ZIVY, *La dépréciation monétaire*, DPCI.82.114 ; G. A. de JÉSUS et I. ZIVY, *Le régime de capitalisation de la dette extérieure en Argentine*, RDAI.88.537 ; pour la Roumanie, v. O. CAPATINA, *L'objet du paiement dans la vente commerciale internationale*, DPCI.83.687 ; pour la Yougoslavie, v. S. CIGOJ, *Chronique de jurisprudence yougoslave*, DPCI.82.704.

Lorsqu'un problème de **conversion** se présente, les décisions retiennent en général le moment du paiement pour effectuer le change ; v. Paris 22 oct., 22 déc. 1951, 16 mai et 20 oct. 1952, R.53.376 note Y. LOUSSOUARN. Pour le paiement d'une **euro-garantie**, la somme étant en compte bloqué, v. Aix-en-Provence 22 mai 1981, B.84.1202 obs. J.-L. RIVES-LANGE ; A. PRÜM, *Les euro-garanties*, JCP.87. E.II.15008.

(3) V. J.-P. ECK, *Place actuelle de la théorie du payement international dans le droit monétaire*, R.64.441.

(4) V. *supra*, p. 167.

(5) V. *supra*, n° 424 *sq.* V. aussi l'article 54 de la Convention de Vienne du 11 avril

En définitive, et en dépit de certaines hypothèses, la compétence de la loi de la créance demeure importante lors de l'extinction en vertu d'un paiement effectif. L'intervention d'autres lois procèdera soit de méthodes concurrentes (lois de police), soit de la volonté même des parties, qui sont libres d'aménager l'extinction de la créance, éventuellement sans qu'il y ait paiement effectif.

§ 2.- L'extinction de la créance en l'absence d'un paiement effectif

Les parties peuvent dans certains cas aménager l'extinction de la créance sans qu'il y ait un paiement effectif. La technique retenue procèdera alors de leur volonté. En revanche, dans certaines hypothèses, la créance sera éteinte en l'absence d'un paiement effectif et sans que la volonté des parties ait été sollicitée.

(a).- MODES D'EXTINCTION PROCÉDANT DE LA VOLONTÉ CONTRACTUELLE

371.- L'absence de paiement effectif peut tout d'abord correspondre réellement à une absence de paiement. Soit que le créancier ait accordé une remise de dette (1), soit que les parties soient convenues de compenser leurs créances de manière conventionnelle. Il se peut ensuite que le débiteur se libère en substituant, avec l'accord du créancier, au paiement monétaire promis un paiement par équivalent. Il est alors nécessaire de préciser le domaine de la loi de la créance en

1980, aux termes duquel l'obligation de payer le prix comprend aussi pour l'acheteur celle de s'enquérir des mesures et formalités nécessaires à la réalisation du paiement.

(1) La doctrine contemporaine soumet la remise de dette à la loi d'autonomie. V. A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 155 ; *contra*, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. V, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris, n° 1426.

Il en est de même de la **novation**. V. A. SINAY-CITERMANN, *op. cit.*, n° 162. V. l'article 148 al. 3 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

présence d'une compensation conventionnelle ou d'une novation par changement d'objet.

1. *La compensation conventionnelle*

732.- La compensation présente un aspect mêlant paiement simplifié et garantie (1), qui lui confère un intérêt certain lorsque le débiteur dépose son bilan (2). Elle réalise un double paiement simultané des créances réciproques issues d'un même contrat ou d'opérations connexes, à concurrence du montant le plus faible (3). L'intérêt de la compensation conventionnelle est de permettre aux parties de suppléer la défaillance des conditions de la compensation légale (4).

733.- La simplicité de la compensation conventionnelle explique son utilisation fréquente. Ainsi de l'affacturage, où les créances recouvrées peuvent être affectées à un compte courant au sein duquel les créances et les dettes se compensent. De même, lorsque l'exportateur a donné à son banquier mandat d'encaisser les créances nées à l'exportation, la créance du banquier née de l'avance consentie se compensera graduellement avec l'encaissement des paiements effectués par les débiteurs étrangers. La compensation conventionnelle est également utilisée en matière de crédit-documentaire (5), connue du contrôle des changes, qui autorise la compensation des

(1) V. R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, thèse, LGDJ., 1969 ; du même auteur, *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Compensation*. La fonction indirecte de garantie propre à la compensation conduit certaines décisions à la qualifier de « sûreté ». V. Paris 27 sept. 1977, D.78.IR.80, R.soc.78.278 note J.-J. BURST, RTDCom.79.256 obs. R. HOUIN. De même, plusieurs auteurs la qualifient de garantie - v. en ce sens, M. VASSEUR, *Les garanties indirectes du banquier en droit interne*, RJC. février 1982, p. 104 -, ou de droit de rétention - v. en ce sens C. GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans le droit des obligations*, RTDCiv.80.39 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, Sirey, 1987, n° 19 -.

(2) Sur la « faillite » et la *lex concursus*, v. *infra*, n° 772 sq.

(3) V. l'article 1290 C. civ.

(4) V. l'article 1291 C. civ. : la compensation légale nécessite l'exigibilité, la fongibilité et la liquidité des créances réciproques.

(5) V. Trib. com. Bruxelles 18 avr. 1985, D.86.IR.217 obs. M. VASSEUR. Le banquier « confirmateur » peut se libérer en recourant à un paiement par compensation à l'encontre de la banque émettrice, dès lors que le bénéficiaire du crédit-documentaire n'a pas encore disposé de sa créance au profit d'un tiers avant la remise des documents.

dettes sans qu'il soit nécessaire de recourir aux marchés d'application (1), et pratiquée par le droit des sociétés, qui admet l'augmentation de capital par incorporation de numéraire (2). La Convention de Vienne du 11 avril 1980 fait aussi usage des compensations monétaires en les érigeant en modes de sanction privilégiée des inexécutions contractuelles (3).

734.- La délimitation du domaine de la loi de la créance sera menée en supposant que le débiteur est *in bonis*, que l'exécution est exempte de mesures de coercition, ce qui élimine les difficultés liées à la compétence juridictionnelle en matière de saisie-arrêt (4), et que la compensation intervient entre des parties soumises chacune au droit privé, ce qui exclut l'hypothèse où l'une des parties serait « l'émanation » d'un Etat (5), et les créances de nature fiscale (6).

735.- Dès lors qu'aucune loi n'a été choisie par les parties (7), la détermination de la ou des lois applicables à la compensation conventionnelle est malaisée. Différents systèmes ont été imaginés par la doctrine, tels que la compétence de la loi du lieu de conclusion lorsque les créances dépendent de lois différentes (8), celle de la loi régissant la créance contre laquelle est opposée

(1) Cette technique facilite toute compensation entre les créances libellées en des monnaies différentes, notamment les swaps de devises. V. *supra*, n° 122, et p. 287 note 4.

(2) Laquelle repose sur la compensation. V. F. TERRÉ, *Remarques sur l'augmentation de capital par incorporation de créances, Dix ans de conférences d'agrégation*, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1961, p. 195.

(3) V. Ph. KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, R.80.951, spéc. p. 978.

(4) V. *infra*, n° 757 *sq.*. Sur l'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, relatif aux clauses attributives de juridiction, v. CJCE. 9 avr. 1978, R.81.127 note H. GAUDEMET-TALLON.

(5) V. *infra*, n° 786. La jurisprudence admet parfois la compensation alors que l'une des parties est une émanation d'un Etat étranger. V. Cass. 9 mars 1971, Bull.civ.I.n° 75. V. aussi P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat*, J.86.5, spéc. p. 16.

(6) Le règlement du litige appartient davantage à la méthode des lois de police qu'aux conflits de lois. En général, l'Etat français refuse la compensation entre une créance de nature de fiscale et une créance de droit privé. V. M. WALINE, *La compensation entre la dette fiscale et une créance sur l'Etat*, Mélanges dédiés à G. MARTY, 1978, p. 1259, éd. Université des Sciences Sociales.

(7) La compensation conventionnelle obéit en principe à la loi d'autonomie. V. A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 169.

(8) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 614 ; H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 56 *sq.* ; A. SINAY-CITERMANN, *op. cit.*, n° 169.

la compensation conventionnelle (1), ou encore celle de la *lex fori* ou des lois applicables aux créances compensées (2). Il nous semble que l'effet extinctif attaché à la compensation doit conduire à l'application cumulative des lois en présence, la compensation devant ainsi être admise par chacune des lois des différentes créances. Néanmoins, l'application des lois des différentes créances peut, dans certaines circonstances, s'avérer insuffisante.

736.- Premier exemple, lorsqu'elle intervient à l'intérieur d'un groupe de sociétés (3), la compensation conventionnelle sera tributaire du contenu des lois applicables à chacune des créances, soit les lois des différentes sociétés (loi de la maison-mère, loi de la filiale, etc).

737.- Deuxième exemple, la compensation peut se rattacher au fonctionnement d'un compte courant. Il en est notamment ainsi en matière d'affacturage ou de mandat d'encaissement assorti d'une stipulation de connexité fixant l'affectation des créances (4). La difficulté liée à la délimitation du domaine des lois en présence ne tient pas tant à la compensation elle-même, qu'aux effets attachés au compte courant : principe d'indivisibilité, affectation générale des créances résultant des relations d'affaires entre les parties, extinction des créances inscrites en compte. Aussi sera-t-il nécessaire de consulter la loi applicable au compte courant pour décider

(1) V. l'article 148 al. 2 de la loi suisse du 18 décembre 1987. La Convention de Rome du 19 juin 1980 ne prévoit aucune solution. La loi applicable à la compensation est aussi tributaire de la **qualification**. Ainsi du legs d'une créance à une personne qui est en même temps débitrice du *de cuius*. Certains auteurs y voient une compensation - v. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Donations et testaments*, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, t. V, 2ème éd., 1957, L.G.D.J., n° 620 -, cependant que d'autres l'analysent comme une confusion - v. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions, les libéralités*, 2ème éd., Dalloz, 1988, n° 347 -. La qualification commandant la solution du conflit de lois doit être menée *lege fori*.

(2) *Ibidem*.

(3) L'intérêt de ce système est de contourner la réglementation des changes et le risque de change.

(4) Sur la stipulation de connexité, v. G. WIEDERKEHR, *Pacte comissoire et sûretés conventionnel-les*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661, spéc. p. 668 ; M. VASSEUR, *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTDCom.77.1 ; sur la **compensation in futurum**, v. J.-P. BERTREL, *Les privilèges*, B.84.189 et 305 ; Cass. 17 nov. 1981, D.82.257 note M. VASSEUR, JCP.82.II.19766 note J. STOUFFLET et Y. CHAPUT, RTDCom.82.277 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, JCP.83.E.II.14001, n° 98 obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Trib. com. Paris 23 avr. 1986, B.86.923 obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Paris 25 nov. 1986, B.87.196 obs. J.-L. RIVES-LANGE.

de l'extinction des créances par compensation. Certes, en pratique, la loi applicable au compte courant coïncidera avec celle des créances nées à l'exportation, dès lors que le vendeur et l'établissement tenant le compte auront leur siège sur le même territoire (1). Mais on ne peut nier qu'il existe un facteur supplémentaire d'éclatement de la compétence législative.

738.- Troisième exemple, la compensation intervient dans le fonctionnement d'un compte courant, mais l'une des parties cède la créance au mépris de la clause d'affectation. La question est dès lors de savoir si la clause d'affectation des créances en compte courant est opposable au cessionnaire. Deux lois, en réalité, ont vocation à trancher le litige : la loi de la créance cédée, en ce qu'elle gouverne la possibilité même de céder la créance et l'opposabilité aux tiers de la cession, et la loi du compte courant, en ce qu'elle précise la portée de l'indivisibilité et de l'effet novatoire attachés au compte courant. Il sera alors nécessaire de procéder à l'application distributive des lois en présence, en fonction des questions qui leur appartient de résoudre.

739.- En ce sens, l'opposabilité aux tiers de la compensation est un élément du domaine de la loi compétente. Il convient de lui adjoindre les questions afférentes à l'exigence de patrimoines distinctes des parties en présence (2), aux qualités requises des créances pour procéder à leur compensation (3) et à la date de celle-ci (4).

(1) La créance de l'exportateur est soumise à la loi de son domicile, en ce qu'il est le débiteur de la prestation caractéristique. Il en est de même de la créance du banquier résultant de l'avance qu'il a consentie. Quant à la créance de l'exportateur née du mandat conféré au banquier, elle sera soumise, à défaut de choix de la loi par les parties, à la loi du domicile du banquier, débiteur de la prestation caractéristique.

(2) Notamment lorsque la compensation se produit au sein d'un groupe de sociétés.

(3) Notamment la condition de **fongibilité**, qui peut poser problème lorsque les créances à compenser sont libellées dans des **monnaies** différentes. V. pour la compensation des créances dans une telle situation, Gand 16 mai 1929, RTDCiv.1931.715 obs. L. GRAULICH et P. LALOUX ; *contra* , Paris 19 juill. 1943, RTDCiv.44.117 obs. H. et L. MAZEAUD. La libre convertibilité actuelle des monnaies milite en faveur de la compensation des créances libellées en monnaies différentes.

(4) Cette question, qualifiée d'« obscure » par M. B. PETIT, note sous Cass. 10 mars 1987, JCP.87.II. 20908, est susceptible de connaître plusieurs systèmes. L'enjeu tient à l'individualisation de la créance. Si, en général, elle est fixée au jour du consentement des parties, la date peut être fixée de manière rétroactive dans le cas de la compensation judiciaire. Dans le premier cas, la compétence revient à la loi de la compensation ; dans le second, à la *lex fori* .

Délicate à opérer dans le cas de la compensation conventionnelle, la détermination du domaine de la loi de la créance est plus simple en matière de novation par changement d'objet.

2. La novation par changement d'objet

740.- En principe, rien ne s'oppose à ce que la novation par changement d'objet soit soumise à une loi propre par la volonté des parties (1). Toutefois, parce que la novation entraîne l'extinction de la créance, il convient, conformément à l'analyse de J.-P. Niboyet, de consulter la loi de la créance novée pour décider de l'extinction de celle-ci (2). Il apparaît ainsi une nouvelle fois qu'en l'absence de désignation de la loi applicable par les parties, l'extinction de la créance échet à la loi qui la régit.

L'analyse des conflits de lois en matière de prescription extinctive permet également de montrer un recul des rattachements concurrents.

(b).- MODES D'EXTINCTION EXTÉRIEURS À LA VOLONTÉ CONTRACTUELLE

741.- Le mode d'extinction extérieur à la volonté contractuelle que l'on envisagera ici est la

(1) V. l'article 148 al. 3 de la loi suisse du 18 décembre 1987, article qui soumet, de manière générale, les cas d'extinction à la loi de la créance ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. V, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris, n° 1426 ; sur la novation par changement de débiteur en cas de **nationalisation**, v. A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, et F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975, qui estiment que le débiteur initial ne peut être libéré que si la loi de la créance coïncide avec celle de l'Etat nationalisant. V. cependant Y. LOUSSOUARN, *Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes*, RTDCom.68.215., qui écrit que la notion de novation serait dépourvue de sens parce qu'elle serait imposée par l'Etat nationalisant.

(2) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. V, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris, n° 1426 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 383 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 721 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 162. V. Cass. 29 juin 1971 *Nassar*, J.72.51 note Ph. KAHN, qui donne compétence à la loi de l'obligation novée. Cette solution a été par la suite fragilisée par un arrêt de Cass. 13 déc. 1972, R.74.498 note P. L., qui n'a pas précisé le fondement de la compétence de la loi appliquée, qui pouvait correspondre soit à la loi propre de la novation, soit à la loi de l'obligation novée.

prescription extinctive (1). Selon M. Ph. Malaurie (2), “*La prescription extinctive d'une créance touche l'exécution du contrat*”. Elle appréhende également les créances extracontractuelles, de sorte que la dichotomie exposée lors de la recherche de la loi de la créance réapparaît au stade de son extinction.

742.- Seront écartées de notre propos la compensation légale ou judiciaire, les causes d'exonération de la responsabilité et, notamment, la force majeure, laquelle n'a le plus souvent qu'un simple effet suspensif du contrat dans le commerce international. Appartenant au statut de la créance, elles dépendent de la loi de celle-ci, et n'appellent pas de développements complémentaires.

743.- Après une période d'hésitation en jurisprudence (3), et de division en doctrine (4), il

(1) V. F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Dalloz, 1977 ; du même auteur, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 615 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 383 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 744. On peut citer comme autre exemple la **confusion** des créances, qui est soumise à la loi de la créance à éteindre. V. D. HOLLEAUX, J. FOYER, et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 862 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 165.

(2) V. Ph. MALAURIE, note sous Paris 1er juill. 1959, D.59.455.

(3) Jusqu'en 1950, la jurisprudence soumettait la prescription extinctive à la loi du domicile du débiteur, par faveur envers ce dernier. V. par exemple Civ. 13 janv. 1869 *Albrecht*, S.1869.1.49 note J.-E. LABBÉ. Puis l'arrêt de Cass. 31 janvier 1950 *Banque de Pétrograd*, D.50.216 note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, S.50.1.121 note J.-P. NIBOYET, JCP.50.II.5541 note A. WEILL, R.50.415 note R. LENOAN, offrit au débiteur une option de compétence entre la loi de son domicile et la loi de la source. Enfin la Cour de cassation imposa la compétence de la seule loi de la source, par deux arrêts du 21 avril 1971, JCP.71.II.16825 note P. LEVEL, R.72.74 note P. LAGARDE, solution renouvelée par un arrêt du 7 juin 1977, J.77.879 note Ph. KAHN, R.78.123 note H. BATIFFOL, RTDCom.78.203 obs. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, et un autre arrêt de Cass. 8 févr. 1983, J.84.123 note G. LÉGIER. Ces dernières décisions sont venues effacer l'hésitation causée par Paris 23 janv. 1975, R.76.97 note R. DAYANT.

Certains auteurs considèrent que la compétence de la loi de l'obligation aurait été affirmée dès Cass. 28 mars 1960, R.60.202 note H. BATIFFOL, J.61.776 note J.-B. SIALELLI.

V. cependant Cass. 21 janv. 1975 *Richier*, R.77.120 note G. COUCHEZ, qui semble soumettre les causes d'interruption de la prescription extinctive à la *lex fori* ; dans le même sens, v. Paris 22 nov. 1980 *SPIE Batignolles*, J.81.585 note Ph. KAHN.

(4) Se prononçaient en faveur de la *lex fori* : J.-E. LABBÉ, note précitée sous Civ. 13 janv. 1869 *Albrecht*, S.1869.1.49 ; E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. I, Montchrestien, 1930, § 172.

semble établi aujourd'hui que la loi de la créance (1) doit gouverner la prescription extinctive (2), cette dernière ressortissant au fond, et non à la procédure (3). La même solution est consacrée par les Conventions internationales, notamment celles de La Haye des 4 mai 1971, 2 octobre 1973 et 22 décembre 1986 (4), et de Rome du 19 juin 1980 (5).

744.- La compétence de la loi de la créance vaut aussi bien pour les créances contractuelles que pour les créances extra-contractuelles (6). Certains points points lui échappent cependant,

(1) V. cependant F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Dalloz, 1977, et *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, qui considère que la solution correspond en réalité au *vinculum juris*.

(2) V. Cass. 21 avril 1971, JCP.71.II.16825 note P. LEVEL, R.72.74 note P. LAGARDE. V. R. DAYANT, *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Prescription civile*, n° 21.

La portée de la solution peut toutefois être limitée à propos des causes d'interruption de la prescription - v. Cass. 21 janv. 1975 *Richier*, R.77.120 note G. COUCHEZ -, et par l'intervention de l'ordre public international - v. Cass. 21 mars 1979 *Autunes*, D.79.IR.461 obs. B. AUDIT, JCP.80.II.19311 note F. MONÉGER, J.80.92 note A. HUET, R.81.82 note R. DAYANT. V. A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, n° 101.

V. aussi Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP. 1980-1981, p. 43.

(3) V. A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, n° 104 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 88, 120. La solution procède de l'analyse des fondements de la prescription extinctive. V. A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 180.

La question est alors de savoir comment **distinguer** entre le fond et la forme. L. DUGUIT, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, thèse, 1882, Bordeaux, distinguait entre la **substance** de l'opération (le fond) et sa mise sur pied (la forme). J. BOUHIER (1673-1746), *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, Dijon, 1787-1788, 2 vol., dissociait les formalités **intrinsèques** constituant l'essence de l'acte (le fond) des formalités extrinsèques ou probatoires établissant la certitude de l'acte (la forme). Enfin, selon P. LOUIS-LUCAS, *La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois*, Mélanges J. MAURY, t. I, Paris, 1960, Dalloz et Sirey, p. 175, le critère devrait être celui de la **fongibilité** des éléments de l'acte, les parties non fongibles ressortissant au fond.

(4) V. les articles 8 des Conventions des 4 mai 1971 et 2 octobre 1973 ; v. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière*, J.69.5 n° 6 ; *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, J.74.32 n° 31-33 ; *La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, R.86.271.

(5) V. l'article 10 § 1-d.

(6) V. R. DAYANT, *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Prescription civile*, n° 39 et 44 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 189 et 194. Pour la prescription liée au versement exigé aux fins de libération des **actions**, v. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en*

tels les effets de commerce (1), les transports maritimes (2), et les dettes de l'Etat français (3). Conformément aux rattachements proposés antérieurement (4), la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique en matière contractuelle, et la *lex loci commissi delicti* en matière extra-contractuelle (5), auront à préciser les éléments suivants : la date à compter de laquelle court la prescription, les causes de suspension (6), d'interruption (7), les déchéances (8), la durée de la prescription (9), ses effets et sa nature (10).

Toutefois, et en dépit de son importance indéniable, le domaine de la loi de la créance présente plusieurs zones d'ombre, qui tiennent, non aux fondements ou à la nature de la prescription extinctive, mais bien à la situation juridique dans laquelle s'insère la créance. Deux exemples permettent de le montrer.

745.- Tout d'abord, il se peut que la créance découle d'une chaîne de contrats. La loi applicable doit-elle alors être celle qui gouverne le droit initial, ou bien celle qui appréhende la créance intermédiaire ? La réponse est compliquée par le fait qu'en droit interne, il conviendrait d'appli-

matière de sociétés , n° 41-42 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières* , n° 26.

(1) Les obligations du tiré sont prescrites selon la loi du lieu de paiement (article 4 al. 1 de la Convention de Genève du 7 juin 1930), et celles du porteur ou du tireur par la *lex loci actus* (article 5). V. J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce* , 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 250 *sq.* .

(2) V. les articles 26 et 32 de la loi du 18 juin 1966, qui posent une règle matérielle, et l'article 16 al. 3 de la même loi, qui attribue compétence à la loi du tribunal devant lequel est portée l'action.

(3) V. Cons. d'Etat 7 janv. 1987 *Mme Félicien* , R.88.687 note P. RODIÈRE, relatif à la prescription quadriennale des dettes de l'Etat (loi du 31 décembre 1968).

(4) V. *supra* , n° 196.

(5) V. *supra* , n° 150.

(6) R. DAYANT, *Rép. Dalloz Droit international, v° Prescription civile* , n° 57 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)* , n° 199 *sq.* .

(7) V. cependant Cass. 21 janv. 1975 *Richier* , R.77.120 note G. COUCHEZ, qui semble soumettre la question à la *lex fori* .

(8) Pour un exemple, v. Cass. 25 janv. 1966 *Royal Dutch* , R.66.238 note Ph. FRANCESKAKIS, D.66.390 note Y. LOUSSOUARN, J.66.631 note J.-D. BREDIN.

(9) Sur cette question, v. F. HAGE-CHAHINE, *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 303, n° 19 ; R. DAYANT, *Rép. Dalloz Droit international, v° Prescription civile* , n° 10 ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)* , n° 203.

(10) Pour les créances périodiques, v. L. TOPOR, *La notion de créance à caractère périodique au sens de l'article 2277 du Code civil* , RTDCiv.86.1.

quer la durée de prescription propre à la relation initiale (1), ce qui conduirait, sur le plan du conflit de lois, à sacrifier la loi de la créance intermédiaire. Or, s'il est un principe bien établi, c'est que les causes d'extinction de la créance doivent uniquement relever de la loi qui lui est propre (2).

746.- Il est alors nécessaire d'affiner l'analyse, et de partir de l'existence des deux actions en responsabilité du créancier. La première action porte sur l'amont de la chaîne et résulte de la mise en œuvre soit de la notion d'accessoire, soit de la notion de groupe de contrats. Sous l'angle du conflit de lois, l'action en responsabilité doit être considérée comme prescrite lorsque le rapport de droit initial est lui-même prescrit en regard de la loi compétente (3). En revanche, la prescription de la première action n'a pas de motif de rejaillir sur la seconde, laquelle opère à l'encontre du contractant direct. En effet, l'action en responsabilité contre l'auteur direct ne peut logiquement être gouvernée que par la loi applicable à la créance intermédiaire, et non par celle qui appréhende le rapport initial. En réalité, la solution proposée ne fait que transposer à l'hypothèse des chaînes de contrats la position de la jurisprudence relative à la prescription de l'action directe en matière d'assurance.

747.- Ensuite, il arrivera parfois que deux types de rapports de droit entremêlent leurs effets. Ce sera notamment le cas de la victime d'un accident de la circulation routière, qui possède une créance de nature extra-contractuelle contre l'auteur du dommage, ainsi qu'un droit propre contre l'assureur de responsabilité, au titre de l'action directe. La question est alors de savoir si la prescription de la créance de réparation doit rejaillir sur l'action directe contre l'assureur.

(1) V. A. BÉNABENT, note sous A. P. 7 févr. 1986, D.86.293, RTDCiv.88.594 obs. J. MESTRE, JCP.86.II.20616 note Ph. MALINVAUD ; v. aussi Cass. 21 juin 1988 **Soc. SODEREP**, JCP.88.CI. II.15294 note Ph. DELEBECQUE, RTDCiv.89.74 obs. J. MESTRE, et p. 107 obs. Ph. RÉMY.

(2) V. *supra*, n° 735 ; v. l'article 148 de la loi suisse du 18 décembre 1987.

(3) V. en ce sens Cass. 2 oct. 1984, J.85.674 note R. DAYANT, R.86.59 note P. LAGARDE.

Après avoir décidé le contraire (1), la jurisprudence admet, du moins dans le cadre de l'article 9 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971, que la prescription de l'action directe de la victime contre l'assureur peut relever de la loi du contrat d'assurance, et non de la loi applicable à la créance sous-jacente, issue du fait dommageable (2), lorsque cette dernière ignore l'action directe (3). La primauté de la loi du contrat d'assurance peut alors être expliquée de deux manières. Soit que l'on mette l'accent sur le caractère propre, et non dérivé, de l'action directe, ce qui justifie l'existence d'un rattachement spécifique. Soit que l'on souligne le fait que la solution conduit à l'application de la loi régissant la source immédiate (le contrat d'assurance), et non la source médiate (la loi du délit).

En définitive, l'étude des causes d'extinction en dehors de toute mesure de coercition démontre l'ampleur du domaine de la loi de la créance, que l'extinction procède de la volonté des parties, ou lui demeure extérieure (4). En revanche, dès lors qu'une mesure de coercition est mise en œuvre, la loi de la créance est contrainte de battre en retraite devant l'irruption de lois tierces.

(1) V. Cass. 16 juill. 1942, RGAT.43.61 note A. R., et Cass. 14 oct. 1968, JCP.69.II.16145 note J. BIGOT, soumettant la prescription de l'action directe à la loi du lieu du délit.

(2) V. Cass. 2 oct. 1984, J.85.674 note R. DAYANT, R.86.59 note P. LAGARDE. Selon M. P. LAGARDE, si l'action en responsabilité est prescrite en vertu de la loi applicable à la créance de la victime contre l'auteur du dommage, l'action directe contre l'assureur devrait être, elle aussi, prescrite. Mais une telle solution ne conduit-elle pas à nier le caractère propre et non dérivé de l'action directe ?

(3) *A contrario*, si elle connaît l'action directe, la loi du délit régira la durée de sa prescription, ce qui peut conduire à des solutions choquantes. V. aussi *supra*, n° 491, p. 344.

(4) V. cependant R. DAYANT, *Rép. Dalloz Droit international*, v° *Prescription civile*, n° 31, qui considère que la soumission de la prescription extinctive à la loi d'autonomie irait à l'encontre de l'article 2220 C. civ. qui interdit toute convention sur une prescription non acquise.

SECTION II

L'EXTINCTION DE LA CRÉANCE PROCÉDANT DE SON EXÉCUTION CONTRAINTE

748.- Lorsqu'il adopte une attitude de refus d'exécuter, le débiteur risque de faire l'objet de mesures de contrainte, dont la nature dépend de sa solvabilité. Selon les cas, le créancier déclenchera soit une voie d'exécution, soit une procédure collective. Dans ces deux hypothèses, la loi de la créance verra son domaine plus ou moins entamé.

Toutefois, les termes du problème varieront selon que le débiteur relève du droit privé, ou constitue l'émanation d'un Etat. En effet, dans le second cas, le créancier se heurtera aux immunités des Etats, et l'Etat débiteur cherchera à rééchelonner sa dette.

Aussi est-il nécessaire, pour étudier le domaine de la loi de la créance, de distinguer selon que le débiteur est un opérateur de droit privé ou de droit public.

§ 1.- La créance est recouvrée contre un opérateur de droit privé

Les mesures de contrainte peuvent faire l'objet d'une gradation, allant des actions protectrices du droit de gage général aux procédures collectives en passant par la saisie-arrêt.

(a).- LES ACTIONS PROTECTRICES DU DROIT DE GAGE GÉNÉRAL

749.- En vertu de l'article 2092 du Code civil, le créancier chirographaire a pour « droit de gage général » l'ensemble du patrimoine de son débiteur. L'expression de « droit de gage général » est d'ailleurs impropre, car il n'y a aucune sûreté au sens technique du terme, non plus qu'aucune affectation spécifique. Il n'y a qu'une illusion d'affectation, qui a pu conduire la doctrine, par le passé, à voir dans le créancier chirographaire un ayant cause à titre universel du débiteur (1). En réalité, la situation du créancier chirographaire est inconfortable en ce qu'il doit subir, en principe, les mutations du patrimoine de son débiteur. Néanmoins, la loi lui ouvre dans certains cas des actions visant à protéger son droit de gage général, qu'il s'agisse de l'action oblique (article 1166 C. civ.), de l'action paulienne (article 1167 C. civ.), de l'action en déclaration de simulation, voire de l'action directe.

La question, dès lors est de déterminer la loi applicable aux actions protectrices du droit de gage général. La doctrine a proposé des systèmes variés, dont la plus ou moins grande complexité tient à la multiplicité des lois en présence (loi de la créance protégée, loi de la créance attaquée, loi de la sous-créance, loi du domicile du débiteur, *lex fori*, *lex rei sitae*). La diversité des actions et la variété de leur fondement empêchent, de surcroît, l'attribution d'un rattachement propre et unique au droit de gage général (2).

750.- La délimitation du domaine des lois en présence doit être menée en partant des fondements de l'attribution des différentes actions. En effet, l'identification de leurs fondements permettra de cerner les chefs de compétence législative, les cumuls de compétence devenant inévitables lorsque l'action protectrice repose sur plusieurs justifications.

Tout d'abord, les actions protectrices sont conférées en vue même de la créance. Elles en constituent un accessoire, et sont envisagées comme une mesure liée à l'exécution de la créance. Ces différentes considérations militent naturellement en faveur de la compétence de la loi de la

(1) Sur ce débat, et pour une réponse négative, v. J. BONNECASE, *La condition juridique du créancier chirographaire*, RTDCiv.1920.103.

(2) V. en ce sens, Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 299 à 314.

créance (1).

Ensuite, les actions protectrices ne sont que des mesures préliminaires aux voies d'exécution. Mais elles seraient détachées de l'exécution de la prestation, et ne sauraient constituer un effet du contrat (2). Or, une telle analyse est susceptible de conduire à la compétence de la *lex fori* (3), voire, à la qualification de loi de police (4).

Enfin, l'exercice de l'action protectrice du droit de gage général va affecter le patrimoine du débiteur, de sorte que sa localisation pourrait être effectuée au domicile du débiteur (5).

(1) V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n° 469 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 541 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 384 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 398 ; H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Obligations*, n° 26 sq. ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 554, *Obligations (DIP.)*, n° 64 sq. ; Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, n° 83 sq. ; P. LAGARDE, *La sous-traitance en droit international privé*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186. Selon Mme A. SINAY-CITERMANN, il ne saurait y avoir une loi du droit de gage général, mais seulement une loi des actes d'exécution qui s'y rattachent.

(2) V. en ce sens, Y. FLOUR, *op. cit.*

(3) V. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 476 ; A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, n° 150, pour la mise en demeure.

J. VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, Paris, Fontemoing et Cie, 1914, n° 685 sq., détachait les incidents d'exécution du domaine de la loi contractuelle pour les soumettre à des rattachements propres.

Des considérations de nature territorialiste avaient pu, par le passé, conduire certains auteurs à retenir la compétence de la loi du lieu de l'acte ou de la loi du lieu de commission. Ainsi de Ch. N. FRAGISTAS, qui soumettait l'action paulienne à la loi du lieu de l'acte ; ou de J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1120, qui soumettait l'action en simulation à la loi de l'acte simulé. A. PILLET, *Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, J.1896.5, et E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, p. 326, soumettaient l'action paulienne à la loi du lieu de commission de la fraude.

(4) Les auteurs qui fondaient certaines solutions sur la notion de loi de police étaient contemporains de l'époque où la responsabilité délictuelle relevait encore des lois de police, et où les considérations territorialistes n'étaient pas toujours clairement distinguées de l'ordre public international et des lois de police. V. par exemple J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1120. Cependant, v. plus récemment A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, n° 318, pour les actions directes liées à une créance délictuelle, et J.-P. KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PUF., 1977.

(5) V. en ce sens, de manière générale, R. SAVATIER, *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd., n° 279 ; pour l'action oblique et l'action directe, J.-P.

Mais quel que soit le fondement de l'action protectrice du droit de gage général, la mise en œuvre de la loi compétente peut rendre parfois nécessaire le recours à une loi tierce, notamment lorsque son exercice débouche sur une relation triangulaire.

751.- Les trois fondements exposés ont chacun connu une prépondérance sur les deux autres, sans pour autant qu'il y eût coïncidence dans le temps quant à leur importance. Alors que la compétence de la *lex fori* a autrefois prévalu, on assiste depuis quelques années à un mouvement d'unité en faveur de la loi de la créance, excepté le cas de la mise en demeure, qui reste soumis à la *lex fori*, en raison de ses aspects procéduraux (1).

Il est néanmoins possible de distinguer les actions qui sont exclusivement régies par la loi de la créance, de celles qui impliquent l'intervention d'une loi tierce.

1. *Actions relevant exclusivement de la loi de la créance protégée*

752.- Deux actions seulement relèvent exclusivement de la compétence de la loi de la créance protégée. La première est l'action en répétition, dont nous avons montré préalablement que l'exercice dépendait de la loi de la créance (2).

753.- La seconde est l'action en déclaration de simulation (3). Deux aspects doivent cependant être distingués : soit l'une des parties entend se prévaloir de la contre-lettre ; soit un tiers va invoquer ou nier, selon ses intérêts, la simulation. Au sein de chacune de ces situations, l'action

NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1120 *sq.* ; pour l'action oblique, P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. 2, 3ème éd., Paris, 1958, n° 137.

(1) V. en ce sens A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, thèse Paris, Dalloz, 1972, n° 150. Mais la compétence de la *lex fori* risque d'être concurrencée par celle de la *lex rei sitae*, notamment quant aux effets de la mise en demeure sur le transfert des risques attachés au droit de propriété.

(2) V. *supra*, n° 70. Il s'agit de la loi de la créance initiale, et non de la loi régissant l'obligation de *l'accipiens* de restituer la somme indûment perçue.

