S.d.N. - U.D.P. 1931
ETUDES IV : Vente - Doc. 15

INSTITUT INTERNATIONAL DE ROME POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ

COMITÉ DU CONSEIL POUR L'UNIFICATION DE LA VENTE

Berlin, séances du 17, 18, 19, 20, 21 février 1931

forme-t-il? M. Rabel met en doute que la solution proposée par le rapport et qui correspond au droit autrichien et suisse, soit la meilleure solution pour une unification. On a abandonné cette solution dans le nouveau code de commerce allemand et dans le projet tchéco-slovaque, en considérant qu'elle fixe le moment de la perfection du contrat d'une manière trop arbitraire. M. Rabel demande à M. Gutteridge ce qui arrive en Angleterre, quand l'acceptation se perd en route.

M. GUTTERIDGE répond que, d'après le droit anglais, l'offrant est lié dès que l'acceptant met sa lettre à la boite, mais que dans le grand commerce il est d'usage qu'un délai pour l'acceptation soit prescrit expressément par l'offrant et que, dans ce cas, le voyage de l'acceptation est aux risques de l'offrant (subject to replying in...days).

M. RABEL propose de s'attacher à cette exception du droit anglais en disant que, si l'offrant prescrit un délai, il est censé le prescrire de telle façon que la réponse doit être arrivée dans le délai.

M. GUTTERIDGE croît qu'il serait très utile de fixer une règle sur la révocabilité de l'acceptation jusqu'à sa réception.

Le Comité est d'accord sur les points suivants:

1 .- L'offre avec terme lie le vendeur.

2 .- L'offre sans terme lie le vendeur à partir de l'envoi de l'acceptation.

3 .- La question de savoir, si le contrat est conclu au moment de l'envoi ou au moment de la réception de l'acceptation sera soumise à des experts qui examineront les conséquences pratiques de ces règles:

a) Qui supporte le risque de la perte de l'acceptation?

b) L'acceptation peut-elle être révoquée avant son arrivée?

c) Quelle influence ont la mort et l'incapacité des deux parties pendant le voyage de l'acceptation?

II. L'ACCEPTATION TACITE

Il est donné lecture de l'exposé de l'Institut de Berlin sur cette question. On est d'accord pour admettre que les principes développés dans ce rapport sont aussi à peu près les mêmes en France et en Angleterre. Le Comité croit utile de régler cette question dans le projet.

M. CAPITANT estime que le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation doit être adopté comme principe général et qu'il faudrait préciser les cas discutés comme exceptions (relations entre les parties, associations et formulaires).

M. GUTTERIDGE fait observer qu'il y a des jugements anglais relatifs aux conditions générales qui sont imprimées d'une façon illisible; ces jugements décident que de semblables conditions ne font pas partie du contrat.

M. TITZE déclare qu'il existe un jugement allemand qui a statué conformément à cette règle.

Le Comité examine la question de savoir ce qu'il y a lieu de décider quand les deux parties contractantes ont des conditions différentes et que les deux parties persistent chacune sur ses conditions

tout en étant d'accord sur la conclusion du contrat.

M. RABEL observe qu'à Hambourg on accueille l'opinion que le contrat est formé selon les conditions de la dernière lettre, mais son avis personnel est que, dans ce cas, le contrat doit être réputé conclu sans conditions.

Le Comité est du même avis.

III. ACCEPTATION PAR TELEGRAMME

M. RABEL propose de suggérer à toutes les administrations postales de remettre une copie authentique du télégramme.

Le Comité trouve que cette solution serait éminemment pratique, et est d'avis d'insérer une telle règle dans le projet.

IV. INFLUENCE DE LA FAILLITE SUR LE CONTRAT EN FORMATION

Le Comité prend connaissance de l'exposé de M. Eckstein sur cette matière et approuve les points 1 et 2 a) du résumé de ce rapport. La question 2 b) - faillite du destinataire - est réservée.

M. RABEL précise la conclusion à tirer du point 1 que ce qui vaut pour la formation du contrat en général, vaut aussi pour la faillite en particulier.

Séance du 18 février 1931

Sont présents:

Du Conseil: M. CAPITANT assisté de M. Hamel; M. GUTTERIDGE remplaçant Sir Cecil Hurst; M. FEHR et M. BAGGE, remplaçant M. Unden; M. RABEL assisté de MM. Heymann, Wahl, Arndt.

Du Secrétariat de l'Institut: M. FICKER assisté de M.lle von Schwartzkoppen.

==========

La séance est ouverte à 15 h. ½ pour la discussion des conséquences de l'inexécution du contrat.

Est donnée lecture des conclusions adoptées à la session de Paris (Obligations du vendeur N°. 4, 5, 13, 14, 15). Est soumis au Comité le rapport de M. Gutteridge sur le droit anglais en matière de dommages-intérêts pour la non-livraison de la marchandise ainsi que le rapport de M. Heymann concernant le calcul abstrait et concret du dommage de l'acheteur et un rapport de l'Institut de Berlin relatif à la même matière.

I. CONDITIONS DU RETARD

M. RABEL fait observer que pour tous les contrats conclus sans terme il faudra envisager deux sous-hypothèses:

1°.- La marchandise peut être livrée tout de suite.

2°.- La marchandise doit encore être transportée ou fabriquée.

Si l'on exige une sommation, ce qui est douteux, l'acheteur ne pourra mettre le vendeur en demeure et faire la sommation que lorsque, depuis le moment du contrat, le vendeur a eu le temps de se conformer à ses obligations. Mais dans ce cas on peut encore se demander s'il ne faut pas changer le caractère de la sommation de manière à permettre qu'elle soit faite avant l'expiration du temps nécessaire au vendeur.

M. GUTTERIDGE craint que pareille solution ne puisse être acceptée en Angleterre vu que d'après le droit anglais l'initiative appartient toujours au débiteur qui doit chercher son créancier.

Le Comité discute la question de savoir à quel moment doivent commencer à courir les dommages-intérêts moratoires.

M. GUTTERIDGE expose que, d'après le droit anglais, l'acheteur doit laisser passer le "reasonable time".

D'après la loi scandinave l'acheteur doit envoyer une sommation au vendeur, à moins que l'intention de ne pas exécuter le contrat ne soit manifeste dès le retard.

Le Comité est d'avis que, lorsqu'il n'y a pas de délai stipulé par le contrat ou les usages, une sommation de la part de l'acheteur doit être nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires.

II. MOMENT AUQUEL NAIT LE DROIT A LA RESILIATION ET A L'OBTENTION DE DOMMAGES-INTERETS COMPENSATOIRES

M. GUTTERIDGE affirme qu'en ce qui concerne le moment où naît le droit à résiliation et à l'obtention de dommages-intérêts compensatoires

des difficultés surgiraient fréquemment dans les conditions suivantes: Le vendeur est en retard pour la livraison de la marchandise; l'acheteur constate la "rescission", mais le vendeur lui oppose qu'il n'a pas encore le droit de résilier le contrat et demande des dommages-intérêts à son tour.

M. HEYMANN fait valoir que le fait d'une incertitude résultant du contrat sans terme existe partout, mais qu'elle conduira les parties à fixer un terme elles-mêmes.

Le Comité confirme sa résolution de Paris (p. 11 N°. 15).

III. DOMMAGE ABSTRAIT ET DOMMAGE CONCRET

Les rapports de M. Heymann et de l'Institut de Berlin constituent la base de la discussion.

M. RABEL expose la différence entre la juridiction du "Reichsoberhandelsgericht" (lucrum cessans) et celle du "Reichsgericht". Il souligne que, d'après le système allemand, l'acheteur a toujours le choix entre les deux systèmes de calcul.

M. HEYMANN est favorable au calcul d'après le système abstrait, mais ne veut pas exclure tout à fait le droit d'option de l'acheteur pour le cas où le dommage concret serait supérieur au dommage abstrait.

M. GUTTERIDGE expose que le calcul abstrait est à la base du système anglais. On ne fait une exception que pour les quatre cas suivants:

1.- si la marchandise n'a pas de prix sur le marché;

2.- s'il y a refus anticipé du vendeur;

3.- si l'acheteur a payé le prix d'achat à l'avance;

4.- si le vendeur n'a pas fait tout son possible pour diminuer le dommage.

M. GUTTERIDGE croît qu'on ne peut admettre le calcul concret que dans les limites de la prévisibilité, c'est-à-dire dans les cas où le vendeur avait connaissance du fait que l'acheteur avait revendu la marchandise à un prix supérieur à son prix d'achat.

Le Comité, après avoir discuté ces questions, se déclare favorable à la solution suivante: le dommage abstrait est seul considéré en principe dans tous les cas où la marchandise a un prix courant. L'acheteur peut demander à être indemnisé du dommage concret qu'il a subi et qui est supérieur au dommage résultant du calcul <u>in abstracto</u>, si le vendeur a pu prévoir que le dommage concret serait considérablement supérieur. D'autre part l'acheteur, bien qu'il ne soit pas obligé de faire une vente de remplacement, peut se voir opposer que s'il avait effectué une vente de remplacement, le dommage abstrait aurait été réduit.

Le Comité prie M. Fehr de bien vouloir traiter cette question dans son rapport sur les moyens de droit de l'acheteur.

IV. MOMENT A CONSIDERER POUR LE CALCUL DU DOMMAGE ABSTRAIT

M. RABEL expose que, d'après le droit allemand en vigueur, l'acheteur a le choix entre le moment où le vendeur a été mis en demeure et le moment de l'échéance du délai de grâce.

M. HEYMANN fait observer que la loi allemande n'a accepté le délai de grâce que pour donner la possibilité d'une purgatio morae et pour empêcher l'acheteur de déclarer la résiliation du contrat en temps opportun.

Le Comité étant unanime pour déclarer que le délai de grâce doit être supprimé pour le commerce international, est d'avis que le droit d'option du vendeur doit être éliminé.

M. FEHR déclare que la différence entre le droit scandinave et le droit allemand est la suivante:d'après le droit allemand l'acheteur a la faculté de terminer la période d'incertitude, tandis que d'après le droit scandinave c'est au vendeur qu'appartient cette initiative.

M. BAGGE attire l'attention du Comité sur le fait qu'il serait nécessaire d'ajouter aux deux cas énumérés dans le procès-verbal de Paris (p. 11 N°. 15) le cas où l'acheteur a demandé l'exécution sans fixer un délai pour la livraison.

M. CAPITANT est d'avis que, dans ce cas, il faut demander l'exécution immédiate.

M. BAGGE déclare que cette question n'a pas trouvé de solution dans la jurisprudence scandinave.

Le Comité discute s'il y a lieu de donner à côté du dommage abstrait compensatoire des dommages-intérêts moratoires.

M. FEHR déclare que dans les cas où le droit scandinave adopte le mode de calcul abstrait, il concède en outre des dommages-intérêts moratoires.

Le Comité approuve la solution suivante qui, selon son avis, pourrait satisfaire aux besoins du commerce international:

Si un délai de livraison est fixé dans le contrat ou d'après l'usage commercial et que ce délai est expiré, l'acheteur a le droit de résilier. Si le retard est imputable au vendeur, l'acheteur peut demander des dommages-intérêts. Dans ce cas le moment décisif pour le calcul abstrait est l'expiration du délai. Pour le droit de résiliation il n'y a pas de différence à faire entre le cas où le retard est imputable au vendeur et celui où il ne l'est pas.

