

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE INTERNATIONAL



**GEORGES
AFFAKI**
Maître de
conférences
associé
Université
Panthéon-
Assas (Paris II)
BNP Paribas

■ COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Faillite internationale – Conflit de juridictions – Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité – Critères d'identification du centre des intérêts principaux (COMI) – Conflit mobile – Critères d'identification d'un établissement.

C-398/09, Première chambre, 20 octobre 2011, *Interdil Srl*, en liquidation, c/ *Fallimento Interdil Srl* et *Intesa Gestione Crediti*, statuant sur demande de décision préjudicielle introduite par le Tribunale di Bari (Italie).

Le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une juridiction nationale soit liée par une règle de procédure nationale en vertu de laquelle les appréciations portées par une juridiction supérieure nationale s'imposent à elle, lorsque les appréciations portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour.

La notion de « centre des intérêts principaux » du débiteur visée à l'article 3(1) du règlement (CE) n° 1346/2000 doit être interprétée par référence au droit de l'Union.

Aux fins de déterminer le centre des intérêts principaux d'une société débitrice, l'article 3(1), seconde phrase, du règlement n° 1346/2000 doit être interprété de la façon suivante :

– le centre des intérêts principaux d'une société débitrice doit être déterminé en privilégiant le lieu de l'administration centrale de cette société, tel qu'il peut être établi par des éléments objectifs et vérifiables par les tiers. Dans l'hypothèse où les organes de direction et de contrôle d'une société se trouvent au lieu de son siège statutaire et que les décisions de gestion de cette société sont prises, de manière vérifiable par les tiers, en ce lieu, la présomption prévue à l'article 3(1) ne peut pas être renversée. Dans l'hypothèse où le lieu de l'administration centrale d'une société n'est pas situé à son siège statutaire, la présence d'actifs sociaux comme des contrats relatifs à l'exploitation financière de ces actifs dans un État membre autre que celui du siège statutaire ne peut être considérée comme un élément suffisant pour renverser cette présomption qu'à la condition qu'une appréciation globale de l'ensemble des éléments pertinents permette d'établir que, de manière vérifiable par

les tiers, le centre effectif de direction et de contrôle de la société se situe dans cet autre État membre ;

– dans le cas d'un transfert du siège statutaire d'une société débitrice avant l'introduction d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le centre des intérêts principaux de cette société est présumé se trouver au nouveau siège statutaire de celle-ci.

La notion d'« établissement » au sens de l'article 3(2) du même règlement doit être interprétée en ce sens qu'elle requiert la présence d'une structure comportant un minimum d'organisation et une certaine stabilité en vue de l'exercice d'une activité économique. La seule présence de biens isolés ou de comptes bancaires ne répond pas, en principe, à cette définition.

1. Le droit européen des procédures d'insolvabilité doit beaucoup à la jurisprudence de la CJUE. Hardie, pragmatique et cohérente, elle est la clef indispensable à la lecture du règlement (CE) n° 1346/2000. Les enseignements d'arrêts fondamentaux comme *Eurofood*, *Staubitz-Schreiber*, *Probud*¹ et, aujourd'hui, *Interdil*, figureront sans doute dans le rapport très attendu que la Commission doit présenter dans six mois au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social sur l'application du règlement 1346 et seront à la base de toute adaptation qu'elle estimerait nécessaire². L'arrêt *Interdil* vient compléter utilement les critères déjà identifiés par la Cour dans l'arrêt *Eurofood* quant à la détermination du centre des intérêts principaux, affirmer l'autonomie des ces critères par rapport au droit des États membres et l'interprétation qu'en font leurs tribunaux, et clarifier l'application de ces critères dans le cas de conflits mobiles liés au changement du siège statutaire de l'entreprise en faillite. La précision qu'il apporte à la définition d'« établissement », condition indispensable à l'ouverture d'une faillite secondaire, est également très utile.

2. **Les faits.** Société à responsabilité limitée (Srl) de droit italien avec son siège statutaire à Monopoli en Italie, *Interdil* a transféré son siège à Londres, a été inscrite au registre des sociétés au Royaume-Uni et a été radiée du registre des sociétés en Italie. En même temps, *Inte-*

1. Respectivement, C-341/04 et notre Chronique dans *Banque & droit* n° 108, p. 70, C-1/04, et C-444-07 et notre chronique dans *Banque & droit* n° 130, p. 44.