(3) V. Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, p. 312 *sq.*, qui se prononce en faveur de la loi de la créance garantie.

en déclaration de simulation est au service de la créance protégée, et son exercice doit être assujéti à la loi de la créance (1). Or, il se peut que des prétentions contradictoires soient émises, rendant nécessaire un arbitrage entre la primauté de l'acte apparent ou celle de la contre-lettre. Supposons que l'une des parties invoque l'acte apparent et l'autre, la contre-lettre, cependant que deux tiers voient leur action s'opposer en ce que l'un entend se prévaloir de l'acte apparent, alors que l'autre invoque la contre-lettre. Trois lois risquent alors d'entrer en conflit : la loi régissant les rapports des parties, celle qui gouverne la créance du tiers se référant à l'acte apparent, et celle qui appréhende la créance du second tiers. Dans une telle situation, il serait intéressant de prévoir une règle matérielle, dont le fondement pourrait être la théorie de l'apparence (2), aux termes de laquelle l'acte apparent doit prévaloir sur la simulation.

Plus nombreuses, en revanche, sont les actions protectrices du droit de gage général, dont la mise en œuvre nécessitera l'intervention d'une loi tierce.

2. Actions nécessitant l'intervention d'une loi tierce

754.- Bien qu'elles relèvent en principe de la loi de la créance protégée (3), quatre actions vont nécessiter dans leur mise en œuvre l'intervention d'une loi tierce : les actions oblique, paulienne, directe et en revendication. Ainsi, l'exercice de l'action oblique conduira à confier à la loi de la sous-créance l'appréciation du caractère personnel de cette dernière (4). De même, en matière

(1) V. A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 78, qui propose l'application de la loi qui régit la contre-lettre dans les rapports entre les parties, et celle de la loi de la créance à l'égard des tiers. Ceci suppose évidemment que les parties aient pris le soin de choisir une loi applicable à la contre-lettre qui soit différente de celle de l'acte ostensible.

(2) Sur l'apparence, v. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé, Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ., 1984.

(3) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 541 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 384 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 744 ; H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 26 sq. ; A. SINAY-CITERMANN, *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)*, n° 64 sq. ; Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris, 1978, n° 83 sq. V. aussi l'article 10 § 1-d de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

(4) V. G. LÉGIER, note sous Aix-en-Provence 30 mars 1979, R.80.717. Selon H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 35, la loi de la créance doit cependant être préférée. V. aussi A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 56. Pourtant, l'action oblique ne correspond pas à l'exercice d'un droit propre et direct, de sorte que l'intervention de la loi de la sous-créance paraît justifiée.

d'action paulienne, il sera préférable de consulter la loi de l'acte attaqué, afin d'éviter l'échec de la procédure (1). L'action directe oblige également à faire le départ entre la loi de la créance et la loi du contrat d'assurance. A la première revient l'appréciation de l'existence de l'action directe (2) ; à la seconde, la délimitation de l'obligation qui incombe à l'assureur (3). Enfin, quelles que soient les dispositions de la loi de la créance protégée, l'action en revendication ne peut aboutir qu'à la condition que la *lex rei sitae* du bien affecté par la clause de réserve de propriété en accepte l'exercice (4).

755.- Il apparaît en définitive que les actions protectrices du droit de gage général relèvent en principe de la loi de la créance protégée, quand bien même l'exercice de certaines d'entre elles nécessiterait l'intervention d'une loi tierce. Une telle solution n'est pas surprenante, car ces actions ne sont qu'une mesure préliminaire, l'antichambre des voies d'exécution, lesquelles, en revanche, obéiront en principe à la loi du lieu de saisie, soit la *lex fori* .

Pour un exemple d'application d'action oblique à la suite des nationalisations soviétiques, v. Req. 4 juill. 1933, D.34.1.10 note R. SAVATIER, où les créanciers sociaux exercèrent l'action oblique appartenant à la société, qui avait été transformée en société de fait par la mesure de nationalisation, sur les biens restés en dehors de la zone soviétique.

(1) V. en ce sens, Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété* , Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises* , p. 275, Dalloz-Sirey, 1985, spéc. p. 287.

Cette solution conduira à l'application des dispositions les plus sévères des deux lois relativement à la définition de la fraude paulienne.

(2) V. Cass. 13 juill. 1948, R.49.94 note H. BATIFFOL. V. cependant l'article 9 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971, qui donne compétence à la loi du contrat d'assurance lorsque la loi de la créance protégée ignore l'action directe. V. *supra* , n° 280 et 491.

(3) V. P. LAGARDE, *La sous-traitance en droit international privé, in La sous-traitance de marchés de travaux et de services* , Economica, 1978, p. 186, spéc. p. 200.

(4) Pour la revendication des titres au porteur, v. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés* , n° 166 ; G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens* , n° 65 ; pour la clause de réserve de propriété, v. P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980* , JCP.81.I.3019, spéc. n° 28-29.

(b).- LA RIVALITÉ DE LA LOI DE LA SAISIE

756.- Souhaitant obtenir le paiement qui lui est dû, le créancier va tenter de vaincre l'inertie de son débiteur par une mesure de saisie. Le succès de celle-ci entraînera l'extinction de la créance, de sorte que l'on pourrait s'attendre à ce que la loi de la créance soit compétente. Or, il n'en est rien, la plus grande partie des questions étant absorbée par la loi du lieu de saisie. L'analyse ne portera que sur la place résiduelle laissée à la loi de la créance. Seront ainsi laissés dans l'ombre les recours des tiers (1), les différents types de procédure (2), et les questions afférentes à l'exequatur d'une décision de condamnation étrangère (3).

L'étude du domaine de la loi de la créance va permettre de montrer que celle-ci bute sur la loi de la saisie à la fois au stade de la détermination du lieu de saisie et au stade de la réalisation de la saisie.

1. *L'obstacle de la compétence juridictionnelle*

757.- Selon une doctrine presque unanime, lorsqu'elle porte sur des biens corporels, la saisie

(1) On doit distinguer dans ce cas la procédure d'exequatur des titres exécutoires étrangers et l'exécution proprement dite. Alors que dans le premier cas, les tiers intéressés ne peuvent intervenir - v. CJCE. 2 juill. 1985, J.86.469 note A. H., qui décide que l'article 36 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 écarte l'article 496 NCPC. -, la procédure reste dans le second cas soumise au droit national. V. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, 1985, éd. Jupiter, n° 407. Pour une illustration de ce principe, v. la curieuse affaire jugée par CJCE. 4 févr. 1988, R.88.598 note H. GAUDEMET-TALLON.

(2) Sur le droit anglais, v. par exemple M. E. GOLDSMITH, *Chronique de jurisprudence anglaise*, DPCI.78.581 ; P. THIEFFRY, *La compétence juridictionnelle en France et aux Etats-Unis en matière civile et commerciale : esquisse d'un rapprochement*, DPCI.84.581.

(3) La question de savoir si l'exequatur doit être préalable à l'instance en validité de la saisie-arrêt est discutée. V. Cass. 3 oct. 1968, D.69.58 note Ch. ROUSSEAU, J.69.674 note Ph. KAHN ; pour l'exequatur préalable, v. Seine 1er févr. 1956, R.58.730 note Y. LOUSSOUARN.

Sur la discussion, v. P. LAGARDE, note sous TGI. Paris 14 janv. 1970, R.70.714 ; Y. LOUSSOUARN, note sous Amiens 25 mai 1970 *Atard*, J.71.86 ; M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 1987, n° 596 note 93.

doit être pratiquée au lieu de situation des biens (1) ou au lieu du domicile du débiteur saisi (2). Et dans le cas d'une saisie-arrêt, sera compétent le juge dans le ressort duquel est situé le domicile du tiers saisi (3). La loi de la créance n'intervient donc d'aucune manière (4). Il reste toutefois à comprendre les raisons d'une telle exclusion, et à en saisir la portée, ce qui implique l'identification du fondement de la règle et la recherche des conséquences qui y sont attachées.

Il sera alors possible de préciser les règles de compétence selon que la mesure projetée est une saisie ou une saisie-arrêt.

758.- Plusieurs fondements peuvent être invoqués à l'appui de la compétence de la loi du lieu de situation des biens saisis ou du domicile du tiers saisi. Ont été avancées les idées de lieu d'exécution (5), de situation de la créance saisie (6), de situation des biens saisis (7), de même

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 540 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 126 *sq.* ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 297 et 618 ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Biens*, n° 106 *sq.* ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-C, Conflits de juridictions*, n° 90 ; J. PATARIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie*, n° 2.

(2) Sur la transposition à l'ordre international de l'article 558 ACPC., v. *infra*, n° 765. Certaines règles de compétence interne ne sont cependant pas transposables, telle la compétence du tribunal du domicile du débiteur saisi quant à l'action en validité d'une saisie-arrêt. V. Cass. 4 mai 1976, R.77.352 note D. MAYER ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-C, Conflits de juridictions*, n° 72 et 94 *sq.*

(3) V. Cass. 12 mai 1931, J.32.387 note J. PERROUD ; P. LAGARDE, note sous Paris 19 janv. 1976 *Davis*, R.77.126 ; TGI. Nice 25 juill. 1980, J.82.160 note A. HUET ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1297 ; v. cependant M. MERCIER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie-arrêt*, n° 9, qui qualifie la règle de loi de police.

(4) Excepté le cas de la qualité pour agir. V. F. TERRÉ, *Les conflits de lois en matière d'action en justice*, TCFDIP.1964-1966, p. 111, et *Rép. Dalloz, Droit international, v° Action en justice*, n° 39 ; D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 29 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 39 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, thèse, Economica, 1986, n° 48 *sq.*

(5) Conformément à l'article 16-5° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. V. Cass. 13 déc. 1978, RTDCom.79.832 obs. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, D.79.IR.338 obs. B. AUDIT ; CJCE. 4 juill. 1985, R.86.142 note E. MEZGER. Sur les critiques formulées à l'encontre de la notion de lieu d'exécution, v. *supra*, n° 106. V. aussi J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1197, qui considère que la saisie-arrêt intervient uniquement à l'endroit où se produit le paiement.

(6) Sur cette notion, v. *supra*, n° 20 *sq.* V. Cass. 23 mars 1868, D.1868.1.369 ; en matière de saisie-arrêt, v. J. PERROUD, note sous Cass. 12 mai 1931, J.32.387 ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, Sirey, 1947, n° 1297 ; J. PATARIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie*, n° 6.

(7) V. G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 275.

que la protection des intérêts du débiteur ou du tiers saisi (1), ou, dans certaines circonstances, du créancier (2), ou bien encore le principe de souveraineté (3), ou le principe de proximité (4).

759.- Des différentes explications énoncées, une seule serait susceptible d'évoquer la loi de la créance, à savoir l'idée de situation de la créance saisie. Cependant, elle n'est d'aucune utilité lorsque la mesure de saisie porte sur des biens corporels ; et nous avons montré précédemment qu'elle n'était pas acceptable (5), en ce que les créances à personne dénommée n'ont pas de situation dans l'espace. Cette justification doit donc être écartée.

760.- De même, la notion de protection des intérêts du débiteur ou du tiers saisi est à rejeter, car les tribunaux français se reconnaissent compétents alors même que ni le débiteur, ni le tiers

(1) V. par exemple l'article R. 145-3 C. trav. qui attribue une compétence exclusive au tribunal du domicile du salarié. En cas de saisie-arrêt sur soi-même, l'intérêt du débiteur saisi conduit à écarter l'article 558 ACPC. au profit de l'article 42 NCPC. V. M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 1987, n° 582.

(2) Exemple : la protection du créancier d'aliment. Les créances d'aliment sont d'ailleurs portables, et non quérables. V. l'article 5-2 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, et les Conventions de La Haye des 15 avril 1958 et 2 octobre 1973 qui prévoient un exequatur simplifié et la possibilité d'une exécution partielle de la décision. Cependant, il peut arriver aussi que les intérêts du créancier soient protégés par l'attribution de la compétence judiciaire au tribunal dans le ressort duquel se trouve le domicile du débiteur saisi. V. en ce sens A. HUET, note sous TGI. Nice 25 juill. 1980, J.82.160.

(3) La raison en est que toute mesure d'exécution forcée affecte la souveraineté de l'Etat sur le territoire duquel elle est ordonnée.

(4) V. Paris 10 nov. 1971 *Mac Trucks*, RTDCom.72.239 obs. Y. LOUSSOUARN. M. Y. LOUSSOUARN préfère qu'on "jette du lest", non sur le terrain de la compétence judiciaire, mais sur celui de la compétence législative. V. aussi Cass. 6 févr. 1985 *Simitch*, R.85.369, J.85.460 note A. HUET, D.85.469 note J. MASSIP, D.85.IR.497 obs. B. AUDIT, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 62 ; Cass. 6 janv. 1987, R.88.337 note Y. LEQUETTE ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I.1986.I.9, spéc. p. 136.

(5) V. *supra*, n° 20 *sq.* Pour J. PERROUD, note sous Cass. 12 mai 1931, J.32.387, la saisie-arrêt affecterait le régime de la propriété de la créance saisie, et c'est pour cette raison qu'on devrait appliquer la loi du domicile du tiers saisi, lieu où la créance saisie serait localisée de manière fictive. L'auteur ajoute que la compétence législative doit entraîner la compétence judiciaire, car il serait déraisonnable de séparer les questions de procédure de celles qui portent sur la transmission de la créance.

La loi de la créance coïncidera en réalité très rarement avec la loi du lieu de saisie, car le domicile auquel nous faisons référence est le domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Or, ce dernier ne sera pratiquement jamais le débiteur de la somme d'argent saisie. Il ne pourra y avoir une juxtaposition des compétences qu'à la condition que la prestation monétaire constitue la prestation caractéristique.

saisis ne résideraient en France, dès lors que sont situées en France des valeurs saisissables (1).

761.- Plus intéressante, en revanche, paraît l'idée du principe de proximité, qui est susceptible d'influer sur le jeu des rattachements (2). Mais elle est aussi susceptible de conduire au principe d'ubiquité des créances, dont nous avons exposé les dangers (3).

762.- En réalité, le seul fondement effectif est le principe de souveraineté. Les formules employées par la jurisprudence ne laissent aucun doute (4), et les conséquences de certaines solutions ne peuvent être comprises qu'à sa lumière (5).

(1) Mais seulement s'il s'agit de biens corporels. V. Ch. GAVALDA, *Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire*, DPCI.85.425.

(2) V. Paris 10 nov. 1971 **Mac Trucks**, RTDCom.72.239 obs. Y. LOUSSOUARN.

(3) V. *supra*, n° 252 sq.

(4) V. Cass. 12 mai 1931, J.32.387 note J. PERROUD : “*En droit international, les voies d'exécution dans chaque pays relèvent expressément du droit interne de ce pays, sans qu'il y ait à considérer la nationalité de la partie qui les a requises, ou qui les subit, dès lors que leur application est restreinte au territoire de la juridiction qui les a ordonnées*”.

Cass. 6 nov. 1979 **Nassibian**, R.80.588 note G. COUCHEZ, J.80.95 rapport A. PONSARD : “*Par dérogation au principe qui étend à l'ordre international les règles de compétence territoriale, les tribunaux français sont seuls compétents pour statuer sur l'instance en validité d'une saisie-arrêt pratiquée en France ...*” ;

Cass. 18 nov. 1986 **Soc. Atlantic Triton**, R.87.760 note B. AUDIT, J.87.125 note E. GAILLARD : “*Le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires ...*” ;

Cass. 18 nov. 1986 **Banque camerounaise de développement**, R.87.773 note H. MUIR-WATT, J.87.632 note Ph. KAHN, JCP.87.II.20909 note B. NICOD : “*Les tribunaux français sont seuls compétents pour statuer sur l'instance en validité ...*”.

(5) Exemples : l'incompétence des tribunaux français lorsque le débiteur et le tiers saisi résident à l'étranger, nonobstant les dispositions de l'article 14 C. civ. - v. aussi A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée*, n° 80 - ; la compétence des tribunaux français lorsque le tiers saisi a son domicile en France, alors que le débiteur saisi réside à l'étranger - Cass. 6 nov. 1979 **Nassibian** précité - ; la possibilité d'une instance judiciaire conservatoire, alors que le litige relève de la compétence du CIRDI. - v. Cass. 18 nov. 1986 **Banque camerounaise de développement** précité ; Ph. OUKRAT, *La pratique du CIRDI*, DPCI.87.273 - ; v. aussi CJCE. 21 mai 1980, J.80.939 note A. HUET, R.80.787 note E. MEZGER, qui, à propos de l'article 24 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, énonce que “*c'est certainement le juge du lieu ou en tout cas de l'Etat contractant où sont situés les avoirs qui feront l'objet des mesures sollicitées, qui est le mieux placé*”.

V. cependant Trib. civ. Seine 18 mars 1950, RTDCiv.50.404 obs. P. RAYNAUD, qui ordonne une consignation en monnaie tchécoslovaque, en raison de la nationalité des parties, du lieu du titre de saisie, et de la monnaie de paiement de la dette, alors que la saisie était intervenue sur le territoire français.

Le principe de souveraineté suffit à expliquer les solutions retenues en matière de saisie, la réalisation contentieuse du droit de créance nécessitant l'intervention du bras séculier de l'Etat. Ainsi que l'écrivait Ch. Rousseau (1), "*L'exclusivité de la compétence coercitive est vraiment le résidu irréductible de la souveraineté territoriale*". La loi de la créance est ainsi dénuée de tout rôle dans la détermination de la juridiction compétente. Mais les règles varient selon que la mesure projetée est une saisie ou une saisie-arrêt.

_. Compétence judiciaire et saisie

763.- En matière de saisie, le créancier peut agir soit auprès du tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son domicile, soit auprès du tribunal dans le ressort duquel les biens saisis sont situés (2). Dénuée de toute fonction, la loi de la créance ne coïncidera pas avec la loi du lieu de saisie, car elle correspond au domicile du débiteur de la prestation caractéristique, lequel n'est pratiquement jamais le débiteur saisi.

Plus délicate, en revanche, apparaît l'articulation des lois en présence dans le cas de la saisie-arrêt internationale.

_. Compétence judiciaire et saisie-arrêt

764.- La détermination de la compétence judiciaire est plus complexe (3), en ce que les créan-

(1) Ch. ROUSSEAU, *Principes de droit international public*, RCADI.58.vol.93.369, spéc. p. 406.

(2) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 540 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 126 sq. ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 297 et 618 ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Biens*, n° 106 sq. ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-C, Conflits de juridictions*, n° 90 ; J. PATARIN, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Saisie*, n° 2.

(3) V. en ce sens le rapport SCHOSSER du 5 mars 1979, relatif à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui renonce, en raison de l'ampleur des difficultés, à traiter les saisies-arrêts internationales.

ces cause et objet de la mesure n'ont pas de localisation, et que trois personnes vont intervenir, le créancier saisissant, le débiteur saisi, et le tiers saisi. Aussi est-il préférable de distinguer l'autorisation de la saisie-arrêt de son exécution.

765.- A l'égard de l'**autorisation** de la saisie-arrêt, la compétence du tribunal dans le ressort duquel est situé le domicile du tiers saisi ne provoque pas d'hésitations (1). En revanche, d'autres chefs de compétence prêtent à discussions. Ainsi de l'hypothèse d'une créance de restitution d'un bien corporel, pour laquelle des auteurs proposent la compétence du tribunal du lieu de situation du bien (2), ou, surtout, de la transposition à l'ordre international de l'article 558 ACPC., qui ouvre une option de compétence territoriale entre les lieux du domicile du tiers saisi ou celui du débiteur saisi. Avec l'approbation d'une partie de la doctrine (3), une décision a procédé à la transposition (4). Mais le principe de souveraineté risque de réduire fortement les intérêts attachés à la transposition de l'article 558 ACPC. (5).

Pour les mêmes motifs de commodité, et contrairement à une jurisprudence bien établie, certaines décisions ont autorisé le créancier à se prévaloir des articles 14 et 15 du Code civil (6). Mais les considérations liées au principe de souveraineté réduisent là encore sensiblement les intérêts attachés à la mise en œuvre des articles 14 et 15 du Code civil (7).

L'existence de chefs de compétence parallèles est accrue au stade de l'exécution de la me-

(1) V. M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 1987, n° 602 sq.

(2) V. M. MERCIER, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Saisie-arrêt*, n° 8 ; A. HUET, note sous TGI. Nice 25 juill. 1980, J.82.160, spéc. p. 163 ; *contra*, W. WENGLER, *La situation des droits*, R.57.185, p. 419.

(3) V. A. HUET, note sous TGI. Nice 25 juill. 1980, J.82.160, qui invoque à l'appui de cette solution les intérêts attachés à la saisie conservatoire, à l'indisponibilité de la créance saisie-arrêtée, au cours des intérêts, à la possibilité pour les créanciers français de saisir les biens que le tiers saisi, domicilié hors de France, aurait en France, et à l'interruption de la prescription extinctive.

(4) V. TGI. Nice 25 juill. 1980, J.82.160.

(5) Notamment au stade de l'exequatur.

(6) V. la note de M. A. HUET précitée, J.82.160. Cet auteur se montre favorable à la transposition des articles 14 et 15 C. civ. à la phase d'autorisation, dès lors que le débiteur et le tiers saisis sont hors de France.

(7) En effet, compte tenu du fait que le débiteur et le tiers saisis ont leur domicile à l'étranger, la décision française aura à produire ses effets à l'étranger, ce qui sera source de difficultés lors de l'exequatur.

sure de saisie-arrêt, du fait de l'intervention de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

766.- A l'égard de l'**exécution** de la saisie-arrêt, la compétence du tribunal dans le ressort duquel le tiers saisi a son domicile garde tout son empire (1), et la transposition de l'article 558 ACPC. semble dorénavant exclue (2), puisqu'une procédure est déjà pendante (3). Le recours aux articles 14 et 15 du Code civil paraît également impossible (4) lorsque le domicile du débiteur saisi est situé sur le territoire d'un des Etats membres de la CEE., la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 trouvant à s'appliquer à l'égard des contestations relatives à "*l'exécution des décisions*" (5). Quant aux articles 4 et 24 de la Convention de Bruxelles, il convient de rappeler qu'ils renvoient aux dispositions des droits nationaux des Etats membres, de sorte qu'ils n'apportent aucune solution spécifique à la question des mesures provisoires ou conservatoires. Enfin, lorsque l'article 16-5 de la Convention de Bruxelles trouve à s'appliquer (6), il n'est pas impossible que la compétence judiciaire s'identifie avec le lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, soit avec la loi de la créance (7).

Une fois la compétence judiciaire fixée, il est alors possible d'analyser le domaine de la

(1) V. M. MERCIER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie-arrêt*.

(2) V. cependant A. HUET, note sous TGI. Nice 25 juill. 1980, J.82.160.

(3) Toutefois, le principe d'unité de la procédure risque d'être affecté par la présence d'une clause compromissoire. V. Cass. 8 nov. 1982 *Soc. Burmeister*, J.84.151 note J. BUHART, qui a estimé que l'article 333 NCPC. ne s'oppose pas au jeu de la clause compromissoire, l'un portant sur la compétence territoriale, cependant que l'autre affecte la compétence matérielle. V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-D, Conflits de juridictions, Règles communes à la compétence privilégiée et à la compétence internationale ordinaire des tribunaux français*, n° 33. *Contra*, v. CJCE. 9 avr. 1978, R.81.127 note H. GAUDEMET-TALLON. La question se présente surtout en matière de compensation de créances connexes.

(4) V. en ce sens D. HOLLEAUX, note sous Versailles 27 juin 1979, J.80.894.

(5) V. les articles 5-1 et 16-5 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ; v. CJCE. 14 déc. 1977, J.78.388 note J.-M. BISCHOFF.

(6) A savoir qu'en matière d'exécution des décisions, la compétence est attribuée exclusivement aux "*tribunaux de l'Etat contractant du lieu de l'exécution*".

(7) Exemple : la notion de lieu d'exécution peut coïncider avec le domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Cependant, la CJCE. n'a pas consacré la proposition de M. G. A.-L. DROZ (v. note sous Paris 14 juin 1975, R.76.117) consistant à se référer à la notion de prestation caractéristique, et qui avait parfois reçu application en France. V. en ce sens Lyon 10 juin 1976, J.77.665 note D. HOLLEAUX.

loi de la créance au stade de la réalisation de la saisie.

2. La réalisation de la saisie

767.- Une fois la compétence judiciaire déterminée, la mise en œuvre de la mesure de saisie va être effectuée le plus souvent sous l'empire de la loi de la saisie, soit la *lex fori*. Cette dernière présente une compétence générale, particulièrement à l'égard des saisies de biens corporels. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) énoncent en ce sens que relèvent de la loi de la saisie le déroulement de la procédure de saisie, générale ou spéciale (3), les conditions de fond et de forme (4), les caractères et modalités de la créance cause de la saisie (5), l'appréciation du titre exécutoire (6), les questions d'ordre et de contribution (7), et l'étendue de la saisie, notamment lorsque le débiteur saisi est une personne morale (8).

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 540 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 437 sq. ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 658 ; H. BATIFFOL, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations*, n° 28 ; Ph. FOUCHARD, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Biens*, n° 106 sq. ; M. MERCIER, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie-arrêt* ; F. TERRÉ, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Action en justice*.

(2) V. Cass. 12 mai 1931, J.32.387 note J. PERROUD ; Rennes 21 mai 1963, R.64.497 note C. DAVID ; Cass. 13 mars 1985, R.86.510 note M. RÉMOND-GOUILLOUD.

(3) Pour un exemple en matière de saisie d'aéronef, v. Cass. 13 mars 1985, R.86.510 note M. RÉMOND-GOUILLOUD. V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 311.

La *lex fori* doit être également compétente pour apprécier les effets de la saisie-arrêt, c'est-à-dire l'étendue de l'indisponibilité de la créance saisie-arrêtée.

(4) V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 313.

(5) C'est-à-dire les conditions de liquidité, d'exigibilité et de certitude de la créance.

(6) V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 314. Sur la portée de l'**exequatur**, v. Cass. 29 juin 1971, RTDCom.73.421 obs. Y. LOUSSOUARN, qui la cantonne à l'objet de la demande.

(7) V. A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 326. Alors que H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 540, confient cette question à la *lex fori*, J. PATARIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie*, considère qu'elle doit être tranchée conformément à la *lex rei sitae*.

(8) La question est de savoir si la mesure de saisie englobe les sommes déposées aux guichets de la **succursale** du tiers saisi. Sur ce point, et les risques de fraude, v. Cass. 30 mai 1985, R.86.329 note H. BATIFFOL. V. aussi M. VAN HAECKE, *Les groupes de sociétés*, thèse, L.G.D.J., 1962 ; J.-P. SORTAIS, *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, RJC.77.85 et 121 ; Ch. GAVALDA, *Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire*, DPCI.85.425.

768.- La compétence quasi-systématique de la loi du lieu de saisie a conduit des auteurs (1) à douter que la matière continuât de relever de la méthode conflictuelle. Pourtant, deux exemples permettent de montrer que la compétence de la loi de la saisie n'est pas absolue. Il en est tout d'abord ainsi des clauses de réserve de propriété soumises lors de leur constitution au droit allemand. Sur le fondement de cette clause, le vendeur pourra s'opposer à toute mesure de saisie opérée par les créanciers de l'acheteur (2). Dans la mesure où le bien affecté par la clause n'est pas introduit dans un pays qui refuse de la rendre opposable aux tiers en l'absence de publicité (3), c'est bien à la loi de la créance que reviendra le soin d'apprécier les oppositions à saisie inhérentes à la réserve de propriété à effets étendus (4).

Ensuite, la compétence de la loi de la saisie est susceptible d'être contestée par la loi de la créance en matière de saisie-arrêt. Il importe toutefois de distinguer selon que le conflit de lois porte sur la créance cause ou objet de la saisie-arrêt.

_. Appréciation des caractères de la créance cause de la saisie-arrêt

769.- L'examen de la créance cause de la saisie-arrêt appelle deux séries d'interrogations, qui

S'il s'agit d'un bien corporel, la *lex rei sitae* pourra éventuellement bloquer l'action du créancier à l'encontre de la succursale. V. Trib. civ. Seine 9 juill. 1963, JCP.63.II.13434 note P. LEVEL. Dans l'hypothèse d'une loi de police (exemple : contrôle des changes), affectant l'activité de la succursale (exemple : interdiction des transferts de fonds), seul le tiers saisi doit supporter le risque de blocage, non le créancier saisissant, en raison de la fongibilité des sommes déposées en compte.

(1) V. G. WIEDERKHER, *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens*, n° 275 sq.

(2) V. le § 77 Z.P.O. ; D. BEN ABDERRAHMANE, *Les contrats d'exportation de l'entreprise française et le droit allemand des sûretés*, DPCI.87.129, spéc. p. 134, n° 16.

(3) V. Trib. civ. Strasbourg 19 juin 1957, R.59.95 note E. SCHULZE ; P. MAYER, *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019, spéc. n° 26 ; Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 275, Dalloz-Sirey, 1985.

(4) *Comp.* avec les articles 4, 7 et 9 de la Convention de Genève du 7 juin 1930 soumettant les oppositions à saisie-arrêt à la loi du lieu de paiement.

devraient logiquement relever de deux lois différentes. D'une part, la saisie n'est possible que si la créance existe. De l'autre, elle ne peut aboutir qu'en respectant certaines conditions relatives aux caractéristiques de la créance (1). La logique voudrait que le premier point dépendît de la loi de la créance (2), et le second, de la *lex fori* (3). Mais il arrive, pour des raisons de commodité, que les deux questions soient gouvernées par la seule *lex fori* (4). La jurisprudence met ainsi en œuvre le *forum arresti* (5).

En réalité, la loi de la saisie est surtout concurrencée par la loi de la créance objet de la saisie-arrêt.

_. Appréciation du caractère saisissable de la créance objet de la saisie-arrêt

770.- A l'exception d'A. Pillet (6), qui soumettait la question à la loi de la créance saisie-arrêtée, la doctrine considère que le caractère saisissable de la créance doit être tranché par la *lex fori* (7). Cependant, plusieurs raisons permettent ici de critiquer la compétence de la *lex fori*.

(1) Soit la liquidité, l'exigibilité et la certitude de la créance, sauf à envisager des dérogations pour les hypothèses de saisies conservatoires.

(2) A l'instar des cessions, l'existence de la créance ne peut appartenir, quant à son appréciation, qu'à la loi de la créance.

(3) V. *supra*, n° 763 *sq.*

(4) V. Cass. 6 nov. 1979 *Nassibian*, R.80.588 note G. COUCHEZ, J.80.95 rapport A. PONSARD.

(5) La doctrine se montre en général favorable à l'admission du *forum arresti*, en insistant sur les avantages procurés par l'unité de procédure. Cependant, ce principe n'est pas sans évoquer l'ubiquité des créances, dont nous avons précédemment montré les dangers (v. *supra*, n° 252 *sq.*). Et M. G. A.-L. DROZ, note sous Montpellier 2 mai 1985 *Soc. Garret*, R.87.208, souhaiterait que le *forum arresti* ne soit admis qu'à la condition que le chef de compétence judiciaire ne soit pas uniquement fondé sur les articles 14 et 15 du Code civil, ou sur la présence fortuite de biens dans le ressort du tribunal saisi de la demande. Nous retrouverons la question des attaches suffisantes avec le for en matière d'immunité d'exécution. V. *infra*, n° 793 *sq.*

(6) A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Paris, Sirey, 1923, n° 371, soumettait la question à la loi de la source en tant que loi de la créance, lorsque « l'insaisissabilité » était édictée en faveur du débiteur. F. SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 7ème éd., 1925, n° 171, s'en remettait à la loi du domicile du débiteur saisi.

(7) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 540 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 317 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, note sous Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, R.87.351 ; Paris 18 avr. 1929, R.35.149.

D'abord, il est déjà arrivé que la loi de la créance s'opposât à la mesure de saisie-arrêt, nonobstant les dispositions de la *lex fori* (1).

Ensuite, le caractère saisissable de la créance ne peut relever de la compétence de la *lex fori* lorsqu'un conflit naît entre le créancier saisissant et un cessionnaire de la créance objet de la saisie-arrêt. De la même façon que l'on ne peut saisir une créance qui n'existe plus, la procédure diligentée par le créancier saisissant ne peut prospérer lorsque la créance est antérieurement sortie du patrimoine du débiteur saisi. Or, chacune de ces questions nécessite l'intervention d'une loi autre que la *lex fori*, l'existence de la créance étant en principe gouvernée par la loi de la créance, et les effets du transfert de la créance ressortissant à la loi ayant présidé au transfert (2).

Enfin, certaines créances sont intrinsèquement insaisissables, partiellement ou globalement. Il en est ainsi des créances alimentaires, des créances de salaire, de la créance de participation aux acquêts avant la liquidation du régime matrimonial, ou de certaines actions nominatives (3). Or, les cas d'inaliénabilité, légale ou conventionnelle, ne peuvent être, de prime abord, définis

(1) V. Ord. TGI. Seine 13 avr. 1967 **Intrabank**, JCP.68.II.15181 note H. MOTULSKY, RTDCom. 69.644 obs. Y. LOUSSOUARN, R.69.68 ; v. Ch. GAVALDA, *Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire « Intrabank »*, R.69.1. En l'espèce, la créance cause de la saisie obéissait à la même loi que celle qui régissait les activités du débiteur, une banque libanaise. La saisie avait été entamée près le tribunal dans le ressort duquel se trouvait une succursale de la banque. Or, la loi de la créance a primé les dispositions de la *lex fori*, et fait échec à la saisie-arrêt diligentée par le créancier français.

(2) Sur des exemples de conflit, v. Paris 14 avr. 1975, RTDCom. 75.342 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE (affacturage) ; Trib. com. Paris 10 déc. 1976, RJC.78.45 note Y. DESDEVISES (subrogation de créance par affacturage international) ; Paris 3 mai 1985, RTDCom.86.537 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, D.86.IR.318 obs. M. VASSEUR, JCP.86.E.I.14576, n° 43, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET (subrogation de créance par affacturage) ; Bordeaux 6 janv. 1986, B.86.290 obs. J.-L. RIVES-LANGE (escompte d'une lettre de change acceptée) ; Paris 26 mars 1986 **Soc. Facon**, D.86.374 note M. VASSEUR, R.87.351 note M.-N. JOBARD-BACHELLIER (cession d'un crédit-documentaire irrévocable).

C'est à la loi de la créance d'apprécier la date à laquelle cette dernière sort du patrimoine du cédant, débiteur saisi. Mais il reviendra à la *lex fori* d'examiner l'antériorité de la cession par rapport à la mesure de saisie. Enfin, les juges ne perçoivent pas toujours le caractère international de la saisie, ni la nécessité logique de s'interroger préalablement sur l'existence même de la créance saisie-arrêtée, avant d'envisager la possibilité de la saisir. V. par exemple Paris 26 mars 1986 **Soc. Facon** précité.

(3) V. par exemple Cass. 2 mai 1985 **Fribourg**, R.soc.86.81 note B. BOULOC. Mais le régime des actions nominatives des salariés et des actions de garantie des administrateurs a été modifié par la loi du 5 janvier 1988.

que par la loi régissant la créance elle-même. Aussi bien, le caractère saisissable de la créance ne doit-il pas être confié à la *lex fori*, mais bien à la loi de la créance.

771.- Parallèlement, le caractère insaisissable peut ne pas être intrinsèque, mais tenir à la source de la créance, ce qui est le cas des biens indivis et des garanties autonomes. Dans le premier cas, la doctrine prône l'application de la loi de la créance indivise (1) ; dans le second, il nous semble préférable de donner compétence à la loi de la créance, et non à la *lex fori* (2), afin de ne pas ruiner leur caractère international.

En définitive, la loi de la créance fait piètre figure en matière de saisies. Le pouvoir de coercition de l'Etat sur le territoire duquel se déroulent les mesures d'exécution expliquent largement la primauté de la *lex fori*. Des considérations similaires apparaissent lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective.

(1) V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. IV, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris, n° 1156 ; A. HUET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux*, n° 315.

(2) La question de savoir si des créances internationales et autonomes sont saisissables ou insaisissables, et en vertu de quelle loi, est confuse en jurisprudence. En effet, les tribunaux ont tendance à régler la difficulté en escamotant la dimension internationale de la créance litigieuse, et à appliquer implicitement la *lex fori*.