S'il n'y a pas de terme, le "reasonable time" court et les conséquences juridiques ne se produisent qu'après expiration du "reasonable time". L'acheteur peut fixer un délai de livraison au vendeur; le vendeur doit alors livrer dans ce délai. Si l'acheteur ne fixe pas de délai, le vendeur a la possibilité de mettre fin à la période d'incertitude en provoquant une décision de la part de l'acheteur. Si l'acheteur demande la livraison de la marchandise, le vendeur est forcé de livrer. Alors il n'y a pas non-exécution du contrat; le retard ne commence à courir qu'au moment de la demande de l'acheteur. Ce moment est aussi décisif pour la naissance du droit à dommages-intérêts de l'acheteur.

V. DISCUSSION DES DERNIERS ARTICLES DES TEXTES PROPOSES PAR M. HAMEL

Le Comité est d'avis que, d'après la discussion des dernières séances, l'art. 5 des textes n'est plus nécessaire.

Art. 6 - Preuve de l'imputabilité

Le Comité examine la solution proposée par M. Hamel qui a trait aux choses de genre et aux choses d'espèce. Les Membres du Comité exposent l'attitude de leurs lois en cette question. Les tribunaux français et scandinaves demandent que l'absence de faute du vendeur soit établie de façon très précise tandis que les tribunaux allemands interprètent le § 285 du Code Civil allemand d'une manière plus favorable au débiteur. Les membres allemands sont d'avis qu'il faudrait restreindre l'indulgence du droit allemand en vigueur mais que, d'autre part, la proposition de M. Hamel paraît par trop sévère.

M. HEYMANN expose qu'il serait possible de limiter la non responsabilité du vendeur à certains cas spécifiés ou bien d'exiger que le débiteur donnât la preuve du fait concret duquel dérive la non-livraison et qui n'est pas imputable au débiteur.

M. BAGGE fait observer que le droit scandinave fait une différence entre les choses de genre et les choses d'espèce. En ce qui concerne les choses de genre, le droit ne fait résulter la non-responsabilité que de certains cas spécifiés; pour les choses d'espèce il suffit que le débiteur prouve que la non-livraison ne lui est pas imputable.

M. CAPITANT propose de limiter la non-imputabilité de l'inexécution au vendeur au cas de cas fortuit, de force majeure et de faute d'un tiers dont le débiteur n'est pas responsable.

Le Comité est favorable à une solution qui distinguerait entre les choses de genre et les choses d'espèce et qui accepterait pour les cas spéciaux une règle dans le sens des propositions de M. Capitant. Cependant le Comité ne prend pas de résolution définitive.

La séance est levée à 19 h.

Séance du 19 février 1931

Sont présents:

Du Conseil: M. CAPITANT assisté de M. Hamel; M. GUTTERIDGE remplaçant Sir Cecil Hurst; M. FEHR et M. BAGGE, remplaçant M. Unden; M. RABEL assisté de MM. Hesse, Stulz, Wahl, Rheinstein, Arndt.

Du Secrétariat de l'Institut: M. FICKER assisté de M.lle von Schwartzkoppen.

==========

La séance est ouverte à 10 h. pour la discussion des questions concernant le pactum reservati dominii.

La base de discussion est le rapport de M. Stulz sur cette question.

M. GUTTERIDGE fait des réserves sur l'utilité de comprendre cette question dans le projet, et demande s'il ne vaudrait pas mieux la régler dans une loi spéciale.

On est d'accord que la question principale porte sur l'effet du pacte dans la faillite.

M. BAGGE fait observer qu'en principe il est d'avis que le pacte est nécessaire. Mais il faudrait faire des exceptions à ce principe par égard à l'intérêt du crédit et aux intérêts des personnes qui sont de bonne foi.

M. RABEL donne un résumé sur l'étendue du pactum dans les divers pays (Stulz, p. 1).

M. HAMEL craint qu'un pactum reservati dominii général ne change certaines habitudes commerciales étant donné que les banquiers en France hésiteraient à donner des crédits aux acheteurs.

Sur une question posée par M. Gutteridge

M. STULZ fait observer qu'il faut distinguer entre les cas dans lesquels les banques interviennent et les cas contraires. Quand les banques interviennent, le pactum n'entre pas en jeu, il est même défendu, p.e. par les conditions générales des exportateurs allemands.

Le Comité est d'accord que, si l'on veut unifier le droit du pactum reservati dominii, il faut strictemont limiter les cas dans lesquels ce pacte est possible.

FORME ET ENREGISTREMENT (Stulz p. 2)

M. BAGGE déclare qu'en Suède on a fait de mauvaises expériences avec l'enregistrement.

M. HESSE est du même avis. Il déclare qu'on pourrait discuter un enregistrement pour les cas de la "Sicherungsübereignung", comme il existe en Suède, mais que l'enregistrement pour le cas du pactum ne fonctionnerait jamais.

M. FICKER fait observer qu'on a discuté la question de l'enregistrement en Allemagne à l'occasion du "Registerpfandrecht" mais qu'on a trouvé qu'un tel enregistrement pour être efficace devrait être réglé d'une façon très compliquée ce qui empêcherait le fonctionnement du pactum au lieu de le faciliter.

M. STULZ expose que chaque pays devrait être libre d'introduire l'enregistrement par loi interne.

Le Comité est d'avis que, comme règle internationale, il ne faudra pas prescrire l'enregistrement.

En ce qui concerne les pays dans lesquels l'enregistrement est prescrit par loi interne, le Comité est favorable à la solution canadienne, citée par M. Stulz p. 3, qui introduit un délai de 30 jours, après l'arrivée de la chose, pour l'enregistrement.

Quant à la nécessité formelle d'un écrit, on est d'accord qu'elle ne donne pas une garantie absolue, mais que son adoption constituerait un progrès, comparé à la situation actuelle.

OBJETS

Le Comité est d'accord qu'il faut restreindre l'étendue des objets qu'on peut vendre avec le pactum reservati dominii et discute d'abord la question de savoir si l'on pourrait faire une différence entre choses de genre et choses d'espèce. Mais, même en admettant le pactum seulement pour les choses qui sont fabriquées comme choses d'espèce et en excluant les choses sujettes à une spécialisation, l'étendue des choses à vendre avec le pactum est encore trop vaste.

M. RABEL expose que la différence fondamentale est celle entre les marchandises destinées à être revendues et celles qui ne le sont pas. On pourrait faire une distinction ou d'après cette destination ou d'après le fait de la revente effective.

Le Comité est d'avis que cette différence est essentielle en matière du pactum reservati dominii mais, considérant les grandes difficultés qui surgiraient d'une part de la question des matières premières et

d'autre part des difficultés de prouver la revente, le Comité est favorable à une solution qui n'admet le pactum que pour certains objets énumérés. On propose la solution roumaine (Stulz p. 2) ou la solution belge (machines et appareils, même s'ils sont destinés à être revendus, auxquels on pourrait ajouter les automobiles).

Le Comité est d'accord de ne pas trancher cette question et d'en reprendre la discussion à Rome.

RISQUE

La solution proposée par M. Stulz (p. 5) est approuvée.

REVENDICATION

En ce qui concerne la question de la revendication (Stulz p. 5), le Comité est d'avis que la revendication n'est possible que si le vendeur se dédit en même temps du contrat.

La séance est interrompue à midi pour être reprise à 16 h.

EFFETS POUR LES TIERS

Le Comité est d'accord pour décider que le pactum reservati dominii doit être valable dans la faillite de l'acheteur.

Le Comité décide de ne pas donner de règle spéciale pour la question de bonne foi, vu que les règles de bonne foi dérivent du droit foncier et que, pratiquement, toutes les législations nationales protègent les tiers.

Les parties sont libres d'admettre que les risques passent à l'acheteur soit avant, soit après le transfert de la propriété.

M. CAPITANT fait observer que, d'après le droit français, il est assez rare que les risques ne passent pas en même temps que la propriété.

M. RABEL propose de faire abstraction des clauses qui existent surtout dans la vente d'outre mer, et de ne donner une règle que pour les contrats sans clause comme on les trouve dans la vente continentale. Il souligne qu'il est nécessaire de distinguer nettement entre le déplacement des risques et le transfert de la propriété.

M. BAGGE expose que la loi scandinave donne une interprétation des clauses principales et que le commerce a reçu favorablement ces règles. Il est de l'avis de M. Rabel qu'on ne devrait pas tenir compte expressément de ces règles dans le projet, mais que le projet devrait être en harmonie avec une réglementation comme celle des lois scandinaves.

Le Comité est favorable à une telle réglementation, mais remet sa décision définitive à une session ultérieure.

M. RABEL fait observer qu'il faut distinguer entre deux cas différents dans la vente d'outre-mer:

1.- l'obligation de livrer une seconde fois est toujours exclue dans les contrats contenant une clause de chargement, même si le vendeur s'était engagé à fournir la marchandise dans un port défini;

2.- cette règle n'est pas applicable au cas où le vendeur a pris l'obligation de livrer la marchandise à un endroit autre que celui de son

établissement. Dans ce cas le vendeur dispose de la marchandise à l'endroit de livraison et est obligé, le cas échéant, de livrer une deuxième fois.

M. RABEL est d'avis qu'ici il ne s'agit pas d'une question de risque, mais d'une question de spécification.

Le Comité se rallie à cette manière de voir.

Le Comité croit qu'il faut distinguer le cas normal de la vente à distance et le cas où le vendeur garantit l'arrivée de la marchandise au port de destination. Le Comité est d'avis que, dans le cas normal, le risque passe avec l'expédition de la marchandise, c'est-à-dire quand le vendeur a fait tout ce qui lui incombe. On est d'accord pour dire que le mot "expédition" doit être employé dans le même sens que les mots "délivrance" et "delivery".

Le Comité est unanime pour décider qu'il serait utile d'établir, pour les cas de doute, une présomption pour la vente à distance, pour laquelle le risque passe à l'acheteur au moment de l'expédition de la marchandise (cf. § 447 du Code civil allemand).

CHARGEMENT ET GROUPEMENT (BULK)

M. RABEL donne un résumé de la situation en droit actuel (p. 43 du rapport bleu). Pour les ventes cif les risques passent sans contestation à l'acheteur, tandis que la question du transfert de la propriété est fort discutée.

M. HAMEL fait observer qu'en droit américain les différents propriétaires deviennent co-propriétaires de la marchandise.

M. GUTTERIDGE expose que, d'après la jurisprudence anglaise, les acheteurs ne deviennent pas encore propriétaires et que le vendeur est, par conséquent, en droit d'échanger les différentes parties du groupage.

M. RABEL observe que la conséquence pratique de cette jurisprudence est que le vendeur peut réserver sa spécification jusqu'à l'arrivée de la marchandise au port de destination.