La possibilité de **saisir-arrêter** la créance née d'un **crédit-documentaire** ou d'une **garantie à première demande** a donné lieu à une **évolution** importante en jurisprudence. Par le passé, les juges admettaient que la créance pût être saisie, même lorsque la créance cause de la saisie-arrêt était liée à l'exécution du contrat de base. V. Paris 16 juin 1950, JCP.50.II.5910 concl. Av. Gal. CUNÉO, RTDCom.51.331 obs. M. SCHLOGEL ; TGI. Paris 13 mai 1980, D.80.489 note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, DPCI.80.579 note M. DUBISSON. *A fortiori*, en était-il ainsi lorsque la créance cause de la saisie-arrêt était extérieure à l'exécution du contrat de base. V. Paris 23 janv. 1981, D.81.630 note M. VASSEUR ; Paris 5 mai 1982, D.82.497 note M. VASSEUR ; Trib. com. Paris 10 mars 1986, B.86.402 obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon*, D.86.374 note M. VASSEUR, R.87.351 note M.-N. JOBARD-BACHELLIER.

Par la suite, la jurisprudence a **exclu** une telle possibilité, que la créance cause de la saisie **découle** (v. Cass. 14 oct. 1981, D.82.301 note M. VASSEUR, RJC.82.253 note J.-P. SORTAIS ; Paris 27 oct. 1981, D.82.301 note M. VASSEUR ; Paris 25 mars 1982, D.82.IR.498 obs. M. VASSEUR ; Trib. com. Paris 29 oct. 1982, D.83.IR.301 obs. M. VASSEUR ; Cass. 12 déc. 1984, D.85.269 note M. VASSEUR) ... ou **ne découle pas** de l'exécution du contrat de base (v. Cass. 18 mars 1986, RTDCom.86.536 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, D.86.374 note M. VASSEUR, JCP.86.II.20624 note J. STOUFFLET).

V. J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, Paris, 1957 ; J. DOHM, *Contre-garantie et injonction de ne pas payer*, DPCI.80.264 ; J. STOUFFLET, *Le contentieux de la garantie internationale*, RJC.82.245 ; Ch. BONTOUX, *Saisie-arrêt et crédit documentaire*, B.85.73.

(c).- LA SUPRÉMATIE DE LA LOI DE LA FAILLITE

772.- La loi de la « faillite », ou *lex concursus*, est celle qui vient le plus perturber les rattachements des droits patrimoniaux, soit les contrats, la responsabilité délictuelle et le statut réel (1). Quatre motifs font que la *lex concursus* constitue une fréquentation délicate pour les autres rattachements : la nécessité d'apurer le passif du débiteur, la discipline collective qui est imposée aux créanciers et qui justifie la qualification de procédure collective retenue par la loi du 25 janvier 1985, le bouleversement infligé au droit des obligations par la réglementation des procédures collectives (2), et, dans une certaine mesure, la volonté d'assurer l'égalité entre les créanciers.

773.- Traditionnellement, la compétence de la seule *lex concursus* devait permettre la liquidation du passif, la mise en place d'une procédure de répartition, le respect de l'égalité des créanciers, et la protection des créanciers locaux (3).

Cependant, les justifications traditionnelles ont cédé la place à d'autres considérations, liées à l'air du temps, faisant apparaître des équilibres différents, focalisés sur la survie de l'entreprise et la protection de l'emploi. L'intérêt des créanciers est en quelque sorte relégué au second plan par l'intérêt général, et il n'est pas surprenant que la loi de la créance soit évincée par la *lex concursus*. Les finalités ainsi assignées à la *lex concursus* sont d'ailleurs susceptibles de lui

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 540 *sq.* ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 512 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 3ème éd., Montchrestien, 1987, n° 658 *sq.* ; M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite* ; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984 ; K. H. NADELMANN, *De la discrimination, dans les lois sur la faillite, contre les créances dites étrangères*, RTDCom.73.741 ; Ph. WOODLAND, *Observations sur les orientations des droits européens de la faillite*, JCP.84.I.3137 ; P. BEHRENS, *Développements récents en droit allemand*, DPCI. 86.661. V. aussi les articles 166 *sq.* de la loi suisse du 18 décembre 1987.

(2) V. J.-F. MONTREDON, *La théorie générale des contrats à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives*, JCP.88.E.II.15156.

(3) V. K. H. NADELMANN, *De la discrimination, dans les lois sur la faillite, contre les créances dites étrangères*, RTDCom.73.741.

imprimer une coloration de loi de police (1).

774.- En d'autres termes, il nous semble que les nouvelles orientations prises en droit interne par la réglementation des procédures collectives renforce le chef de compétence de la *lex concursus*, le seul facteur d'évolution possible demeurant le développement des thèses universalistes, en vertu desquelles la faillite internationale devrait relever de la loi de l'établissement principal du débiteur, et non d'une série de lois, dont la diversité dépendrait de l'éclatement international du patrimoine du débiteur (2).

La part de la loi de la créance est ainsi susceptible de varier selon que la conception appliquée est territorialiste ou universaliste. Inexistante dans le premier cas, elle aboutit à une prise en compte dans le second.

1. *L'éviction de la loi de la créance par la lex concursus*

775.- Le domaine de la loi de la créance peut être facilement cerné : dans la plupart des cas, il est privé de tout contenu par l'intervention de la *lex concursus*. Plus qu'un simple cantonnement, la loi de la faillite exerce un effet de substitution à l'encontre de la loi de la créance. Néanmoins, au sein de certaines hypothèses, la loi de la créance devra être consultée. Enfin, certaines solutions du droit interne conduisent à s'interroger sur la possibilité de les transposer au plan international, compte tenu de leur particularisme.

776.- La *lex concursus* est tout d'abord caractérisée par l'effet de substitution qu'elle exerce à l'encontre de la loi de la créance. Il en est spécialement ainsi des actes conclus en période

(1) En faveur de cette qualification, v. M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite*.

(2) Sur la théorie universaliste, v. M. TROCHU, *op. cit.*, n° 16 *sq.* ; A. HUSS, *Réflexions sur la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite et son application en jurisprudence luxembourgeoise*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 619 ; P. DIDIER, *La problématique du droit de la faillite internationale*, RDAI.89.201.

suspecte (1), de la nullité des cessions de créance intervenues dans cet intervalle (2), des modalités de déclaration des créances (3), de l'exercice du droit de préférence et du droit de suite liés aux accessoires de la créance (4), de l'exercice du droit de revendication (5), de la répartition de ce que le créancier doit percevoir dans les différentes masses au sein desquelles il a déclaré sa créance (6), de l'arrêt du cours des inscriptions hypothécaires (7), de la nullité des opérations passées en compte courant pendant la période suspecte (8), de la nullité de la constitution de la

(1) V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ., n° 611 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989, n° 384 ; M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite*. Selon P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970, n° 476, il convenait d'appliquer subsidiairement la loi du lieu de commission de la fraude. Pour M. G. LÉGIER, note sous Aix-en-Provence 30 mars 1979, R.80.717, spéc. p. 728, il faudrait appliquer de manière cumulative la loi de la créance et la loi de la faillite.

(2) La loi du 25 janvier 1985 a remplacé l'inopposabilité par la nullité. Par le passé, v. Bordeaux 8 juill. 1891, J.1892.644 ; Rouen 6 mars 1980 **Soc. Holvrieka-International**, RJC.81.193. V. aussi D. HOLLEAUX, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance*, n° 26 ; J. SCHAPIRA, *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce*, 2ème éd. refondue par P. BLOCH, n° 73 sq. *Contra*, v. E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935, p. 40, qui soumettait la question à la compétence de la loi du domicile du débiteur cédé.

Comp. avec J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 81 sq., qui se demande s'il ne conviendrait pas d'appliquer l'article 12 de la Convention de Rome du 19 juin 1980. V. cependant, en matière de crédit-bail, Cass. 11 mai 1982 **Localcase**, R.83.450 note G. KHAIRALLAH.

(3) V. Paris 28 janv. 1961 **COFIPAR**, R.63.64 note Y. LOUSSOUARN ; M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite*, n° 16.

(4) Pour la non-application en France des privilèges d'un organisme de droit public étranger quant au recouvrement des créances opéré dans le cadre d'une faillite, en raison des dispositions de la *lex concursus*, v. Cass. 29 mars 1973 **CASOREC**, R.74.86 note R. JAMBU-MERLIN.

(5) La *lex concursus* présente sur ce point une compétence indiscutable, notamment quant aux effets de la revendication à l'encontre des autres créanciers. Cependant, des difficultés risquent de surgir dans l'hypothèse où les biens revendiqués ne sont pas situés dans le même pays que celui du domicile du débiteur faisant l'objet de la procédure collective. Un conflit risque en effet d'apparaître entre la *lex rei sitae* et la *lex concursus*. Selon J. PATARIN, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Privilèges*, il convient d'appliquer la *lex rei sitae*. M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite*, n° 48, se prononce pour l'application de la loi la plus restrictive. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 44 sq., opte pour la compétence de la *lex concursus*. V. aussi Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 275, Dalloz-Sirey, 1985.

(6) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 328.

(7) V. J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles*, n° 44 sq., qui invoque le principe d'égalité des créanciers.

(8) V. J. STOUFFLET, *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque*, n° 81 sq.

provision d'une lettre de change tirée par le débiteur pendant la période suspecte (1), de la déchéance du terme de la créance (2), de l'exécution des créances issues de contrats à exécution échelonnée (3), ou conclus *intuitu personae* (4), de l'extinction des accessoires de la créance pour défaut de déclaration en temps utile (5), des effets qu'il convient d'attacher à la connexité (6), ou à l'indivisibilité existant entre des créances nées de contrats distincts (7). Il en est de même de la suspension des poursuites individuelles (8), des conflits entre des droits de préférence de nature similaire ou distincte (9), des effets de l'inscription provisoire d'une hypothèque judiciaire demandée à l'étranger (10), ou de l'admission de l'action en comblement de passif (11). Or, lorsque le débiteur est *in bonis*, de nombreux éléments figurant parmi ceux que nous venons de mentionner sont gouvernés par la loi de la créance (12). L'effet de substitution de la *lex concursus* est ainsi indéniable. Cependant, dans certaines hypothèses, la loi de la créance va jouir d'une compétence résiduelle.

(1) Dès lors que la provision est qualifiée de garantie. Il en est de même de l'appréciation de la normalité du paiement intervenu au cours de la période suspecte.

(2) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 360 sq.

(3) V. l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 ; v. J.-F. MONTREDON, *La théorie générale des contrats à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives*, JCP.88.E.II.15156, n° 34 sq.

(4) V. l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985. Il y aura conflit si la *lex contractus* s'oppose à la continuation forcée du contrat. En droit interne, v. D. MARTIN, *Maintien forcé de la convention de compte courant et sûretés*, B.88.486.

(5) V. par exemple, en matière de cautionnement, Cass. 19 juin 1984 *Soc. Sofal*, D.85.140 note A. HONORAT, B.85.307 obs. J.-L. RIVES-LANGE, JCP.86.II.20569 note M. STORCK.

(6) V. C. GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans le droit des obligations*, RTDCiv.80.39.

(7) Pour l'affacturage, v. Cass. 20 oct. 1981, D.82.IR.193 obs. M. VASSEUR.

(8) V. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 360 sq.

(9) V. par exemple M. CABRILLAC, *Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente*, D.88.chron.225.

(10) V. Cass. 25 févr. 1986 *Soc. Kléber*, JCP.87.II.20776 note J.-P. RÉMERY, J.88.425 note M. JACQUEMONT.

(11) Sur ce point, v. CJCE. 22 févr. 1979, R.79.657 note J. LEMONTEY, qui soumet cette question à la *lex concursus*. V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 381 ; M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite* ; Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429.

(12) Les modalités de la créance (v. *supra*, n° 462 sq.), l'indivisibilité et la connexité des créances (v. *supra*, n° 524 sq.), l'opposabilité de la cession de créance (v. *supra*, n° 648 sq.), les conflits entre ayants cause d'un même cédant (v. *supra*, n° 673 sq.), le sort des accessoires de la créance (v. *supra*, n° 693 sq.), et l'appréciation du paiement (v. *supra*, n° 721 sq.).

777.- La loi de la créance devra en effet être consultée sur l'existence et l'appréciation du fait générateur de la créance (1), ainsi que sur l'attribution des privilèges la garantissant (2). Toutefois, les conséquences attachées à ces deux éléments ressortissent à la seule compétence de la *lex concursus*.

778.- Mais il est fort possible que dans certains cas, la loi de la créance entre en conflit avec la *lex concursus*. Il en sera particulièrement ainsi lorsque la loi française sera la *lex concursus* (3). En effet, la loi du 25 janvier 1985 a posé trois séries de dispositions dont la transposition dans l'ordre international est incertaine en raison de leur particularisme.

La première est celle qui écarte la déchéance du terme. Certains auteurs considèrent que l'article 56 de la loi du 25 janvier 1985 n'est pas conforme aux exigences des relations internationales (4). Ainsi, en cas de conflit sur ce point entre les dispositions de la *lex concursus* et celles de la loi de la créance, le créancier sera tenté de saisir les biens du débiteur situés sur un territoire différent de celui du lieu d'ouverture de la procédure collective (5).

Bien qu'elles résultent de données différentes, les deuxième et troisième hypothèses sont semblables par leurs effets. Elles concernent les cas dans lesquels le droit de créance va être éteint en dépit de l'absence de paiement. L'extinction peut résulter soit du défaut de déclaration dans les délais impartis (article 53 al. 3 de la loi du 25 janvier 1985), soit de la clôture pour in-

(1) V. M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite*.

(2) V. M. TROCHU, *op. cit.* ; G. LÉGIER, note sous Aix-en-Provence 30 mars 1979, R.80.717.

(3) La compétence judiciaire commande très largement la compétence législative. A l'instar d'autres matières, tels les immeubles, une liaison est ainsi établie entre les deux compétences. La loi française sera d'autant plus susceptible d'être la *lex concursus* que les tribunaux français admettent facilement leur compétence. V. en ce sens Cass. 19 mars 1979 *SNTR*, R.81.524 note P. LAGARDE. Il ne peut en être autrement que dans le cadre de Conventions internationales, bilatérales ou multilatérales. V. par exemple la Convention franco-autrichienne du 27 février 1979.

(4) V. A. VIANDIER et G. ENDRÉO, *Redressement et liquidation judiciaire*, Litec, 1986 ; Ch. MOULY, *La situation des créanciers antérieurs*, RJC.févr.87.139.

(5) La question est alors celle du sort des sommes perçues à l'étranger. S'il a déclaré sa créance dans la procédure collective, le créancier doit en principe faire état de ce qu'il a obtenu au cours de la saisie. Sur ce problème, v. Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés*, n° 328 sq.

suffisance d'actif (article 169 al. 1 de la loi du 25 janvier 1985) (1). Or, il est bien évident que seule la loi de la créance a compétence pour décider des causes d'extinction du droit (2). Peu importe que la *lex concursus* décrète que la créance est éteinte, dès lors que la loi de la créance ne connaît pas la cause d'extinction invoquée. En d'autres termes, la clôture de la procédure collective ayant déclaré éteinte la créance n'empêchera pas le créancier de tenter de saisir les biens du débiteur situés à l'étranger, le prix du paiement étant alors réellement le prix de la course. L'effet de purge voulu par la loi du 25 janvier 1985 paraît quelque peu illusoire sur le plan international. On ne voit pas au nom de quels motifs la loi française disposerait d'un pouvoir d'extinction des créances supérieur à celui des nationalisations. La portée strictement territoriale de la *lex concursus* limite nécessairement son rayonnement international. De surcroît, le particularisme de certaines solutions de la loi française risque de déclencher à l'étranger l'application de l'ordre public international, et aussi de nuire à la crédibilité des entreprises françaises cherchant à se placer sous la protection de la loi du 25 janvier 1985 (3).

779.- Enfin, la proposition visant à soumettre la créance à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique entraînera une fois sur deux en moyenne la juxtaposition de la loi de la créance et de la *lex concursus*. L'intérêt d'une telle coïncidence est d'assurer une certaine prévisibilité contractuelle, même lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, puisque la loi de la créance contiendra en germe, une fois sur deux, la *lex concursus*. Mais il risque de s'évanouir si la loi applicable est la loi française, compte tenu de la rigueur de celle-ci envers les créanciers.

Aussi paraît-il souhaitable de tempérer l'emprise des conceptions territorialistes et particu-

(1) V. aussi l'extinction des garanties (article 93 al. 3 de la loi du 25 janvier 1985), et les délais uniformes de paiement imposés par le tribunal. Sur ce dernier point, v. aussi J. LEMONTEY, *Actualités du droit international de la faillite*, TCFDIP. 1987.85.

(2) V. *supra*, n° 720.

(3) Pour une critique de la loi du 25 janvier 1985, v. M. VASSEUR, *Le crédit menacé*, JCP.86. E.II.14569.

laristes par une prise en compte plus importante de la loi de la créance, dans une vision universaliste des procédures collectives.

2. La prise en compte de la loi de la créance dans la conception universaliste de la faillite

780.- La conception universaliste de la « faillite » est caractérisée par la volonté d'organiser une procédure principale, à laquelle sont éventuellement assujetties des procédures secondaires (1). En d'autres termes, les procédures se déroulant à l'étranger ne sont plus méconnues par principe, et l'unité de procédure doit permettre d'obtenir un règlement plus harmonieux et plus juste des différentes prétentions.

781.- *A priori*, la compétence étendue de la *lex concursus* devrait nuire encore davantage à la compétence de la loi de la créance. En effet, la procédure collective de conception universaliste est en principe reconnue à l'étranger, de sorte que les saisies ou actions protectrices correspondant à des poursuites individuelles ne sont plus possibles.

782.- Cependant, les quelques cas d'application de la conception universaliste (2) montrent au contraire qu'une certaine place est laissée à des rattachements concurrents. Tel est le cas de la Convention franco-autrichienne du 27 février 1979, qui réserve l'application de la loi du contrat

(1) V. la définition donnée par M. TROCHU, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Faillite*, n° 11. V. aussi A. HUSS, *Réflexions sur la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite et son application en jurisprudence luxembourgeoise*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 619 ; P. DIDIER, *La problématique du droit de la faillite internationale*, RDAI.89.201.

(2) La conception territorialiste demeure prédominante. V. par exemple Cass. Madagascar 2 mars 1971, RTDCom.71.561 obs. Y. LOUSSOUARN. Elle est toutefois battue en brèche en **Belgique** et au **Luxembourg**. V. A. HUSS, *op. cit.* . L'**Allemagne** connaît également une évolution en ce sens. V. P. BEHRENS, *Développements récents en droit allemand*, DPCI. 86.661, sur BGH. 11 juill. 1985. Il en est de même de la **Suisse** ; v. les articles 166 *sq.* de la loi du 18 décembre 1987. Les **Conventions bilatérales** constituent en réalité la principale source de mise en œuvre de la conception universaliste. V. par exemple les Conventions franco-belge du 8 juillet 1889 (pour un exemple d'application, v. Cass. 21 juill. 1987, D.88.169 note J.-P. RÉMERY), franco-italienne du 3 juin 1970 (pour un exemple d'application, v. Paris 23 mars 1979, R.soc.80.115 note R. DE BOTTINI et J.-P. SORTAIS), ou franco-autrichienne du 27 février 1979.

pour les contrats de travail (article 14 al. 1), et celle de la *lex rei sitae* pour les baux immobiliers (article 14 al. 2). Le projet C.E.E. prévoyait de même l'intervention de la loi du contrat pour les contrats de travail et la *lex rei sitae* pour les baux immobiliers (1).

783.- Le droit français connaît quelques exemples timides d'application de la conception universaliste, mais les résultats sont parfois paradoxaux. Ainsi, alors que les juges français acceptent l'extension de la « faillite » de la filiale à la maison-mère lorsque cette dernière en détient 99 % du capital, la procédure collective d'une succursale implantée en France se limitera au seul territoire français (2). Inversement, les tribunaux acceptent parfois de reconnaître en France les effets d'une procédure collective ouverte à l'étranger à l'encontre de la succursale implantée en France, sans exiger préalablement un exequatur (3). De même, la Cour de cassation admet que les effets à l'encontre de la masse des créanciers étrangers d'une inscription provisoire d'une hypothèque judiciaire prise en France soient appréciés à l'aune, non de la *lex rei sitae*,

(1) V. Ch. GAVALDA, *L'état actuel du droit international de la faillite*, TCFDIP. 1962-1964, p. 225 ; J. NOËL et J. LEMONTEY, *Aperçus sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues*, RTDE.68.703 ; J. LEMONTEY, *Perspectives d'unification du droit dans le projet de convention C.E.E. relative à la faillite*, RTDE.75.172 ; du même auteur, v. *Actualités du droit international de la faillite*, TCFDIP.1987.85. Mais la compensation des créances et la réserve de propriété devaient faire l'objet d'une loi uniforme.

V. aussi la **proposition de directive** sur “*Les mesures d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit*”, JOCE.C.32 du 5 février 1988, qui permettrait de rendre applicables les règles de l'Etat du siège d'origine dans les Etats d'accueil où des succursales seraient implantées, le sort des dépôts restant régi par la loi du contrat de dépôt. V. Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, n° 397.

(2) V. Y. LOUSSOUARN, *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429 ; du même auteur, v. *La succursale, technique juridique du commerce international*, DPCI.85.359 ; Ch. GAVALDA, *Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire*, DPCI.85.425.

(3) V. Ord. TGI. Seine 13 avr. 1967 **Intrabank**, JCP.68.II.15181 note H. MOTULSKY, RTDCom. 69.644 obs. Y. LOUSSOUARN, R.69.68 ; v. Ch. GAVALDA, *Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire « Intrabank »*, R.69.1. V. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 688. Dans cette affaire, la loi de la créance, qui coïncidait avec la *lex concursus*, a pu paralyser les mesures de saisie diligentées en France.

Sur le traitement égal des créanciers par le développement des mesures de publicité, v. K. H. NADELMANN, *La réforme du droit international privé de la faillite, quelques observations pratiques*, RTDCom.82.241. V. dans le même sens, les articles 166 sq. de la loi suisse du 18 décembre 1987.

mais de la *lex concursus* (1).

784.- Il apparaît ainsi que la conception universaliste de la « faillite » s'accompagne d'une prise en considération plus grande de la loi de la créance, afin d'assurer une meilleure coordination des solutions. Cependant, les percées en sont timides, et la règle demeure la primauté de la conception territorialiste, qui va de paire avec l'éviction de la loi de la créance.

Lorsque le créancier cherche à obtenir l'exécution forcée de son droit contre un opérateur public, la loi de la créance sera investie d'un rôle différent, lié à la délimitation des immunités des Etats.

§ 2.- La créance est recouvrée contre un opérateur de droit public

785.- La présence d'un opérateur public, d'une émanation de l'Etat, ou de l'Etat lui-même, entraîne des complications multiples. Certaines ont déjà été évoquées, et ne seront pas reprises ici. Il en est ainsi des nationalisations (2) et des contrats d'Etat (3). Vont en revanche retenir notre attention les hypothèses où l'Etat ou son émanation refuse d'honorer ses engagements, en cherchant soit à se retrancher derrière ses immunités, soit à renégocier sa dette ou à imposer un moratoire. Le recouvrement de la créance n'est alors possible qu'au prix d'une limitation des deux arguments de défense évoqués.

(1) V. Cass. 25 févr. 1986 *Soc. Kléber*, JCP.87.II.20776 note J.-P. RÉMERY, J.88.425 note M. JACQUEMONT.

(2) V. *supra*, n° 196 *sq.* et 588 *sq.*, sur l'incidence des nationalisations sur la libération du débiteur et sur les transferts internationaux de patrimoines.

(3) V. *supra*, n° 370 *sq.*, sur la pluralité des méthodes.

(a).- RECOUVREMENT DE LA CRÉANCE ET IMMUNITÉS DES ÉTATS

786.- Les immunités de juridiction et d'exécution des Etats étrangers entraînent une limitation du pouvoir juridictionnel du juge. Certes compétent, le tribunal n'a cependant pas le pouvoir de juger l'Etat étranger (1). En cela, l'immunité de juridiction constitue le privilège de n'être jugé que par ses propres juges, que le fondement en soit recherché dans la courtoisie internationale, le droit international public (2), ou la souveraineté des Etats (3). La question des immunités des Etats a pris un essor croissant de par l'accroissement de l'intervention des Etats dans le commerce international et la réticence affichée par certains d'entre eux à honorer leurs engagements internationaux. Plusieurs pays ont d'ailleurs codifié la matière (4).

787.- Les immunités des Etats posent une série de difficultés successives. La première est de savoir si l'Etat a renoncé à son immunité de juridiction. Cet aspect, par trop éloigné des créances, ne sera pas développé ici, quelle que soit la cause de la renonciation (5).

(1) Sur la nature des immunités des Etats étrangers, v. F. TERRÉ, *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Action en justice*, n° 8 sq. ; P. BOUREL, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 581-50, *Immunités de juridiction et d'exécution*, et *Rép. Dalloz, Droit international*, v° *Immunités*. Les immunités étaient traditionnellement perçues en termes d'incompétence, et non de défaut de pouvoir. V. J.-P. NIBOYET, *Immunité de juridiction et incompétence d'attribution*, R.50.139 ; Ch. ROUSSEAU, *Traité de droit international public*, t. IV, *Les relations internationales*, Sirey, 1980, n° 4. Cette thèse a été abandonnée par Cass. 4 févr. 1986 *GNMTC.*, R.86.718 note P. MAYER, J.87.112 note J. M. JACQUET, au profit de la thèse du défaut de pouvoir. V. dans le même sens, Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse, Paris II, 1981 ; P. BOUREL, *Aspects récents de l'immunité d'exécution des Etats et services publics étrangers*, TCFDIP. 1983-1984, p. 133.

(2) Alors que Cass. 14 mars 1984 *Eurodif*, R.84.646 note J.-M. BISCHOFF, J.84.598 note B. OPPETIT, D.84.629 note J. ROBERT, JCP.84.II.20205 note H. SYNDET, R.arb.85.69 note G. COUCHEZ, faisait référence aux "*principes du droit international privé régissant les immunités des Etats étrangers*", Cass. 4 févr. 1986 *GNMTC.*, R.86.718 note P. MAYER, J.87.112 note J. M. JACQUET, invoque les principes du droit international public.

(3) La notion d'immunité est essentiellement territoriale, mais elle développe ses effets à l'étranger.

(4) V. la loi **nord-américaine** du 21 octobre 1976, R.78.396 ; la loi **anglaise** du 20 juillet 1978, R.80.156 ; la loi **canadienne** du 3 juin 1982, R.86.374 ; la loi **australienne** du 16 décembre 1985, R.87.440 ; v. aussi la **Convention européenne** du 16 mai 1972, dont l'application est confiée au Tribunal européen en matière d'immunités des Etats (v. AFDI.85.390) ; elle est en vigueur depuis 1976 entre l'Autriche, la Belgique, Chypre, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse. V. Ch. VALLÉE, *A propos de la Convention européenne sur l'immunité des Etats*, RTDE.73.205.

(5) V. J. COMBACAU, *L'immunité de l'Etat étranger aux Etats-Unis*, AFDI.72.455 ; P. BOUREL, *Arbitrage international et immunités des Etats étrangers*, R.arb.82.119 ; v. Cass. 18 nov. 1986 *SEEE.*, R.87. 786 note P. MAYER, R.arb.87.149 note P. DELVOLVÉ, qui décide que la présence d'une clause compromissoire dans un contrat d'Etat implique la renonciation à l'immunité de juridiction, quelle que soit la nature de l'activité. Pour une critique de cette tendance, v. P. BOUREL, *Aspects récents de l'immunité d'exécution des Etats et services publics étrangers*, TCFDIP. 1983-1984, p. 133.

788.- L'hypothèse qui va être retenue est celle où l'Etat, ou l'organisme en représentation et pour le compte duquel il agit (1), n'a pas renoncé aux immunités. Le créancier risque de se heurter au double verrou des immunités de juridiction et d'exécution, dès lors que l'Etat n'entend pas honorer ses engagements.

789.- Traditionnellement, la levée de l'immunité de juridiction n'avait aucun effet sur l'immunité d'exécution (2), de sorte que l'obtention d'un titre exécutoire restait le plus souvent lettre morte, faute de pouvoir, pour le créancier, procéder à des mesures d'exécution forcée (3). L'absence de force exécutoire des sentences arbitrales contraint, de même, le créancier à intenter une procédure d'exécution forcée devant les juridictions étatiques, dans le cas où l'Etat succombant refuserait d'exécuter la sentence (4).

790.- Cependant, les difficultés posées actuellement par les immunités des Etats ne sont pas

(1) Sur la notion de représentation, v. P. LAGARDE, *Une notion ambivalente : l' « émanation » de l'Etat nationalisant*, in *Etudes offertes à C.-A. COLLIARD, DROITS ET LIBERTÉS À LA FIN DU XXème s. , influence des données économiques et technologiques*, Paris, Pédone, 1984, p. 539 ; P. BOUREL, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-50, Immunités de juridiction et d'exécution*, n° 91 sq. Pour un exemple d'application, v. TGI. Paris 5 mars 1979 *Liamco*, J.79.857 note B. OPPETIT.

Selon Cass. 21 juill. 1987 *Soc. Benvenuti et Bonfant*, J.88.108 note Ph. KAHN, R.88.347 note M. RÉMOND-GOUILLOUD, le contrôle exercé par l'Etat sur l'organisme ne suffit pas à lui conférer la qualité d'« émanation » de l'Etat étranger.

(2) V. par exemple Cass. 5 mai 1885 *Veuve Caratier-Terrason*, S.1886.1.353.

(3) Plusieurs méthodes ont cependant été appliquées pour limiter l'immunité d'exécution. Il a ainsi été jugé que l'**exequatur** n'était qu'un préalable à l'exécution forcée et ne ressortissait pas à l'immunité d'exécution. V. TGI. Paris 6 juill. 1970, J.71.131 note Ph. KAHN ; Paris 29 janv. 1975, R.arb.75.328 note J.-L. DELVOLVÉ, R.76.775, qui juge que la renonciation à l'immunité de juridiction en vertu d'une clause compromissaire joue “*jusques et y compris la procédure d'exequatur nécessaire pour que la sentence acquiert son entière force*”. La même solution est retenue par la loi **australienne** du 16 décembre 1985, R.87.440, selon laquelle “*Le droit de prononcer un jugement à l'égard d'un Etat étranger implique celui d'assurer l'exécution de ce jugement par tout moyen approprié*”. Cette distinction est voisine de celle qui oppose les mesures d'exécution à leur autorisation. Pour une critique de cette analyse, v. P. BOUREL, *Aspects récents de l'immunité d'exécution des Etats et services publics étrangers*, TCFDIP. 1983-1984, p. 133.

(4) V. P. BOUREL, *Arbitrage international et immunités des Etats étrangers*, R.arb.82.119.

tant liées à leur nature qu'à leur étendue, et les créances constituent une illustration très nette de ce débat. En ce sens, la volonté de restreindre le jeu des immunités entraîne une évolution des critères de leur application. Un bref rappel des principes acquis est ainsi nécessaire.

Il est aujourd'hui admis que l'immunité de juridiction n'est plus fonction d'une conception personnaliste (1), mais tributaire de la nature de l'activité litigieuse (2), et / ou d'une analyse organique (3). Aussi bien, dans le cas d'une saisie-arrêt, le créancier risque-t-il de se heurter à la question de la preuve de la nature, privée ou publique, de l'activité à l'origine de sa créance. Si l'activité litigieuse est qualifiée (4) de droit privé, l'immunité de juridiction doit tomber, et le créancier pourra saisir avec succès une juridiction ne dépendant pas de l'Etat débiteur.

791.- Parallèlement, le critère de l'immunité d'exécution a lui aussi évolué. Il ne se trouve plus dans l'acte à l'origine de la créance cause de la saisie, mais dans les biens qui en sont l'ob-

(1) V. P. BOUREL, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-50, Immunités de juridiction et d'exécution*, n° 91 sq. V. Req. 5 févr. 1946, S.47.1.137. Cette conception conduisait à conférer à l'immunité de juridiction un caractère absolu.

(2) V. Cass. 25 févr. 1969 *Chemins de fer du Gouvernement iranien*, R.70.102 note P. BOUREL. Deux critères ont été proposés : l'acte passé dans l'intérêt du service public - v. Cass. 19 déc. 1961 *Gugenheim*, R.62.350 note Y. LOUSSOUARN, J.62.432 -, et l'acte de puissance public - Cass. 7 déc. 1977 *CAVNOS*, R.78.532 note P. BOUREL ; Cass. 4 févr. 1986 *GNMTC.*, R.86.718 note P. MAYER, J.87.112 note J. M. JACQUET. Sur la critique de cette distinction, v. P. BOUREL, *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-50, Immunités de juridiction et d'exécution*, n° 91 sq.

Relèvent par exemple de l'immunité de juridiction les nationalisations. V. Paris 14 avr. 1938, GP.38.2.580. Mais y échappent systématiquement les paiements effectués par une lettre de change, quelle que soit la nature du rapport fondamental. V. Cass. 18 nov. 1986 *Banque camerounaise de développement*, R.87.773 note H. MUIR-WATT, J.87.632 note Ph. KAHN, JCP.87.II.20909 note B. NICOD. Cet arrêt constitue par ailleurs une nouvelle illustration de l'autonomie de la lettre de change à l'égard du rapport fondamental. *Contra*, par le passé, v. Cass. 22 janv. 1849 *Pujol*, DP.1849.1.5.

(3) Notamment dans le cas de l'« émanation » de l'Etat étranger, où il sera tenu compte de son organisation, de la nomination de ses dirigeants, de la mission accomplie, et de son autonomie patrimoniale.

(4) La qualification doit être opérée *lege fori*. V. TGI. Paris 29 nov. 1972 *Affaire du cuivre chilien*, RTDCom.73.676 obs. Y. LOUSSOUARN ; P. LAGARDE, note sous Cass. 19 mars 1979 *SNTR*, R.81.524. En d'autres termes, ni la loi de la créance, ni la loi de l'Etat étranger ne sont reconnues compétentes pour résoudre la qualification.

jet (1). Si le bien objet de la saisie est affecté au fonctionnement d'un service public, l'immunité d'exécution trouvera à s'appliquer. En revanche, si la preuve est rapportée d'une affectation au service d'une activité de droit privé, l'immunité d'exécution sera écartée, et le créancier pourra procéder effectivement à la saisie. D'énoncé simple, cette règle est en réalité délicate à mettre en œuvre, spécialement lorsque le bien objet de la saisie est une créance de somme d'argent. En effet, la notion d'affectation peut être entendue de deux manières. Soit l'on estime que seul l'usage futur des fonds prévaut et, dans cette analyse, l'immunité d'exécution jouera presque invariablement, faute, pour le créancier, de pouvoir renverser la présomption en vertu de laquelle l'usage futur des fonds ressortit au droit public (2). Soit, au contraire, on décide de couper l'analyse en aval (l'usage futur des fonds), pour ne retenir comme seul critère que l'affectation initiale des fonds litigieux, et le créancier pourra obtenir gain de cause s'il rapporte la preuve d'une affectation initiale de droit privé.

792.- C'est finalement la seconde analyse que la Cour de cassation a consacrée dans un arrêt *Eurodif* rendu le 14 mars 1984 (3), au terme d'une attendu de principe dès plus remarqué (4). L'analyse se focalise ainsi sur la nature de l'activité litigieuse. Est-elle de droit privé ? La créance qui en résulte ne sera pas comprise dans l'immunité d'exécution. Est-elle de droit public ?

(1) V. Aix-en-Provence 30 déc. 1929, S.30.2.150 ; Req. 5 févr. 1946, S.47.1.137 ; Cass. 11 févr. 1969 *Banque tchécoslovaque*, J.69.923 note Ph. KAHN, R.70.98 note P. BOUREL ; Cass. 2 nov. 1971 *RDVN.*, R.72.310 note P. BOUREL, J.72.267 note R. PINTO, RTDCom.72.237 obs. Y. LOUSSOUARN, JCP.72.II.16969 note D. RUZIÉ ; Cass. 7 déc. 1977 *CAVNOS*, R.78.532 note P. BOUREL ; Paris 21 avr. 1982 *Eurodif*, R.83.101 note P. MAYER, qui retiennent comme critère la destination des fonds.

(2) Ce qui avait conduit certaines juridictions à en déduire que l'immunité d'exécution avait un caractère absolu. V. TGI. Paris 12 sept. 1978, J.79.857. L'immunité d'exécution empêche même la saisie simplement conservatoire. V. TGI. Paris 16 déc. 1983, D.84.IR.262 obs. M. VASSEUR.

Sur l'immunité d'exécution des **banques centrales**, v. G. BURDEAU, *L'exercice des compétences monétaires par les Etats*, RCADI.88.V.223, spéc. p. 257 sq.

(3) Cass. 14 mars 1984 *Eurodif*, R.84.646 note J.-M. BISCHOFF, J.84.598 note B. OPPETIT, D.84.629 note J. ROBERT, JCP.84.II.20205 note H. SYNDET, R.arb.85.69 note G. COUCHEZ.

(4) “*Vu les principes de droit international privé régissant les immunités des Etats étrangers ; - Attendu que l'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger est de principe ; que, toutefois, elle peut être exceptionnellement écartée ; qu'il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice*”. L'exception n'est donc pas limitée aux seules activités commerciales, mais concerne les activités économiques relevant du droit privé.

La procédure de saisie se heurtera à l'immunité d'exécution. Enfin, si l'objet de la saisie est une somme d'argent, l'immunité sera écartée si le créancier rapporte la preuve que la somme a été initialement affectée à une activité de droit privé (1).

La démarche suivie repose nécessairement sur deux postulats : il doit exister un lien juridique entre les créances cause et objet de la saisie-arrêt, qui est fourni par l'activité litigieuse ; l'existence de ce lien doit être retrouvée en amont de la procédure, sous la forme d'une attache entre la créance cause de la saisie et la juridiction statuant sur le litige. Or, ces deux conditions apparaissent plus ou moins certaines, qu'il s'agisse du lien entre la créance cause de la saisie et le for, ou du lien entre les créances cause et objet de la saisie-arrêt, étant observé que la rupture de l'un est susceptible d'entraîner le relâchement de l'autre (2).

1. La condition d'un lien entre la créance cause de la saisie-arrêt et le for

793.- La question est de savoir si le créancier peut saisir la juridiction de son choix ou si l'on doit poser l'exigence d'un lien entre la créance invoquée le for saisi. Plusieurs auteurs souhaitent que la compétence judiciaire internationale et les exceptions aux immunités soient liées (3). Ils font valoir que la solution contraire nuirait à la sécurité et aux intérêts du commerce international et,

(1) V. dans le même sens, l'article 3-5 de la loi **australienne** du 16 décembre 1985, qui évite toute référence à une destination éventuelle de la somme d'argent. De plus, l'intérêt de la jurisprudence **Eurodif** est de présumer une affectation de droit privé de la créance objet de la saisie-arrêt, dès lors que l'activité principale est elle-même de droit privé.

(2) V. P. LAGARDE, *Une notion ambivalente : l'« émanation » de l'Etat nationalisant*, in *Etudes offertes à C.-A. COLLIARD, DROITS ET LIBERTÉS À LA FIN DU XXème s.*, influence des données économiques et technologiques, Paris, Pédone, 1984, p. 539, qui relève que des Etats tels que l'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas, et la Suisse n'acceptent que limitativement les immunités de juridiction et d'exécution. Aussi, l'assouplissement du lien entre la créance cause de la saisie et le for compétent favoriserait-il le *forum shopping*, et serait-il susceptible d'entraîner un relâchement du lien entre les créances cause et objet de la saisie-arrêt.

(3) V. V. J.-M. BISCHOFF, note sous Cass. 14 mars 1984 **Eurodif**, R.84.646 ; B. AUDIT, note sous Cass. 1er oct. 1985 **Migeon**, JCP.86.II.20566 ; B. OPPETIT, note sous le même arrêt, J.86.170 ; P. LAGARDE, *Une notion ambivalente : l'« émanation » de l'Etat nationalisant*, précité, n° 14 et 16 ; H. SYNDET, *Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, J.85.865.

par ricochet, aux intérêts des créanciers eux-mêmes. Ils invoquent également les lois nord-américaine du 21 octobre 1976, et anglaise du 20 juillet 1978, qui formulent l'exigence d'un tel lien (1). Enfin, ils font observer que la seule nationalité du créancier ne pourrait suffire à rapporter la preuve de l'existence de ce lien (2).

794.- Cependant, il faut bien admettre qu'à l'analyse, aucun des arguments invoqués n'est réellement convaincant.

Tout d'abord, si elles prévoient l'exigence d'un lien entre la créance cause de la saisie et le for, les lois nord-américaine et anglaise révèlent en réalité un malentendu. En effet, la première passe en revue l'ensemble des systèmes de localisation des créances, de sorte qu'il sera difficile de ne pas pouvoir fonder la compétence des juridictions américaines. Et la seconde ne prévoit un tel lien que pour le seul contrat de travail. De surcroît, une loi plus récente, la loi australienne du 16 décembre 1985, écarte toute condition d'un lien entre l'activité litigieuse et le territoire australien, nonobstant le grief du *forum shopping* .

Ensuite, l'argument reposant sur le risque de fraude du créancier qui chercherait à trouver une juridiction complaisante afin de contourner les immunités de l'Etat peut être retourné, en ce que l'Etat débiteur peut lui aussi chercher à se soustraire à ses engagements et à amoindrir le gage de ses créanciers en déplaçant les biens affectés à l'activité litigieuse (3).

(1) V. la Section 1605, articles 2, 3 et 5, de la loi **nord-américaine** du 21 octobre 1976, R.78.396, qui retient le lieu d'accomplissement de l'acte, le lieu de situation des biens saisis, le lieu de situation des droits de propriété, et le lieu de localisation des dommages en matière de blessures corporelles. En d'autres termes, cette loi retient comme critère de rattachement les lieux d'exécution du contrat, de situation des biens, de saisie, et de réalisation des dommages, soit pratiquement l'ensemble des systèmes possibles de localisation des créances ! L'article 4-1 de la loi **anglaise** du 20 juillet 1978, R.80.156, se borne à poser l'exigence d'un tel lien en matière de contrat de travail, en faisant référence au lieu de conclusion du contrat en Grande-Bretagne. *A contrario* , aucun lien n'est exigé pour les autres créances !

(2) V. H. SYNDET, *Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger* , J.85.865.

(3) V. la loi **australienne** du 16 décembre 1985, qui permet au créancier de recourir dans une telle hypothèse à une *Mareva Injunction* , interdisant à l'Etat débiteur de dissiper ou de soustraire les biens situés dans le ressort juridictionnel du lieu d'exécution des obligations. Sur la *Mareva Injunction* , v. M. E. GOLDSMITH, *Chronique de jurisprudence anglaise* , DPCI.78.581.

Enfin, l'argument reposant sur la nationalité du créancier n'est guère convaincant dans la mesure où la Cour de cassation admet la compétence des juridictions françaises en matière de « faillite », alors que le débiteur n'a en France ni domicile, ni siège social, ni succursale, ni activités, ni biens, dès lors que le demandeur bénéficie de l'article 14 du Code civil (1).

795.- En réalité, il nous semble que la principale difficulté est ailleurs, le débat relatif au critère de la nationalité l'annonçant intuitivement. La condamnation du critère de la nationalité par certains auteurs montre ce que le lien entre la créance et le for ne saurait être. Mais elle laisse en suspens la définition positive de ce dernier. Or, les auteurs qui se prononcent en sa faveur ne précisent pas davantage son contenu positif, ce qui n'est guère étonnant puisque les créances ne connaissent pas de situation.

796.- De sorte que l'on voit réapparaître la question de la localisation des créances au stade des immunités (2). Mais la consistance du lien entre la créance cause de la saisie et le territoire du lieu de saisie ne sera pas la même suivant la conception que l'on a de la localisation des créances ; la référence à la *lex rei sitae* n'a de sens que pour les créances incorporées dans un titre ou découlant de baux immobiliers (3) ; le rattachement de la créance à la loi de la source posera la question de la localisation et de la nature de l'activité litigieuse, qui réserve bien des surprises (4) ; la prise en compte de la personne du débiteur amènera à l'application de la loi de son domicile (5) ; la référence à la loi du lieu de saisie débouchera sur le lieu du domicile du tiers saisi, avec le risque de mettre en œuvre une conception ubiquiste des créances (6) ; enfin, le recours au principe de proximité permettra de donner un fondement à la compétence de la juridiction saisie

(1) V. Cass. 19 mars 1979 *SNTR*, R.81.524 note P. LAGARDE.

(2) Sur ce débat, v. *supra*, n° 20 *sq.*

(3) V. *supra*, n° 46 *sq.*

(4) V. *supra*, n° 95 *sq.*

(5) V. *supra*, n° 196 *sq.*

(6) V. *supra*, n° 252 *sq.*

sans que l'on puisse être assuré, pour autant, de la réalité du lien invoqué (1). Aussi comprend-on le réalisme de la loi australienne du 16 décembre 1985 qui n'exige aucun lien entre l'activité litigieuse et le territoire australien.

797.- En dernier lieu, un ultime argument aurait pu être soulevé à l'encontre de l'abandon de tout lien entre la créance cause de la saisie et le for. L'arrêt *Eurodif* (2) semblait en effet poser la condition d'une origine commune des créances du saisissant et du débiteur saisi. Mais la Cour de cassation a admis dans un arrêt *Migeon* du 1er octobre 1985 (3) que la créance cause de la saisie puisse ne pas procéder de la même activité litigieuse que celle de la créance objet de la saisie-arrêt. Il est dès lors normal d'admettre que la créance cause de la saisie ne présente pas de lien avec le tribunal dans le ressort duquel est localisée l'activité litigieuse. En d'autres termes, la rupture du lien entre la créance cause de la saisie et le for peut entraîner un relâchement du lien entre la créance objet de la saisie-arrêt et l'activité litigieuse.

2. La condition d'un lien entre la créance objet de la saisie-arrêt et l'activité litigieuse

798.- Afin de pouvoir écarter l'immunité d'exécution, l'arrêt *Eurodif* avait posé une condition importante tenant à l'origine commune des créances cause et objet de la saisie-arrêt. Or, l'arrêt *Migeon* a levé cette condition, car dans les faits, aucun lien ne pouvait être relevé entre le droit à indemnité du salarié licencié contre l'Etat algérien, et les livraisons de gaz de la société Sonatrach à l'origine des créances saisies.

(1) V. *supra*, n° 242 *sq.*

(2) Cass. 14 mars 1984 *Eurodif*, R.84.646 note J.-M. BISCHOFF, J.84.598 note B. OPPETIT, D.84.629 note J. ROBERT, JCP.84.II.20205 note H. SYNDET, R.arb.85.69 note G. COUCHEZ.

(3) Cass. 1er oct. 1985 *Migeon*, JCP.86.II.20566 note B. AUDIT, J.86.170 note B. OPPETIT, JCP.86.II.20566 note H. SYNDET.

799.- Cette solution a été critiquée par MM. B. Audit et B. Oppetit (1). Selon ces auteurs, le produit dégagé par l'exploitation litigieuse ne devrait être affecté qu'au paiement des dettes encourues pour assurer son fonctionnement. En ce sens, M. J.-M. Bischoff (2) a fait remarquer que les exceptions à l'immunité d'exécution pourraient être fondées sur la théorie du patrimoine d'affectation, de sorte que seuls les créanciers de l'organisme auraient le droit de pratiquer une saisie des biens de celui-ci pour obtenir leur dû. L'actif ne répondrait que du seul passif lié à l'exploitation (3).

800.- Néanmoins, les arguments avancés nous semblent pouvoir être contestés. En premier lieu, l'idée même de permettre à l'Etat étranger de cloisonner ses activités commerciales, au grand dam de ses créanciers, paraît dangereuse de par les risques de fraude qu'elle comporte. En ce sens, la notion de patrimoine d'affectation avait déjà été rejetée lors des nationalisations algériennes, les débiteurs n'étant pas fondés à opposer à leurs créanciers un cloisonnement de leur patrimoine (4).

801.- En second lieu, en dépit de l'attrait de la thèse faisant appel à la théorie du patrimoine d'affectation, le fondement de l'immunité d'exécution semble demeurer le respect de la souveraineté des Etats étrangers. Parce qu'il n'est pas affecté à une activité ressortissant au droit public, le bien litigieux devient un bien ordinaire, et la condition d'un lien entre les créances cause et objet de la saisie-arrêt paraît excessive, tant il est vrai qu'elle n'existe pas dans la réglementation des saisies-arrêts.

En définitive, l'analyse se focalise effectivement sur l'activité litigieuse, mais celle-ci n'a

(1) V. B. AUDIT, note sous Cass. 1er oct. 1985 *Migeon*, JCP.86.II.20566 ; B. OPPETIT, note sous le même arrêt, J.86.170.

(2) J.-M. BISCHOFF, note sous Cass. 14 mars 1984 *Eurodif*, R.84.646.

(3) Sur le cloisonnement au sein d'un même patrimoine, v. déjà A. JAUFFRET, *Créanciers de l'entreprise et créanciers de la personne en droit français*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 637.

(4) V. Cass. 23 avr. 1969, D.69.341 conl. Av. Gal. BLONDEAU, R.69.717 note E. SCHAEFFER, J.69.912 note P. CHARDENON.

pas à être commune aux différentes créances, du moment qu'à son origine, elle revêtait une nature de droit privé. Subséquemment, la rupture du lien entre la créance objet de la saisie-arrêt et la prestation à l'origine de la créance cause de la saisie-arrêt autorise un relâchement du lien entre celle-ci et le for. Mais la qualification de l'acte n'est-elle pas opérée initialement *lege fori* (1) ?

A l'instar des immunités, la question du rééchelonnement des dettes de l'Etat échappe dans une certaine mesure au conflit de lois.

(b).- RECOUVREMENT DE LA CRÉANCE ET RÉÉCHELONNEMENT DES DETTES

802.- Le rééchelonnement de la dette extérieure d'un Etat va entraîner un réaménagement du terme de la dette, de même qu'une modification de la charge des intérêts. Le créancier, en général une banque privée, est alors confrontée à un moratoire qui, soit aura été pris avec l'accord et le concours d'un groupe de créanciers, soit aura été imposé unilatéralement par l'Etat. Le résultat recherché est alors de geler les différentes actions de poursuite des créanciers, et d'obtenir un délai de paiement.

803.- Le cadre spécifique de la relation, qui oppose presque toujours un Etat à une banque ou un pool bancaire, comporte deux aspects principaux. D'une part, un marché particulier s'est créé portant sur la cotation de la dette extérieure d'un certain nombre d'Etats. Afin de rééquilibrer le portefeuille de gestion des établissements de crédit, un marché d'échange international des créances douteuses a pris naissance, les créances échangées faisant l'objet d'une décote dont l'importance varie avec la surface financière de l'Etat débiteur (2). D'autre part, l'existence et le

(1) C'est la qualification *lege fori* qui favorise le *forum shopping*. En effet, le créancier prendra soin de choisir une juridiction dont la loi limite le domaine de l'immunité d'exécution. Cette tactique verrait ses effets contrariés si la compétence était attribuée sur ce point à la loi de la créance cause de la saisie.

(2) V. M. VASSEUR, *Banquier en 1983*, B.83.137 et 281, qui qualifie le terme de « douteux » d'« euphorique » ! La **décote** est liée, non à l'importance de l'endettement, mais à la surface financière de l'Etat débiteur. V. M. VASSEUR, *Les garanties indirectes du banquier en droit interne*, RJC. février 1982, p. 104 ; Cahiers de l'ISMEA, publications du CNRS., *Intégration ou déconnexion du Nord et du Sud sous l'impact de la crise*, 1984, série P. 28 ; P. DURAND, *Le rééchelonnement des dettes à l'égard des Etats*, RJC. févr. 1985.65 ; A. DE LATTRE, *La banque et l'endettement des pays en voie de développement*, B.87.324 ; Cl. DUFLOUX et M. KARLIN, *Nouvelles solutions à l'endettement privé des PED.*, B.88.557 ; G. FRANÇOIS, *Réflexions sur le problème de la dette des pays en développement*, B.88.1188.

fonctionnement de ce marché d'échange international nécessitent une analyse en termes juridiques.

804.- La réflexion ne portera ici que sur la part de la loi de la créance. Afin de l'apprécier, il convient de dissocier deux types de relations, qui impliquent chacune un mode de résolution différent. D'un côté, la question du rééchelonnement des dettes des Etats met en présence, au sein d'une relation souvent conflictuelle, le banquier créancier et l'Etat débiteur. De l'autre, du fait de l'existence de marchés d'échange internationaux des créances douteuses, un second type de relations prend corps entre les banquiers coéchangistes. Alors que le second type de relations ne pose guère de difficultés, le premier nourrit un conflit de méthodes.

1. *La relation entre les banquiers coéchangistes*

805.- La qualification juridique de l'opération mettant en présence les deux banquiers est celle d'échange ou, plus exactement, celle de swap de devises (1). Le contrat d'échange de créances douteuses peut naturellement obéir à une loi propre, qui, en l'absence de choix par les parties, peut correspondre à la place où les créances douteuses sont cotées et dévaluées. L'opération s'apparente par certains côtés à la novation par changement de créancier. Mais contrairement à la novation par changement d'objet, où l'extinction du droit ne peut que ressortir à la compétence de la loi de la créance novée (2), l'échange des créances n'entraîne pas leur extinction. En revanche, dans l'hypothèse d'une spéculation par trop excessive, on pourrait

(1) Sur ces deux notions, sous l'angle du conflit de lois, v. *supra*, n° 122 *sq.*

(2) V. *supra*, n° 740.

imaginer qu'un mécanisme analogue à celui du retrait litigieux, qui est prévu en matière de cession de créance, s'applique (article 1699 du Code civil), dès lors qu'il est admis par la loi gouvernant le contrat d'« échange », ou par la loi de la créance échangée. Il est en ce sens curieux de noter que les dispositions du Code civil gouvernant l'échange suivent immédiatement celles du retrait litigieux.

2. *La relation entre le banquier et l'Etat débiteur*

806.- Deux catégories de conflits se superposent, d'intérêts, qui consistent à déterminer si le banquier doit se conformer aux effets du moratoire, et de méthode, la question étant de savoir si le litige relève encore de la méthode conflictuelle.

Plus précisément, il importe de vérifier si le créancier peut passer outre la suspension des poursuites instaurée par le moratoire, afin de procéder à la saisie des avoirs de l'Etat débiteur. Les éléments de solution dépendent de l'existence, ou non, d'un cadre de négociation.

Il n'est pas douteux que le créancier ne peut s'affranchir des effets du moratoire lorsque celui-ci a été mis en place sous l'égide du Club de Paris (compétent en matière de dettes publiques), ou du Club de Londres (compétent en matière de dettes privées) (1). La question se posera éventuellement d'articuler cette procédure avec les dispositions de la loi de la créance, celle-ci ayant seule compétence pour décider des causes d'extinction du droit.

807.- En revanche, le moratoire débouchera sur un conflit de méthodes lorsqu'il aura été imposé unilatéralement par l'Etat débiteur. En effet, le moratoire ainsi imposé constitue une loi de police (2), de telle sorte que sa naissance et ses effets ne peuvent pas dépendre de la loi de la créance.

(1) V. P. DURAND, *Le rééchelonnement des dettes à l'égard des Etats*, RJC. févr. 1985.65.

(2) V. C.A. fédérale 18 mars 1985 *Allied Bank International*, in D. CARREAU, *La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales*, J.86.123. Cet arrêt censura la décision des juges du fond qui avaient accepté de donner effet au moratoire costaricain sur le sol des Etats-Unis, la loi de la créance n'étant pas en l'espèce la loi du débiteur (loi costaricaine). V. aussi D. CARREAU, *Le rééchelonnement de la dette extérieure des Etats*, J.85.5, et *Le rééchelonnement des dettes : le point de vue des banques*, RJC. févr. 85, p. 76, spéc. n° 33 et note 26.

La mesure des effets du moratoire appelle alors une distinction. Soit la créance est localisée sur le territoire de l'Etat ayant pris le moratoire et le créancier ne peut passer outre, car le moratoire s'identifie avec la loi de la créance. De surcroît, l'intervention de l'ordre public international est à écarter en ce que le moratoire décrète une simple suspension des poursuites, sans entraîner l'extinction des créances. La difficulté se ramène donc à celle de la localisation de la créance.

Soit la créance n'est pas localisée sur le territoire de l'Etat auteur du moratoire. Mais alors, la suspension des poursuites ne peut développer ses effets à l'étranger que par le biais de la prise en considération des lois de police étrangères, de sorte que la saisie des avoirs de l'Etat étranger affectés à une activité de droit privé pourra prospérer si le juge écarte le moratoire, en invoquant, par exemple, la théorie de l'*Act of State* (1).

En définitive, les questions soulevées par l'exécution forcée contre un opérateur de droit public impliquent essentiellement dans leur résolution l'intervention des principes gouvernant la localisation des créances. Ainsi en est-il des immunités des Etats étrangers, à travers l'exigence d'un lien entre le for saisi et la créance invoquée, et du rééchelonnement des dettes des Etats, dans l'hypothèse où il est nécessaire de déterminer le champ d'application du moratoire décrété par l'Etat. C'est dire l'importance et le caractère opératoire de la notion de localisation des créances, tant à l'égard de la connaissance de la loi de la créance, qu'à l'égard de l'appréciation de son domaine.

(1) V. C.A. fédérale 18 mars 1985 *Allied Bank International*, précitée.

808.- Conclusion de la seconde Partie. L'étude de la mise en œuvre de la loi applicable nous a permis de montrer que la loi de la créance jouissait d'un domaine non négligeable, qui va en s'étoffant au fur et à mesure que l'on s'éloigne du moment de la naissance du droit. Il en est particulièrement ainsi de la vie de la créance, à travers les différentes formes juridiques qui concourent à sa circulation (1), et de l'exécution de la créance, dès lors que celle-ci reste volontaire (2), et non contrainte. Cependant, nous avons aussi montré que la loi de la créance bénéficiait d'un domaine propre dès la naissance du droit, tant en matière de créance alimentaire (3), qu'à l'égard de la provision de la lettre de change (4). Cette solution est d'autant plus remarquable qu'elle affecte des créances de nature très différente, les unes étant étroitement personnelles, cependant que les autres sont pleinement patrimoniales, voire spéculatives. Au-delà de leur grande diversité, elle montre et confirme l'idée que les créances peuvent ainsi constituer une catégorie autonome du droit international privé et bénéficier d'un rattachement propre, qui prenne en compte le fait qu'elles sont des valeurs appelées à circuler.

Il paraît dès lors utile de formuler la synthèse des développements précédents.

(1) V. *supra*, n° 598 *sq.*

(2) V. *supra*, n° 720 *sq.*

(3) V. *supra*, n° 537 *sq.*

(4) V. *supra*, n° 529 *sq.*

Conclusion générale

809.- Le traitement des créances en droit international privé nécessite deux opérations, l'une de localisation de la créance, ou, de manière différente, de choix des critères de rattachement, l'autre, subséquente, de délimitation du domaine de la loi désignée.

810.- Nous avons montré que trois grandes catégories de rattachement pouvaient être mises en valeur, à partir des exemples tirés de la jurisprudence et des Conventions internationales, à savoir le *situs*, la source de la créance, ou la personne, créancière ou débitrice du rapport de droit, localisée en son domicile. Au sein des trois critères cités, deux apparaissent en concurrence l'un de l'autre, la source et la personne, la référence au *situs* devenant, elle, progressivement subsidiaire. L'amointrissement de la *lex rei sitae* tient à deux raisons, tant à l'évolution de la notion de localisation de la créance, qu'à celle des formes des créances (par exemple, la dématérialisation des titres au porteur).

811.- Les deux autres rattachements, par leur rivalité, nourrissent des querelles toujours vives. Nous avons exposé notre préférence envers une conception fondée sur le rattachement à la personne, conduisant à la compétence de principe de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, réserve faite de quelques exceptions (créances de salaires, créances strictement délictuelles, créances alimentaires ...). Le principe ainsi dégagé nous semble concrétiser, mieux que d'autres, la dualité irréductible du droit de créance, à la fois droit personnel, expression d'une relation juridique entre plusieurs sujets de droit, et valeur économique, patrimoniale (non seulement avec les créances contractuelles, mais aussi avec les créances quasi-délictuelles, où l'on a souligné, par exemple, la « patrimonialisation » de l'atteinte du droit à l'image), tendant à le rapprocher de la catégorie des biens.

Or, une telle évolution tend à imprimer une coloration objective aux créances et, subséquemment, à insister sur l'objet de la prestation du débiteur, et non plus seulement à limiter l'analyse aux rapports entre débiteur et créancier.

En d'autres termes, la prestation objet de l'obligation peut conduire indirectement à fixer la localisation de la créance.

812.- Telle est l'ambivalence de la créance. Mais il convient aussi de souligner que les approches subjective ou objective de la notion peuvent être réunies, à travers la recherche de la loi applicable aux créances, par la référence au domicile du débiteur de la prestation caractéristique, mariant et le rattachement à la personne, et le rattachement à l'objet de la prestation.

813.- Au-delà des querelles afférentes à la recherche d'une compétence législative de principe, nous avons montré toutefois que divers éléments intervenaient, conduisant à la pluralité des règles de rattachement. Cette diversité peut tenir soit à des données objectives (localisation objective de l'enrichissement sans cause, des effets de commerce ...), soit à des données subjectives et finalitaires, l'accent étant mis sur la protection de telle ou telle catégorie de

créanciers ou de débiteurs (créancier d'aliments, salarié, consommateur, débiteur cédé et, dans le passé, tout débiteur en raison du contenu de la règle de conflit de lois en matière de prescription extinctive). La présence de rattachements spéciaux en marge d'une compétence de principe en faveur de la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique illustre ainsi l'idée d'une pluralité des règles de conflit de lois, prolongée sur le terrain des méthodes, chère au droit international privé contemporain.

814.- Ultérieurement, la délimitation de la loi de la créance, qu'il s'agisse de sa formation ou de sa réalisation, pose la question délicate de l'autonomie de la créance par rapport à sa source. La reconnaissance d'une telle autonomie, d'autant plus nette que l'on s'éloigne du moment de la naissance de la créance, accroît la part de la loi de la créance au détriment de la loi de la source. En effet, l'étude de la réalisation de la créance montre que cette autonomie s'étoffe au fur et à mesure que l'on s'éloigne du moment de la naissance du droit, que ce soit en amont (opérations sur créance éventuelle), ou en aval (autonomie des créances alimentaires, autonomie nécessitée par les opérations de mobilisation des créances sur l'étranger). Mais elle existe dès l'origine pour les créances alimentaires et la provision de la lettre de change. Enfin, l'éclatement de la compétence législative est parfois inévitable, entraînant des difficultés distinctes selon les créances considérées (questions préalables pour les créances alimentaires, fractionnement des lois applicables en présence de cessions groupées, etc.).

815.- En certaines circonstances, l'éclatement de la compétence législative ne résultera pas nécessairement de la seule analyse du rapport ayant pour objet une créance, mais aussi de la condition juridique du débiteur ou du titulaire de la créance. Il en est ainsi des cas dans lesquels l'Etat intervient en tant qu'opérateur du commerce international. L'analyse montre alors que la mise en œuvre des prérogatives liées à la souveraineté de l'Etat (immunités, pouvoir de nationaliser, de confisquer, de légiférer) est subordonnée aux principes gouvernant la localisation des créances, l'Etat ne pouvant en principe appréhender que les seules créances localisées sur son territoire.

816.- La localisation de la créance ne sert alors pas tant à fixer la loi applicable, qu'à délimiter le champ d'application des prérogatives de l'Etat. Elle présente ainsi une fonction double, tantôt méthode de désignation de la loi applicable, tantôt mécanisme de délimitation des pouvoirs d'appropriation des créances par l'Etat.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS - MANUELS - PRÉCIS

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987.

ARMINJON (P.), *Précis de droit international privé*, t. 1, Paris, 1947 ; t. 2, 3ème éd., Paris, 1958 ; t. 3, Paris 1952.

ARMINJON (P.), *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948.

ARMINJON (P.) et CARRY (P.), *La lettre de change et le billet à ordre*, Paris, Dalloz, 1937.

AUBRY (Ch.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. II, 1942, par ESMEIN (P.), 7ème éd., Litec, 1961.

AUBRY (Ch.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. III, 6ème éd., par BARTIN (E.), Litec, 1938.

AUBRY (Ch.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. IV, 1942, *Obligations*, par BARTIN (E.), 6ème éd., Litec.

AUBRY (Ch.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. V, 1952, *Vente, louage*, par ESMEIN (P.), 6ème éd., Litec.

AUBRY (Ch.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. V-2, 1979, *Baux commerciaux*, 7ème éd., par PÉDAMON (M.), Litec.

AUBRY (Ch.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. VI-2, 1989, *Responsabilité délictuelle*, 8ème éd., par DEJEAN DE LA BÂTIE (N.), Litec.

BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. I, Montchrestien, 1930.

BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. III, Montchrestien, 1935.

BATIFFOL (H.), *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ., 1959.

BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.

BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J., 1979.

BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, t. I, 1981, t. II, 1983, 7ème éd., LGDJ.

BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), *Cours de droit civil français* , 2ème éd., t. IV, *Les biens* , par P. VOIRIN, Paris, 1938, Rousseau.

BOUHIER (J.), *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne* , Dijon, 1787-1788, 2 vol.

CAMERLYNCK (G. H.), LYON-CAEN (G.), PÉLISSIER (J.), *Droit du travail* , 13ème éd., Dalloz, 1986.

CARBONNIER (J.), *Droit civil , Introduction, les personnes* , T. I, 15ème éd., 1984, Thémis, PUF.

CARBONNIER (J.), *Droit civil , Les biens* , T. III, 11ème éd., 1983, Thémis, PUF.

CARBONNIER (J.), *Droit civil* , t. IV, *Les obligations* , PUF. Thémis, 1985, 13 ème éd.

CARREAU (D.), FLORY (T.) et JULLIARD (P.), *Droit international économique* , LGDJ., 1980.

CATALA (P.) et TERRÉ (F.), *Procédure civile et voies d'exécution* , P.U.F., Thémis, 2ème éd., 1976.

CAVERS (D.), *The Choice of the Law Process* , Ann. Arbor, 1965.

CHESHIRE (G. C.), *Private international law* , Oxford, Butterworths, 1952.

CHESHIRE (G. C.) et NORTH (P.-M.), *Private international law* , Londres, Butterworths, 11ème éd., 1987.

COLOMER (A.), *Droit civil, Régimes matrimoniaux* , Litec, 1986.

CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens* , Montchrestien, 1988.

CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains* , LGDJ., 1917.

DABIN (J.), *Fondements du droit cambiaire allemand* , Liège, 1959.

DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains* , 8ème éd., 1982, Dalloz.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général* , t. II, *Source des obligations* , Rousseau, Paris 1923.

DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de code Napoléon* , 31 vol., 1869-1882, Paris, Imprimerie générale, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* , t. XXV, vol. 2.

DESPAGNET (F.), *Précis de droit international privé* , Paris, 1886.

DONNIER (M.), *Voies d'exécution et procédures de distribution* , Litec, 1987.

ESCARRA (J.), ESCARRA (E.) et RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux* , par HÉMARD (J.), Sirey, t. I, 1953, t. II, 1955.

FLOUR (J.), *Cours de droit civil, 4ème année de licence* , 1966-1967, Les Cours de droit.

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Les obligations* , vol. I , *L 'acte juridique* , A. Colin, 3ème éd., 1986.

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Les obligations* , vol. II , *Le fait juridique* , A. Colin, 1986.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations* , Paris, Sirey, 1965, réimpression de l'édition de 1937.

GAVALDA (Ch.) et PARLÉANI (G.), *Droit communautaire des affaires* , Litec, 1988.

GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Droit de la banque* , PUF., 1974.

GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Droit commercial, Chèques et effets de commerce* , 2ème éd., 1984, PUF., Thémis.

GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Droit du crédit* , t. II, Litec, 1988.

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, t. I , Introduction générale* , 2ème éd., 1982, L.G.D.J.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Le contrat, formation* , LGDJ., 2ème éd., 1988.

GLASSON (E.), TISSIER (A.), MOREL (R.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile* , Sirey, 3ème éd., 1925-1936, t. IV.

GUYON (Y), *Droit des affaires, t. I, Droit commercial général et Sociétés* , Economica, 5ème éd., 1986.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.), *Traité de droit commercial* , t. II, 1967, Dalloz.

HOLLEAUX (D.), FOYER (J.), et DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé* , Masson, 1987.

HOUIN (R.) et PÉDAMON (M.), *Droit commercial* , 8ème éd., Dalloz, 1985.

HUC (Th.), *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances* , t. II, 1892-1903.

JUGLART (M. de) et IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial*, t. I, 4ème éd., par PONTAVICE (E. du) et DUPICHOT (J.), Montchrestien, 1988.

LAINÉ (F.), *Introduction au droit international privé*, F. Pichon, 1888, t. I.

LAINÉ (F.), *Introduction au droit international privé*, F. Pichon, 1892, t. II.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, 6ème éd., Dalloz 1988.

LARROUMET (Ch.), *Droit civil*, t. III, *Les obligations, le contrat*, Economica, 1986.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XVI, 1878, 3ème éd., Paris, éd. Durand et Pédone Lauriel.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XXXI, 1887, 3ème éd., Paris, éd. Durand et Pédone Lauriel.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.) et LOUSSOUARN (Y.), *Précis de droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, 1970.

LESCOT (P.) et ROBLLOT (R.), *Les effets de commerce*, 2 vol., Paris, 1953, Rousseau.

LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 3ème éd., 1989.

LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.), *Droit du commerce international*, Sirey, 1969.

LYON-CAEN (G.) et LYON-CAEN (A.), *Droit social international et européen*, Dalloz, 1985.

LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, 8 vol., 2ème éd., Paris, Pichon, 1889-1899.

MALAUURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1986.

MALAUURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 1986.

MALAUURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Droit civil, La famille*, Cujas, 1987.

MALAUURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Cujas, 1988.

MALAUURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Cujas, 1988.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème éd., Sirey, 1972.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les successions*, Sirey, 1983.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 1986.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les obligations* , 2ème éd., 1988, t. I, *Les sources* , Sirey.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Les obligations* , t. II, *Le régime* , Sirey, 1989.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Les sûretés* , Sirey, 1987.

MATTOUT (J.-P.), *Droit bancaire international* , Banque, 1988.

MAYER (P.), *Droit international privé* , 3ème éd., Montchrestien, 1987.

MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. I, *Introduction* , 1989, 9ème éd., par F. CHABAS, Montchrestien.

MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., *Obligations* , 7ème éd., par F. CHABAS, 1985, Montchrestien.

MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. III, 1er vol., *Sûretés - publicité foncière* , 1988, 6ème éd., par V. RANOUIL et F. CHABAS, Montchrestien.

MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. III, 2ème vol., *Principaux contrats* , 1974, 4ème éd., par M. de JUGLART, Montchrestien.

MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. III, 2ème vol., *Principaux contrats : vente et échange* , 1987, 7ème éd., par M. de JUGLART, Montchrestien.

MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (H.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* , t. III, Montchrestien, 1965.

MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.), *Sociétés commerciales* , éd. F. Lefèbre, 1987.

NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé* , t. IV, Sirey, 1947.

NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé* , t. V, 2ème éd., Sirey, 1947, Paris.

NIEDERER (W.), *Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalanen Privatrechts* , Zurich, 1961.

PILLET (A.), *Principes de droit international privé* , Paris Pédone, 1903.

PILLET (A.), *Traité pratique de droit international privé* , t. I, Paris, Sirey, 1923.

PILLET (A.), *Traité pratique de droit international privé* , t. II, Paris, Sirey, 1924.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français* , *Les biens* , par M. PICARD, t. III, 2ème éd., 1952, L.G.D.J.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Successions, par J. MAURY et H. VIALLETON, t. IV, 2ème éd., 1956, L.G.D.J.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Donations et testaments, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, t. V, 2ème éd., 1957, L.G.D.J.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, par P. ESMEIN, 2ème éd., t. VI, Obligations, 1ère partie, 1952, L.G.D.J.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, par P. ESMEIN, J. RADOUANT, G. GABOLDE, 2ème éd., t. VII, Obligations, 2ème partie, 1952-1954, L.G.D.J.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Contrats civils, 2ème partie, par R. SAVATIER, Prêt, dépôt, mandat, t. XI, 2ème éd., 1954, L.G.D.J.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Sûretés réelles, 1ère partie, par E. BECQUÉ, t. XII, 2ème éd., 1953, L.G.D.J.