ETENDUE DES RISQUES

(p. 32 du rapport bleu)

Le Comité discute le traitement différent de la perte, de la détérioration et de la perte partielle. Il est d'avis que la conséquence la plus importante de cette distinction se rattache à la question de savoir si l'acheteur a le droit de refuser la marchandise ou non, mais que ce problème rentre plutôt dans la matière de l'impossibilité.

M. GUTTERIDGE expose que le droit anglais n'admet une application des règles du transfert des risques que pour les cas où la marchandise a péri. Les cas de fait du prince ne sont pas des cas de risque en droit anglais. Aussi ces derniers sont considérés comme cas d'impossibilité.

Le Comité se rallie à cette manière de voir.

La séance est levée à 18 h. ½.

Séance du 20 février 1931.

Sont présents:

Du Conseil: M. CAPITANT, assisté de M. Hamel; M. GUTTERIDGE remplaçant Sir Cecil Hurst; M. FEHR et M. BAGGE, remplaçant M. Unden; M. RABEL assisté de MM. Wahl, Hesse et Rheinstein.

Du Secrétariat de l'Institut: M. FICKER, assisté de M.lle von Schwartzkoppen.

==========

La séance est ouverte à 10 heures.

Sur la proposition de M. BAGGE on discute la question du transfert de la propriété sur la base d'un rapport de l'Institut de Berlin relatif à cette matière. M. Bagge croit possible une unification des lois concernant le moment où se produit ce transfert si l'on adopte les règles suivantes: pour les choses d'espèce la propriété sera transférée au moment de la conclusion du contrat, tandis que pour les choses de genre la propriété sera transférée dès la spécification définitive (dès qu'elles seront "unconditionally appropriated".). La spécification définitive ne se fait qu'au moment où le vendeur est lié envers l'acheteur; si le vendeur conserve le droit de disposition, la propriété ne passe pas.

M. GUTTERIDGE est favorable à la solution proposée par M. Bagge. Il préférerait personnellement la délivrance comme moment décisif.

M. HAMEL expose le système français concernant la vente à distance des marchandises de genre. D'après la loi française, le transfert

M. CAPITANT et M. GUTTERIDGE expriment leur avis, que le système du privilège du vendeur est tellement implanté dans les lois anglaise et française qu'il vaudrait mieux ne pas y toucher.

En ce qui concerne les corps certains, M. RABEL croit qu'il faudrait distinguer entre deux cas: la loi nationale serait applicable au transfert de la propriété des corps certains tant qu'ils n'auraient pas encore été livrés au voiturier, tandis que la loi internationale entrerait en vigueur dès le moment où le transport aurait commencé. La solution du premier cas est en accord avec le droit international privé: la règle que la lex rei sitae est applicable pour le transfert de la propriété est une des rares règles acceptées à l'unanimité. Le Comité est d'accord sur ce point.

M. RABEL précise le résultat provisoire auquel la discussion a abouti:

Il faut établir les règles suivantes:

1.- Pour les corps certains en tant qu'ils ne sont pas encore livrés au voiturier, la lex rei sitae est applicable au transfert de la propriété.

2.- Pour les corps certains, dès qu'ils sont livrés au voiturier, on applique la règle concernant les marchandises de genre, abstraction faite de la spécialisation.

3.- Pour les marchandises de genre, la propriété passe dès que les choses ont été spécialisées et que le vendeur renonce au droit de disposition.

Le Comité se rallie à ces conclusions et reprend la discussion relative au déplacement des risques et particulièrement à leur étendue (p. 32 du rapport bleu).

LE RETARD DANS LA LIVRAISON DÛ A UN CAS FORTUIT AU COURS DU VOYAGE

M. RABEL fait observer qu'il y a trois solutions possibles. D'après le système anglo-américain le vendeur garantit l'arrivée exacte de la marchandise et supporte par conséquent le risque d'un retard dans l'arrivée de la marchandise. Selon la seconde solution l'acheteur doit supporter le risque du retard, parce que le vendeur est libéré de sa prestation par le cas fortuit. La troisième solution, adoptée par le Code de commerce français (art. 110) statue que le risque du retard doit être assimilé au risque de la perte.

Après la discussion de ces questions, le Comité se déclare favorable à la solution adoptée par le Code de commerce français.

FRAIS SUPPLEMENTAIRES DE TRANSPORT

M. RABEL explique l'état de choses actuel: dans la vente cif, où l'acheteur a le droit de s'attendre à un prix fixe au port cif, les frais de transport sont inclus dans ce prix, mais les frais extraordinaires retombent sur l'acheteur.

Le Comité est unanime pour accepter la solution suivante: En général, les frais extraordinaires doivent être supportés par l'acheteur. Si le vendeur doit livrer à un certain endroit, c'est lui qui supporte ces frais; car, en principe, la question des frais supplémentaires doit être traitée selon les mêmes règles que la question du déplacement des risques.

Séance du 21 février 1931.

Sont présents:

Du Conseil: M. CAPITANT, assisté de M. Rabel; M. GUTTERIDGE, remplaçant Sir Cecil Hurst; M. FEHR, remplaçant M. Unden; M. RABEL, assisté de MM. Heymann, Rheinstein, Wahl.

Du Secrétariat de l'Institut: M. FICKER, assisté de M.lle von Schwartzkoppen.

La séance est ouverte à 10 h. 30.

Les procès-verbaux du 17 février, de la matinée du 19 février, et du 20 février, en ce qui concerne la question du transfert de la propriété, sont approuvés par le Comité.

Le Comité prie M. Gutteridge et M. Fehr, qui acceptent, de vouloir bien préparer pour la session de Rome, leurs rapports, M. Gutteridge sur la partie C de la IVe partie du Rapport bleu, M. Fehr sur les moyens de droit de l'acheteur. Le Comité prie en outre M. Hamel de rédiger à nouveau son rapport sur la demeure en tenant compte des résultats de la présente session du Comité.

Le Comité reprend la discussion sur le transfert des risques. M. RABEL précise le résultat de la discussion du 20 février en ce sens que le Comité est favorable à la règle res perit domino mais que ce résultat ne doit nullement être considéré comme définitif. Il ne constitue qu'une base de discussion et il sera nécessaire d'étudier les conséquences de cette règle dans les différentes hypothèses qui se présentent. Le Comité est favorable à une solution

droit est réservé au vendeur, comme le font observer M. Rabel et M. Capitant, dans les lois allemande et française. Ce droit est construit comme "stipulation pour autrui" et comme "Vertrag zugunsten Dritter", et est donné au vendeur aussi dans l'intérêt de l'acheteur. M. Rabel déclare qu'il fera un rapport sur cette question pour la session de Rome.

M. GUTTERIDGE rappelle que l'Angleterre n'a pas adhéré à la Convention de Berne. Néanmoins le vendeur a le droit d'arrêter la marchandise (dans le transport terrestre). Si le destinataire s'opose à la reprise des biens par le vendeur, l'affaire va au tribunal (interpleader). L'appropriation et le déplacement des risques se font quand-même.

M. HEYMANN fait observer que le risque peut revenir au vendeur s'il change la destination de la marchandise.

Le Comité est d'accord pour dire que le renoncement à la faculté de disposition n'est pas décisif pour le transfert des risques et qu'il faudrait plutôt faire dépendre le déplacement des risques de la remise de la marchandise au premier voiturier à destination de l'acheteur. En ce qui concerne la question de savoir qui doit être considéré comme premier voiturier, le Comité est d'avis de laisser la décision aux lois nationales qui décideront de la portée des usages locaux.

Le Comité décide d'ajourner la discussion de cette question à la prochaine session. L'ordre du jour de cette session est ainsi fixé:

1.- Déplacement des risques;
2.- Garantie du vendeur en raison des défauts de la chose;
3.- Obligations de l'acheteur.

La première séance de cette session aura lieu à Rome le 30 mars à 16 h.

La séance est levée à 13 h.

ANNEXE I

L'ACCEPTATION TACITE.

Entre les problèmes de la formation du contrat il y a encore une question très importante à examiner: Quel est l'effet du silence d'une partie qui a reçu une proposition de l'autre? Ce problème est étroitement lié aux règles spéciales du contrat d'adhésion ou du "contrat type" dont les conditions détaillées sont considérées comme approuvées malgré que les parties n'y aient pas fait allusion en concluant le contrat.

Les tribunaux allemands ont élaboré les règles suivantes:

I.- En principe le silence ne suffit pas pour l'acceptation de l'offre. Ce point a été décidé à propos d'envois de marchandises non commandées et de commandes de marchandises restées sans réponse. Pour la solution contraire, des circonstances spéciales doivent exister, circonstances qui d'après les usages commerciaux imposent au destinataire l'obligation de refuser expressément la proposition s'il ne veut pas être censé comme ayant consenti.

C'est ainsi qu'après des pourparlers dont un accord des parties a déjà résulté, le commerçant doit protester contre une lettre de confirmation qui, tout en reproduisant l'accord dans ses traits essentiels, le corrige, supplée, modifie dans quelques détails; son silence impliquerait sa soumission sous les clauses nouvelles de la lettre de confirmation.

En général ce principe n'est pas applicable aux conditions nouvelles insérées à la lettre d'acceptation; une telle acceptation n'a que la valeur d'une nouvelle offre. Mais dans les

affaires commerciales, quand il s'agit de modifications sans grande portée, le principe de la bonne foi peut exiger de l'offrant une réponse pour éviter que les clauses nouvelles de l'acceptation ne soient pas considérées comme approuvées.

Il arrive souvent que dans la facture les commerçants notent des conditions qui n'ont pas été stipulées dans le contrat. Les clauses de la facture ne sont pas obligatoires pour l'acheteur malgré son silence.

II.- Des cas traités sous I (acceptation tacite d'une proposition expresse) il faut distinguer l'hypothèse où les deux parties se réfèrent sans dire mot, aux conditions générales qui régissent toutes les affaires d'une partie (Allgemeine Geschäftsbedingungen).

Pour que ces conditions deviennent éléments du contrat on exige en général que les parties les mentionnent expressément. La nécessité de la stipulation expresse cesse au cas où les parties ont déjà adopté les conditions dans leurs affaires antérieures; même solution quand les deux parties sont membres d'une association qui a fixé les conditions pour les conventions entre les associés ou quand l'une partie est une entreprise publique ou une grande organisation privée dont les conditions ont été publiées. En ce dernier cas on peut présumer que le contractant se soumet aux conditions qu'il connaît ou doit connaître.

La délimitation exacte de ces solutions est très difficile. La jurisprudence est disposée à admettre assez largement de telles conventions tacites. Cependant quelquefois elle protège les particuliers contre les grandes organisations.

ANNEXE II

DIE WIRKUNG DES KONKURSES AUF VERTRAGSANTRÄGE.

Haben zwei Parteien einen Vertrag geschlossen und ist eine von ihnen vor Zugang der Annahme in Konkurs gefallen, so entsteht die Frage, ob der Vertrag der Konkursmasse gegenüber wirksam ist, sodass entweder der Konkursverwalter den Vertrag erfüllen muss oder der Kontrahent bei Ablehnung der Erfüllung durch den Konkursverwalter, die in irgend einer Form anscheinend nach allen Rechten möglich ist, eine Schadensersatzforderung anmelden kann. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um den Konkurs des Offerenten oder des Destinatars handelt und ferner, ob im Zeitpunkt des Konkurseintritts entweder a) der Antrag nur abgesendet oder b) der Antrag schon zugegangen oder c) die Annahme schon abgesendet war (I). Ist dem Schuldner vor dem Konkurs eine Offerte zugegangen, so entsteht die weitere Frage, ob der Konkursverwalter sie annehmen kann; wo dies möglich ist, richtet sich der Abspruch des Kontrahenten gegen die Masse und stellt also nicht nur eine Konkursforderung dar (II). Ausser diesen beiden Hauptfragen, auf die im folgenden näher einzugehen ist, wird in einzelnen Rechten gelegentlich erörtert, ob etwa ein Vertrag mit dem Schuldner persönlich, d.h. nur mit Wirkung gegen sein Konkursfreies Vermögen zustande kommen kann; darauf ausführlich einzugehen, scheint hier nicht erforderlich.

Voraus zu bemerken ist, dass gesetzliche Bestimmungen, die die zu erörternden Fragen regeln, sich nur ganz vereinzelt finden und auch Entscheidungen meist nicht vorliegen. Die folgenden Ausführungen können sich daher meist mur auf die - in vielen Rechten auch nur sehr spärliche-Literatur stützen, und zum Teil kann auch nur angegeben werden, was auf Grund

der allgemeinen Prinzipien unseres Erachtens anzunehmen sein dürfte.

I.- In welchen Fällen ist ein Vertrag der Masse gegenüber wirksam, wenn der Konkurs einer Partei vor dem Zugang der Annahme eingetreten ist?

Grundsätzlich sind nach allen Konkursrechten die vor dem Konkurs zustande gekommenen Rechtsgeschäfte und nur diese gegenüber der Masse wirksam. Wo der Vertrag nicht erst mit dem Zugang der Annahmeerklärung, sondern schon mit der Absendung zustande kommt, ist daher der Vertrag bei Eintritt des Konkurses nach Absendung der Annahmeerklärung im Konkurse wirksam. Ausserde entsteht in einigen Rechten noch die Frage, ob aus besonderen Gesichtspunkten nicht auch ein Vertrag, der nach Konkurseröffnung zustande gekommen ist, gegenüber der Konkursmasse wirken kann.

In DEUTSCHLAND wird der Vertrag mit dem Zugehen der Annahme beim Offerenten perfekt. Gerät der Offerent vor Zugang der Annahme in Konkurs, so kann die Annahme nicht mehr mit Wirkung gegen die Konkursmasse erfolgen (herrschende Lehre; anders Staub, Anhang zu § 361 HGB Anm. 80, der § 153 BGB, wonach Tod und Geschäftsunfähigkeit des Offerenten das Zustandekommen des Vertrages im Zweifel nicht hindern, analog anwenden will; dagegen Jaeger, K.O.§ 7, Anm 15 am Ende und die Zitate bei Staub a.a.O.).

Gerät der Destinatar nach Absendung der Annahme in Konkurs, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages gegenüber der Masse davon ab, ob § 130 Abs. 2 BGB analog anzuwenden ist. Diese Bestimmung bezieht sich allgemein auf Willenserklärungen, und es ist nach ihr auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach deren Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. Die herrschende Lehre lehnt die Analogie

ab (siehe Jaeger Anm. 14). Der Vertrag ist also der Masse gegenüber nicht wirksam (so auch RGRKomm § 153 Anm. 1 trotz Jaeger). Dass der Destinatar nach Eintritt seines Konkurses nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber der Masse annehmen kann, steht ausser Zweifel.

In OESTERREICH kommt der Vertrag mit Zugang der Annahme zustande. Nach Handelsrecht (HGB Art. 321) wird die Wirkung des zustande gekommenen Vertrages aber auf den Zeitpunkt der Absendung der Annahme zurückbezogen. Im Konkurs des Offerenten ist der Konkursverwalter an vor der Konkurseröffnung noch nicht angenommene Anträge nach K.O.§ 26 (3) nicht gebunden. Das gilt auch nach Handelsrecht (Bartsche-Pollak, K.O.§ 26 Anm. 26). Ob, falls der Konkurs des Destinatars nach Absendung der Annahme eintritt, der Vertrag der Masse gegenüber wirksam ist, wird, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Nach allgemeinen Grundsätzen dürfte Unwirksamkeit gegenüber der Masse anzunehmen sein, tritt der Konkurs des Destinatars in einem früheren Zeitpunkt ein, so kann dieser unzweifelhaft nicht mehr mit Wirkung gegen die Masse annehmen.

In der SCHWEIZ behandeln die konkursrechtlichen Werke die Frage nicht. In der Literatur zum Oblig. Recht erörtert Oser den Eintritt der Verfügungsunfähigkeit einer der Parteien. Er nimmt an, dass der Antrag bei Eintritt des Todes, der Handlungsunfähigkeit oder der Verfügungsunfähigkeit nicht erlösche. Ueberdies hält er den Eintritt des Todes, der Handlungsunfähigkeit und der Verfügungsunfähigkeit nach Absendung der Annahmeerklärung auf Grund von O.R. 10, wonach die Wirkungen des zustande gekommenen Vertrages schon mit der Absendung der Annahme beginnen, für bedeutungslos

ANNEXE I

L'ACCEPTATION TACITE.

Entre les problèmes de la formation du contrat il y a encore une question très importante à examiner: Quel est l'effet du silence d'une partie qui a reçu une proposition de l'autre? Ce problème est étroitement lié aux règles spéciales du contrat d'adhésion ou du "contrat type" dont les conditions détaillées sont considérées comme approuvées malgré que les parties n'y aient pas fait allusion en concluant le contrat.

Les tribunaux allemands ont élaboré les règles suivantes:

I.- En principe le silence ne suffit pas pour l'acceptation de l'offre. Ce point a été décidé à propos d'envois de marchandises non commandées et de commandes de marchandises restées sans réponse. Pour la solution contraire, des circonstances spéciales doivent exister, circonstances qui d'après les usages commerciaux imposent au destinataire l'obligation de refuser expressément la proposition s'il ne veut pas être censé comme ayant consenti.

C'est ainsi qu'après des pourparlers dont un accord des parties a déjà résulté, le commerçant doit protester contre une lettre de confirmation qui, tout en reproduisant l'accord dans ses traits essentiels, le corrige, supplée, modifie dans quelques détails; son silence impliquerait sa soumission sous les clauses nouvelles de la lettre de confirmation.

En général ce principe n'est pas applicable aux conditions nouvelles insérées à la lettre d'acceptation; une telle acceptation n'a que la valeur d'une nouvelle offre. Mais dans les

affaires commerciales, quand il s'agit de modifications sans grande portée, le principe de la bonne foi peut exiger de l'offrant une réponse pour éviter que les clauses nouvelles de l'acceptation ne soient pas considérées comme approuvées.

Il arrive souvent que dans la facture les commerçants notent des conditions qui n'ont pas été stipulées dans le contrat. Les clauses de la facture ne sont pas obligatoires pour l'acheteur malgré son silence.

II.- Des cas traités sous I (acceptation tacite d'une proposition expresse) il faut distinguer l'hypothèse où les deux parties se réfèrent sans dire mot, aux conditions générales qui régissent toutes les affaires d'une partie (Allgemeine Geschäftsbedingungen).

Pour que ces conditions deviennent éléments du contrat on exige en général que les parties les mentionnent expressément. La nécessité de la stipulation expresse cesse au cas où les parties ont déjà adopté les conditions dans leurs affaires antérieures; même solution quand les deux parties sont membres d'une association qui a fixé les conditions pour les conventions entre les associés ou quand l'une partie est une entreprise publique ou une grande organisation privée dont les conditions ont été publiées. En ce dernier cas on peut présumer que le contractant se soumet aux conditions qu'il connaît ou doit connaître.

La délimitation exacte de ces solutions est très difficile. La jurisprudence est disposée à admettre assez largement de telles conventions tacites. Cependant quelquefois elle protège les particuliers contre les grandes organisations.

III.-Ces créations de la jurisprudence sont la conséquence du développement des pratiques commerciales. Comme le projet s'est prononcé pour la liberté de forme rien ne s'oppose à ce que les tribunaux des différents Etats adoptent la même manière de voir. Mais on peut se demander si l'on ne peut pas fixer l'un ou l'autre principe. Surtout il pourrait sembler convenable de déterminer les effets du silence de la partie qui a reçu une lettre de confirmation.

ANNEXE II

DIE WIRKUNG DES KONKURSES AUF VERTRAGSANTRÄGE.

Haben zwei Parteien einen Vertrag geschlossen und ist eine von ihnen vor Zugang der Annahme in Konkurs gefallen, so entsteht die Frage, ob der Vertrag der Konkursmasse gegenüber wirksam ist, sodass entweder der Konkursverwalter den Vertrag erfüllen muss oder der Kontrahent bei Ablehnung der Erfüllung durch den Konkursverwalter, die in irgend einer Form anscheinend nach allen Rechten möglich ist, eine Schadensersatzforderung anmelden kann. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um den Konkurs des Offerenten oder des Destinatars handelt und ferner, ob im Zeitpunkt des Konkurseintritts entweder a) der Antrag nur abgesendet oder b) der Antrag schon zugegangen oder c) die Annahme schon abgesendet war (I). Ist dem Schuldner vor dem Konkurs eine Offerte zugegangen, so entsteht die weitere Frage, ob der Konkursverwalter sie annehmen kann; wo dies möglich ist, richtet sich der Abspruch des Kontrahenten gegen die Masse und stellt also nicht nur eine Konkursforderung dar (II). Ausser diesen beiden Hauptfragen, auf die im folgenden näher einzugehen ist, wird in einzelnen Rechten gelegentlich erörtert, ob etwa ein Vertrag mit dem Schuldner persönlich, d.h. nur mit Wirkung gegen sein Konkursfreies Vermögen zustande kommen kann; darauf ausführlich einzugehen, scheint hier nicht erforderlich.

Voraus zu bemerken ist, dass gesetzliche Bestimmungen, die die zu erörternden Fragen regeln, sich nur ganz vereinzelt finden und auch Entscheidungen meist nicht vorliegen. Die folgenden Ausführungen können sich daher meist mur auf die - in vielen Rechten auch nur sehr spärliche-Literatur stützen, und zum Teil kann auch nur angegeben werden, was auf Grund

der allgemeinen Prinzipien unseres Erachtens anzunehmen sein dürfte.

I.- In welchen Fällen ist ein Vertrag der Masse gegenüber wirksam, wenn der Konkurs einer Partei vor dem Zugang der Annahme eingetreten ist?

Grundsätzlich sind nach allen Konkursrechten die vor dem Konkurs zustande gekommenen Rechtsgeschäfte und nur diese gegenüber der Masse wirksam. Wo der Vertrag nicht erst mit dem Zugang der Annahmeerklärung, sondern schon mit der Absendung zustande kommt, ist daher der Vertrag bei Eintritt des Konkurses nach Absendung der Annahmeerklärung im Konkurse wirksam. Ausserdem entsteht in einigen Rechten noch die Frage, ob aus besonderen Gesichtspunkten nicht auch ein Vertrag, der nach Konkurseröffnung zustande gekommen ist, gegenüber der Konkursmasse wirken kann.