POTHIER (R.-J.), *Des successions*, Chap. V, article 1 § 2, in *Œuvres complètes*, édition Bugnet, 11 vol., 1861-1862.

RAAPE (L.), *Internationales Privatrecht*, 5ème éd., 1961, Berlin-Francfort.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 9ème éd., LGDJ., 1981.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 11ème éd., LGDJ., 1988.

RIVES-LANGE (J.-L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, 4ème éd., 1986, Dalloz.

ROBLOT (R.), *Les effets de commerce*, Sirey, 1975.

RODIÈRE (R.) et RIVES-LANGE (J.-L.), *Droit bancaire*, 3ème éd., Dalloz, 1980.

ROUSSEAU (Ch.), *Traité de droit international public*, t. IV, *Les relations internationales*, Sirey, 1980.

SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile*, t. II, LGDJ., 2ème éd., 1951.

SAVATIER (R.), *Cours de droit international privé français*, LGDJ., 1953, 2ème éd.

SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère série, 3ème éd., 1964, Paris, Dalloz.

SAVIGNY (F.), *Traité de droit romain*, traduction de C. GUENOUX, t. VIII, 2ème éd., Paris, 1860.

SCHNITZER (A. F.), *Handbuch des internationalen Privatrecht* , t. II, 4ème éd., Bâle.

SIMLER (Ph.), *Le cautionnement* , Litec, 1982.

SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé* , t. II, *La compétence* , Sirey, 1973.

STARCK (B.), *Droit civil, Obligations* , Litec, 1972.

SURVILLE (F.), *Cours élémentaire de droit international privé* , Paris, 7ème éd., 1925.

TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les successions, les libéralités* , 2ème éd., Dalloz, 1988.

VALÉRY (J.), *Manuel de droit international privé* , Paris, Fontemoing et Cie, 1914.

VAN OMNESLAGHE (P.), *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé* , Bruxelles, 1960.

VAN RYN (J.) et HEENEN (J.), *Principes de droit commercial belge* , 2ème éd., 1976, t. IV, Bruylant.

VASSEUR (M.), *Droit et économie bancaires* , Les Cours du droit, 1983-1984.

VASSEUR (M.), *Droit des sociétés* , Les Cours du droit, 1987-1988.

VASSEUR (M.), *Droit des affaires, maîtrise* , Les Cours du droit, 1988-1989.

VIANDIER (A.) et ENDRÉO (G.), *Redressement et liquidation judiciaire* , Litec, 1986.

VINEY (G.), *Traité de droit civil , Les obligations , la responsabilité , conditions* , L.G.D.J. 1982.

VINEY (G.), *Traité de droit civil , Les obligations , la responsabilité , effets* , L.G.D.J. 1988.

WEILL (A.) et TERRE (F.), *Introduction générale* , 4ème éd., 1979, Dalloz.

WEILL (A.) et TERRE (F.), *Les obligations* , 3ème éd., 1980, Dalloz.

WEISS (A.), *Traité théorique et pratique de droit international privé* , t. IV, Paris, 1912, 2ème éd.

ZÉNATI (F.), *Les biens* , Paris, PUF., 1988.

II. THÈSES - MONOGRAPHIES - COURS

ANCEL (B.), *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux* , thèse, Dalloz, 1977.

ARMINJON (P.), *La notion de droits acquis en droit international privé* , R.C.A.D.I.1933.60.

AUDIER (J.), *Les droits patrimoniaux à caractère personnel* , thèse, LGDJ., 1979.

AUDIT (B.), *La fraude à la loi* , thèse, Dalloz, 1974.

AUDIT (B.), *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit* , R.C.A.D.I.1984.III.227.

AYNES (L.), *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français* , thèse dactyl. Paris II, 1981, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* , Economica, 1984.

AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, thèse L.G.D.J., 1969.

BATIFFOL (H.), *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé* , Sirey, 1938.

BATIFFOL (H.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Contrats et conventions* .

BATIFFOL (H.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Obligations* .

BAUER (M.), *Le droit public étranger devant le juge du for* , thèse, Paris, 1977.

BEITZKE (G.), *Les obligations délictuelles en droit international privé* , R.C.A.D.I.1965.II.61.

BISCHOFF (J.-M.), *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois* , thèse, L.G.D.J., 1959.

BISCHOFF (J.M.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 526, Condition des étrangers en France* .

BISCHOFF (J.M.), *J.-Cl. Droit international, Fondation* .

BISMUTH (J.-L.), *La sous-traitance en droit international* , Feduci, 1988.

BLOCH (P.), *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales* , thèse Dijon, 1982.

BOULANGER (F.), *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne* , thèse, 1964, LGDJ.

BOULANGER (F.), *Les nationalisations en droit international privé comparé* , Paris, Economica, 1975.

BOULANGER (F.), *Les successions internationales* , Economica, 1981.

BOUREL (P.), *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles* , thèse, LGDJ., 1961.

BOUREL (P.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-50, Immunités de juridiction et d'exécution* .

BOUREL (P.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Immunités* .

BOUREL (P.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Responsabilité civile* .

BOYE (M.), *L'acte de nationalisation* , thèse, éd. Les nouvelles éditions africaines, 1979.

BREDIN (J.-D.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Warrant* .

BURDEAU (G.), *L'exercice des compétences monétaires par les Etats* , RCADI.88.V.223.

CARMET (O.), *Etude critique de la distinction entre la condition des étrangers et les conflits de lois* , thèse, 1977.

CATALA (N.), *La nature juridique du payement* , thèse Montpellier 1960, LGDJ., 1961.

CHÉMALY (R.), *Conflits de lois en matière d'effets de commerce (lettres de change, billets à ordre, chèques)* , thèse Paris II, 1981.

CHÉMALY (R.), *Conflits de lois en matière d'effets de commerce* , RCADI.1988.II.349.

COHEN (D.), *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire* , Economica, 1987.

COUCHEZ (G.), *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable aux régimes matrimoniaux* , thèse, Dalloz, 1972.

COURBE (P.), *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé* , thèse, 1977.

COZIAN (M.), *L'action directe* , thèse Dijon, 1966.

DAYANT (R.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 552-F, Contrats* .

DAYANT (R.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Gage* .

DAYANT (R.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Prescription civile* .

DAYANT (R.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Solidarité* .

DEBY-GÉRARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux* , Dalloz, 1973.

DEFOSSÉ (G.), *Les exportations françaises et leur financement* , (ouvrage collectif sous la direction de G. DEFOSSÉ), PUF., 1982.

DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé* , thèse, Paris I, 1974.

DERRUPPÉ (J.), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance* , thèse Toulouse, 1952.

DERRUPPÉ (J.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 555, Sûretés personnelles et réelles* .

DEWAS-CLÉMENT (C.), *La multi-propriété* , thèse, Paris II, 1974.

DIENER (M.), *Les contrats internationaux de propriété industrielle* , Litec, 1986.

DONNEDIEU DE VABRES (J.), *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XXème siècle* , thèse, Paris, 1938.

DRAKIDIS (Ph.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Enrichissement sans cause* .

DRAKIDIS (Ph.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Gestion d'affaires* .

DROZ (G. A.-L.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Régimes matrimoniaux* .

DROZ (G. A.-L.) et RÉVILLARD (M.), *J.-Cl. Dr. intern., Fasc. 556-A*.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)* , thèse, LGDJ., 1984.

DUGUIT (L.), *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils* , thèse, 1882, Bordeaux.

ECK (J.-P.), *Rép. Dalloz, Dr. international, v° Paiement* .

EL KOSHERI (A. S.), *Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier* , RCADI.1975.IV.219.

FADLALLAH (I.), *La famille légitime en droit international privé* , thèse, Dalloz, 1977.

FERID (M.), *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé* , RCADI.1974, t. 142, p. 71.

FERRY (Cl.), *La validité des contrats en droit international privé. France / U.S.A.* , thèse, LGDJ., 1989.

FLOUR (Y.), *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé* , thèse Paris, 1978.

- FOUCHARD (Ph.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Biens* .
- FOUCHARD (Ph.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cautionnement* .
- FOURNIER (M.), *Rép. Dalloz, Dr. civil, v° Echange* .
- FOYER (Jacques), *Problèmes de conflit de lois en matière de filiation* , R.C.A.D.I.1985.IV.9.
- FOYER (Jean), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Valeurs mobilières* .
- FRANCESCAKIS (Ph.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé* , Sirey, 1958.
- FRANCESCAKIS (Ph.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Conflit de lois* .
- GAVALDA (Ch.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Factoring* .
- GÉNIN-MERIC (R.), *La maxime locus regit actum Nature et fondement* , thèse, LGDJ., 1976.
- GÉNY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* , LGDJ., 1919.
- GERMAIN (M.), *Société dominante et sociétés dominées en droit français et en droit allemand* , thèse Nancy, 1974.
- GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance (Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux)* , Paris, LGDJ., 1960.
- GOTHOT (P.) et HOLLEAUX (D.), *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* , 1985, éd. Jupiter.
- GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé* , thèse, LGDJ., 1969.
- GRAULICH (P.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Conflit de lois dans le temps* .
- GRUA (F.), *J.-Cl. Civ. , Prêt à usage* , Fasc. 3, Articles 1888 à 1891.
- GUERRIERO (M.-A.), *L'acte juridique solennel* , thèse, LGDJ., 1975.
- HAGE-CHAHINE (F.), *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription* , Dalloz, 1977.
- HÉRON (J.), *Le morcellement des successions internationales* , thèse, Economica, 1986.
- HERZFELDER (M.), *Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel* , LGDJ., 1985.

HEUZÉ (V.), *Le droit international privé français des contrats, étude critique des méthodes* , thèse Paris, 1988.

HOLLEAUX (D.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Cession de créance* .

HOLLEAUX (D.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 584-A, Effets en France des décisions étrangères*.

HUET (A.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-B, Conflits de juridictions, compétence privilégiée* .

HUET (A.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-C, Conflits de juridictions* .

HUET (A.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 581-D, Conflits de juridictions, Règles communes à la compétence privilégiée et à la compétence internationale ordinaire des tribunaux français* .

HUET (A.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 582, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux* .

JACOMET (T.) et DIDIER (O.), *Les relations financières avec l'étranger* , 4ème éd., 1988, éd. Gide, Loyrette, Nouel.

JACQUEMONT (M.), *L'émission des euro-emprunts obligataires* , thèse, Litec, 1976.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *L'apparence en droit international privé, Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé* , LGDJ., 1984.

KAHN-FREUND (O.), *General problems of private international Law* , RCADI.74.3.139.

KARAQUILLO (J.-P.), *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé* , PUF., 1977.

KEGEL (G.), *The crisis of conflicts of laws* , R.C.A.D.I.1964.91.

KHAIRALLAH (G.), *Les sûretés mobilières en droit international privé* , Economica, 1984.

LA PRADELLE (G. de), *Les conflits de lois en matière de nullité* , Paris, Dalloz, 1967.

LABORDE (M.), *La pluralité des points de rattachement dans l'application de la règle de conflit de lois* , thèse, Bordeaux I, 1981.

LAGARDE (P.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Succession* .

LAGARDE (P.), *La sous-traitance en droit international privé, in La sous-traitance de marchés de travaux et de services* , Economica, 1978, p. 186.

LAGARDE (P.), *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* , R.C.A.D.I.1986.1.9.

- LALIVE (J.-F.), *Contrats entre Etats et personnes privées* , R.C.A.D.I.1983.III.21.
- LAMBERT-PIÉRI (M.-Cl.), *Construction immobilière et dommages aux voisins* , thèse, *Economica*, 1982.
- LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé* , thèse, Bordeaux, 1968.
- LARROUMET (Ch.), *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Stipulation pour autrui* .
- LEBOULANGER (Ph.), *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères* , *Economica*, 1985.
- LEGEAIS (D.), *Les garanties conventionnelles sur créances* , thèse, *Economica*, 1986.
- LEVIS (M.), *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits* , thèse, *Economica*, 1989.
- LÉVY (L.), *La nationalité des sociétés* , thèse, LGDJ., 1984.
- LOUIS-LUCAS (P.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 530-A, Les systèmes statutaires* .
- LOUSSOUARN (Y.), *Les conflits de lois en matière de sociétés* , thèse, Rennes, 1949.
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Chèque* .
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Effets de commerce*.
- LOUSSOUARN (Y.) et DROZ (G. A.-L.), *J.-Cl. Dr. intern., Fasc. 557-A*.
- LOUSSOUARN (Y.) et TROCHU (M.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 564-C, Conflits de lois en matière de sociétés* .
- MAJOROS (F.), *Les conventions internationales en matière de droit privé* , *Pédone*, t. I, 1976, t. II, *Le droit des conflits de conventions* , 1980.
- MALAURIE (Ph.), *J.-Cl. Droit international, fasc.551-B, Actes juridiques* .
- MALAURIE (Ph.), *Le droit monétaire dans les relations privées internationales* , RCADI.78.II.265.
- MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* , thèse, Dalloz, 1973.
- MEIJERS (E. M.), *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge* , RCADI.1934.III.595.

MENDEGRIS (R.), *La nature juridique de la compensation* , thèse, LGDJ., 1969.

MENDEGRIS (R.), *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Compensation* .

MERCIER (M.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie-arrêt* .

MESTRE (J.), *La subrogation personnelle* , thèse, LGDJ., 1979.

MOREAU-BOURLÈS (M.-A.), *Structure de rattachement et conflit de lois en matière de responsabilité civile délictuelle* , thèse, Paris II, 1985.

MOREAU-NÉRET (O.), *Les valeurs étrangères* , Sirey, 1956.

MUIR-WATT (H.), *La fonction de la règle de conflit de lois* , thèse Paris II, 1985.

NÉRET (J.), *Le sous-contrat* , thèse, LGDJ., 1979.

NERSON (R.), *Les droits extrapatrimoniaux* , thèse, Lyon, 1939.

NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé* , thèse, Economica, 1986.

PATARIN (J.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Hypothèque légale* .

PATARIN (J.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Privilèges* .

PATARIN (J.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Saisie* .

PATOCCHI (M.), *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel* , Georg, Genève, 1985.

PELICHET (M.), *La vente internationale de marchandises et le conflit de lois* , RCADI.1987.I.9.

PÉROCHON (F.), *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels* , thèse, 1987.

PÉTEL (Ph.), *Les obligations du mandataire* , thèse, Litec, 1988.

PETITPIERRE (G.), *La responsabilité du fait des produits, les bases d'une responsabilité spéciale en droit suisse, à la lumière de l'expérience des Etats-Unis* , Genève, Georg, 1974.

PICONE (P.), *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé* , RCADI.1986.II.229.

POCAR (F.), *La protection de la partie faible en droit international* , R.C.A.D.I.1984.V.339.

POULET (Y.), *Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers, in Les garanties bancaires dans le commerce international* , Feduci, 1980.

PUTMAN (E.), *La formation des créances* , thèse Aix-Marseille, 1987.

RIEG (A.), *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Cession de créance* .

RIEG (A.), *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Délégation* .

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne* , 2ème éd., LGDJ., 1951.

RODIÈRE (P.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 573-2, Conflits de juridictions en droit du travail* .

RODIÈRE (R.), *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Dépôt* .

ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situation juridique* , Dalloz, 1963.

ROUSSEAU (Ch.), *Principes de droit international public* , RCADI.58.vol.93.369.

SAÏDJ (L.), *La notion de territorialité en droit français contemporain* , thèse, Lyon, 1972.

SALAMA (A. A.-K.), *Les conflits de lois en matière de prêts internationaux* , thèse, Paris X, 1981.

SCHAEFFER (E.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Nationalisation* .

SCHAPIRA (J.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-A, Valeurs mobilières* .

SCHAPIRA (J.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-A, Effets de commerce* , 2ème éd. refondue par P. BLOCH.

SCHAPIRA (J.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 567-B, Chèque* , mise à jour par P. BLOCH.

SCHNITZER (A. F.), *Les contrats internationaux en droit international privé suisse* , R.C.A.D.I.1968.I.541.

SIMON-DEPITRE (M.), *L'obligation alimentaire en droit international privé* , Paris, 1983.

SINAY-CITERMANN (A.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 554, Obligations (DIP.)* .

SORTAIS (J.-P.), *Le titre et l'émolument* , thèse, LGDJ., 1961.

SPERDUTI (G.), *Théorie du droit international privé* , R.C.A.D.I.1967.III.173.

STARCK (B.), *Rép. Dalloz, Droit civil, v° Action directe* .

STOUFFLET (J.), *Le crédit documentaire* , Paris, 1957.

STOUFFLET (J.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 566-B, Banque et opérations de banque* .

SYNVET (H.), *L'organisation juridique du groupe international de sociétés* , thèse Rennes, 1979.

TARDIEU-NAUDET (D.), *Les créanciers du groupe de sociétés* , thèse Aix, 1973.

TERRÉ (F.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Action en justice*.

TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats* , thèse Montpellier, 1974, LGDJ., 1975.

THÉRY (Ph.), *Pouvoir juridictionnel et compétence* , thèse, Paris II, 1981.

TOUBIANA (A.), *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé* , thèse Paris, Dalloz, 1972.

TROCHU (M.), *Rép. Dalloz, Droit international, v° Faillite* .

VAN HAECKE (M.), *Les groupes de sociétés* , thèse, L.G.D.J., 1962.

VAN HECKE (G.), *Problèmes juridiques des emprunts internationaux* , Leyde, 1955, 2ème éd., 1964.

VAN HECKE (G.), *Principes et méthodes en droit international privé* , R.C.A.D.I.1969.IV.409.

VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits* , thèse Paris, 1953, Rousseau 1955.

VÉZIAN (J.), *La responsabilité du banquier en droit privé français* , thèse Montpellier, 1973, Libr. techn., 3ème éd., 1983.

VUILLARD (P.), *L'effet à l'étranger des actes juridiques d'un Etat en droit international général* , thèse, Lyon, 1979.

WARENBOURG-AUQUE (F.), *La succession aux biens d'une personne morale de droit privé, contribution à l'étude de la personne morale* , thèse, Lille II, 1977.

WIEDERKHER (G.), *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux* , thèse, Dalloz, 1967.

WIEDERKHER (G.), *J.-Cl. Droit international, fasc. 550, Biens* .

WIGNY (P.) et BROCKELBANK (W. J.), *Exposé du droit international privé américain* , Paris, Sirey, 1937.

WITZ (Cl.), *La fiducie en droit privé français* , thèse Strasbourg, 1981.

ZÉNATI (F.), *La nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981.

ZENNER (A.), *Le cadre juridique du factoring*, Centre d'études bancaires et financières, Bruxelles, 1972.

III. ARTICLES - CHRONIQUES - RAPPORTS - MÉLANGES

ALT MAES (F.), *Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention*, RTDCiv.87.21.

ANCEL (B.), *L'objet de la qualification*, J.80.227.

ARMINJON (P.), *Les lois politiques et le droit international privé*, R.30.389.

AUBERT (J.-F.), *Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses*, R.62.22.

AUDIT (B.), *Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien*, R.83.401.

AUDIT (B.), *La loi française et les conflits de souveraineté*, RJC. février 1984.86.

AUDIT (B.), *Le tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)*, J.85.791.

AUSSEDAT (M.), *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation*, R.soc.74.221.

BACHELOT (Y.), *Un cas exemplaire ; le dépérissement du nantissement de marché*, B.81.1405.

BACHELOT (Y.), *La cession de créance et les marchés publics*, B.86.247.

BARBIÈRI (J.-F.), *La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif*, RJC.83.329.

BATIFFOL (H.), *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, Mélanges J. MAURY, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, p. 39.

BATIFFOL (H.), *La sentence Aramco et le droit international privé*, R.64.647.

BATIFFOL (H.), *Projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, RTDE.75.181.

BATIFFOL (H), *L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé*, in *Choix d'articles*, LGDJ., 1976, p. 225.

BATIFFOL (H), *Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, Mélanges R. D. KOLLEWYJN et OFFERHAUS, Leyde, 1962, p. 55, et *Choix d'articles*, LGDJ., 1976, p. 303.

BATIFFOL (H), *Unilatéralisme et contrats en droit international privé*, Liber Amicorum A. F. SCHNITZER, Genève, Georg, 1979, p. 7.

BATIFFOL (H), *Problèmes contemporains de la notion de bien*, in *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 10.

BATIFFOL (H), *La loi appropriée au contrat*, Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 1, Litec, 1982.

BATIFFOL (H), *Crédit et conflits de lois*, Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, p. 223, Dalloz-Sirey, 1985.

BECQUÉ (E.), CABRILLAC (M.) et RIVES-LANGE (J.-L.), *Les factures et bordereaux protestables*, JCP.68. I.2131.

BEHRENS (P.), *Développements récents en droit allemand*, DPCI. 86.661.

BELLENGER (A. J.), *La clause de réserve de propriété. Propos d'un post-glossateur*, RJC.81.325.

BELLET (P.), *L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché Commun*, J.65.833.

BELLET (P.), *Les nouvelles conventions en matière d'obligations alimentaires*, J.74.5.

BELOT (J.), *Compte de dépôt et compte courant en matière bancaire (de la dualité à l'unité)*, RJC.85.41.

BEN ABDERRAHMANE (D.), *Les contrats d'exportation de l'entreprise française et le droit allemand des sûretés*, DPCI.87.129.

BEN SLIMANE (M.), *De quelques aspects des lettres de garanties bancaires émises au profit d'entités publiques en Arabie Saoudite*, DPCI.86.285.

BERGSTEN (E.), *Les aspects juridiques des transferts de fonds internationaux effectués par des moyens électroniques*, RDAI.87.649.

BERLIN (D.), *La loi française n° 80-538 du 16 juillet 1980*, DPCI.86.563.

BERLIN (D.), *Les contrats d'Etat et la protection internationale des investissements* , DPCI.87.197.

BERLIOZ-HOUIN (B.), *L'application volontaire de la loi française* , RJC. février 1984.33.

BERNARD (C.), *Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps* , TCFDIP.1978, p. 59.

BERR (C.-J.), *Droit européen des assurances : la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation des services* , RTDE.88.655.

BERTREL (J.-P.), *Les privilèges* , B.84.189 et 305.

BERTREL (J.-P.), *Le banquier et la propriété de l'espace* , B.85.926.

BIANCARELLI (J.), *L'espace financier européen de 1993 et la protection de l'épargne, des investisseurs et des consommateurs de services financiers* , DPCI.1988.659.

BLOCH (P.), *Le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre* , J.79.770.

BOLZE (Ch.), *Réflexions sur la cession de dettes en droit privé français* , Etudes G. FLATTET, Payot, Lausanne, 1985, p. 13.

BOLZE (Ch.), *La notion d'entreprise* , RJC. nov. 1987, p. 65.

BOLZE (Ch.), *L'unité du lien de connexité en droit des obligations* , RRJ.88.303.

BONNAUD (A.), *Le « factoring ». Une nouvelle forme d'aide à l'exportation* , B.64.671.

BONNECASE (J.), *La condition juridique du créancier chirographaire* , RTDCiv.1920.103.

BONELLI (F.), *La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires* , RDAI.85.389.

BONTOUX (Ch.), *Saisie-arrêt et crédit documentaire* , B.85.73.

BOULANGER (J.), *Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques* , RTDCiv.50.5.

BOULOC (B.), *La mobilisation des créances nées sur l'étranger en l'absence d'effets signés par l'acheteur étranger* , JCP.69.I.2258.

BOULOC (B.), *Droit pénal et groupe d'entreprises* , R.soc.88.181.

BOUREL (P.), *Arbitrage international et immunités des Etats étrangers* , R.arb.82.119.

BOUREL (P.), *Aspects récents de l'immunité d'exécution des Etats et services publics étrangers* , TCFDIP. 1983-1984, p. 133.

BREDIN (J.-D.), *L'évolution du trust dans la jurisprudence française* , TCFDIP. 1973-1975, p. 137.

BRIÈRE DE L'ISLE (G.), *La durée des contrats successifs* , D.57.chron.156.

BROWN (J. T.), *Les échanges de devises et de taux d'intérêts entre entreprises (swaps)* , RDAI.85.293.

CABRILLAC (M.), *Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé* , *Dix ans de conférences d'agrégation* , Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1961, p. 119.

CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale* , Mélanges dédiés à G. MARTY, 1978, p. 235, éd. Université des Sciences Sociales.

CABRILLAC (M.), *La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger* , R.79.487.

CABRILLAC (M.), *Les accessoires de la créance* , Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 107.

CABRILLAC (M.), *Monétique et droit du paiement* , Etudes de JUGLART, *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle* , p. 83, LGDJ., 1986, Monchrestien, Editions Techniques.

CABRILLAC (M.), *L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application* , B.86.115.

CABRILLAC (M.), *Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente* , D.88.chron.225.

CAPATINA (O.), *L'objet du paiement dans la vente commerciale internationale* , DPCI.83.687.

CARREAU (D.), *Le rééchelonnement de la dette extérieure des Etats* , J.85.5.

CARREAU (D.), *Le rééchelonnement des dettes : le point de vue des banques* , RJC. févr. 85, p. 76.

CARREAU (D.), *La nouvelle décision américaine Allied Bank International ou un retour ambigu à la protection juridique des créanciers dans la procédure de rééchelonnement des dettes internationales* , J.86.123.

CASSANDRO-SULPASSO (B.), *Affacturage à l'exportation : une réglementation uniforme est-elle possible ?* , RTDCom.84.639.

- CATALA (P.), *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne* , RTDCiv.66.185.
- CHAMPAUD (C.), *Les méthodes de groupements des sociétés* , RTDCom.67.1003.
- CHAPUT (Y.), *La transmission des obligations en droit bancaire français*, in *Travaux des IXèmes Journées d'études juridiques* J. DABIN, LGDJ., 1980, p. 371.
- CHAPUT (Y.), *Les clauses de réserve de propriété (commentaire de la loi n° 80-335 du 12 mai 1980)* , JCP.81.E.II.13444.
- CHAUMETTE (P.), *La subrogation personnelle sans paiement ?* , RTDCiv.86.33.
- CIGOJ (S.), *Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de la Haye* , R.78.1.
- COLLINS (L.), *La loi anglaise sur la protection des intérêts commerciaux* , DPCI.1986.597.
- COMBACAU (J.), *L'immunité de l'Etat étranger aux Etats-Unis* , AFDI.72.455.
- COMPS (M.), *Réglementation des relations financières avec l'étranger* , B.87.736.
- CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français* , in *Etudes dédiées à R. ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français* , LGDJ., 1984, p. 413.
- CONTIN (R.), *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés* , D.68.chron.45.
- CONTIN (R.) et HOVASSE (H.), *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes* , D.71.chron.197.
- COURET (A.), *Comptes courants d'associés et entreprises en difficulté* , B.81.1422.
- CROS (M.-L.), *Les contrats à exécution successive* , D.89.chron.49.
- DABIN (J.), *Une nouvelle définition du droit réel* , RTDCiv.62.20.
- DAGOT (M.) et SPITERI (P.), *A la recherche de la multipropriété* , JCP.72.I.2481.
- DAUCHY (P.), *L'influence du droit civil sur le droit bancaire* , RTDCom.86.1.
- DAUDIN (X.) et CLERMONT-TONNERRE (A. de), *Le financement des entreprises par l'émission de billets à court terme* , DPCI.86.33.
- DEFRÉNOIS-SOULEAU (I.), *La répétition de l'indu objectif* , RTDCiv.89.243.
- DELAUME (G.-R.), *La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* , J.66.26.

DÉMARET (P.), *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques, une question de droit ou de diplomatie ?* , RTDE.85.1.

DEMOGUE (R.), *Des droit éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance* , R.T.D.Civ.1905.723.

DEMOGUE (R.), *De la nature et des effets du droit éventuel* , RTDCiv.1906.231.

DEMOURES (Y.), *La vente avec réserve de propriété et la loi du 12 mai 1980* , RTDCom.82.33.

DEPREZ (J.), *Les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires* , R.57.371.

DERRIDA (F.), *L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation* , JCP.51.I.918.

DESBOIS (H.), *Des conflits de lois en matière de transfert de propriété* , J.31.281.

DESPAX (M.), *Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel* , JCP.72.I.2465.

DIDIER (P.), *La problématique du droit de la faillite internationale* , RDAI.89.201.

DOHM (J.), *Contre-garantie et injonction de ne pas payer* , DPCI.80.264.

DRAKIDIS (Ph.), *La subsidiarité, caractère spécifique et international de l'enrichissement sans cause* , RTDCiv.61.577.

DROZ (G. A.-L.), *Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français* , R.75.1.

DROZ (G. A.-L.), *L'interprétation par la CJCE. des règles de compétence juridictionnelle européenne en matière de contrat* , D.77.chron.287.

DROZ (G. A.-L.), *Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements* , R.87.251.

DUBARRY (J.), *Prix de transfert. Récents développements en matière fiscale* , DPCI.85.581.

DUFLOUX (Cl.) et KARLIN (M.), *Nouvelles solutions à l'endettement privé des PED.* , B.88.557.

DUFLOUX (Cl.) et MARGULICI (L.), *La syndication : les risques de conflit entre banques* , B.81.1214.

DUPUIS (M.), *Une institution dérogeant aux règles des régimes matrimoniaux : le compte bancaire joint* , D.88.chron.39.

DURAND (P.), *Le rééchelonnement des dettes à l'égard des Etats* , RJC. févr. 1985.65.

ECK (J.-P.), *Place actuelle de la théorie du paiement international dans le droit monétaire* , R.64.441.

ECK (J.-P.), *Problèmes actuels du droit monétaire* , TCFDIP. 1970, p. 81.

ECK (J.-P.), *A propos de l'incidence de la réglementation des changes sur la validité des contrats* , D.83. chron.91.

ECK (J.-P.), *Le financement de projet* , RJC. févr. 1985, p. 57.

EL KOSHERI (A. S.) et LÉBOULANGER (Ph.), *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence* , Rev.arb.84.3.

EHRENZWEIG (A.), *Der Tatort im amerikanischen Kollisionsrecht des Ausservertaglichen Schadenersatz Aussprüche* , Rabels. Z, t. I, p. 665.

ENDRÉO (G.), *Fait générateur des créances et échange économique* , RTDCom.84.223.

FADLALLAH (I.), *Va-t-on vers la reconnaissance de la répudiation en France ?* , R.81.17.

FADLALLAH (I.), *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés* , TCFDIP.1985.105.

FALCON (P.), *Loi bancaire : portée en matière de crédit d'exploitation aux entreprises* , B.84.527.

FALCONBRIDGE (J. D.), *Le renvoi et la loi du domicile* , traduction de Ph. FRANCESKAKIS, R.47.45.

FALLON (M.), *Le droit des rapports internationaux de consommation* , J.84.765.

FALLON (M.), *La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988* , RGAT.89.242.

FIESCHI-VIVET (P.), *La règle de conflit de lois applicable au contrat de travail international* , D.87.chron.255.

FLÉCHEUX (G.), *La protection du sous-traitant* , JCP.73.I.2514.

FLÉCHEUX (G.), *La loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance* , JCP.76.I.2791.

FONTAINE (M.), *Les lettres d'intention* , DPCI.77.73.

FONTAINE (M.), *La transmission des obligations de lege feranda* , in *La transmission des obligations* , Travaux des IXèmes Journées d'études juridiques J. DABIN, LGDJ., 1980.

FOUCHARD (Ph.), *L'Etat face aux usages du commerce international* , TCFDIP.1973-1975, p. 71.

FOUCHARD (Ph.), *La spécificité de l'arbitrage international* , R.arb.81.449.

FOUCHARD (Ph.), *L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981* , J.82.374.

FOUCHARD (Ph.), *Les usages, l'arbitre et le juge* , in Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 73, Litec, 1982.

FOUCHARD (Ph.), *La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale* , RJC. févr. 1984.68.

FOUCHARD (Ph.), *Exposé de synthèse, in Les opérations internationales de banque* , RJC. févr. 1985, p. 115.

FOUCHARD (Ph.), *La loi-type de la CNUDCI. sur l'arbitrage commercial international* , J.87.861.

FOYER (Jacques), *L'avant-projet de convention CEE. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles* , J.76.555.

FOYER (Jacques), *Requiem pour le renvoi* , TCFDIP. 1980-1981, p. 105.

FOYER (Jean), *Tournant et retour aux sources en droit international privé* , JCP.76.I.2762.

FOYER (Jean), *La dématérialisation des valeurs mobilières en France* , Etudes G. FLATTET, Payot, Lausanne, 1985.

FRANCESKAKIS (Ph.), *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois* , R.66.1.

FRANCESKAKIS (Ph.), *Le droit international privé dans le monde post-colonial. Le cas de l'Afrique noire* , J.73.46.

FRANCESKAKIS (Ph.), *Lois d'application immédiate et droit du travail : l'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-lits* , R.74.273.

FRANCESKAKIS (Ph.), *Une lecture demeurée fondamentale, les « règles générales de conflit de lois » de Jacques MAURY* , R.82.3.

FRANÇOIS (G.), *Réflexions sur le problème de la dette des pays en développement* , B.88.1188.

FRANÇON (A.), *L'usufruit des créances* , RTDCiv.57.1.

FREYRIA (Ch.), *Le droit des groupes sous les feux de l'actualité* , RJC.87.121.

GABET-SABATIER (C.), *Le rôle de la connexité dans le droit des obligations* , RTDCiv.80.39.

GAILLARD (E.), *Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux USA.* , R.84.1.

GAILLARD (E.), *L'application extraterritoriale du droit économique* , in Actes du colloque du CEDIN., Montchrestien.

GAILLARD (E.) et TRAUTMAN (D. T.), *La Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* , R.86.1.

GARVY (G.), *Le mécanisme de l'escompte aux USA.* , B.69.875.

GAUDEMET-TALLON (H.), *Le nouveau droit international européen des contrats* , RTDE.81.215.

GAUDEMET-TALLON (H.), *La loi applicable au contrat de travail international*, in La Semaine juridique, n° 28 / 29, 17 juillet 1986, *Les relations internationales de travail* , Cahiers de droit de l'entreprise.

GAVALDA (Ch.), *L'état actuel du droit international de la faillite* , TCFDIP. 1962-1964, p. 225.

GAVALDA (Ch.), *Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire « Intrabank »* , R.69.1.

GAVALDA (Ch.), *L'efficacité juridique en France de l'Executive Order du président Carter « gelant » les avoirs officiels iraniens* , GP.79.doctr.II.645.

GAVALDA (Ch.), *La cession et le nantissement à un banquier de créances professionnelles* , D.81.chron.199.

GAVALDA (Ch.), *Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire* , DPCI.85.425.

GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Le contrat dit de « factoring »* , JCP.66.I.2044.

GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *La lettre de garantie internationale* , RTDCom.80.1.

GHESTIN (J.), *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété* , D.81.chron.1.

GHESTIN (J.), *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive* , in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD* , Dalloz, 1985, p. 203.

GHESTIN (J.), *L'avant-projet de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux : une refonte partielle du Code civil* , RJC.88.201.

GHOZI (A.), *Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété* , D.86.chron.317.

GIANVITI (F.), *Réflexions sur l'article VIII section 2-b des statuts du fonds monétaire international* , R.73.471.

GIANVITI (F.), *Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (executive order du 14 novembre 1979)* , R.80.279.

GIANVITI (F.), *Le contrôle des changes étranger devant le juge national* , R.80.479 et 659.

GINOSSAR (S.), *Pour une meilleure définition des droits réels et des droits personnels* , RTDCiv.62.573.

GIOVANOLI (M.), *Actualités du droit des euro-devises* , RDAI.86.267.

GISSEROT (F.), *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?* , RTDCom.79.49.

GIULIANO (M.) et LAGARDE (P.), *Rapport relatif à la Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles* , JOCE., 1980, n° L 282.

GOLDMAN (B.), *Règle de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international* , TCFDIP. 1969.119.

GOLDMAN (B.), *Rapport concernant le projet de convention sur les fusions internationales de sociétés* , RTDE.74.464.

GOLDMAN (B.), *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspectives* , J.79.475.

GOLDMAN (B.), *Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations, et le droit international* , J.82.320.