In DEUTSCHLAND wird der Vertrag mit dem Zugehen der Annahme beim Offerenten perfekt. Gerät der Offerent vor Zugang der Annahme in Konkurs, so kann die Annahme nicht mehr mit Wirkung gegen die Konkursmasse erfolgen (herrschende Lehre; anders Staub, Anhang zu § 361 HGB Anm. 80, der § 153 BGB, wonach Tod und Geschäftsunfähigkeit des Offerenten das Zustandekommen des Vertrages im Zweifel nicht hindern, analog anwenden will; dagegen Jaeger, K.O.§ 7, Anm 15 am Ende und die Zitate bei Staub a.a.O.).

Gerät der Destinatar nach Absendung der Annahme in Konkurs, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages gegenüber der Masse davon ab, ob § 130 Abs. 2 BGB analog anzuwenden ist. Diese Bestimmung bezieht sich allgemein auf Willenserklärungen, und es ist nach ihr auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach deren Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. Die herrschende Lehre lehnt die Analogie

ab (siehe Jaeger Anm. 14). Der Vertrag ist also der Masse gegenüber nicht wirksam (so auch RGRKomm § 153 Anm. 1 trotz Jaeger). Dass der Destinatar nach Eintritt seines Konkurses nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber der Masse annehmen kann, steht ausser Zweifel.

In OESTERREICH kommt der Vertrag mit Zugang der Annahme zustande. Nach Handelsrecht (HGB Art. 321) wird die Wirkung des zustande gekommenen Vertrages aber auf den Zeitpunkt der Absendung der Annahme zurückbezogen. Im Konkurs des Offerenten ist der Konkursverwalter an vor der Konkurseröffnung noch nicht angenommene Anträge nach K.O.§ 26 (3) nicht gebunden. Das gilt auch nach Handelsrecht (Bartsche-Pollak, K.O.§ 26 Anm. 26). Ob, falls der Konkurs des Destinatars nach Absendung der Annahme eintritt, der Vertrag der Masse gegenüber wirksam ist, wird, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Nach allgemeinen Grundsätzen dürfte Unwirksamkeit gegenüber der Masse anzunehmen sein, tritt der Konkurs des Destinatars in einem früheren Zeitpunkt ein, so kann dieser unzweifelhaft nicht mehr mit Wirkung gegen die Masse annehmen.

In der SCHWEIZ behandeln die konkursrechtlichen Werke die Frage nicht. In der Literatur zum Oblig. Recht erörtert Oser den Eintritt der Verfügungsunfähigkeit einer der Parteien. Er nimmt an, dass der Antrag bei Eintritt des Todes, der Handlungsunfähigkeit oder der Verfügungsunfähigkeit nicht erlösche. Ueberdies hält er den Eintritt des Todes, der Handlungsunfähigkeit und der Verfügungsunfähigkeit nach Absendung der Annahmeerklärung auf Grund von O.R. 10, wonach die Wirkungen des zustande gekommenen Vertrages schon mit der Absendung der Annahme beginnen, für bedeutungslos

anders wohl mit Recht von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schw. O.R.I.,165 N. 44). Da der Konkurs die Verfügungsunfähigkeit des Schuldners zur Folge hat (Jaeger, Schuldbetreibung und Konkurs Bd. II Art. 204 N. 5) scheint sich Osers Ansicht auch auf den Konkurs zu beziehen. Doch lässt sich nach dieser vereinzelten und sich nicht ausdücklich auf den Fall des Konkurses beziehenden Meinung nicht beurteilen, was in der SCHWEIZ geltendes Recht ist.

In FRANKREICH kommt der Vertrag nach der Rechtsprechung mit dem Zugang der Annahme zustande. Der Vertrag ist der Masse gegenüber nicht wirksam, wenn eine der Parteien vorher in Konkurs gefallen ist (Percerau, Des Faillites I,502, Lyon-Caen, Traité III,15 bis; Valéry, Des Contrats par Correspondance n. 212).

In ITALIEN ist es nach der Rechtsprechung zweifelhaft, ob der Vertrag im Zeitpunkt der Kenntnis oder des Zugangs der Annahmeerklärung zustande kommt (Pacifici-Mazzoni, Codice civile 12 S.58). Gerät einer der Kontrahentenvor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Konkurs, so kann ein der Masse gegenüber wirksamer Vertrag nicht mehr zustande kommen (Ramella, Trattato del Fallimento I,497 ff.)

In ENGLAND wird die Rechtslage dadurch kompliziert, dass kein einheitlicher Zeitpunkt vorhanden ist, von dem ab die Wirkungen des Konkurses allgemein eintreten.

Der eigentliche Konkurs des Schuldners tritt in England mit der adjudication of bankruptcy ein. Der adjudication geht ein Verfahren voraus, das dem Schuldner die Möglichkeit bieten soll, einen Zwangsvergleich zustande zu bringen. Dieses Verfahren wird eröffnet durch die receiving order (Sequestrationsanordnung); dieses ist die erste auf den Konkursantrag ergehende gerichtliche

Entscheidung, die das Verfahren einleitet. Die adjudication wirkt zurück und zwar nicht nur auf den Zeitpunkt der receiving order, sondern auf den Zeitpunkt der ersten Begehung eines act of bankruptcy innerhalb von drei Monaten vor Stellung des Konkursantrags. Jedoch ist ein zwischen dem act of bankruptcy und der receiving order vorgenommenes Rechtsgeschäft auch der Masse gegenüber wirksam, falls dem Kontrahenten des Schuldners die Begehung des act of bankruptcy nicht bekannt war. Anmeldbar im Konkurs sind nur Forderungen, die vor dem Erlass der receiving order begründet worden sind. Für die Frage der Wirkungen des Konkurses auf Vertragsanträge wird es daher in aller Regel darauf ankommen, wann die receiving order erlassen ist. Dieser Zeitpunkt ist im folgenden unter dem Zeitpunkt des Eintritts des Konkurses zu verstehen.

Der Konkurs kann in England nur über natüraliche Personen, nicht über companies verhängt werden. Ueber diese ist nur eine gerichtliche Liquidation möglich (Winding up by the court). Ein besonderes auf Zustandekommen eines Zwangsvergleiches gerichtetes Vorverfahren gibt es hier nicht; es wird daher nur eine einzige gerichtliche Anordnung erlassen, die Anordnung der Liquidation. Die Liquidation wirkt auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Liquidation zurück. Inzwischen vorgenommene Rechtsgeschäfte sind nichtig, soweit nicht das Gericht etwas anderes bestimmt (Companies Act 1929 ss. 173,175). Das Gericht wird auf Grund dieser Befugnis alle nach der Stellung des Antrags und vor des Anordnung der Liquidation (vielleicht sogar auch die vor deren Veröffentlichung) vorgenommenen bona fide transactions, d. h. redlichen Geschäfte der Masse gegenüber für wirksam erklaren (Re Wiltshire Iron Company, ex. p. Pearson L.R. 3 Ch. 443; Re London, Hamburg and Continental

Exchange Bank L.R. 2 Eq. 231; Re Park, Ward & Company (1926) Ch. 828). Für den Umfang und die Anmeldbarkeit der Forderungen der Gläubiger ist der Zeitpunkt der Anordnung der Liquidation massgebend (siehe Palmer Company Law 1929 S. 437 und die dort zitierten Entscheidungun). Dieser Zeitpunkt ist daher im folgenden für companies unter dem Zeitpunkt des Eintritts des Konkurses zu verstehen.

Verträge kommen nach englischem Recht in dem Zeitpunkt zustande, in dem die Annhmeerklärung abgesandt wird. Daraus ergibt sich, dass ein Vertrag im Konkurs einer der Kontrahenten wirksam ist, wenn der Konkurs zwischen Absendung und Zugang der Annahmeerklärung eingetreten ist.

Gerät einer der Kontrahenten vor Absendung der Annahmeerklärung in Konkurs, so ist der Vertrag unzweifelhaft der Masse gegenüber unwirksam.

Das Konkursrecht der VEREINIGTEN STAATEN gilt ebenso für juristische Personen (corporations) wie für natürliche. Das dem jetzigen englischen Recht eigentümliche Vorverfahren zwischen receiving order und adjudication kennt das amerikanische Recht nicht. Die adjudication ist die Konkurseröffnung. Diese wirkt auf den Zeitpunkt der Stellung des Konkursantrags zurück (Bankruptcy Act s. 70a (5)); redliche Dritte, die mit dem Schuldner in der Zeit zwischen der Stellung des Konkursantrages und der adjudication kontrahiert haben, werden geschützt (Siehe Re Pease 4, A.B.R. 578; Collier, On Bankruptcy II, S.1635). Für die Annehmbarkeit der Forderungen der Gläubiger entscheidet jedoch der Zeitpunkt der Stellung des Konkursantrages (Bankruptcy Act s. 63; Collier a.a.O. S. 1375). Unter dem Zeitpunkt des Eintritts des Konkurses ist im folgenden der Zeitpunkt der Stellung des Konkursantrages zu verstehen.

Der Vertrag kommt wie in England mit Absendung der annahmeerklärung zustande. Wird der Konkursantrag gegen eine der Parteien erst nach Absendung der Annahme gestellt, so ist der Vertrag also der Masse gegenüber wirksam; wird er in einem früheren Zeitpunkt gestellt, so ist der Vertrag der Masse gegenüber unwirksam.

II.- Kann der Konkursverwalter eine dem Schuldner vor dem Konkurs gemachte Offerte annehmen?

In DEUTSCHLAND wird trotz der Bindung des Offerenten an den Antrag das Recht zur Annahme nicht als ein aufschiebend bedingtes Recht oder Anwartschaftsrecht angesehen, das in die Masse fällt. Daher kann der Konkursverwalter den Antrag nur annehmen, wenn der Antragende bei Kenntnis des Konkurses einen Vertragsschluss mit dem Konkursverwalter gewollt haben würde (Jaeger, K.O. § 7 Anm. 5).

In OESTERREICH bleiben nach K.O. § 26 (2) Anträge, die vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner noch nicht angenommen worden sind, aufrecht, sofern nicht ein anderer Wille des Antragstellers aus den Umständen hervorgeht. Das bedeutet, dass der Konkursverwalter den Antrag ablehnen oder annehmen kann; im Falle der Ablehnung erlischt der Antrag, der Schuldner kann ihn nicht persönlich annehmen (Bartsch-Pollak, K.O. § 26 Anm. 26). Ein Wille des Offerenten, der die Annahmebefugnis des Schuldners ausschliesst, ist nach Bartsch-Pollak überall anzunehmen, wo die volle Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners über sein Vermögen oder seine volle Zahlungsfähigkeit als stillschweigende Voraussetzung des Antrags anzusehen ist.

In der SCHWEIZ ist die Frage, soweit ersichtlich, nicht erörtert, desgleichen in FRANKREICH.

In ITALIEN geht Ramella (Trattato del Fallimento I,497 ff.) auf die Frage ein; der Konkursverwalter kann den Antrag, der kein zum Vermögen des Schuldners führendes Recht begründet, grundsätzlich nicht annehmen; jedoch kann der Antrag nach den Umständen oder der Natur des Vertrages auch als an den Rechtsnachfolger oder Substituten des Destinatars gerichtet anzusehen sein; dann kann der Konkursverwalter annehmen.

In ENGLAND wird infolge der Rückwirkung (siehe oben II) in dem Zeitpunkt, in dem sich herausstellt, dass es zum Konkursverwalter bestellt wird, ein dem Schuldner gemachter Antrag von diesem meist schon angenommen oder abgelehnt sein. Es wird sich daher regelmässig nur um die oben schon erörterte Frage handeln, ob der durch die Annahme des Antrags zustande gekommene Vertrag der Masse gegenüber wirksam ist. Hat der Schuldner den Antrag weder angenommen noch abgelehnt, so wird doch meist bis zur Bestellung eines Konkursverwalters die Frist, nach der der Antrag angenommen werden kann, abgelaufen sein. Daher wird eine Annahme aus diesem tatsächlichen Grunde meist ausgeschlossen. Aber auch rechtlich gehört die Möglichkeit der Annahme des Antrags nicht zu den Vermögensstücken, die auf den Konkursverwalter übergehen, d.h. zur Masse gehören. Der Konkursverwalter kann hiernach also anscheinend auch rechtlich nicht annehmen. Die Frage ist jedoch in England bisher noch nicht entschieden.

In den VEREINIGTEN STAATEN dürfte dasselbe wie in England anzunehmen sein.

III.- Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

1) Gerät eine der Parteien nach Absendung der Annahmeerklärung in Konkurs, so ist der Vertrag in denjenigen Ländern, in denen mit Absendung der Annahmeerklärung der Vertrag zustande kommt (ENGLAND, AMERIKA), gegenüber der Masse wirksam, in den übrigen, d.h. den kontinentalen Rechten, nach denen der Vertrag erst mit Zugang (oder Kenntnis) der Annahme beim Offerenten zustande kommt, im Konkurs unwirksam. Die blosse Rückbeziehung der Wirkungen des Vertragsschlusses auf den Zeitpunkt der Absendung der Annahme ist hier unerheblich (OESTERREICH; anscheinend anders, aber anfechtbar Oser für die SCHWEIZ).

2) Kommt es vor dem Zustandekommen des Vertrages zum Konkurs des Offerenten, so kann der Antrag nicht mehr mit Wirkung gegen die Masse angenommen werden (so auch die herrschende deutsche Lehre; anders Staub und in der Schweiz anscheinend Oser).

3) Der Konkursverwalter des Destinatars kann die diesem vor dem Konkurs gemachte Offerte nach deutschem Recht nur annehmen, wenn der Offerent bei Kenntnis des Konkurses einen Vertragsschluss mit dem Konkursverwalter gewollt hätte. In Oesterreich kann der Konkursverwalter den Antrag annehmenn, ausser wenn aus den Umständen hervorgeht, dass der Offerent dies nicht gewollt hat. Für ITALIEN nimmt Ramella ungefähr dasselbe an, was in DEUTSCHLAND gilt. In den übrigen Rechten wird die Frage ausdrücklich nicht erörtert. Für ENGLAND und AMERIKA dürfte anzunehmen sein, dass der Konkursverwalter nicht annehmen kann.

RESUME

1.- La formation du contrat avant la faillite d'une des parties.

Si le contrat est formé avant la faillite d'une des parties, il est efficace pour et contre la masse. Pour que le contrat soit respecté par le syndic, c'est donc avant la faillite que l'acceptation doit être expédiée d'après le droit anglosaxon, et être reçue ou connue d'après la plupart des droits continentaux.

2.- L'influence de la faillite sur le contrat en formation.

a) Faillite de l'offrant.

Presque tous les pays où l'offre est obligatoire, en déduisent la conséquence que la mort et la survenance de l'incapacité de l'offrant laissent subsister l'offre (p.6 du Rapport). Mais pour la faillite on a adopté le principe contraire: le destinataire ne peut plus accepter l'offre après que le syndic a été substitué à l'offrant (Allemagne, Autriche; en Suisse OSER semble accepter l'opinion contraire). La même solution s'impose naturellement dans les pays où l'offre est révocable et la mort de l'offrant empêche la formation du contrat.

b) Faillite du destinataire.

Il s'agit de la question de savoir si le syndic peut accepter une offre au débiteur avant la faillite. Aucun droit ne donne pas une solution absolue. Il s'agit d'une question de l'interprétation de la volonté de l'offrant. Quelques pays (ainsi l'Autriche, § 26 al. 2 de la loi de faillite) ont établi la présomption que le syndic peut accepter une telle offre; dans

d'autres pays prévaut l'opinion contraire.

ad a) et b) Dans tous les pays il est douteux si dans les hypothèses où la conclusion du contrat est empêchée par la faillite d'une des parties, le contrat peut se former avec le débiteur lui-même, pour les biens dont il n'a pas été dessaisi.

RESULTATS

Etant donné la connexion intime du problème avec le régime des faillites, on peut se demander s'il est convenable du tout de l'aborder dans notre projet.

Cependant trois règles pourraient être prises en considération:

.- Dès le moment où le contrat est formé d'après les règles du projet, la survenance de la faillite de l'une ou de l'autre partie ne peut plus mettre en doute que le contrat soit efficace pour et contre la masse.

I.- Une offre du débiteur n'est pas obligatoire pour le syndic.

II.-Il dépend de l'interprétation de l'offre faite au débiteur, si le syndic peut l'accepter.

ANNEXE III

ZUR FRAGE DER KONKRETEN UND ABSTRAKTEN SCHADENSBERECHNUNG DES KAEUFERS

1.- Die deutsche Judikatur hat etwas geschwankt, ob sie bei der Schadensberechnung, sofern sie abstrakt festgestellt wird, davon ausgehen soll, dass der Käufer die Ware zum Preise des Stichtages sich beschaffen konnte oder dass er sie zu diesem Preise weiterveräussern konnte. Nimmt man das letztere an, so liegt in der abstrakten Berechnung immer das (normale) lucrum cessans. Indessen ist der richtige Ausgangspunkt der einfache Gedanke, dass der Käufer zum Stichtage sich die Ware beschaffen musste; was er mit der Ware dann tut, kann ganz dahingestellt bleiben, wenn auch vielfach eine Weiterveräusserung eben zum Preise des Stichtages erfolgen wird. Die Praxis hat sich daher auch mit Recht auf den Standpunkt gestellt, dass die abstrakte Berechnung nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass der Käufer bei Vertragsschluss nicht die Absicht der Weiterveräusserung hatte (RG. 101 S. 217), und dass auch der Selbstverbraucher bei blosser Möglichkeit der Weiterveräusserung die abstrakte Berechnung hat (RG. 101, 421), daher auch der für Staatszwecke kaufende Fiskus (RG.105, 293). Wenn demgegenüber das Reichsgericht - allerdings nur obiter (101. 219) - sagt, dass die abstrakte Berechnung ausgeschlossen sei, wenn der Käufer sich verpflichtet hatte, die gekaufte Ware nicht weiterzuveräussern oder wenn nach den besonderen Umständen ein Weiterverkauf überhaupt nicht in Frage kommen kann, so ist das eine nicht zubilligende Meinung, welche geeignet ist, die in der Literatur vielfach hervortretende Unklarheit in dieser Frage z fördern. Wenn der Käufer am Stichtage die Ware zu einem bestimmten Preise sich verschaffen konnte, so blieben ihm

alle Gewinn-Chancen offen; es sei denn, das besondere Umstände die Gewinn-Realisierung ausschlossen, was nach freier Beweiswürdigung im Einzelfalle berücksichtigt werden kann. Doch wird man auch hiermit sehr vorsichtig sein müssen und solche Sonderansprüche nur in Rahmen von Treu und Glauben zulassen dürfen, also soweit nach dem Inhalt und Zweck des Vertrages ein solches Risiko vom Verkäufer als übernommen gelten kann, und zwar als ausnahmsweise besonders übernommen. Auch geht man damit schon teilweise zur konkreten Berechnung über.

Stellt man sich auf diesen letzteren Standpunkt, so steht man der Anschauung des englischen Rechts und namentlich der in dem englischen Gutachten besonders hervorgehobenen Auffassung der englischen Kaufleute sehr nahe, der sich ja auch die überwiegende Meinung der englischen Praxis wenigstens zu nähern scheint.

Vom legislatorischen Standpunkt wäre m.E. die Ausschaltung der Frage der Weiterveräusserung bei abstrakter Berechnung empfehlenswert, und zwar sowohl als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der abstrakten Berechnung wie als Voraussetzung für einen (konkret zu begründenden) Nebenanspruch. Dies ist um so leichter möglich, als man dem Käufer die Wahl zwischen abstrakten und konkreter Berechnung im allgemeinen lassen muss.

2.- Nach feststehender, vom Reichsoberhandelsgericht begründeter Praxis kann bei der abstrakten Berechnung der Käufer als Zeitpunkt der Berechnung, also als Stichtag wählen zwischen dem Verzugstage und dem Ablauf der (ev.) Nachfrist. Diese Wahl rechtfertigt sich daraus, dass der Schaden schon mit dem Verzugsfall eingetreten ist und dass andererseits der Käufer

den Ablauf der Nachfrist, innerhalb derer der Verkäufer sich durch einfache Erfüllung befreien kann, abwarten muss, und dass in dieser Zeit der Schaden sich vergrössert haben kann. Diese Wahl führt aber unvermeidlich zu der Möglichkeit, dass der Käufer auf dem Rücken des Verkäufers spekulieren kann, indem er den ihm günstigeren Zeitpunkt wählt, insbesondere indem er die Ablehnungserklärung unnötig zurückhält, die Nachfrist ungünstig setzt etc. Man hilft dagegen durch die Einschränkung, dass der Käufer nicht gegen Treu und Glauben handeln darf oder mindestens nicht dolos. Aber dies ist nicht selten schwer festzustellen. Es tritt dadurch in das ganze Verfahren ein Moment der Unsicherheit. Dieser Unsicherheit unterliegen diejenigen Rechte nicht, welche eine strengere Verzugsfolge eintreten lassen und eine Nachfrist nicht gewähren. Für Grosshandelsgeschäfte neigt auch unsere Judikatur dazu, die Nachfrist (gemäss § 326 Abs. 2) im allgemeinen auszuschliessen. Wenn man also nicht diesen letzteren Standpunkt wenigstens für alle Handelskäufe legislatorisch befolgen will, so kommt in Frage, ob man nicht generell da, wo eine Nachfrist gestellt werden muss, als Stichtag den Ablauf der Nachfrist bezw, der daran anzuschliessenden Erfüllungsablehnung annehmen soll, und nur wenn keine Frist gesetzt ist, den Verzugstermin entscheiden lassen soll. Wenngleich die Nachfrist bei uns nur der purgatio morae dient und keine Verlängerung der Erfüllungsfrist ist, so trägt doch bei uns ohnehin der Käufer insofern die Gefahr, dass er durch die Erfüllung des Verkäufers innerhalb der Frist von der Geltendmachung des vollen Schadens

ausgeschlossen wird und es ist nicht einzusehen, warum er dann - im Interesse einer klaren Regelung - nicht auch das Risiko einer Schadensdifferenz zwischen Verzugs - und Ablehnungstage tragen soll. Da auch das französische Recht eine wenigstens ähnliche richterliche Fristsetzung vor Aufhebung des synallagmatischen Vertrages kennt, würde sich die hier vorgeschlagene Regelung des Zeitpunktes der Schadensberechnung bei Fristsetzung, soweit diese zugelassen wird, als Grundlage einer Vereinheitlichung mehr empfehlen als die volle Beseitigung unserer Fristsetzung aus § 326[1], an die unser bürgerlicher Verkehr gewöhnt ist.