GOLDSMITH (M. E.), *Un mode de financement en devises : les crédits roll overs en Euro-dollars* , DPCI.77.341.

GOLDSMITH (M. E.), *Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales* , DPCI.80.445.

GOLDSMITH (M. E.), *Chronique de jurisprudence anglaise* , DPCI.83.179.

GORÉ (F.), *La détermination du prix dans les contrats dits Marchés de bière* , GP.79.doct.84.

GOTHOT (P.), *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé* , R.71.1, 209 et 415.

GOTHOT (P.) et HOLLEAUX (D.), *La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* , J.71.747.

GOUBEAUX (G.), *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière* , in Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 279.

GROUTEL (H.), *Réflexions sur la subrogation anticipée en matière d'accidents de la circulation routière* , D.87.chron.283.

GROUX (J.), *Territorialité et droit communautaire* , RTDE.87.5.

GRUA (F.), *A propos des cessions de créances par transmission d'effets* , D.86.chron.261.

HAGE-CHAHINE (F.), *Essai d'une nouvelle classification des droits privés* , RTDCiv.82.705.

HAGE-CHAHINE (F.), *La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation*, in Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 303.

HAMEL (J.), *La personnalité morale et ses limites* , D.49.doctr.141.

HEMMELÉ (J.) et VANGASSE (O.), *Réflexions sur les apports de la loi du 24 janvier 1984, dite loi bancaire, à la loi du 2 janvier 1981* , B.84.291.

HOPT (K. J.), *Le droit des groupes de sociétés. Expériences allemandes, perspectives européennes* , R.soc.87.371.

HOUIN (R.), *La revendication des titres en SICOVAM. en cas de faillite* , RTDCom.61.41.

HOUIN (R.), *Le régime juridique des sociétés dans la Communauté Economique Européenne* , RTDE.65.11.

HOUIN (R.), *Où en est le droit des sociétés dans le Marché commun ?* , RTDE.68.331.

HUSS (A.), *Réflexions sur la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite et sur son application en jurisprudence luxembourgeoise* , in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 619.

IHERING (R. Von), *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* , in *Œuvres choisies* , traduction de O. de MEULENAËRE, t. II, 1860.

JACOMET (T.), *Chronique de droit français des relations financières avec l'étranger* , DPCI.87.113.

JACQUET (J.-M.), *La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international* , J.85.32.

JASINSKI (P.), *Les crédits documentaires dont le paiement ou le remboursement est assuré par des organismes financiers internationaux* , B.87.444.

JAUFFRET (A.), *Créanciers de l'entreprise et créanciers de la personne en droit français* , in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 637.

JAUFFRET-SPINOSI (C.), *La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* , J.87.23.

JÉSUS (G. A.) et ZIVY (I.), *Le régime de capitalisation de la dette extérieure en Argentine* , RDAI.88.537.

JOLLY (S.), *Un procédé original de cession de créances en droit allemand, la Mantelzession* , B.75.277.

JOSSERAND (L.), *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, Mélanges dédiés au Professeur SUGIYAMA, Sirey, 1940, p. 95.

JULLIARD (P.), *La libre circulation des capitaux* , DPCI.88.621.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), *La septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé* , R.52.11.

KAHN (Ph.), *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises* , R.80.951.

KAHN (Ph.), *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international* , J.89.305.

KAYSER (P.), *Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile* , Mélanges offerts à R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 405.

KEGEL (G.), *Les opérations de banque en droit international privé allemand* , in Mélanges R. SCHMIDT, p. 646.

KHAIRALLAH (G.), *Le « raisonnable » en droit privé français , développements récents* , RTDCiv.84.439.

KLEIN (F.-E.), *La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger* , R.79.507.

KNËPFLER (F.) et SCHWEIZER (Ph.), *La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)* , R.88.207.

KONDER COMPARATO (F.), *Les factures protestables. Etude comparative de droits français et brésilien* , RTDCom.68.23.

LACAN (R. A.), *Pour une société anonyme de type européen. Caractéristiques essentielles des sociétés anonymes dans les six pays de la CEE. Tableau comparatif*, RTDE.67.319.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, D.87.97.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDCiv.87.1.

LAGARDE (P.), *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?*, R.64.235.

LAGARDE (P.), *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XX, 1968, p. 189.

LAGARDE (P.), *Examen de l'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, TCFDIP.1971-1973, p. 147.

LAGARDE (P.), *Le « dépeçage » dans le droit international privé des contrats*, Rivista Dir. int. proc. 1975.649.

LAGARDE (P.), *La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation*, R.78.31.

LAGARDE (P.), *Approche critique de la lex mercatoria*, in Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 125, Litec, 1982.

LAGARDE (P.), *Une notion ambivalente : l'« émanation » de l'Etat nationalisant*, in Etudes offertes à C.-A. COLLIARD, *DROITS ET LIBERTÉS À LA FIN DU XXème s.*, influence des données économiques et technologiques, Paris, Pédone, 1984, p. 539.

LAGARDE (P.), *Sur le contrat de travail international ; analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée*, Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz 1989, p. 83.

LAGARDE (P.), *La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions*, R.89.249.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDCiv.87.1.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, D.87.chron.97.

LATTRE (A. de), *La banque et l'endettement des pays en voie de développement*, B.87.324.

LEMONTEY (J.), *Perspectives d'unification du droit dans le projet de convention C.E.E. relative à la faillite*, RTDE.75.172.

LEMONTEY (J.), *Actualités du droit international de la faillite* , TCFDIP. 1987.85.

LENOAN (R.), *Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place* , RTDCiv.1923.925.

LÉOTY (D.), *La nature juridique de la dation en paiement ; la dation en paiement, paiement pathologique ?* , RTDCiv.75.12.

LEQUETTE (Y.), *Ensembles législatifs et droit international privé des successions* , TCFDIP., Sirey 1984, p. 163.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), *A propos du contrat international* , J.51.4.

LEVEL (P.), *Le contrat dit sans loi* , TCFDIP.1964-1966, p. 213.

LHOMME (B.), *Ratio Cooke* , Banque 1988, n° 486.

LOMBOIS (Cl.), *La protection juridique du consommateur en droit international privé français*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 441.

LOUIS-LUCAS (P.), *La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois* , Mélanges J. MAURY, t. I, Paris, 1960, Dalloz et Sirey, p. 175.

LOUSSOUARN (Y.), *Du nouveau dans la protection des actionnaires français victimes des mesures de dépossession algériennes* , D.64.doctr.279.

LOUSSOUARN (Y.), *La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, in *Mélanges L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, 1964, p. 313.

LOUSSOUARN (Y.), *Les Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires envers les mineurs*, in *Liber amicorum Baron Louis FREDERICQ*, 1966, p. 691.

LOUSSOUARN (Y.), *Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes* , RTDCom.68.215.

LOUSSOUARN (Y.), *La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière* , J.69.5.

LOUSSOUARN (Y.), *Chronique de droit international du commerce et Marché Commun* , RTDCom.71.897.

LOUSSOUARN (Y.), *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits* , J.74.32.

LOUSSOUARN (Y.), *La concentration des entreprises dans la C.E.E.* , R.74.235.

LOUSSOUARN (Y.), *Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé* , RTDE.74.708.

LOUSSOUARN (Y.), *La responsabilité des fabricants dans les relations internationales et le droit conventionnel*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 483.

LOUSSOUARN (Y.), *La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux* , J.79.5.

LOUSSOUARN (Y.), *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?* , TCFDIP. 1980-1981, p. 43.

LOUSSOUARN (Y.), *Règles de conflit de lois et règles matérielles dans le droit international des sociétés* , Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 167, Litec, 1982.

LOUSSOUARN (Y.), *Rapport français sur la responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales* , Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXV, 1984, p. 429.

LOUSSOUARN (Y.), *L'intervention obligatoire de la loi française* , in *La loi française et l'activité internationale des entreprises* , RJC. févr. 1984, p. 21.

LOUSSOUARN (Y.), *La succursale, technique juridique du commerce international* , DPCI.85.359.

LOUSSOUARN (Y.), *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété* , Etudes offertes à R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises* , p. 275, Dalloz-Sirey, 1985.

LOUSSOUARN (Y.), *La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* , R.86.271.

LOUSSOUARN (Y.), *Les conflits de lois en matière de droit des assurances et la Directive communautaire du 22 juin 1988* , RGAT.89.291.

LOÏ (O.), *La troisième directive du Conseil des Communautés européennes du 9 octobre 1978 concernant les fusions de sociétés anonymes* , RTDE.80.354.

LUTTER (M.), *Les obligations convertibles et échangeables contre des actions en droit allemand* , R.soc. 72.201.

LUTTER (M.), *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés* , R.soc.81.697.

MAERTEN (L.), *Le régime international du trust après la Convention de La Haye du 1er juillet 1985* , JCP.88.I.3319.

MALAURIE (Ph.), *Clauses monétaires stipulées dans un contrat international* , J.66.571.

MALAURIE (Ph.), *Rapport général de droit international privé*, in Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXIV, 1973, *La protection des consommateurs*, p. 389.

MALAURIE (Ph.), *Les obligations libellées en monnaie étrangère*, TCFDIP. 1975, p. 17.

MALAURIE (Ph.), *L'inflation et le droit civil français des obligations*, in Etudes à la mémoire du Doyen P. AZARD, *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Cujas, 1980, p. 179.

MARKERT (K.), *Les contrats d'exclusivité en droit allemand de la concurrence*, RTDE.66.66.

MARSAL (H. F.), *A propos de la clause multi-devises*, B.84.343.

MARTIN (D.), *Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété*, D.86.chron.323.

MARTIN (D.), *Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires*, D.87.chron.229.

MARTIN (D.), *Maintien forcé de la convention de compte courant et sûretés*, B.88.486.

MARTIN (D.) et SYNDET (H.), *Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée*, JCP.87.CI.II.14940.

MARTIN (L.), *L'application de la loi Dailly*, RJC.83.81.

MARTIN-SERF (A.), *L'extension des sûretés réelles*, RTDCom.80.677.

MARTY (J.-P.), *Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change*, RTDCom.78.307.

MATRAY (D.) et SERVAIS (O.), *L'harmonisation des contrats d'agence*, DPCI.81.387.

MATTOUT (J.-P.), *Opérations d'échange de taux d'intérêt et de devises*, B.87.24.

MAYER (D.), *Compte-rendu du Colloque du 24 mars 1973 sur l'Avant-projet de convention C.E.E. concernant la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, R.73.373.

MAYER (P.), *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, R.79.1, 349 et 537.

MAYER (P.), *Les lois de police étrangères*, J.81.277.

MAYER (P.), *Les conflits de lois en matière de clause de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*, JCP.81.I.3019.

MAYER (P.), *Le mythe de « l'ordre juridique de base »*, in Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 199, Litec, 1982.

MAYER (P.), *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat*, J.86.5.

MAZEAUD (H.), *Conflit de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile et quasi-délictuelle*, R.34.384.

MAZET (G.), *La location financière internationale*, RJC. février 1985, p. 42.

MERCADAL (B.), *La détermination du prix dans les contrats*, DPCI.79.443.

MERLE (Ph.), *L'interprétation jurisprudentielle de la clause de réserve de propriété*, B.86.644.

MESTRE (J.), *Les conflits de lois relatifs à la vie privée*, Etudes offertes à P. KAYSER, t. II, p. 239, P.U.A.M., 1979.

MESTRE (J.), *La pluralité d'obligés accessoires*, RTDCiv.81.1.

MESTRE (J.), *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, PUF., 1986, p. 45.

MESTRE (J.), *Des conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles*, TCFDIP. 1986-1987, p. 57.

MEZGER (E.), *L'arbitrage international dans le Nouveau code de procédure civile*, R.81.611.

MOKHTAR BEY (E.), *Le leasing international*, RJC.82.165.

MOKHTAR BEY (E.), *La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international*, JCP.89.E.II.15643.

MOKHTAR BEY (E.) et GAVALDA (Ch.), *Problématique juridique du leasing international*, GP.79.doctr. I.143.

MONTAGNIER (G.), *Le contentieux du recouvrement en France des impôts étrangers*, DPCI.85.331.

MONTAGNIER (G.), *Un nouveau modèle de Convention OCDE.*, DPCI.87.359.

MONTREDON (J.-F.), *La théorie générale des contrats à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives*, JCP.88.E.II.15156.

MORRIS (J. H. C.), *The proper law of a tort*, Harvard Law Review, avril 1951, vol. 64, p. 885.

MOULY (Ch.), *La situation des créanciers antérieurs*, RJC.févr.87.139.

MOUSSERON (J.-M.), *La durée dans la formation des contrats*, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

MUIR-WATT (H.), *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, R.86.435.

MUIR-WATT (H.), *Note sur l'évolution de la conception du domicile au Royaume-Uni*, R.88.403.

NADELMANN (K. H.), *De la discrimination, dans les lois sur la faillite, contre les créances dites étrangères*, RTDCom.73.741.

NADELMANN (K. H.), *La réforme du droit international privé de la faillite, quelques observations pratiques*, RTDCom.82.241.

NERSON (R.), *Exercices de vocabulaire*, Mélanges P. VOIRIN, LGDJ., 1966, p. 603.

NIBOYET (J.-P.), *Immunité de juridiction et incompétence d'attribution*, R.50.139.

NODINGS (P.), *Le régime fiscal des abandons de créances en France*, DPCI.84.263.

NOËL (J.) et LEMONTEY (J.), *Aperçus sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues*, RTDE.68.703.

OHL (D.), *La clause de réserve de propriété mobilière et son opposabilité à la masse en droit français*, DPCI.80.587.

OPPETIT (B.), *Le trust dans le droit du commerce international*, R.73.1.

OPPETIT (B.), *Groupe de sociétés et droit du travail*, R.soc.73.69.

OPPETIT (B.), *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hard ship*, J.74.794.

OPPETIT (B.), *La coopération interbancaire internationale*, TCFDIP.1976, p. 81.

OPPETIT (B.), *La cession de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société, essai de synthèse*, R.soc.78.631.

OPPETIT (B.), *La notion de source du droit et le droit du commerce international*, Archives de philosophie du droit, 1981, p. 43.

OPPETIT (B.), *Arbitrage et contrats d'Etat*, J.84.37.

OPPETIT (B.) et SAYAG (A.), *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, R.soc.73.577.

OUAKRAT (Ph.), *La pratique du CIRDI*, DPCI.87.273.

PAILLUSSEAU (J.), *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? à propos de la proposition de loi Cousté*, JCP.71.I.2401 bis .

PAILLUSSEAU (J.) et CONTIN (R.), *La cession de contrôle d'une société*, JCP.69.I.2287.

PATRY (R.), *La société anonyme de type européen*, Etudes de droit commercial en l'honneur de P. CARRY, Genève, Georg, 1964, p. 29.

PAULSSON (J.), *Chronique de jurisprudence américaine*, DPCI.79.290.

PÉDAMON (M.), *Le régime contemporain des clauses monétaires*, D.58.chron.101.

PÉDAMON (M.), *La réserve de propriété en droit allemand et en droit français*, RJC. février 1982, p. 57.

PERELMAN (Ch.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Arch. phil. droit, 1978, t. XXIII, p. 35.

PIÉDELIÈVRE (A.), *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, Etudes de JUGLART, *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle*, p. 55, LGDJ., Monchrestien, Editions Techniques, 1986.

PILLET (A.), *Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, J.1896.5.

PIROVANO (A.), *Introduction critique au droit commercial contemporain*, RTDCom.85.219.

PISAR (S.), *Aspects juridiques du factoring international*, B.70.251.

PLANTARD (J.-P.), *Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, J.88.311.

POISSON-DROCOURT (E.), *L'adoption internationale*, R.87.673.

PONTAVICE (E. du), *Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété*, B.80.1097.

POULLET (Y.), *Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers, in Les garanties bancaires dans le commerce international*, Colloque de Tours, Feduci, 1980.

PRÜM (A.), *Application de l'adage Fraus omnia corrumpit à propos des garanties à première demande*, DPCI.87.121.

PRÜM (A.), *Les euro-garanties*, JCP.87.E.II.15008.

PUECH (J.), *Les différentes fonctions du crédit-documentaire selon les nouvelles règles et usances 1983*, RJC. févr. 1985, p. 18.

QUÉNAUDON (R. de), *Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire* , R.84.413.

RABINOVITCH (L.-A.), *De l'exécution en France des obligations internationales libellées en or* , GP.56.2.49.

RIGAUX (F.), *Des Dieux et des héros* , R.78.435.

RIVES-LANGE (J.-L.), *Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier ?* , B.85.902.

ROBERT (J.), *L'arbitrage international* , D.81.chron.209.

RODIÈRE (P.), *Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (Mars 1972)* , RTDE.73.1.

RODIÈRE (R.), *La protection des minorités dans les groupes de sociétés* , R.soc.70.243.

ROUBIER (P.), *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé* , R.31.38 et 73.

ROUHETTE (G.), *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* , Etudes offertes à R. RODIÈRE, Dalloz, 1982, p. 247.

SAFA (P.), *Incidences de la provision du chèque en droit interne et en droit international* , RTDCom.85.427.

SAUTERAUD-MARCENAC (M.), *Du recouvrement des aliments franco-allemands et des difficultés d'application des Conventions de Bruxelles et de La Haye* , GP.83.I.doctr.58.

SAUTERAUD-MARCENAC (M.), *Le recouvrement des aliments à l'étranger* , TCFDIP. 1982-1983, p. 63.

SAVATIER (R.), *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels* , RTDCiv.58.1.

SAVATIER (R.), *La surabondance des débiteurs de réparation autour de la victime d'accident et l'enchevêtrement de leurs dettes* , D.62.chron.173.

SAVATIER (R.), *La propriété de l'espace* , D.65.chron.1.

SAVATIER (R.), *La facture et la polyvalence de ses règles juridiques en droit contemporain* , RTDCom.73.1.

SCHAPIRA (J.), *Les contrats internationaux de transfert technologique* , J.78.5.

SCHMIDT (D.), *La sanction de la faute précontractuelle* , RTDCiv.74.46.

SCHMIDT (D.), *La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés* , R.soc.81.725.

SCHMIDT (D.), *Loi Dailly : les droits du cessionnaire à l'encontre du banquier du mandataire chargé de l'encaissement de la créance* , JCP.86.E.I.15465.

SCHMIDT (D.) et GRAMLING (Ph.), *La loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises* , D.81.chron.218.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), *Les fictions en droit privé* , Arch. phil. droit, t. 20, 1975, p. 273.

SCHMITTHOF (C.), *Bank's Liability under unconditional performance Bonds* , The Journal of Business Law 1977.351.

SCHNITZER (A. F.), *La loi applicable aux contrats* , R.55.459.

SERICK (R.), *Opération de virement et clauses de paiement dans la pratique allemande de la garantie des crédits* , DPCI.76.449.

SIMON-DEPITRE (M.), *Les aliments en droit international privé* , TCFDIP. 1973-1975, p. 39.

SOINNE (B.), *La transmission de la réserve de propriété* , GP. 1985. doctr.287.

SONNENBERGER (H. S.), *Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986* , R.87.1.

SORTAIS (J.-P.), *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés* , RJC.77.85 et 121.

SOUSI-ROUBI (B.), *Le contrat d'échange* , RTDCiv.78.257.

STEMMER (B.), *De la division dans le temps de la jouissance des immeubles, inexactement qualifiée de multi-propriété* , JCP.76.N.I.2789.

STOJANOVIC (S.), *Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé* , R.88.261.

STOUFFLET (J.), *L'ouverture de crédits bancaires en droit international privé* , J.66.582.

STOUFFLET (J.), *Le contentieux de la garantie internationale* , RJC.82.245.

STOUFFLET (J.), *Propos sur la transmission des créances* , Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 511.

STOUFFLET (J.), *La garantie bancaire à première demande* , J.87.265.

STOUFFLET (J.) et CHAPUT (Y.), *L'allégement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit*, JCP.81.I.3044.

STRUYCKEN (A.V. M.), *La lex mercatoria dans le droit des contrats internationaux*, Journées R. SAVATIER, PUF., 1986, p. 207.

SUANT (G.), *La réforme des circuits d'échange des effets de commerce*, JCP.87.CI.I.16860.

SURVILLE (F.), *La cession de créance et la mise en gage des créances en droit international privé*, J.1897.671.

SYNVET (H.), *Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation*, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 335.

SYNVET (H.), *Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, J.85.865.

TANDEAU DE MARSAC (X.), *Le paiement et ses garanties dans la vente internationale d'objets mobiliers corporels*, DPCI.80.149.

TERRAY (J.), *La lettre de confort*, B.80.329.

TERRAY (J.), *Les nouvelles sûretés*, DPCI.83.201.

TERRÉ (F.), *Remarques sur l'augmentation de capital par incorporation de créances*, *Dix ans de conférences d'agrégation*, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1961, p. 195.

TERRÉ (F.), *Les conflits de lois en matière d'action en justice*, TCFDIP.1964-1966, p. 111.

TERRÉ (F.), *Variation de sociologie juridique sur les biens*, in *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 18.

THIEFFRY (P.), *La compétence juridictionnelle en France et aux Etats-Unis en matière civile et commerciale : esquisse d'un rapprochement*, DPCI.84.581.

TIMBAL (P. C.), *La contribution des auteurs et de la pratique coutumière au droit international privé du Moyen Age*, R..55.17.

TOPOR (L.), *La notion de créance à caractère périodique au sens de l'article 2277 du Code civil*, RTDCiv.86.1.

TSCHANZ (P.Y.), *Contrat d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international*, R.85.47.

TURCAS (P.), *Le transfert des créances dans le cadre de la loi Dailly peut-il être neutralisé par l'acheteur ?*, GP.86.I.doctr.263.

VALLÉE (Ch.), *A propos de la Convention européenne sur l'immunité des Etats*, RTDE.73.205.

VANDER ELST (R.), *L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge*, in *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, 1966, p. 977.

VANDER ELST (R.), *Projet de convention CEE. sur la loi applicable. Obligations non contractuelles*, RTDE.75.187.

VAN HECKE (G.), *Crédits bancaires internationaux et conflit de lois*, DPCI.77.497.

VAN HECKE (G.), *Droit public et conflit de lois*, TCFDIP.1982-1984, p. 225.

VAN HECKE (G.), *Le droit international privé des sûretés nouvelles issues de la pratique, in Colloque de Bruxelles*, 1983, Feduci, p. 453.

VAN OMNESLAGHE (P.), *Les objectifs d'une organisation des groupes de sociétés en droit comparé*, in *Liber Amicorum Baron LOUIS FREDERICQ*, 1966, p. 1023.

VAN OMNESLAGHE (P.), *L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes*, RTDE.67.457.

VAN RYN (J.), *Le projet de statut des sociétés anonymes*, RTDE.71.563.

VAREILLES-SOMMIÈRES (de), *La définition de la notion juridique de propriété*, RTDCiv.1905.443.

VASSEUR (M.), *Urgence et droit civil*, RTDCiv.55.405.

VASSEUR (M.), *Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire*, B.70.355.

VASSEUR (M.), *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTDCom.77.1.

VASSEUR (M.), *Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire*, B.78.458.

VASSEUR (M.), *Le pouvoir de la Banque de France de prendre des règlements et d'édicter des normes professionnelles*, D.81.chron.25.

VASSEUR (M.), *L'application de la loi Dailly*, D.82.chron.272.

VASSEUR (M.), *Les garanties indirectes du banquier en droit interne*, RJC. février 1982, p. 104.

VASSEUR (M.), *Banquier en 1983*, B.83.137 et 281.

VASSEUR (M.), *Un grave problème d'application de la loi Dailly*, D.86.chron.73.

VASSEUR (M.), *Le crédit menacé* , JCP.86.E.II.14569.

VASSEUR (M.), *Vers l'Europe financière unifiée* , RJC. nov. 1987, p. 109.

VIROLE (J.), *Incidences des mesures d'embargo sur les contrats internationaux* , DPCI.81.311.

VON DER GROEBEN (H.), *Vers des sociétés anonymes européennes* , RTDE.67.224.

WALINE (M.), *La compensation entre la dette fiscale et une créance sur l'Etat* , Mélanges dédiés à G. MARTY, 1978, p. 1259, éd. Université des Sciences Sociales.

WEIL (P.), *Droit international et contrat d'Etat* , Mélanges P. REUTER, p. 549, Pédone, 1981.

WEIL (P.), *Principes généraux du droit et contrats d'Etat* , Etudes offertes à B. GOLDMAN, p. 387, Litec, 1982.

WEILL (A.), *Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice* , Mélanges offerts à J. MAURY, p. 550, Dalloz-Sirey, 1960.

WENGLER (W.), *La situation des droits* , R.57.185.

WENGLER (W.), *Immunités législatives et grands contrats internationaux* , R.71.637.

WENGLER (W.), *Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat* , R.82.467.

WIEDERKEHR (G.), *Pacte comissoire et sûretés conventionnelles* , Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661.

WITZ (Cl.), *La fiducie-sûreté en droit français* , RJC. février 1982, p. 67.

WITZ (Cl.), *Un texte exemplaire : le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédits* , DPCI.84.139.

WOODLAND (Ph.), *Observations sur les orientations des droits européens de la faillite* , JCP.84.I.3137.

ZENATI (F.), *Sur la constitution de la propriété* , D.85.chron.171.

ZIVY (I.), *La dépréciation monétaire* , DPCI.82.114.

ZWEIGERT (K.), *Droit international privé et droit public* , R.65.645.

INDEX CHRONOLOGIQUE DES PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES

(les numéros renvoient aux pages)

Civ. 27 août 1850 <i>Chauten</i>	: 132
Cass. 16 janvier 1861 <i>Lizardi</i>	: 316
Cass. 5 mai 1875 <i>Forgo</i>	: 139
Trib. de la Seine 31 octobre 1894 <i>Ourousoff</i>	: 393
Cass. 6 février 1900	: 375
Cass. 27 janvier 1903 <i>Monnet</i>	: 311
Cass. 5 décembre 1910 <i>American Trading</i>	: 70
Cass. 17 mai 1927 <i>Pélessier du Besset</i>	: 18, 261
Cass. 5 mars 1928 <i>La Ropit</i>	: 164, 173
C.P.J.I. 12 juillet 1929 <i>Emprunts serbes et brésiliens</i>	: 84, 248, 281
Cass. 12 mai 1931	: 19, 530
Cass. 21 avril 1931 <i>Ponnoucannamale</i>	: 381
Cass. 31 mai 1932 <i>Carathéodory</i>	: 59, 64, 256
Trib. Seine 16 juin 1936 <i>Prince Norindeth</i>	: 113
Cour suprême des U.S.A. 3 mai 1937 <i>Morgan Belmont</i>	: 132
Req. 13 décembre 1938	: 402
Cass. 19 juin 1939 <i>Labedan</i>	: 139
Crim. 4 juin 1941 <i>Szlapka</i>	: 393
Paris 19 juillet 1943	: 516
Cass. 25 mai 1948 <i>Lautour</i>	: 65, 101, 334
Cass. 27 juillet 1948 <i>Lefait</i>	: 311
Cass. 31 janvier 1950 <i>Banque de Pétrograd</i>	: 442, 518
Cass. 21 juin 1950 <i>Messageris maritimes</i>	: 54, 262, 291, 511
B.G.H. 1er février 1952	: 137
Trib. féd. suisse 1er novembre 1952	: 47, 193
Cass. 17 avril 1953 <i>Rivière</i>	: 138, 151
Paris 7 juillet 1954 <i>Patino</i>	: 46, 119, 193, 336
Cass. 15 mars 1955 <i>Lewandowski</i>	: 138
Sentence arbitrale 23 août 1958 <i>Aramco</i>	: 250
Cass. 17 décembre 1958 <i>Valentinis</i>	: 149, 379
Cass. 6 juillet 1959 <i>Soc. des Fourrures Renel</i>	: 70, 354
B.G.H. 17 décembre 1959	: 291, 298
Cass. 22 décembre 1959 <i>Le Chant du Monde</i>	: 311
Amsterdam 8 janvier 1960	: 47, 183, 193
Chambre des Lords 19 mai 1960 <i>Banque de Grèce</i>	: 298
O.G.H. 6 juillet 1960	: 21, 131, 163
Paris 28 janvier 1961	: 88
Cass. 22 février 1961 <i>Corcos</i>	: 138

Cass. 15 mars 1961 <i>Carl Zeiss</i>	: 427
Hoge Raad 3 novembre 1961 <i>De Barry</i>	: 183, 193, 350
Cass. 19 février 1963 <i>Chemouni</i>	: 138, 151
Cass. 4 mars 1963 <i>Hocke</i>	: 270
Trib. de la Seine 13 mars 1963	: 333
Cass. 15 mai 1963 <i>Patino</i>	: 147, 315
Cass. 28 mai 1963 <i>Chaplin</i>	: 239, 316
Cass. 19 juin 1963 <i>Rougeron</i>	: 483
Trib. de la Seine 9 juillet 1963	: 93, 537
Cass. 23 octobre 1963 <i>Hazan</i>	: 93, 297, 361
Cass. 14 avril 1964 <i>San Carlo</i>	: 147
Hoge Raad 17 avril 1964 <i>Escompto Bank</i>	: 124, 298, 438
CJCE. 19 juin 1964 <i>Nonnenmacher</i>	: 157, 189
Paris 22 mai 1965 <i>Fruehauf</i>	: 97, 297
Cass. Belgique 12 novembre 1965	: 160
Trib. de la Seine 12 janvier 1966 <i>Stroganoff-Scherbattof</i>	: 201
Cass. 25 janvier 1966 <i>Royal Dutch</i>	: 52, 54, 55, 202, 299, 520
Cass. 21 mars 1966 <i>Cie La Métropole</i>	: 453
Cass. 2 mai 1966 <i>Galakis</i>	: 147, 267, 316
Hoge Raad 13 mai 1966 <i>Alnati</i>	: 296
Trib. de la Seine 13 avril 1967 <i>Intrabank</i>	: 94, 125, 177, 295, 539, 548
Cass. 30 mai 1967 <i>Kieger</i>	: 101, 204, 333
Cass. 16 octobre 1967 <i>Janda</i>	: 286, 291, 298
Paris 11 février 1969	: 20, 63, 124, 126, 317, 434
TGI. Paris 18 avril 1969 <i>Mitsouko</i>	: 117
Cass. 23 avril 1969	: 92, 93, 129, 163
Paris 18 juin 1969	: 293, 341, 456
Cass. Belgique 23 octobre 1969	: 284, 334, 341
Cass. 2 mars 1970 <i>Tenouji</i>	: 63, 87, 109
Cass. 17 mars 1970	: 284, 293, 341, 456
Cour suprême de Suède 22 octobre 1970	: 400
Cass. 18 mars 1971 <i>Impex</i>	: 12
Cass. 21 avril 1971	: 518
Cass. 29 juin 1971 <i>Nassar</i>	: 517
Paris 10 novembre 1971 <i>Mac Trucks</i>	: 531
Cass. 17 janvier 1972 <i>Club Méditerranée</i>	: 286
Cass. 8 février 1972 <i>Shell-Berre</i>	: 312
Cass. 15 février 1972 <i>Atard</i>	: 63, 68, 124, 128, 209, 511
Cass. 7 mars 1972	: 426
Cass. 20 mars 1972 <i>Etablissements Gertais</i>	: 112
Cons. d'Etat 21 juillet 1972 <i>Veuve Hermann</i>	: 142, 367
Cass. 17 octobre 1972 <i>Royal Dutch</i>	: 52, 55, 64, 89, 124, 159
TGI. Paris 29 novembre 1972 <i>Affaire du cuivre chilien</i>	: 201
Cass. 6 février 1973 <i>Sellam</i>	: 295
CJCE. 21 février 1973 <i>Continental Can</i>	: 100, 219, 221
Cass. 29 mars 1973 <i>CASOREC</i>	: 202, 277, 500
Cass. 3 mai 1973 <i>Soc. Nederlandsche</i>	: 161, 202

C. E. 29 juin 1973 <i>Compagnie des Wagons-lits</i>	: 283
C.A. Québec [1973] R.P.97 <i>Southern Pacific Cie</i>	: 21
Hoge Raad 8 mars 1974	: 178
TGI. Paris 19 juin 1974 <i>Hauert</i>	: 118, 195
Cass. 29 octobre 1974 <i>Entr. Jean Lefèbvre</i>	: 70, 126
Trib. com. Paris 15 janvier 1975 <i>Fuster Boudon</i>	: 203, 421, 472
Cass. 21 janvier 1975 <i>Richier</i>	: 277, 294, 518
Cass. 22 janvier 1975 <i>Club Méditerranée</i>	: 134, 286
Trib. civ. Papeete 7 mars 1975	: 489
Sentence arbitrale 27 novembre 1975 <i>Texaco</i>	: 252, 313
Cass. 19 janvier 1976 <i>Cipelletti</i>	: 325
Paris 19 janvier 1976 <i>Davis</i>	: 28, 173, 235
Amiens 3 février 1976	: 99
Queen's Branch Division 13-14 mai 1976	: 125, 165
Cass. 19 juillet 1976 <i>Mebtouche</i>	: 390, 393
CJCE. 6 octobre 1976 <i>De Bloos</i>	: 167
CJCE. 6 octobre 1976 <i>Tessili</i>	: 167
CJCE. 30 novembre 1976 <i>Mines de potasse d'Alsace</i>	: 118
Trib. com. Paris 10 décembre 1976	: 126
Cour suprême des U.S.A., 433 U.S. 186.1977 <i>Schaeffer</i>	: 174
Sentence arbitrale 12 avril 1977 <i>Liamco</i>	: 252
Cass. 25 mai 1977 <i>Montfort</i>	: 157, 189
Cass. 14 février 1978 <i>SAPVIN-Algérie</i>	: 278
Cass. 31 mars 1978 <i>Soc. Royal Air Maroc</i>	: 157, 189
Cass. 3 avril 1978 <i>Affaire des boues rouges</i>	: 118, 120
Hoge Raad 19 janvier 1979	: 291, 297
Cass. 20 février 1979 <i>Sonatrach</i>	: 27, 92, 96, 128
Cass. 19 mars 1979 <i>SNTR.</i>	: 180, 545
Cass. 21 mars 1979 <i>Autunes</i>	: 518
CJCE. 21 mars 1979 <i>Cavel</i>	: 137, 150
Aix-en-Provence 30 mars 1979	: 197, 211, 527
Cass. 12 juin 1979 <i>Frost</i>	: 139
Cass. 12 juin 1979 <i>Dujardin</i>	: 403
Cass. 6 novembre 1979 <i>Nassibian</i>	: 175, 532, 538
Cass. 3 janvier 1980 <i>Boumaza</i>	: 381
Paris 29 janvier 1980 <i>Creusot-Loire</i>	: 118
Rouen 6 mars 1980 <i>Soc. Holvrieka-International</i>	: 434, 438
Cass. 25 mars 1980 <i>Mercator Press</i>	: 71, 354
TGI. Nice 25 juillet 1980	: 530, 534
Cass. 7 octobre 1980 <i>Tardieu</i>	: 12
Paris 29 janvier 1981 <i>Creusot-Loire</i>	: 125
C. M. 13 mars 1981	: 204, 481
TGI. Dijon 9 juin 1981	: 217
Paris 24 juin 1981 <i>Brandicourt</i>	: 335
Cass. 1er juillet 1981 <i>Total-Afrique</i>	: 23, 63, 107, 124, 128, 164
Cass. 8 juillet 1981 <i>Soc. L'Abeille</i>	: 73, 125
Court of appel 1981 2 LL R394 <i>Power Curber</i>	: 26, 206