ANNEXE IV

LE CALCUL CONCRET ET ABSTRAIT DU DOMMAGE DE L'ACHETEUR

I.- Concepts d'après la jurisprudence allemande.

Le dommage abstrait est la différence entre le prix du contrat et le prix de bourse ou de marché à l'époque de l'inexécution.

Le dommage concret est au contraire le dommage résultant des circonstances spéciales de l'espèce pour l'acheteur.

Les deux méthodes de calcul sont destinées à constater les pertes éprouvées par l'acheteur. La méthode abstraite veut faciliter la preuve du dommage en se fondant sur l'expérience que la marchandise a toujours un prix pour lequel on peut l'acheter ou la vendre. La liquidation du dommage abstrait doit donc amener une situation de l'acheteur correspondant à celle où il se trouverait si, au cas de la livraison régulière de la marchandise, il l'avait revendue ou s'il l'avait achetée ailleurs par suite de l'inexécution.

Il y a quelques points de doute sur la portée de cette définition qui ne sont pas encore définitivement décidés.

1) Le prix de marché qui est comparé avec le prix d'achat, est-il celui que l'acheteur aurait dû payer pour se procurer la marchandise ailleurs, ou celui qu'il aurait obtenu dans son commerce par la revente? La question est de grande importance quand le vendeur est grossiste et l'acheteur détailliste.

En général la première alternative est la solution convenable.

2) Quel est le caractère de l'allègement de la charge de preuve que l'admission du calcul abstrait implique?

S'agit-il d'une présomption simple ou d'une présomption absolue, (praesumptio iuris et de iure)?

Il faut distinguer les différents éléments de faits. L'acheteur ne peut pas combattre le calcul abstrait en prouvant que le vendeur n'aurait pas revendu la chose ou qu'il s'est procuré la chose ailleurs pour un prix inférieur à celui du marché etc. Mais il peut contester que la marchandise est vendable du tout, ce qui n'est pas présumé absolument.

3) Le calcul abstrait est-il admis pendant des crises économiques?

Pendant la guerre où tous les prix montaient d'une manière absolument imprévue, la jurisprudence allemande a répondu que même à des temps extraordinaires le principe du calcul abstrait doit être maintenu, mais elle n'a pas alloué les différences de prix exorbitantes, parce que pendant la guerre il était défendu de faire monter le prix et de réaliser des gains démesurés par des ventes successives. Ce point n'est donc pas encore clair, mais la prévisibilité du dommage, étant acceptée comme sa limite, peut être négligée ici.

II.- L'achat de remplacement.

L'achat de remplacement ressort du dommage concret. Il est facultatif et non obligatoire. Quant à la date où il doit avoir lieu, on n'a pas adopté les mêmes solutions que pour le dommage abstrait, mais l'acheteur doit tenir compte aux intérêts du vendeur. Ce n'est pas qu'au cas où l'achat de remplacement peut prévenir à un dommage concret très grand que les tribunaux allemands ont imposé à l'acheteur l'obligation de procéder au remplacement. L'ommission de remplacement est considérée dans ces cas comme culpa concurrens de l'acheteur.

Etant donné que toutes ces règles sont dominées par la bonne foi et varient d'après les circonstances de l'espèce, on peut abandonner à la discrétion des tribunaux le jugement des faits différents. Mais on pourrait dire qu'en général l'achat de remplacement est permis et facultatif.

-

re réglé, n'importe
du transfert de la
tion des ventes à
croît de jour en jour,
l'acheteur en suspen-
au payement total du
aujourd'hui droit de
ue dans la plupart des
les. C'est un symptô-
t réglé aujourd'hui
chécoslovaquie, Hongrie,
e où la jurisprudence
sant sa reconnaissance
e fréquent de la lo-
milieux intéressés
n reservati dominii.
est pas usuel, mais
ment" est assez fré-
end pas la réserve
semblent être à
nasse agreement, mis
quéreurs de bonne

ANNEXE V.

PACTUM RESERVATI DOMINII

par Dr. Stulz.

Le pactum reservati dominii doit être réglé, n'importe qu'elle sera la solution de la question du transfert de la propriété. Dans tous les pays l'augmentation des ventes à crédit a créé le besoin du vendeur, qui croît de jour en jour, de se protéger contre l'insolvabilité de l'acheteur en suspendant le transfert de la propriété jusqu'au payement total du prix. Le pactum reservati dominii a donc aujourd'hui droit de cité presque dans tous les droits, quoique dans la plupart des pays il n'y ait pas de dispositions légales. C'est un symptôme de son importance croissante qu'il est réglé aujourd'hui dans tous les projets de lois civiles (Tchécoslovaquie, Hongrie, Italie). 1) Même en France et en Belgique où la jurisprudence le prive de ses effets pratiques en refusant sa reconnaissance en cas de faillite de l'acheteur, l'usage fréquent de la location-vente 2) montre nettement que les milieux intéressés du commerce regrettent beaucoup le pactum reservati dominii. En Angleterre, il est vrai, ce pactum n'est pas usuel, mais ce qu'on appelle le "hire purchase agreement" est assez fréquent. Cependant le droit anglais ne défend pas la réserve de propriété 3) dont les effets pratiques semblent être à peu près les mêmes que ceux du hire purchasse agreement, mis à part les droits éventuels des tiers acquéreurs de bonne fois de la chose vendue. 4)

I.- Forme par acte écrit.

En réglant le pactum il faut rendre compte du fait qu'il n'influence pas seulement les relations entre le vendeur et l'acheteur, mais aussi - et cela dans une mesure beaucoup plus étendue que toutes les autres questions de droit de vente - la situation juridique des tiers. Par ce motif il serait convenable de prescrire pour la réserve l'acte écrit ce qui est proposé d'ailleurs par les projets de lois hongrois et tchécoslovaque. 5) Ce n'est que par cette manière qu'on peut aboutir au résultat, que vis-à-vis des tiers intéressés la preuve du pactum se fait d'une manière irréprochable et sans collusion entre le vendeur et l'acheteur.

II.- Enregistrement.

Quelques pays prescrivent en outre l'enregistrement des ventes avec réserve de propriété (Suisse, 6) Liechtenstein, Turquie, nombreux états de l'Amérique, récemment l'Italie 7) pour les automobiles et la Roumanie 8) pour les automobiles et les machines). Un projet d'unification internationale ne doit pas suivre ce modèle. Ce serait peu convenable parce que la nécessité de l'enregistrement ne pourrait être bornée aux ventes internationales. Au contraire l'enregistrement devrait être introduit pour toutes les ventes avec le pactum, ce qui impliquerait une immixtion de grande portée dans la législation interne des Etats. D'autre part, il ne faut pas modifier non plus les législations prescrivant déjà l'enregistrement, parce qu'une telle modification devrait avoir pour conséquence une réforme analogue pour les ventes internes. Au contraire

on peut prévoir que l'enregistrement des ventes internationales est nécessaire, si et aussitôt que la marchandise livrée sous réserve de propriété se trouve dans un pays qui prescrit l'enregistrement pour les ventes nationales. Ce serait à peu près le règlement de Liechtenstein où, d'après l'art. 175 du droit des biens tous les pacta reservati dominii, concernant les choses situées dans la principauté, doivent être enregistrés. On peut citer aussi le règlement un peu différent d'Ontario où le pactum reservati dominii devient inefficace, si l'enregistrement n'a pas lieu dans les trente jours après l'arrivée de la chose en Ontario.

III.- Objets.

Dans quelques pays[9)] on discute la question de savoir, si la réserve de propriété est possible pour les marchandises destinées à être revendues ou employées à la fabrication. Le besoin d'admettre le pactum étant incontestable aussi dans ce cas, on devrait résoudre expressément la question au sens affirmatif. En ce cas la revente ou la fabrication ne sont permises que dans le courant normal des affaires. Le pactum est donc efficace au moins autant que la marchandise reste dans la possession de l'acheteur. La question de savoir, si et à quelles conditions le vendeur devient propriétaire aussi des produits fabriqués au moyen des matières livrées, devrait être réservée à la législation interne, de même que la question si et à quelles conditions le vendeur acquiert les créances que son acheteur aurait pu acquérir contre ses clients en revendant les marchandises livrées. C'est ainsi que d'après le droit autrichien[10)] le vendeur étranger de matières premières peut

se réserver par un enregistrement la propriété aussi des produits fabriqués au moyen des matières livrées; en Allemagne le vendeur ne peut acquérir les créances contre les tiers acheteurs que par une cession expresse tandis qu'en France le privilège du vendeur s'y étend sans plus.[11)]

IV.- Relations entre les Parties.

Quant aux rapports entre le vendeur et l'acheteur il ne faut régler que le problème des risques et la relation entre la revendication et la résolution du contrat.

a) Risque.

On devrait constater qu'au cas où le risque de la chose n'est pas encore à la charge de l'acheteur depuis un moment antérieur, il doit le supporter dès qu'il vient en possession des marchandises.[12)]

b) Revendication.

C'est une question d'importance décisive de savoir à quelles conditions et avec quels effets le vendeur peut demander la restitution des choses livrées avec réserve de propriété. Le droit n'est pas clair sur ce point dans la plupart des pays.[1] On doute surtout, si la revendication n'est pas possible qu'au cas où le vendeur se dédit du contrat en même temps. Pour le commerce international cette solution est la seule possible. Si le vendeur peut demander la restitution de la chose sans résilier le contrat, il doit conserver les marchandises jusqu'au payement du reste du prix étant donné qu'il reste obligé d'exécuter le contrat. De cette manière une incertitude est provoquée qui est vraiment insupportable surtout dans les ventes à distance. Si l'on donne au vendeur le droit d'être indemnisé malgré la résiliation du contrat, il n'y a

pas de préjudice des intérêts du vendeur, s'il ne peut pas revendiquer la marchandise qu'en résiliant le contrat en même temps. Le droit de résiliation (et par conséquent la revendication) sera admis aux même conditions comme toujours. De cette manière on aura une solution simple et adéquate aux besoins économiques.

V.- Effets pour les tiers.