Cons. cons. 16 janvier et 11 février 1982	: 344
Sentence arbitrale 24 mars 1982 <i>Aminoil</i>	: 85, 252
Sentence arbitrale 30 avril 1982 <i>Framatome</i>	: 252
CJCE. 26 mai 1982 <i>Ivenel</i>	: 167
Paris 12 juillet 1982	: 87
Trib. com. Namur 12 août 1982 <i>Glacieries de St Roch</i>	: 26, 276
Sentence arbitrale 23 septembre 1982 <i>Dow Chemical</i>	: 213
Cass. 8 novembre 1982 <i>Soc. Burmeister</i>	: 535
Cass. 20 décembre 1982 <i>Creusot-Loire</i>	: 125, 266
Cass. 8 février 1983 <i>Banque Veuve Morin-Pons</i>	: 120, 198
Com. 23 février 1983 <i>Banque Veuve Morin-Pons</i>	: 462
Cass. 9 mars 1983 <i>VACU-LUG</i>	: 108, 207, 211, 369
Paris 15 mars 1983	: 457
Luxembourg 16 mars 1983	: 87, 125
Cass. 9 mai 1983 <i>Jardins de Grimaud</i>	: 134, 287
Paris 21 octobre 1983 <i>Dow Chemical</i>	: 213, 271
Cass. 22 novembre 1983 <i>SAPVIN / Etat belge</i>	: 134, 287
Cass. 31 janvier 1984 <i>Abed</i>	: 399
Cass. 14 mars 1984 <i>Eurodif Sofdif</i>	: 550, 557
Paris 19 mars 1984 <i>Dame Grimaldi</i>	: 120
District Illinois 18 avril 1984 <i>Amoco Cadiz</i>	: 225
Ass. Pl. 9 mai 1984 <i>Fullenwarth</i>	: 154
Paris 27 septembre 1984 <i>Soc. Bituma</i>	: 428, 438
Cass. 2 octobre 1984	: 186, 344, 521, 522
Cass. 2 octobre 1984 <i>Soc. Butiran</i>	: 267
Cass. 7 novembre 1984 <i>Torlet</i>	: 151
Cass. 3 janvier 1985 <i>Greiner</i>	: 403
Cass. 5 février 1985 <i>Thomson</i>	: 266
Cass. 6 février 1985 <i>Simitch</i>	: 531
TGI. Paris 8 et 12 mars 1985	: 49, 94, 124, 295, 361
C.A. fédérale 18 mars 1985 <i>Allied Bank International</i>	: 26, 164, 176, 273, 561
Montpellier 2 mai 1985 <i>Soc. Garret</i>	: 178, 423, 453
Paris 3 mai 1985	: 470
Cass. 30 mai 1985	: 536
Cass. 1er octobre 1985 <i>Migeon</i>	: 557
Cass. 22 octobre 1985	: 395
Cass. 4 décembre 1985 <i>Wendling</i>	: 202, 431, 449
Cass. 4 février 1986 <i>GNMTC</i>	: 550
Ass. Pl. 7 février 1986	: 107
Cass. 25 février 1986 <i>Soc. Kléber</i>	: 544, 549
C. M. 28 février 1986 <i>Air Afrique</i>	: 26, 189
Cass. 11 mars 1986 <i>Djenangi</i>	: 382
Paris 26 mars 1986 <i>Soc. Facon</i>	: 438
Cass. 22 juillet 1986 <i>Soc. Lingemann</i>	: 23, 92
Cass. 28 octobre 1986	: 65, 150, 379
Cass. 28 octobre 1986 <i>Banque Pelletier</i>	: 409, 467
Cass. 25 novembre 1986 <i>Siaci</i>	: 453, 454

Pau 26 novembre 1986 <i>Soc. Sponsor</i>	: 213
Paris 27 novembre 1986 <i>Wuetig</i>	: 99, 216, 363
CJCE. 15 janvier 1987 <i>Shenavai</i>	: 167
Cass 7 mai 1987 <i>Wraber</i>	: 363
Cass. 13 mai 1987	: 94
Cass. 16 juin 1987 <i>Air Afrique</i>	: 363
Cour suprême des U.S.A. 15 juin 1987 <i>Aérospatiale</i>	: 171
Cass. 20 octobre 1987 <i>Cressot</i>	: 379, 384
Cass. 24 novembre 1987 <i>Soc. Garret</i>	: 423, 453
Civ.1 8 mars 1988 <i>Strittmatter</i>	: 107, 206
Cass. 15 mars 1988	: 415
Cass. 13 avril 1988 <i>Jours de France</i>	: 114
Cass. 19 avril 1988 <i>Caron</i>	: 8, 101
Cass. 11 juillet 1988	: 629
Cass. 21 juin 1988 <i>Soc. SODEREP</i>	: 107, 206
CJCE. 15 février 1989 <i>Société Six</i>	: 167

INDEX THÉMATIQUE DES PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES

(les numéros renvoient aux pages)

PREMIÈRE PARTIE

LA RECHERCHE DE LA LOI APPLICABLE AUX CRÉANCES

TITRE I

LA PLURALITÉ DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS

CHAPITRE I.- La pluralité des règles tenant à la localisation des créances

SECTION I.- L'existence de trois éléments de rattachement

. Introduction

Créance ; régime de la propriété ; loi du lieu de la situation fictive ; domicile du tiers-saisi en matière

de saisie-arrêt :

- Cass. 12 mai 1931 : 19

Créance contractuelle ; compétence de la loi de la source :

- Paris 11 février 1969 : 20 et 26

Créance contractuelle ; localisation ; domicile du débiteur :

- OGH. 6 juillet 1960 : 21

Contrat ; loi applicable ; défaut de choix ; indice du lieu d'exécution sous la condition d'absence d'indi-

ces en sens contraire :

- Cass. 22 juillet 1986 *Soc. Lingemann* : 23

Créance contractuelle ; localisation ; localisation spatiale ; non ; application de la loi du contrat :

- Cass. 1er juillet 1981 *Soc. Total Afrique* : 23

Crédit documentaire ; localisation de la créance ; compétence de principe en faveur de la loi du domicile

du débiteur ; exception en faveur de la loi du lieu de paiement :

- Court of appel [1981] *Power Curber* : 26

Nationalisation ; actions nominatives ; localisation au lieu de tenue du registre de la société :

- Trib. com. Namur 12 août 1982 *Glaceries de St Roch* : 26

Rattachement du personnel navigant d'une compagnie aérienne ; lieu d'immatriculation de l'avion :

- C.M. 28 février 1986 *Air Afrique* : 26

Créance contractuelle ; localisation ; non ; inexistence ; oui :

- Cass. 20 février 1979 *Soc. Sonatrach* : 27

§ 1.- Le lieu

Enrichissement sans cause ; rattachement de principe ; lieu de réalisation de l'enrichissement ; exception

« principe de proximité » :

- Trib. féd. suisse 1er novembre 1952 : 47

Enrichissement sans cause ; compétence de principe de la loi du lieu d'enrichissement ; exception ; loi nationale commune :

- Amsterdam 8 janvier 1960 : 47

Dépôt bancaire de somme d'argent ; loi applicable ; loi de la succursale ; *lex rei sitae* :

- TGI. Paris 8 et 12 mars 1985 : 49

Emission de titres ; valeurs mobilières ; choix de la loi ; restriction au jeu de la *lex rei sitae* :

- Cass. 21 juin 1950 *Messageries maritimes* : 54

Titres au porteur ; restriction au jeu de la *lex rei sitae* ; organisation interne de la société émettrice ;

loi de la source :

- Cass. 25 janvier 1966 *Royal Dutch* : 52, 54 et 55
- Cass. 17 octobre 1972 *Royal Dutch* : 52

Bail immobilier ; contrat d'Etat ; application de la loi de l'Etat ; non ; application de la loi du lieu de

situation de l'immeuble ; oui :

- Cass. 31 mai 1932 *Carathéodory* : 59

§ 2.- La source

Cautionnement ; loi applicable ; défaut de choix ; loi de l'obligation garantie :

- Cass. 2 mars 1970 *Tenouji* : 63
- Cass. 15 janvier 1972 *Atard* : 63, 124

Créance contractuelle ; compétence de principe de la loi de la source :

- Cass. 1er juillet 1981 *Soc. Total Afrique* : 63, 124

Créance ; contrat d'Etat ; rattachement de la créance à la loi de la source :

- Cass. 31 mai 1932 *Carathéodory* : 64

Créance sociétaire ; loi applicable ; organisation interne de la société émettrice ;
loi de la source :

- Cass. 17 octobre 1972 *Royal Dutch* : 64, 124

Créance délictuelle ; rattachement à la loi du lieu de commission du délit :

- Cass. 25 mai 1948 *Lautour* : 65 et 101

Créance alimentaire ; autonomie :

- Cass. 28 octobre 1986 : 65

Rattachement de l'obligation à la loi de la source ; loi du contrat ; critère du lieu
d'exécution :

- Cass. 5 décembre 1910 *American Trading* : 70

Rattachement de l'obligation à la loi de la source ; loi du contrat ; détermination
selon les circonstances
de la cause :

- Cass. 6 juillet 1959 *Soc. des Fourrures Renel* : 70

Rattachement de l'obligation à la loi de la source ; loi du contrat ; compétence
de la loi entretenant les

liens les plus étroits avec le contrat :

- Cass. 25 mars 1980 *Soc. Mercator Press* : 71

Contrat ; loi applicable ; défaut de choix ; localisation du contrat par le juge :

- Cass. 25 mars 1980 *Soc. Mercator Press* : 71, 74

Contrat ; loi applicable ; loi du lieu d'exécution ; loi déduite d'indices
convergensts ; lieu de conclusion,

langue, monnaie de paiement :

- Cass. 8 juillet 1981 *Soc. L'Abeille* : 73, 125

Contrat ; loi applicable ; défaut de choix ; loi du lieu d'exécution ; absence d'indice en sens contraire :

- Cass. 22 juillet 1986 *Soc Lingemann* : 74

Créance éventuelle ; possibilité de saisie-arrêt ; conditions :

- Cass. 13 mai 1987 : 75

Contrat d'Etat ; souveraineté de l'Etat ; possibilité de dépeçage ; oui :

- Sentence 24 mars 1982 *Aminoïl* : 85

Garantie à première demande ; relations triangulaires ; loi applicable ; défaut de choix ; loi de la banque garante :

- Paris 12 juillet 1982 : 87
- Luxembourg 16 mars 1983 : 87

Créance née d'un cautionnement ; loi applicable ; loi de la source ; possibilité d'une loi propre ; oui :

- Cass. 2 mars 1970 *Tenouji* : 63, 87

Cession de créance ; loi de la source ; fractionnement de la compétence législative :

- Paris 28 janvier 1961 : 88

Garantie à première demande ouverte par une succursale bancaire ; loi applicable ; défaut de choix ; loi de la maison-mère ; non ; loi du lieu d'implantation de la succursale ; oui :

- Paris 29 janvier 1981 *Creusot-Loire* : 93

Créance d'une succursale à l'encontre de la maison-mère ; loi applicable ; loi de la source ; loi du lieu

d'implantation de la succursale ; non ; loi de la maison-mère ; oui :

- Cass. 20 février 1979 *Soc. Sonatrach* : 92 et 96

Créance contractuelle ; loi de la source ; loi du siège de la société ; oui ; loi du lieu d'implantation de la

succursale ; non :

- Cass. 23 octobre 1963 *Hazan* : 93

Nationalisations algériennes ; admission du patrimoine d'affectation ; non :

- Cass. 23 avril 1969 : 92 et 93

Créance contractuelle ; rattachement à la loi de la source ; loi du siège de la société ; non ; loi du lieu

d'implantation de la succursale ; oui :

- Trib. civ. Seine 9 juillet 1963 : 93
- TGI. Paris 8 et 12 mars 1985 : 94

Créance contractuelle ; loi de la source ; loi de la société-mère ; non ; loi de la filiale ; oui (solution implicite) :

- Paris 22 mai 1965 *Fruehauf* : 97

Droit européen de la concurrence ; articles 85 et 86 du Traité de Rome ; responsabilité de la société-mère implantée en dehors du Marché commun ; oui :

- CJCE. 21 février 1973 *Continental Can* : 100

Groupe de sociétés ; non-respect par la société-mère de la personnalité morale de la filiale ; droit de poursuite des créanciers contre la société-mère :

- Amiens 3 février 1976 : 99

Créance délictuelle ; loi du fait générateur ; lieu de commission du délit :

- Cass. 30 mai 1967 *Kieger* : 101

Chaîne de contrats ; action d'un sous-acquéreur contre le fabricant initial : action directe :

- A.P. 7 février 1986 : 107

Chaîne de contrats ; rapports juridiques au sein de la chaîne ; qualification contractuelle ; admission d'une action en garantie de conformité :

- Cass. 9 mars 1983 *VACU-LUG* : 108

Créance délictuelle ; localisation plurale des éléments de rattachement ; loi du lieu de l'acte générateur :

- Cass. 25 mai 1948 *Lautour* : 113

Créance délictuelle ; atteinte à la vie privée ; rattachement fondé sur les droits de la personnalité ; non ; application de la loi du lieu de commission du délit :

- Cass. 13 avril 1988 *Jours de France* : 114

Créance délictuelle ; localisation plurale des éléments de rattachement ; loi du lieu du dommage :

- Paris 7 juillet 1954 *Patino* : 46, 119
- TGI. Paris 18 avril 1969 *Mitsouko* : 117

Créance délictuelle ; localisation plurale des éléments de rattachement ; compétence juridictionnelle ;

lieu de réalisation du dommage ; oui :

- Trib. Seine 16 juin 1936 *Prince Norindeth* : 113

Créance délictuelle ; localisation plurale des éléments de rattachement ;
compétence juridictionnelle ;

lieu de réalisation du dommage ; non :

- TGI. Paris 19 juin 1974 **Hauert** : 118

Créance délictuelle ; localisation plurale des éléments de rattachement ;
compétence juridictionnelle ;

choix entre le lieu du fait générateur et le lieu du dommage :

- CJCE. 30 novembre 1976 **Mines de potasse d'Alsace** : 118

Créance délictuelle ; compétence législative ; localisation plurale des éléments
de rattachement ; loi du

lieu du dommage :

- Cass. 8 février 1983 **Banque Veuve Morin-Pons** : 120

Créance contractuelle ; compétence de la loi de la source :

- Paris 11 février 1969 : 124

Créance contractuelle ; compte bancaire ; loi de la source ; équivalence avec la
loi du domicile du débiteur

de la prestation caractéristique (implicite) :

- Hoge Raad 17 avril 1964 : 124
- Trib. civ. Seine 13 avril 1967 **Intrabank** : 125
- Cass. 20 décembre 1982 **Creusot-Loire** : 125

Créance sociétaire ; loi applicable ; loi de la source ; défaut de choix ; loi de
la société ; équivalence

avec la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique (implicite) :

- Cass. 17 octobre 1972 **Royal Dutch** : 124
- Cass. 20 février 1979 **Soc. Sonatrach** : 128

Créance bancaire résultant de l'ouverture d'un crédit ; compétence de principe ;
loi de la banque apéritrice ;

exception ; loi présentant des rapports plus étroits avec l'opération litigieuse :

- Queen's Branch Division 13-14 mai 1976 : 125

Créance contractuelle ; violation du contrôle des changes ; possibilité de
confirmation ; non ; séparation

de la créance de sa source ; non :

- Cass. 22 janvier 1975 **Club Méditerranée** : 134
- Cass. 9 mai 1983 **Jardins de Grimaud** : 134

Créance contractuelle ; violation du contrôle des changes ; possibilité de
confirmation ; oui ; séparation

de la créance de sa source ; oui :

- Cass. 22 novembre 1983 **SAPVIN / Etat belge** : 134

Créance alimentaire ; soumission à la loi des effets du mariage ; loi de la source

- Cass. 17 décembre 1958 *Valentinis* : 149
- Cass. 19 février 1963 *Chemouni* : 138

§ 3.- La personne

Créance contractuelle ; rattachement à la loi du domicile du débiteur :

- BGH. 1er février 1952 : 137

Rôle du domicile ; statut personnel ; loi des effets du mariage :

- Cass. 17 avril 1953 *Rivière* : 138, 151
- Cass. 15 mars 1955 *Lewandovski* : 138
- Cass. 22 février 1961 *Corcos* : 138
- Cass. 19 février 1963 *Chemouni* : 138, 151

Emprunt international ; loi applicable ; défaut de choix ; loi de l'Etat emprunteur

- C.E. 21 juillet 1972 *Veuve Hermann* : 142

Régimes matrimoniaux ; incapacité générale ou spéciale ; loi personnelle ; oui ; loi du contrat ; non :

- Cass. 15 mai 1963 *Patino* : 147

Clause compromissoire ; incapacité de l'Etat contractant ; loi personnelle ; oui ; loi du contrat ; non :

- Cass. 14 avril 1964 *San Carlo* : 147

Obligation alimentaire ; loi française ; loi de police ; non :

- Cass. 17 décembre 1958 *Valentinis* : 149

Convention de Bruxelles ; article 5-2 ; domaine ; action alimentaire ; accessoire d'une action d'état ;

exclusion :

- CJCE. 27 mars 1979 *Cavel* : 137, 150

Créance alimentaire ; autonomie ; loi propre :

- Cass. 28 octobre 1986 : 150

Responsabilité de *l'infans* ; responsabilité objective :

- A.P. 9 mai 1984 *Fullenwarth* : 154

Contrat de travail ; règle de conflit de lois à coloration matérielle ; compétence de la loi du lieu d'exécution

sous réserve des dispositions plus favorables de la loi contractuelle :

- Cass. 25 mai 1977 *Montfort* : 157
- Cass. 31 mars 1978 *Royal Air Maroc* : 157

Rattachement au domicile du débiteur ; personne morale ; conflit mobile ; survie de la personnalité morale :

- Cass. Belgique 12 novembre 1965 : 160

Nationalisation de l'actif du débiteur ; déplacement du domicile de celui-ci ; conflit mobile ; exercice

des droits de poursuite des créanciers locaux ; oui :

- Cass. 23 avril 1969 : 163

SECTION II.- La combinaison des trois éléments de rattachement

§ 1.- L'ubiquité des créances

Convention de La Haye du 18 mars 1970 ; Pre-trial discovery ; ni exclusivité ni priorité de la Convention de La Haye sur les méthodes internes d'obtention de preuve à l'étranger :

- Cour suprême des U.S.A. 15 juin 1987 *Aérospatiale* : 171

Loi de la créance ; nationalisation des biens du débiteur ; localisation multiple du droit :

- Cass. 5 mars 1928 *La Ropit* : 173

Loi de la créance ; loi de la source ; loi de la situation de la créance ; loi du lieu du domicile du tiers-saisi (discuté) :

- Paris 19 janvier 1976 *Davis* : 173

Compétence *quasi in rem* ; exigence d'un minimum de liens entre le for et le rapport de droit litigieux :

- Cour suprême des U.S.A. [1977] *Schaeffer* : 174

Créance contractuelle cause d'une saisie-arrêt ; loi applicable à l'existence de la créance cause de la saisie-arrêt ; loi du lieu de la saisie-arrêt ; non ; loi de la créance ; oui :

- Trib. civ. Seine 13 avril 1967 *Intrabank* : 177

Créance contractuelle cause d'une saisie-arrêt ; existence de la créance ; loi applicable ; loi du juge saisi

(*forum arresti*) :

- Hoge Raad 8 mars 1974 : 178
- Cass. 6 novembre 1979 *Nassibian* : 175

§ 2.- Localisation principale et localisation subsidiaire

Enrichissement sans cause ; compétence de principe ; lieu de l'enrichissement ; rattachement subsidiaire ; *lex communis* (nationalité ou domicile commun) :

- Amsterdam 8 janvier 1960 : 183
- Hoge Raad 3 novembre 1961 : 183

Article 9 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 ; loi applicable à l'action directe ; principe de subsidiarité :

- Cass. 2 octobre 1984 : 186

Contrat de travail ; règle de conflit de lois à coloration matérielle ; compétence de la loi du lieu d'exécution

sous réserve des dispositions plus favorables de la loi contractuelle :

- Cass. 31 mars 1978 *Royal Air Maroc* : 157 et 189

§ 3.- Rattachement général et rattachements spéciaux

Enrichissement sans cause ; compétence de principe de la loi du lieu de réalisation de l'enrichissement ;

exception ; « principe de proximité » :

- Trib. féd. suisse 1er novembre 1952 : 193

CHAPITRE II.- La pluralité des règles tenant à l'origine des créances

. Introduction

Qualification ; bien meuble ou immeuble ; qualification *lege fori* :

- Trib. civ. Seine 12 janvier 1966 *Stroganoff-Scherbatoff* : 201

Qualification ; incidence sur la portée extraterritoriale de la norme :

- Cass. 25 janvier 1966 *Royal Dutch* : 202
- Cass. 29 mars 1973 *CASOREC* : 202

Qualification ; immunités ; qualification *lege fori* de l'acte source de la créance

:

- TGI. Paris 29 novembre 1972 *Affaire du cuivre chilien* : 201

Qualification et ordre public ; pacte comissoire :

- Cass. 3 mai 1973 *Soc. Nederlandsche* : 202

Ordre public international ; préjudice d'affection ; non :

- Cass. 30 mai 1967 *Kieger* : 204

Nationalisations étrangères ; exigence de l'ordre public international ; indemnisation préalable :

- Cass. 23 avril 1969 : 204

Sous-traitance ; loi du 31 décembre 1975 ; ordre public international ; non :
 • C.M. 13 mars 1981 : 204

SECTION I.- La pluralité des sources des créances

Créance accessoire ; cautionnement ; loi applicable ; loi de la créance principale
 :

- Cass. 15 janvier 1972 *Atard* : 209

Droit européen de la concurrence ; articles 85 et 86 du Traité de Rome ;
 responsabilité de la société-
 mère implantée en dehors du Marché commun ; oui :

- CJCE. 21 février 1973 *Continental Can* : 219 et 221

Groupe de sociétés ; notion ; détermination des parties à un arbitrage
 international ; utilité :

- Sentence 23 septembre 1982 *Dow Chemical* : 213
- Paris 21 octobre 1983 *Dow Chemical* : 213
- Pau 26 novembre 1986 *Soc. Sponsor* : 213

Groupe de sociétés ; créance extracontractuelle ; responsabilité de la maison-
 mère ; oui :

- District Illinois 18 avril 1984 *Amoco Cadiz* : 225

SECTION II.- La pluralité des moments d'exécution des créances

Loi de la créance ; loi de la source ; loi de la situation de la créance ; loi du lieu
 du domicile du tiers-saisi (discuté) :

- Paris 19 janvier 1976 *Davis* : 235

TITRE II

LA PLURALITÉ DES MÉTHODES

CHAPITRE I.- Intervention de la volonté privée et affranchissement de la règle de conflit de lois

SECTION I.- Les grands contrats internationaux

Exclusion du contrat sans loi ; contrat d'Etat :

- C.P.J.I. 12 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens* : 248

Exclusion du contrat sans loi ; emprunt international :

- Cass. 21 juin 1950 *Messageries Maritimes* : 250

Exclusion du contrat sans loi ; arbitrage international :

- Sentence 23 août 1958 *Aramco* : 250

Contrat d'Etat ; loi d'autonomie ; oui ; *lex mercatoria* ; non :

- Sentence 27 novembre 1975 *Texaco* : 252
- Sentence 12 avril 1977 *Liamco* : 252
- Sentence 30 avril 1982 *Framatome* : 252

Créance ; contrat d'Etat ; défaut de choix de la loi applicable ; application d'une loi étatique ; loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique (implicite) :

- Cass. 31 mai 1932 *Carathéodory* : 256

Appréciation de l'internationalité d'un contrat ; critère tiré de la règle de conflit de lois ; critère économique :

- Cass. 17 mai 1927 *Pélissier du Besset* : 261

Contrat international : conséquences ; possibilité de choisir la loi applicable :

- Cass. 19 janvier 1976 *Cipelletti* : 261

Emprunt international ; règle matérielle ; application indépendamment de la loi applicable au fond :

- Cass. 21 juin 1950 *Messageries Maritimes* : 262

SECTION II.- Le pouvoir bancaire international

Clause compromissoire ; admission d'une règle matérielle ; spécificité internationale de la situation :

- Cass. 2 mai 1966 *Galakis* : 267

Garantie à première demande ; contrat sans loi ; hésitations :

- Cass. 20 décembre 1982 *Creusot-Loire* : 266
- Cass. 5 février 1985 *Thomson* : 266

Garantie à première demande ; opposition à la mise en œuvre de la garantie ; fraude ou abus de droit :

- Cass. 17 octobre 1984 *Soc. Butiran* : 267

Lettre de change ; Convention de Genève ; interprétation ; *lex mercatoria* ; non ; règle de conflit de lois ; oui :

- Cass. 4 mars 1963 *Hocke* : 270

CHAPITRE II.- Intervention du pouvoir étatique et combinaison de règles unilatérales et matérielles

. Introduction

Nationalisations indirectes ; effets extraterritoriaux ; non :

- Trib. com. Namur 12 août 1982 *Glacieries de St Roch* : 276

Nationalisations ; droit international privé ; portée extraterritoriale de la norme ; non :

- Cass. 14 février 1978 *SAPVIN-Algérie* : 278

Nationalisations ; contrôle de la conformité au droit international public ; non :

- Cons. cons. 16 janvier et 11 février 1982 : 280

Règles de conflit de lois internationales par leur source ; conventions ; coutume :

- C.P.J.I. 12 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens* : 281

SECTION I.- L'expansion de l'unilatéralisme

Subrogation légale ; qualité du subrogé ; Etat étranger ; application de la loi étrangère ; fondement ; loi de police ; non ; règle de conflit de lois ; oui :

- Cass. Belgique 23 octobre 1969 : 284
- Cass. 17 mars 1970 : 284

Créance contractuelle ; violation du contrôle des changes ; possibilité de confirmation ; non ; séparation

de la créance de sa source ; non :

- Cass. 22 janvier 1975 *Club Méditerranée* : 286
- Cass. 9 mai 1983 *Jardins de Grimaud* : 287

Créance contractuelle ; violation du contrôle des changes ; possibilité de confirmation ; oui ; séparation

de la créance de sa source ; oui :

- Cass. 22 novembre 1983 *SAPVIN / Etat belge* : 287

Créance contractuelle ; contrôle des changes étrangers ; application ; non :

- Cass. 16 octobre 1967 *Janda* : 286, 291

Créance contractuelle ; loi de droit public étrangère ; application ; non :

- BGH. 17 décembre 1959 : 291, 293, 298

- Hoge Raad 12 janvier 1979 : 291, 298

Subrogation légale ; qualité du subrogé ; Etat étranger ; application de la loi étrangère ; fondement ; loi de police ; non ; règle de conflit de lois ; oui :

- Paris 18 juin 1969 : 293

Loi de police étrangère ; prise en considération : cas de force majeure :

- TGI. Paris 8 et 12 mars 1985 : 295

Créance contractuelle ; loi de police étrangère ; prise en considération :

- Hoge Raad 13 mai 1966 *Alnati* : 296

Créance contractuelle ; loi de police étrangère ; prise en considération ; non :

- Cass. 23 octobre 1963 *Hazan* : 297

Créance contractuelle ; loi de police étrangère ; prise en considération ; non :

- Paris 22 mai 1965 *Fruehauf* : 297
- Cass. 16 octobre 1967 *Janda* : 298

Créance contractuelle ; loi de police étrangère ; application par le truchement de la règle de conflit de lois :

- Cass. 25 janvier 1966 *Royal Dutch* : 299

SECTION II.- L'expansion de la codification internationale

SECONDE PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE AUX CRÉANCES

VUES PRÉLIMINAIRES.-

Hypothèque légale de la femme mariée ; application de la méthode conflictuelle ; oui :

- Cass. 31 janvier 1984 *Abed* : 311, 399

Propriété commerciale ; personne morale ; appréciation ; conflit de lois ; non ; nationalité de la société ; oui ;

- Cass. 8 février 1972 *Shell-Berre* : 312

Régime matrimonial ; capacité générale de protection ; loi personnelle :

- Cass. 15 mai 1963 *Patino* : 315

TITRE I

LA FORMATION DES CRÉANCES

CHAPITRE I.- La mise en œuvre de la loi applicable en amont de la naissance de la créance

SECTION I.- Les hypothèses d'application de la loi de la créance

SECTION II.- Les éléments du domaine de la loi de la créance

CHAPITRE II.- La mise en œuvre de la loi applicable au moment de la naissance de la créance

SECTION I.- Créances nées d'un délit

Créance délictuelle ; loi applicable ; unité du domaine de la loi ; refus d'exonération partielle du res-ponsable en cas de faute non exclusive de la victime :

- Trib. civ. Seine 13 mars 1963 : 333

Créance délictuelle ; domaine de la loi applicable ; principe et étendue de la responsabilité :

- Cass. 25 mai 1948 *Lautour* : 334
- Cass. Belgique 22 octobre 1969 : 334

Créance délictuelle ; appréciation de la causalité ; terme « impliqué » de l'article 4-b de la Convention de La Haye de 1971 ; *lex fori* ; oui :

- Paris 24 juin 1981 *Brandicourt* : 335

Créance délictuelle ; recours subrogatoire ; loi propre :

- Paris 18 juin 1969 : 341
- Cass. 17 mars 1970 : 341

Créance délictuelle ; action directe ; rattachement propre :

- Cass. 2 octobre 1984 : 344

SECTION II.- Créances nées d'un contrat

Créance contractuelle ; domaine de la loi applicable ; formation et effets du contrat ; unité :

- Cass. 6 juillet 1959 *Fourrures Renel* : 354
- Cass. 25 mars 1980 *Soc. Mercator Press* : 354

SECTION III.- Créances nées d'un rapport cambiaire

Lettre de change ; transfert de la provision ; loi du lieu de création du titre :

- Cass. 6 février 1900 : 375

SECTION IV.- Créances nées d'un rapport familial

Créance d'aliment ; contribution aux charges du mariage ; régime primaire ; soumission globale à la méthode des lois de police :

- Cass. 20 octobre 1987 *Cressot* : 379, 384

Créance contre une succession ; existence des droits de poursuite ; loi de la créance :

- Cass. 19 juillet 1976 *Mebtouche* : 390, 393

Passif successoral ; absence de cloisonnement entre les masses mobilières et immobilières :

- Trib. civ. Seine 31 octobre 1894 *Ourousoff* : 393

Division des dettes et des créances héréditaires ; loi successorale :

- Cass. 4 juin 1941 *Szlapka* : 393
- Trib. civ. Papeete 7 mars 1975 : 393

Compte joint entre époux ; nature matrimoniale et non successorale :

- Cour suprême de Suède 22 octobre 1970 : 400

Régime matrimonial ; dissolution et liquidation ; loi du régime :

- Req. 13 décembre 1938 : 402
- Cass. 12 juin 1979 *Dujardin* : 403
- Cass. 3 janvier 1985 *Greiner* : 403

TITRE II

LA RÉALISATION DES CRÉANCES

CHAPITRE I.- La vie de la créance

VUES PRÉLIMINAIRES.-

Créance cédée par bordereau Dailly ; droit de revendication du cessionnaire sur les sommes virées auprès d'un banquier réceptonnaire :

- Cass. 28 octobre 1986 *Banque Pelletier* : 409, 467

Créance ; droit de prélèvement lors de la liquidation de la communauté ; droit de propriété :

- Cass. 1er août 1848 : 411

Créance garantie par une réserve de propriété ; transmission de la clause avec la cession de la créance garantie ; accessoire :

- Cass. 15 mars 1988 : 415

Cession de créance ; notion de tiers à la cession ; est tiers celui qui a intérêt à ce que le cédant soit

encore créancier :

- Cass. 4 décembre 1985 *Wendling* : 431

SECTION I.- La créance en elle-même

§ 1.- La créance transmise

Cession de créance ; loi applicable ; loi d'autonomie :

- TGI. Strasbourg 29 juin 1960 : 434
- Paris 11 février 1969 : 434

Cession de créance ; loi applicable ; loi du domicile du débiteur cédé :

- Rouen 6 mars 1980 *Soc. Holvrieka International* : 434

Cession de créance ; loi applicable à l'opposabilité de la cession au débiteur cédé ; loi du domicile du débiteur cédé :

- Paris 16 février 1910 : 438
- Paris 10 novembre 1927 : 438
- Paris 28 janvier 1961 : 438
- Hoge Raad 17 avril 1964 *Escompto Bank* : 438
- Athènes 12257 / 1974 : 438
- Rouen 6 mars 1980 *Soc. Holvrieka International* : 438
- Paris 27 septembre 1984 *Soc. Bituma* : 438

- Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon* : 438

Cession de créance ; loi applicable à l'opposabilité de la cession aux tiers ; loi du domicile du débiteur cédé :

- Hoge Raad 17 avril 1964 *Escompto Bank* : 447
- Paris 26 mars 1986 *Soc. Facon* : 447

Cession de créance ; cessionnaire français ; possibilité pour ce dernier de se prévaloir des articles 14 et 15 C. civ. ; oui :

- Cass. 21 mars 1966 *Cie La Métropole* : 453

Cession de créance ; cessionnaire français ; possibilité pour ce dernier de se prévaloir des articles 14 et 15 C. civ. ; non (sous certaines conditions) :

- Montpellier 2 mai 1985 *Soc. Garret* : 453
- Cass. 24 novembre 1987 *Soc. Garret* : 453

Subrogation personnelle ; transfert de la créance ; application de la loi de celle-ci :

- Paris 15 mars 1983 : 457

Affacturage ; opposabilité du transfert de créance aux tiers ; loi du domicile du débiteur cédé :

- Trib. com. Paris 15 janvier 1975 *Fuster Boudon* : 472

§ 2.- La créance engagée

SECTION II.- La créance et ses accessoires

§ 1.- Le domaine de la loi de la créance garantie et la constitution de l'accessoire

§ 2.- Le domaine de la loi de la créance garantie et la transmission de l'accessoire

CHAPITRE II.- L'extinction de la créance

SECTION I.- L'extinction de la créance procédant de son exécution volontaire

paiement : Paiement de la créance ; monnaie de paiement ; compétence de la loi du lieu de

- Cass. 21 juin 1950 *Messageries Maritimes* : 511

absence de fongibilité : Compensation entre des créances exprimées en des monnaies différentes ;

- Paris 19 juillet 1943 : 516

Novation de la créance ; compétence de la loi de l'obligation novée :

- Cass. 29 juillet 1971 *Nassar* : 517

celle de son domicile : Prescription de la créance ; option pour le débiteur entre la loi de la créance et

- Cass. 31 janvier 1950 *Banque de Pétrograd* : 518

Prescription de la créance ; application de la loi de la créance :

- Cass. 21 avril 1971 : 518

SECTION II.- L'extinction de la créance procédant de son exécution contrainte

§ 1.- La créance est recouvrée contre un opérateur de droit privé

Saisie-arrêt ; compétence de la loi du lieu de saisie ; domicile du tiers saisi :

- Cass. 12 mai 1931 : 530

ACPC. ; oui : Saisie-arrêt ; transposition dans l'ordre public international de l'article 558

- TGI. Nice 25 juillet 1980 : 534

Saisie-arrêt ; étendue de la mesure de saisie ; sommes déposées aux guichets d'une succursale du tiers saisi comprises dans la saisie-arrêt :

- Cass. 30 mai 1985 : 536

Saisie-arrêt ; existence de la créance ; admission du *forum arresti* :

- Cass. 6 novembre 1979 *Nassibian* : 538

nationalité du créancier : Faillite ; compétence territoriale ; critère de rattachement fondé sur la

- Cass. 19 mars 1979 *SNTR* : 545

§ 2.- La créance est recouvrée contre un opérateur de droit public

leur destination : Immunité d'exécution ; référence à l'affectation initiale des sommes et non à

- Cass. 14 mars 1984 *Eurodif* : 550, 557

Immunité d'exécution ; condition d'une origine commune entre les créances cause et objet de la saisie-arrêt ; non :

- Cass. 1er octobre 1985 *Migeon* : 557

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accessoire : 103, 316, 446, 467, 576, 580, **693s.**, **706s.**, 750.
Accident de la circulation routière : 162, **481s.**, 746.
Action de in rem verso : **70s.**, 496, 497.
Action en déclaration de simulation : 749, 753.
Action directe : 280, 302, 319, 491, 525, 746, 749, 754.
Action à fin de subsides : 285, 305.
Action oblique : 327, 484, 749, 754.
Action paulienne : 749, 754.
Adaptation : 364, 543, 615, 617, 685.
Adjudication : 417.
Affacturage : 97, 168, 311, 403, 446, 454, 466, 479, 513, **665s.**, 733.
Arbitrage international : 18, 108, 246, 379, 381, 409, 434, 438, 459.
Autonomie de la volonté : 5, 13, 126, 152, 217, 226, 227, 325, 343, 374, 380, 384, 386, 683, 687, 712, 735.

B

Bail : 91.
Banque : 48 note 3, 57, **392s.**, 455, 668.
 - opérations (de) : 123, 333, **506s.**, **637s.**, 650, 805.
 - loi applicable : 98, 142, 185, 242, 394, 400, 406, 508, 605, 634, 650, 655, 683.
Bien : 4, 30.
 - incorporel : 4.
Billet à ordre : *V^o Effets de commerce.*

C

Capacité : 50, 62, 459.
Carte bancaire : 44, 64.
Cause : 61, 328, 511, 626, 705.
Cautionnement : 119, 425, 703.
 - dépeçage : 131.
 - loi applicable : 97, 113, 191, 323.
Cession d'antériorité : 580, 717.

Cession de contrat : 517, 581.

Cession de créance : 23, 78, 275, 358, 402, 437, 444, 466, 586.

- accessoires : **693s.**, **708s.**
- cessibilité : 601, 604, 633, 670.
- civile : 479, **599s.**
- commerciale : **636s.**
- compétence juridictionnelle : 627.
- conflit de cessions : 603, 620, 654, **673s.**
- créance future : 112, 115, 446, 470, 473, 475, **478s.**, 579, 654.
- formalités : 616, 642.
- groupée : **636s.**, 658.
- loi applicable : 597, 599, **601s.**, **651s.**
- opposabilité : 310, 446, 579, 582, 585, 596, 600, **606s.**, 622, 641, 657.
- simplifiée : 120, 404, 479, 639, 640, **648s.**, 656.
- tiers : **592s.**, 596, 614, 624, 625, 675.

Chèque : **45s.**, 530.

- délai de recours : 55.
- endossement : 54.
- provision : 52.

Clause d'arbitrage : 329 note 2, 514, 586, 629, 787.

Clause attributive de juridiction : 586, 629.

Clause de réserve de propriété : **116s.**, 467, 470, 574, 577, 651, 696, 707, 715, 768.

C.N.U.D.C.I. : 46, 108, 393, 447.

Compensation : **732s.**

- conventionnelle : 732.
- et « faillite » : 776.
- judiciaire : 742.
- légale : 732, 742.

Compétence juridictionnelle : 206, **793s.**

- et compétence législative : 178, 302.
- délit : 178, 263, 302.
- «faillite» : 778 note 2, 794.
- *forum arresti* : 761.
- saisie-arrêt : 253, 258, **757s.**, **763s.**

Compte courant : 114, **509s.**

- compensation : 733, 737.
- indivisibilité : 664, 738.
- inscription en compte : 510, 654, 659, 663, 668, 671.
- saisie-arrêt : 509.
- taux effectif global : 509, 511.

Condition des étrangers : **451s.**

Confiscation : 264, 417.

Conflit de lois :

- codification : 369, 375, 418, **440s.**, 548, 719.
- crise : 362.
- fonctions : 33, 358.
- méthodologie : **5s.**, 100, 366, 410, 414, 426, 448.

- neutralité : 3, 141, 210, 289, 292, 362.

Conflit mobile : 117, 194, **234s.**, 306, 350.

- fraude à la loi : 238.

- nationalisations : 194, 240.

Connexité : 260, 352, 524, 696, 794, 795, 801.

Consommateurs : 164, 218, 219, 229, 287, 303.

Contrat :

- contrat d'assurances : 45 note 1, 80 note 2.

- contrat d'entreprise : 93, 102, 372, 505.

- contrat d'Etat : 98, 107, 211, 212, **370s.**, 458, 765.

- contrat de mariage : 98.

- contrat de travail : 9, 231, 288, 304, 331, 357, 514.

- contrat sans loi : 378.

- dépeçage : 104, **125s.**

- groupe de contrats : **316s.**, **523s.**, 745, 747.

- indices de localisation : 28, 106, 110, 142.

- *lex mercatoria* : 379, 382, 396.

- loi applicable : 106.

- loi de la source : 7, 14, 24, **95s.**, 199.

- prestation caractéristique : 106.

- responsabilité contractuelle : **159s.**

Contrôle des changes : 199, **424s.**, **430s.**, 434, 462, 730, 733.

Convention collective : 518.

Conventions internationales :

- de Bruxelles du 27 septembre 1968 : 134, 206, 223, 229, 257, 766.

- de Genève :

- 7 juin 1930 : **46s.**, 126, 477, 529.

- 19 mars 1931 : **46s.**, 126, 477, 529.

- 17 février 1983 : 18.

- de La Haye :

- 15 juin 1955 : 188.

- 24 octobre 1956 : 196, 220, 279, 305, 441, 539, 541.

- 4 mai 1971 : 151, 159, 164, 167, 175, 220, 223, 281, 302, 305, 441.

- 2 octobre 1973 : 151, 159, 164, 167, 175, 220, 223, 281, 302, 305, 441.

- 14 mars 1978 : 442.

- 1er juillet 1985 : 126, 229, 303, 442, 743.

- 22 décembre 1986 : 126.

- d'Ottawa du 28 mai 1988 : **446**, 447, 665s., 675, **712**

- de Rome du 19 juin 1980 : 109, 123, 126, 168, 229, 231, 288, 303, 323, 431, 443, 594, 601, 607, 623, 625, 743.

- de Vienne du 11 avril 1980 : 393, 395, 447, 526, 733.

Créances :

- abandon : **428s.**

- alimentaires : 98, 203, 217, **220s.**, 270, 279, 305.

- classification : 4.

- conception : 1s., 25, 201, 570, 662, 684.

- contractuelles : **97s.**, **503s.**

- délictuelles : 11, 17, 24, 98, **150s.**, 266, 300, 339.
- exécution successive : 114, **347s.**, 354.
- formes : 35, 80, 293, 450, 460.
- futures : **111s.**, 470.
- individualisation : 345, 351, 468, 480, 641, 654.
- internationalité : **16s.**, 390.
- localisation : 7, 15, **20s.**, **28s.**, 36 note 2, 106, 193, 197, 207, 252, 257, 270, 344, 796, 807, 808.
- méthodologie : **6s.**
- propriété (des) : **569s.**
- quasi-délictuelles : **70s.**, **496s.**
- moments : **344s.**
- ubiquité : **37s.**, 177, **252s.**, 268.

Crédit acheteur : 102, 407, 513.

Crédit-bail : 103, 124, 309, 322, 447, 505.

Crédit-documentaire : 97, 160, 243, 393, 482, 513, 733.

Crédit fournisseur : 407, 513, 632.

D

Délégation : **686s.**

Délits : 3 note 9, 96, **150s.**, 266, 300, 340, **462s.**

- localisation plurale : **173s.**

Dématérialisation des droits : 64, 82 note 2, 88.

Dépeçage : 104, **125s.**, 322, 326.

Dépôt : 98, 140, **512s.**

Divorce : 203, 546.

Domicile : 196, 201, 206, 630.

- du créancier : **215s.**, 229, 305.
- du débiteur cédé : 214, 275, 404, 460, 585, 587, 594, **608s.**, **611s.**, 619, 622, 659, 718.
- du débiteur de la prestation caractéristique : 88, 119, **184s.**, 190, 195, 211, 233, 291, 350.

Droit de gage général : 137, 258, 421, 749.

Droit de rétention : 352, 697, 705.

Droit éventuel : 114, 357, 471, **472s.**

Droit réel : 2, 293, 570, 704, 713.

E

Echange : **122s.**, 212, 803, 805.

Effets de commerce : 42, **45s.**, 298, 405, 468, **528s.**, 744.

Emprunt : 245, 248, 333, 374, 507.

Endossement : 62, 66, 476, 479, 531, 532.

Enrichissement sans cause : 45, **70s.**, 98, 276, 297, 496, 497.

Euro-crédits : 394.

Extinction : 239, 720, 735, 745, 748, 778, 806.

Extranéité : **11s.**, 17.

Extraterritorialité : 149, 309, 412, 435, 782.

F

Facture protestable : 45, **65s.**, 298, 445, 639.

« **Faillite** » : 143, 208, 314, 329, 335, 422, 447, 461, 465, 485, 534, 644, 690, **722s.**

- cession de créance : 776.

- compensation : 734, 776.

- internationalité : 774, **780s.**

- loi applicable : 773, 776.

- ordre public : 778.

- privilège : 516, 776, 777.

Fait générateur des créances : 99, 200, 777.

- contractuelles : 159, 427.

- délictuelles : 151, 179, 482.

- exécution successive : 200, 355.

- quasi-délictuelles : 71, 200.

Fiducie : 645.

Forum arresti : 261, 262, 266, 769, 794.

Fraude à la loi : 190, 267, 306, 399, 436, **527s.**, 628, 629.

Fusion (de sociétés) : 145.

G

Gage : *V° Nantissement.*

Garantie à première demande : 97, 102, 130, 243, 246, 328, 379, 393, 397, 399, 513, 527, 693, 771.

Garanties attachées aux créances : 166, 308, 321, 323, **693s.**

Gestion d'affaires : 496.

H

Hypothèque : 459, 562, 706, **716s.**, 783.

I

Immeuble : 76, 91.

Immunités : 529, **786s.**

- codification : 794.

- d'exécution : **788s.**
- de juridiction : **788s.**
- et créance : **798s.**
- lien avec le for : **793s.**

Impôts : 413, 433, 729.

Incorporation du droit dans le titre : 64, 68, 73, 81, 528, 533, 671.

Indivisibilité : 114, 322, 346, 462, 465, 524, 526.

Indivision : 549, 771.

Insaisissabilité : 770, 708.

L

Lettre de change : **46s.**, 468, 474, 476, 498, 643.

- conflit avec d'autres modes de cession : 534, 644, 675, 680.
- domiciliation : 57, 405, 508.
- endossement : 62.
- loi applicable : 48, 49, **56s.**
- provision : 62, 114, **530s.**, 643.

Lex fori : 383, 492, 493, 495, 499, 750, 755, 767.

Lex loci delicti commissi : **150s.**

Lex mercatoria : 36., 368, 379, 382, 396.

Lex principis debitoris : 322, **324s.**

Lex societatis : 85, 134.

Lieu : 94.

- de conclusion : 106.
- d'émission : 41, 43, 49.
- d'exécution : 28, 40, 106, 288, 758, 759.
- du délit : 151, 176, 178, 340.
- de paiement : **41s.**, 247, 725, 730.
- du quasi-délit : **70s.**
- de situation : **30s.**, **74s.**, 84, 235, 293, 609, 700, 704, 713, 718.

Localisation des créances :

- finalitaire : **277s.**, 301.
- technique : **271s.**
- temporelle : 356.

Locus regit actum : 61, 62, 90, 460, 704, 706.

Loi appropriée : 105, 390.

Loi d'autonomie : 13.

Loi de la source (de la créance) : 176, 180, 193, 199, 224, 351, 449, 471, 537, 568.

Loi de police : 77, 87, 92, 127, 140, 221, 264, 342, 365, 369, 407, 413, 416, **420s.**, 522, 544, 609, 726, 750.

- étrangère : **432s.**, 807.

Loi du domicile : 175, 196, 291.

Loi politique : 255, 416, 436, 724.

M

Mandat : 98, 113, 244, 337, 649, 683, 689, 727, 733.

Mise en demeure : 751.

Mobilisation des créances : 647s., 672, 692, 733.

Monnaie : 64, 512, 521, 680, 723, 730.

Moratoire : 264, 408, 427, 437, 802s.

N

Nantissement : 23, 89, 682s., 705.

Nationalisation : 143, 241, 299.

- conflit mobile : 240, 256.

- contrat d'Etat : 785.

- extinction de la créance : 140, 215, 240, 512, 778, 785.

- indirecte : 192.

- localisation : 24 note 3, 193, 256, 299, 415, 591.

- loi applicable : 97, 299.

- ordre public : 215, 313.

- territorialité : 299, 415.

- transfert international de patrimoine : 192, 590.

Nationalité : 196, 453, 630, 794, 795.

Novation : 740.

O

Opposabilité aux tiers : 78, 121, 187, 188, 214, 359, 579, 582, 584s., 600, 606s., 618s., 658, 659, 666, 670, 673, 677, 688, 691, 714, 739.

Ordre juridique de base : 373.

Ordre public : 140, 239, 241, 300, 307, 407, 527.

P

Pacte comissoire : 575, 683, 707.

Paiement : 44, 51, 61, 67, 273, 500, 635, 657, 668, 673, 721s., 732s.

Patrimoine : 136, 140, 202, 258, 336, 588s., 799, 800.

Personne morale : 137, 146, 190, 329, 336, 452.

Possession : 705s.

Précontrats : 170s.

Prescription : 498, 577, 741s.

Prestation caractéristique : 44, 48, 106, 109, 140, 184s., 211, 212, 247, 376, 384, 605, 687, 728.

Pre trial discovery : 254.

Principe de proximité : 72, 175, 242, 259, 381, 610, 660, 761, 796.

Privilège : 359, 699, 707.

Privilège de juridiction : 627, 765, 766.

Propriété : 550, **569s.**

Protection de la partie faible : 128, 152, 201, 213, 216, 227, 229, 230, 232, 263, 269, 294, 301.

Publicité : 613, 619, 701, 706, 715.

Q

Qualification : 83, 156, 159, 172, 307, 462, 542, 654, 730.

Quasi-délit : **70s.**

Question préalable : 225, 540.

R

Régime matrimonial : 204, **559s.**, 770.

- compte joint : 563.
- contribution aux dettes : 565.
- dettes entre époux : 560.
- hypothèque : 562.
- indivision post-communautaire : 564, 567.
- liquidation : 566, 571.
- loi applicable : **565s.**
- récompenses : 560, 563, 565.

Règle de rattachement : **7s.**, **22s.**, 35.

- à la loi de la source : 24, **95s.**
- à la loi du domicile du débiteur : 25, **196s.**, 209, 361, 750.
- alternatif : 178, 270, **284s.**
- au lieu : 23.
- cumulatif : 178.
- équivalence : 27, **183s.**, 779.
- en cascade : **278s.**
- générale : **290s.**
- matérialité du rattachement : 26, 29, 34, 43, 176, 346.
- optionnelle : 178, 222, 227, 285.
- pluralité : 60, 147, 154, **173s.**
- spéciale : 251, **295s.**
- subsidiaire : 38, 251, **269s.**, 272, 274, 282, 287.

Règle matérielle : 18 note 1, 277, 332, **386s.**, 391, 393, 398, 399, 404, 443, 726, 753.

Remise de dette : 731.

Renvoi : 145, 306.

Répétition de l'indu : **70s.**, 496, 500, 509 note 3, 752.

Représentation commerciale : 189, 447.

Responsabilité : 153.

- chaîne de contrats : 163, 319, 525, 747.
- contractuelle : **159s.**

- cumul : 160.
- délictuelle : 143, 315, **336s.**, **482s.**
- du fait des produits : 159, 161, 164, 173, 180, 228, 302, 482, 487, 493.
- groupe de sociétés : **148s.**, **334s.**, 338, 341, **501s.**
- limitation : 487, 494, 525.
- précontrats : **170s.**
- unification : 158, 162, 166.

S

Saisie-arrêt : 61, 257, 265, 268, 358, 360, 422, 474, 545, **756s.**, **791s.**, 807.

Salaire différé : 552.

Sécurité sociale : 231, 288, 309, 490, 520, 633.

Signification : 460, 587, 589, 595, **614s.**, 635, 683, 685.

Simulation : 329, 337.

Société : 105, 184, 236, 733.

- européenne : 145, 443.
- et filiale : 135, **144s.**, **336s.**
- et succursale : 135, **136s.**, 457, 760, 783.
- « faillite » : 783.
- fusion : 447, 589.
- groupe de sociétés : 135, 145, 317, **329s.**, 343, 367, 429, 736.

Solidarité : 462, 464, 466, 555, 565.

Sous-traitance : 315, 359, 678.

Statut personnel : 203.

Statut réel : 23 note 3, 75, 203.

Stipulation pour autrui : 320, **728s.**

Subrogation personnelle : 312, 353, 567, 583, **631s.**, 717.

- conventionnelle : 469, 631, 634, 665.
- légale : 433, 489, 558, 631, 635.

Succession : 98, 204, 479, **547s.**

- contribution aux dettes : 555.
- domaine de la loi successorale : 553, **555s.**
- indivision post-successorale : 554, 558.
- morcellement : **547s.**, 555, 557.
- passif successoral : 539, 550, 551, 552, 556.

Succursale : *V^o Société.*

Sûreté : 308, 309, 359, 447, 702.

- personnelle : 513, 703.
- réelle : **700s.**

Swap : 122, 401, 733, 805.

T

Traite pro forma : 58s., 475, 644.

Trust : 133, 205, 323, 401, 573.

U

Unilatéralisme : 411s., 416, 419, 439, 807.

Usufruit : 564, 567, 573.

V

Valeurs mobilières : 88, 98, 311, 456, 705.

- émission : 42, 113, 114, 463, 521.

- nominatives : 88.

- titre au porteur : 82s., 235, 298, 313, 421.

Vente : 98, 186, 313, 395, 447, 504.

Virement : 661, 662, 633.

W

Warrant : 69s., 296.

TABLE DES MATIÈRES

(les chiffres renvoient aux pages)

Introduction générale	3
------------------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LA RECHERCHE DE LA LOI APPLICABLE AUX CRÉANCES

TITRE I

LA PLURALITÉ DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS

CHAPITRE I.- La pluralité des règles tenant à la localisation des créances	20
SECTION I.- L'existence de trois éléments de rattachement	21
<i>Formulation</i>	21
<i>Analyse</i>	24
<i>Notion de localisation</i>	26
§ 1.- Le lieu	32
(a).- LIEU DE PAIEMENT ET LIEU D'ÉMISSION	33
1. <i>Sources internationales</i>	34
_- Chèque.....	37
_- Lettre de change.....	39
2. <i>Sources nationales</i>	44
_- Facture protestable.....	44
_- Enrichissement sans cause.....	46

(b).- LIEU DE SITUATION.....	49
1. <i>Créances incorporées dans un titre</i>	52
_- Titres au porteur.....	53
_- Warrant.....	59
2. <i>Créances portant sur un immeuble</i>	60
Conclusion du paragraphe	62
§ 2.- La source	63
<i>Identification</i>	63
<i>Délimitation</i>	64
<i>Structure</i>	67
(a).- SOURCES CONTRACTUELLES.....	75
1. <i>Difficultés issues du droit des contrats</i>	75
_- Le conflit de lois sur les créances futures.....	75
_- Le contrat d'échange.....	81
_- La location financière internationale.....	82
_- Le dépeçage.....	84
2. <i>Difficultés issues du droit des sociétés</i>	90
_- Créances nées de l'activité d'une succursale.....	91
_- Créances nées de l'activité d'une filiale.....	96
(b).- SOURCES EXTRACONTRACTUELLES.....	100
1. <i>La qualification de la responsabilité</i>	104
_- L'extension de la responsabilité contractuelle.....	105
_- Les précontrats.....	111
2. <i>L'éclatement des éléments de rattachement</i>	113
Conclusion du paragraphe	122
§ 3.- La personne	130
<i>Principe</i>	130

<i>Fondement</i>	133
<i>Affinement</i>	141
(a).- LA PERSONNE DU CRÉANCIER.....	145
1. <i>La compétence de la loi du créancier de lege lata</i>	147
_- L'autonomie de la créance.....	150
_- Le rôle de la volonté.....	152
2. <i>La compétence de la loi du créancier de lege feranda</i>	153
_- La responsabilité du fait des produits.....	153
_- Le contrat de consommation.....	155
_- Le contrat de travail.....	157
(b).- LA PERSONNE DU DÉBITEUR.....	159
1. <i>L'incidence du conflit mobile</i>	159
_- La fraude à la loi.....	161
_- L'extinction de la dette par l'application de la loi nouvelle.....	162
_- Nationalisation et conflit mobile.....	163
2. <i>L'incidence du principe de proximité</i>	164
Conclusion de la première Section	167
SECTION II.- La combinaison des trois éléments de rattachement	168
§ 1.- L'ubiquité des créances	169
(a).- UBIQUITÉ ET COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE.....	169
(b).- UBIQUITÉ ET COMPÉTENCE LÉGISLATIVE.....	174
§ 2.- Localisation principale et localisation subsidiaire	178
(a).- LOCALISATION TECHNIQUE.....	179
(b).- LOCALISATION FINALITAIRE.....	183
1. <i>Rattachement en cascade</i>	184
2. <i>Rattachement alternatif</i>	186

§ 3.- Rattachement général et rattachements spéciaux	189
(a).- RATTACHEMENTS SPÉCIAUX À FONCTION LOCALISATRICE	192
1. <i>Enrichissement sans cause</i>	192
2. <i>Titres corporels</i>	193
3. <i>Créances et nationalisation</i>	193
4. <i>Créances extracontractuelles</i>	194
(b).- RATTACHEMENTS SPÉCIAUX À FONCTION SUBSTANTIELLE	195
<i>Créances extracontractuelles</i>	195
2. <i>Créances des consommateurs</i>	197
3. <i>Créances de salaire</i>	197
4. <i>Créances alimentaires</i>	198
Conclusion du Chapitre premier	199
CHAPITRE II.- La pluralité des règles tenant à l'origine des créances	200
SECTION I.- La pluralité des sources des créances	204
(a).- CRÉANCES ET GROUPE DE CONTRATS	205
1. <i>La prise en compte de la notion de groupe de contrats par la règle de conflit de lois</i>	205
2. <i>Les limites de la prise en compte de la notion de groupe de contrats</i>	208
_- <i>L'autonomie de la volonté</i>	208
_- <i>La loi de la sous-créance</i>	209
_- <i>L'incidence de la notion de cause</i>	210
(b).- CRÉANCES ET GROUPE DE SOCIÉTÉS	211
1. <i>Créances contractuelles et groupe de sociétés</i>	213
_- <i>Créances de salaires</i>	213
_- <i>Créances et pools bancaires</i>	215

_- Responsabilité de la société-mère du fait des activités de sa filiale.....	216
2. Créances extracontractuelles et groupe de sociétés.....	217
_- La responsabilité de la société-mère.....	218
_- La recevabilité de l'action en justice du créancier.....	219
_- Les lois en conflit.....	220
SECTION II.- La pluralité des moments d'exécution des créances.....	224
(a).- L'INCIDENCE DE LA DURÉE D'EXÉCUTION SUR LE CONFLIT DE LOIS.....	226
(b).- LES MOMENTS DE LA CRÉANCE.....	230
Conclusion de la Section seconde et du Chapitre second.....	234

TITRE II

LA PLURALITÉ DES MÉTHODES

CHAPITRE I.- Intervention de la volonté privée et affranchissement de la règle de conflit de lois.....	242
SECTION I.- Les grands contrats internationaux.....	242
§ 1.- Les grands contrats internationaux relèvent de la loi d'autonomie.....	245
(a).- L'EXCLUSION DU CONTRAT SANS LOI.....	247
(b).- LOI D'AUTONOMIE ET ARBITRAGE INTERNATIONAL.....	249
(c).- LES RATTACHEMENTS PROPOSÉS À DÉFAUT DE CHOIX.....	253
§ 2.- La loi d'autonomie n'est pas une règle matérielle.....	255
SECTION II.- Le pouvoir bancaire international.....	259
§ 1.- Expression du pouvoir bancaire international.....	260

(a).- EXPRESSION DANS L'UTILISATION DE LA SPHÈRE CONTRACTUELLE.....	260
(b).- EXPRESSION DANS L'UTILISATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT DE LOIS.....	265
§ 2.- Cantonement du pouvoir bancaire international	268
(a).- CONTRAINTES NATIONALES.....	268
(b).- CONTRAINTES INTERNATIONALES.....	269
Conclusion du Chapitre premier	271
CHAPITRE II.- Intervention du pouvoir étatique et combinaison de règles unilatérales et matérielles	272
SECTION I.- L'expansion de l'unilatéralisme	278
§ 1.- La sphère des lois de police	278
(a).- LE CONTRÔLE DES CHANGES.....	282
(b).- L'ABANDON DE CRÉANCES.....	286
§ 2.- La coexistence des lois de police	288
(a).- LA PRISE EN CONSIDÉRATION DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES.....	299
_- L'application bilatérale de dispositions de droit public étranger.....	290
_- L'application bilatérale de lois de police étrangères.....	291
(b).- LE CARACTÈRE IMPARFAIT DE LA PRISE EN CONSIDÉRATION.....	294
SECTION II.- L'expansion de la codification internationale	297
§ 1.- Conventions portant règles de conflit de lois uniformes	297
(a).- CONVENTIONS APPRÉHENDANT DIRECTEMENT LES CRÉANCES.....	298
(b).- CONVENTIONS APPRÉHENDANT INDIRECTEMENT LES CRÉANCES.....	298

§ 2.- Conventions portant règles matérielles.....	300
(a).- CONVENTIONS APPRÉHENDANT DIRECTEMENT LES CRÉANCES.....	300
(b).- CONVENTIONS APPRÉHENDANT INDIRECTEMENT LES CRÉANCES.....	302
Conclusion de la première Partie.....	305

SECONDE PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE AUX CRÉANCES

VUES PRÉLIMINAIRES.-.....	309
1. <i>Distinction entre conflit des lois et jouissance des droits</i>	307
2. <i>Questions exclues du domaine de la loi de la créance</i>	311
3. <i>Modalités des créances</i>	313
4. <i>Individualisation des créances</i>	316

TITRE I

LA FORMATION DES CRÉANCES

CHAPITRE I.- La mise en œuvre de la loi applicable en amont de la naissance de la créance	320
SECTION I.- Les hypothèses d'application de la loi de la créance	320
§ 1.- Le créancier entend consolider son droit éventuel	321
§ 2.- Le créancier entend transmettre son droit éventuel	322

SECTION II.- Les éléments du domaine de la loi de la créance.....	323
§ 1 .- Opérations de consolidation du droit éventuel.....	323
(a).- LA SAISIE-CONSERVATOIRE.....	323
(b).- LA PRÉSENTATION À L'ACCEPTATION DE LA LETTRE DE CHANGE....	324
§ 2.- Opérations de transmission du droit éventuel.....	324
(a).- L'ADMISSION DU PRINCIPE.....	325
(b).- LES CONDITIONS D'INDIVIDUALISATION.....	325
CHAPITRE II.- La mise en œuvre de la loi applicable au moment de la naissance de la créance.....	327
SECTION I.- Créances nées d'un délit.....	327
§ 1.- Créances délictuelles et accidents de la circulation routière.....	328
(a).- L'ÉTENDUE DU DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE.....	328
1. Compétence entière de la loi de la créance délictuelle.....	329
2. Compétence partagée de la loi de la créance délictuelle.....	332
_- La faillite de l'auteur du dommage.....	332
_- Les dommages multiples.....	332
_- Le plafonnement légal de responsabilité.....	333
(b).- LES LIMITATIONS APPORTÉES AU DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE	335
1. Dérogations communément admises.....	336
_- La subrogation légale.....	336
_- L'action directe de la victime.....	338
_- Les règles de preuve.....	340
2. Dérogations spécifiques de certains droits étrangers.....	340

_- La protection des intérêts nationaux.....	340
_- La limitation de responsabilité.....	341
_- La contribution à la dette.....	342
§ 2.- Créances délictuelles et faits juridiques.....	343
(a).- ENRICHISSEMENT SANS CAUSE.....	344
(b).- RÉPÉTITION DE L'INDU.....	346
§ 3.- Créances délictuelles et groupes de sociétés.....	347
SECTION II.- Créances nées d'un contrat.....	349
§ 1.- Rapports contractuels simples.....	350
(a).- CRÉANCES DE NATURE CIVILE.....	350
1. Contrat de vente.....	351
2. Contrat de louage.....	351
(b).- CRÉANCES BANCAIRES.....	352
1. Contrat de crédit.....	353
2. Contrat de dépôt.....	356
3. Contrat de garantie bancaire.....	356
(c).- CRÉANCES DE SALAIRE.....	357
1. Compétence entière.....	358
2. Compétence partagée.....	359
3. Compétence exclue.....	360
§ 2.- Rapports contractuels complexes.....	361
(a).- ÉMISSION D' ACTIONS OU D'OBLIGATIONS.....	361
(b).- INCIDENCE D'UNE CHAÎNE DE CONTRATS SUR LE DOMAINE DE LA	

LOI APPLICABLE.....	
363	
1. L'indivisibilité des maillons de la chaîne.....	363
2. L'équilibre des maillons de la chaîne.....	364
3. La détermination du prix.....	365
(c).- INCIDENCE DE LA FRAUDE ENTOURANT LA NAISSANCE DE LA CRÉANCE..	367
SECTION III.- Créances nées d'un rapport cambiaire.....	369
SECTION IV.- Créances nées d'un rapport familial.....	373
§ 1.- Créances alimentaires.....	373
(a).- DES ÎLOTS DE TURBULENCE.....	376
1. Les questions préalables.....	376
2. La contribution aux charges du mariage.....	378
3. Le caractère saisissable de la créance alimentaire.....	381
(b).- LIMITE AFFECTANT LA COMPÉTENCE DE LA LOI DE LA CRÉANCE.....	381
§ 2.- Créances et succession mobilière.....	382
(a).- DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE.....	384
1. Les créances contre la succession.....	395
2. Les créances dans la succession.....	396
3. L'indivision post-successorale.....	396
(b).- DOMAINE DE LA LOI SUCCESSORALE.....	397
1. Les créances contre la succession.....	397
2. Les créances dans la succession.....	389

3. L'indivision post-successorale.....	390
§ 3.- Créances et régime matrimonial.....	391
(a).- DOMAINE DE LA LOI DE LA CRÉANCE.....	392
1. Les créances contre le régime matrimonial.....	392
2. Les créances du régime matrimonial.....	393
_- L'hypothèque légale des époux.....	394
_- Le compte-joint entre époux.....	395
3. L'indivision post-communautaire.....	396
(b).- DOMAINE DE LA LOI DU RÉGIME MATRIMONIAL.....	397
1. Les créances contre le régime matrimonial.....	397
2. Les créances du régime matrimonial.....	397
3. <i>L'indivision post-communautaire</i>	398
Conclusion du TITRE I.....	399
 TITRE II	
 LA RÉALISATION DES CRÉANCES	
 CHAPITRE I.- La vie de la créance	 402
 VUES PRÉLIMINAIRES.-.....	 402
1. <i>Créance et droit de propriété</i>	403
_- Définitions traditionnelles.....	404
_- Conceptions actuelles.....	406
2. <i>Cessions particulières de créances</i>	411

	645
_- Cession de créances futures.....	411
_- Cession d'antériorité.....	412
_- Cession de contrat.....	413
3. <i>Cession de créance et transfert international de patrimoine</i>	418
_- Cession de créance et fusion de sociétés.....	418
_- Cession de créance et nationalisation.....	421
4. <i>L'intérêt des tiers</i>	422
SECTION I.- La créance en elle-même	427
§ 1.- La créance transmise	427
(a).- LA CESSION DE CRÉANCE CIVILE	427
1. La loi applicable à l'opposabilité de la cession.....	432
_- L'opposabilité de la cession au débiteur cédé.....	432
_- L'opposabilité de la cession aux tiers autres que le débiteur cédé.....	440
2. <i>L'étendue du domaine de la loi de la créance cédée</i>	445
_- <i>L'appréciation de la cause</i>	445
_- <i>L'incidence de la cession sur le conflit de juridictions</i>	446
3. <i>Cession de créance et subrogation personnelle</i>	449
_- <i>Domaine invariable de la loi de la créance transmise</i>	450
_- <i>Domaine variable de la loi de la créance transmise</i>	451
(b).- LES CSSIONS SIMPLIFIÉES	453
1. <i>La mobilisation des créances sur l'étranger</i>	457
_- <i>Les bordereaux de cession</i>	457
_- <i>L'affacturage international</i>	465
2. <i>Les conflits entre ayants cause d'un même cédant</i>	470
_- <i>Conflits procédant de l'utilisation de techniques de cession identiques</i>	472
_- <i>Conflits procédant de l'utilisation de techniques de cession différentes</i>	474

§ 2.- La créance engagée	477
(a).- LE NANTISSEMENT DE CRÉANCE.....	477
(b).- LA DÉLÉGATION DE CRÉANCE.....	480
 SECTION II.- La créance et ses accessoires	483
§ 1.- Le domaine de la loi de la créance garantie et la constitution de l'accessoire	484
(a).- COMPÉTENCE ENTIÈRE DE LA LOI DE LA CRÉANCE GARANTIE.....	484
1. <i>L'accessoire et la créance ont une origine contractuelle commune</i>	485
2. <i>L'accessoire est accordé par la loi de la créance</i>	486
(b).- COMPÉTENCE PARTAGÉE DE LA LOI DE LA CRÉANCE GARANTI.....	488
1. <i>Cas de compétence partagée où la notion de dépossession est indifférente</i>	489
2. <i>Cas de compétence partagée où la notion de dépossession est déterminante</i>	490
_- Sûretés réelles avec dépossession.....	490
_- Sûretés réelles sans dépossession mais soumises à publicité.....	491
_- Sûretés réelles sans dépossession ni publicité.....	492
§ 2.- Le domaine de la loi de la créance garantie et la transmission de l'accessoire	492
(a).- RÔLE DES LOIS DE LA CRÉANCE CÉDÉE ET DU CONTRAT DE CESSION. 494	
(b).- RÔLE DE LA LEX REI SITAE.....	495
1. <i>La clause de réserve de propriété</i>	496
2. <i>L'hypothèque conventionnelle</i>	497
Conclusion du Chapitre premier	499
 CHAPITRE II.- L'extinction de la créance	500

SECTION I.- L'extinction de la créance procédant de son exécution volontaire	500
§ 1.- L'extinction de la créance en vertu d'un paiement	501
(a).- APPRÉCIATION DE LA VALIDITÉ DU PAIEMENT.....	501
(b).- MODALITÉS DU PAIEMENT.....	502
1. <i>Techniques de recouvrement de la créance</i>	502
2. <i>Modes d'expression du montant de la créance</i>	504
§ 2.- L'extinction de la créance en l'absence d'un paiement effectif	506
(a).- MODES D'EXTINCTION PROCÉDANT DE LA VOLONTÉ CONTRACTUELLE.	506
1. La compensation conventionnelle.....	507
2. La novation par changement d'objet.....	511
(b).- MODES D'EXTINCTION EXTÉRIEURS À LA VOLONTÉ CONTRACTUELLE.....	511
SECTION II.- L'extinction de la créance procédant de son exécution contrainte	517
§ 1.- La créance est recouvrée contre un opérateur de droit privé	518
(a).- LES ACTIONS PROTECTRICES DU DROIT DE GAGE GÉNÉRAL.....	518
1. <i>Actions relevant exclusivement de la loi de la créance protégée</i>	520
2. <i>Actions nécessitant l'intervention d'une loi tierce</i>	521
(b).- LA RIVALITÉ DE LA LOI DE LA SAISIE.....	523
1. <i>L'obstacle de la compétence juridictionnelle</i>	523
_ . Compétence judiciaire et saisie.....	527
_ . Compétence judiciaire et saisie-arrêt.....	527

2. <i>La réalisation de la saisie</i>	530
_ . <i>Appréciation des caractères de la créance cause de la saisie-arrêt</i>	531
_ . <i>Appréciation du caractère saisissable de la créance objet de la saisie-arrêt</i>	532
(c).- LA SUPRÉMATIE DE LA LOI DE LA FAILLITE	535
1. <i>L'éviction de la loi de la créance par la lex concursus</i>	536
2. <i>La prise en compte de la loi de la créance dans la conception universaliste de la faillite</i> ...	541
§ 2.- La créance est recouvrée contre un opérateur de droit public	543
(a).- RECOUVREMENT DE LA CRÉANCE ET IMMUNITÉS DES ÉTATS	544
1. <i>La condition d'un lien entre la créance cause de la saisie-arrêt et le for</i>	548
2. <i>La condition d'un lien entre la créance objet de la saisie-arrêt et l'activité litigieuse</i> .	551
(b).- RECOUVREMENT DE LA CRÉANCE ET RÉÉCHELONNEMENT DES DETTES ...	553
1. <i>La relation entre les banquiers coéchangistes</i>	554
2. <i>La relation entre le banquier et l'Etat débiteur</i>	555
Conclusion de la seconde Partie	557
Conclusion générale	558
Bibliographie	560
Index chronologique de jurisprudence	600
Index thématique de jurisprudence	605
Index alphabétique	624
Table des matières	634