Pour l'utilité économique du pactum il y a un seul point décisif: son efficacité dans la faillite de l'acheteur. En France et en Belgique on ne recourt pas à la forme de la location-vente que comme la jurisprudence, tout en admettant en général le pactum, le déclare de nul effet dans la faillite de l'acheteur comme contraire à l'art. 550 du code de commerce. [14] Le règlement international qui se contenterait de permettre en principe le pactum sans fixer son efficacité dans la faillite ne serait pas seulement peu convenable, mais aussi très dangereux. Le commerçant pourrait se croire protégé par le pactum, mais celui-ci serait sans effet dans le cas le plus important. Il ne faut pas discuter ici la question, si en France et en Belgique une modification de la législation serait nécessaire ou si un changement dans la jurisprudence sera possible; mais je me permets de souligner que les tribunaux belges ont reconnu récemment quelques fois les effets du pactum dans la faillite. [15] Le droit anglais (Bankruptcy Act, sect. 38) [16] ne concède pas la revendication au propriétaire en cas de faillite dans l'hypothèse où le possesseur paraissait être lui-même le propriétaire (reputed ownership); mais cette particularité semble être supportable: elle ne s'applique pas à la liquidation des companies [17] qui sont les acheteurs principaux au commerce

international. En outre l'acheteur peut éliminer les règles de la reputed ownership par des mesures convenables, p.e par des affiches.

En dehors de la faillite il y a encore bon nombre d'espèces où les effets du pactum contre les tiers sont mis en jeu. Il s'agit surtout de la protection du tiers acquéreur de bonne foi, si l'acheteur a disposé illicitement de la chose, des saisies exécutions provenant d'autres créanciers, des privilèges du bailleur. Le règlement de ces questions varie assez fort dans les droits nationaux. Mais les différences pratiques ne sont pas assez grandes pour rendre nécessaire une unification. Il ne faut donc pas régler ces questions surtout parce qu'il y aurait des difficultés très considérables à surmonter, étant donné la connexion étroite de ces questions avec les théories générales du droit des obligations et des biens.

VI.- Empêchements pour les effets du pactum.

Il faut prendre en considération l'hypothèse où les marchandises, livrées avec réserve de propriété, sont incorporées au sol ou à un bâtiment d'un immeuble. Quelle sera l'influence de cette incorporation sur les droits du vendeur? La grande importance du pactum surtout en cas de vente de machines a suggéré à quelques pays de régler cette question. Le droit du vendeur (soit le privilège du vendeur ordinaire, soit la propriété réservée) n'est pas conservé dans ce cas que par un enregistrement. De cette manière il est rendu certain que les objets livrés ne deviennent pas immeubles et que

les hypothèques dont les immeubles sont grevés, ne s'y étendent pas. De telles dispositions se trouvent en Belgique, Italie [18], Autriche, Tchécoslovaquie [19] et Roumanie [20] avec des différences considérables dans les détails. D'autres pays tels que la Grèce [21] et le Danemark [22] rendent le pactum tout à fait impossible pour les objets qui seront incorporés au sol ou au bâtiment. La tâche d'unifier ce point ne pourrait guère aboutir à cause de la connexion avec le droit interne des immeubles, quoiqu'on ne puisse méconnaître l'intérêt remarquable de branches importantes du commerce d'exportation à cette unification.

VII.-Concurrence du pactum avec les privilèges du vendeur.

Enfin une question se pose: Dans les pays influencés par le code civil le vendeur a des privilèges légaux qui d'ailleurs sont assez différents l'un de l'autre dans les détails. [23] Le règlement du pactum ne doit pas avoir égard à ces privilèges. Car le vendeur peut faire valoir ses privilèges indépendamment d'une réserve de propriété éventuelle. La jurisprudence italienne [24] qui a reconnu le pactum pour des machines à côté du privilège de l'art. 773 numéro 3 du codice di commercio, démontre nettement que le pactum et le privilège du vendeur peuvent exister l'un à côté de l'autre.

ANNEXE VI

DER EIGENTUMSUBERGANG BEIM UEBERSEEKAUF NACH ENGLISCHEM UND DEUTSCHEM RECHT

I.

Englisches Recht.

Ausgangspunkt ist der Satz, dass sich der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs grundsätzlich nach der Absicht der Parteien (intention of the parties) richtet (S.G.A. Sect.18 Abs.1, Wait v. Baker (1848) 2 Ex.1). Beim Versendungskauf besteht die allgemeine Vermutung, dass die Absicht der Parteien dahin geht, den Eigentumsübergang mit der Uebergabe der Ware an den Beförderer eintreten zu lassen (S.G.A.Sect.19 Rule 5.2). Diese Vermutung kann aber dann nicht Platz greifen, wenn eine der Parteien, insbesondere der Verkäufer, Handlungen vornimmt, die mit einer solchen Absicht, den Eigentumsübergang bereits mit der Uebergabe an den Beförderer eintreten zu lassen, unvereinbar sind.

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Verkäufer nicht sofort ein auf den Namen oder die Order des Käufers gestelltes oder in blanko oder auf den Käufer indossiertes Konnossement dem Käufer aushändigt, also vor allem, wenn der Kaufvertrag auf Grund der Klauseln "Kasse gegen Dokumente" oder "Dokumente gegen Akzept" abgewickelt wird, also insbesondere beim Cifgeschäft. Hier übersendet der Verkäufer das Konnossement nicht unmittelbar dem Käufer, sondern seinem eigenen überseeischen Vertreter oder seiner Bank, und letztere übergeben es dem Käufer erst gegen Zahlung des Kaufpreises oder gegen

Akzeptierung der über den Kaufpreis ausgestellten Tratte. In solchen Fällen spricht die Vermutung dafür, dass der Verkäufer das Eigentum erst im Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung bzw. der Akzeptierung übergehen lassen will. Da diese Handlungen bei regulärer Abwicklung des Geschäfts mit der Uebergabe des Konnossements zusammenfallen, ergibt sich damit ein Eigentumsübergang im Zeitpunkt der Uebergabe des Konnossements. Aber dies ist nur ein zeitliches Zusammentreffen, massgebend für den Eigentumsübergang ist die Erfüllung der vom Verkäufer dafür gesetzten Bedingung, was sich insbesondere dann zeigt, wenn der Käufer die ordnungsgemässe Kaufpreiszahlung oder das ordnungsgemässe Akzept vergeblich anbietet. Dann geht das Eigentum bereits mit diesem Angebot über, also ohne Uebergabe des Konnossements (Mirabita v. Ottoman Bank (1878) 3 Ex.D.164).

Die Vermutung, dass der Verkäufer das Eigentum mit der Abladung übertragen wolle, ist auch dann widerlegt, wenn er das für den Käufer verwendungsfähige Konnossement (d.h. das auf Namen oder Order des Käufers gestellte oder in blanko oder auf den Käufer indossierte Konnossement) diesem unmittelbar übersendet, es aber von einer durch den Käufer zu akzeptierenden Tratte begleitet sein lässt. Hier spricht die Vermutung dafür, dass der Verkäufer das Eigentum nicht sofort übertragen will sondern - je nachdem - nur gegen Akzeptierung der Tratte oder gegen deren Einlösung (S.G.A. Sect. 19 S.s. Ogg v. Shuter (1875) 1 C.P.D.47; Cahn v. Pocket (1899) 1 Q.B. 643,656; Shepherd v. Harrison (1869) L.R.4 Q.B.196). Wann das eine oder das andere der Fall ist, ist nicht ganz klar.

Die allgemeine Vermutung, dass der Verkäufer das Eigentum bereits mit der Uebergabe an den Beförderer auf den Käufer übertragen will, greift beim Ueberseekauf also nur dann ein, wenn der Verkäufer dem Käufer das für diesen verwendbare Konnossement sofort übersendet und es nicht von einer zu akzeptierenden Tratte begleitet sein lässt. Lässt der Verkaufer das Konnossement auf seinen eigenen Namen oder seine eigene Order stellen, so spricht die Vermutung dafür, dass das Eigentum erst später übergehen soll (S.G.A. Sect.19 S.s.2), nämlich mit Einlösung des Konnossements, was je nach Lage des Falls durch Zahlung des Kaufpreises oder durch Akzept zu geschehen hat.

II.

Deutsches Recht.

Ausgangspunkt ist der Satz, dass das Eigentum übergeht, wenn der Eigentümer dem Erwerber den Besitz überträgt und beide Teile darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll (BGB. § 929). Ist ein Dritter, z.B. ein Verfrachter, im unmittelbaren Besitz der Sache, so kann der Besitzerwerb in der Form geschelen, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt (BGB. § 931). Ist über schwimmende Ware ein Konnossement ausgestellt, so kann dieser Eigentumsübergang durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nur in der Form der Begebung des Konnossements geschehen. Die Begebung des Konnossements ist die Uebertragung des mittelbaren Besitzes an der Ware (HGB. §. 647 in der Auffassung der - herrschenden - relativen Theorie; vgl. Schaps. Das Deutsche Seerecht I,531/532). Zum sofortigen Eigentumsübergang führt diese Besitzübertragung nur, wenn sie von

einer entsprechenden Einigung der Parteien begleitet ist. Das ist keineswegs bei jeder Konnossementsbegebung der Fall. Abgesehen davon, dass sie zu reinen Verwahrungs-, Verpfändungs- oder ähnlichen Zwecken erfolgen kann, kann sie auch mit der Absicht der - durch Kaufpreiszahlung oder Wechselakzeptierung - aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung geschehen (vgl. Boyens, Das deutsche Seerecht II,327). Nach Handelsbrauch wird eine solche aufschiebende Bedingung dann angenommen, wenn die Begebung des Konnossements an den Käufer von der gleichzeitigen Uebersendung einer zu akzeptierenden Tratte begleitet ist (Boyens a.a. O.).

Der Käufer erwirbt also das Eigentum an der schwimmenden Ware keinesfalls vor Begebung des Konnossements und unter Umständen, wenn nämlich ein entsprechender Parteiwille vorliegt, was in dem soeben erwähnten Fall vermutet wird, erst später mit Kaufpreiszhlung oder Wechselakzeptierung.

III.

Vergleich zwischen englischem und deutschem Recht.

Der Hauptunterschied zwischen englischem und deutschem Recht besteht in dem Fall, dass der Verkäufer Sicherungen gegenüber dem Käufer nicht für notwendig erachtet, insbesondere also wenn der Kaufpreis bereits vorausbezahlt ist. In diesem Falle, in dem der Verkäufer das Konnossement auf Namen order des Käufers ausstellen lässt, geht nach englischem Recht das Eigentum im Zweifel bereits mit der Abladung über, nach deutschem Recht erst, wenn das Konnossement dem Käufer zugegangen ist. Dagegen ist die Rechtslage sehr ähnlich, wenn der Käufer das Konnossement nur gegen Zahlung des

Kaufpreises oder gegen Wechselakzept erhalten soll, also vor allem beim Cifgeschäft. Doch besteht auch hier nicht völlige Gleichheit. Nach deutschem Recht geht das Eigentum an der schwimmenden Ware nicht vor Uebergabe des Konnossements über, nach englischem Recht genügt das ordnungsmässige Angebot der vom Käufer zu vollziehenden Leistung, auch ohne dass das Konnossement übergeben wird.

Hat der Verkäufer das Konnossement dem Käufer zusammen mit einer zu akzeptierenden Tratte übersandt, so wird in beiden Ländern vermutet, dass der Verkäufer das Eigentum nur unter der aufschiebenden Bedingung der Wechselakzeptierung übertragen wolle.