2. Article 46 du règlement 1346.



**JEAN
STOUFFLET**
Agrégé des
Facultés
de droit,
professeur
émérite

redil a fait l'objet d'une acquisition par le groupe britannique Canopus, ce qui a occasionné la négociation et la conclusion de plusieurs contrats de cession d'entreprise à Londres. Elle a ensuite cédé la propriété de plusieurs immeubles qu'elle détenait en Italie dans le cadre de son rachat pour finalement être dissoute et radiée du registre des sociétés au Royaume-Uni.

3. Un an après sa radiation du registre des sociétés en Italie, la banque italienne Intesa a demandé au Tribunal de Bari d'ouvrir une procédure de faillite (*fallimento*) à l'encontre d'Interedil. Interedil a contesté la compétence juridictionnelle du tribunal italien au profit des tribunaux anglais, seuls compétents selon elle depuis le transfert de son siège statutaire à Londres. Estimant l'exception d'incompétence infondée et l'insolvabilité d'Interedil établie, le Tribunal de Bari a prononcé sa faillite. Saisie d'un pourvoi déposée par Interedil, la Cour de cassation d'Italie affirma la compétence des juridictions italiennes. Elle décida que la présomption en faveur des tribunaux du lieu du siège statutaire figurant à l'article 3 du règlement 1346³ pouvait être écartée dans les circonstances de l'espèce, à savoir la présence en Italie de biens immobiliers appartenant à Interedil, l'existence d'un contrat de location relatif à deux complexes hôteliers auquel elle est partie et d'un contrat conclu avec une banque en Italie ainsi que l'absence de communication du transfert du siège statutaire au registre des sociétés de Bari. Étonnamment, le Tribunal de Bari dont la compétence était pourtant affirmée par sa cour suprême prit l'initiative de surseoir à statuer sur la procédure d'insolvabilité qu'il a lui-même ouvert et de poser à la CJUE quatre questions préjudicielles.

4. **Les questions préjudicielles posées à la Cour.** Le tribunal italien posa à la Cour européenne les questions suivantes :

– La notion de « centre des intérêts principaux du débiteur » visée à l'article 3(1) du règlement 1346 doit-elle être interprétée conformément au droit communautaire plutôt qu'au regard du droit national et, en cas de réponse affirmative, en quoi cette notion consiste-t-elle et quels sont les facteurs déterminants pour identifier le « centre des intérêts principaux » ?

– La présomption instaurée par l'article 3(1) du règlement 1346 en faveur du lieu du siège statutaire peut-elle être écartée par la constatation d'une activité effective de l'entreprise dans l'État qui n'est pas celui où se trouve ce siège ou, est-il nécessaire de constater que la société n'a exercé aucune activité économique dans l'État dans lequel elle a son siège statutaire ?

– L'existence dans un État membre autre que celui où se trouve le siège statutaire de la société de biens immobiliers appartenant à la société, l'existence d'un contrat de location relatif à deux complexes hôteliers conclu par la société débitrice avec une autre société, ainsi que celle d'un contrat conclu par la société avec une banque sont-elles des éléments permettant de considérer comme écartée la présomption prévue à l'article 3(1) du règlement

1346 en faveur du « siège statutaire » de la société et est-ce que ces éléments sont suffisants pour considérer que la société possède un « établissement » dans cet État, au sens de l'article 3(2) du règlement 1346 ?

– Si l'interprétation adoptée par la Cour de cassation italienne quant à l'article 3(1) du règlement vient à être jugée différente de celle de la CJUE, l'article 382 du code de procédure civile italien aux termes duquel la Cour de cassation se prononce sur les questions de compétence par un arrêt définitif fait-il obstacle à l'application de l'article 3(1) du règlement telle qu'interprété par la CJUE ?

5. **Question préliminaire de compétence de la CJUE.** La Commission européenne, comme la procédure de la Cour lui permet, intervint à la cause pour contester la compétence de la Cour de se saisir de la demande de décision préjudicielle. Elle estima qu'à la date de la réception par la Cour des questions préjudicielles (le 13 octobre 2009), seules les juridictions nationales dont les décisions n'étaient pas susceptibles de recours de droit interne pouvaient saisir la Cour à titre préjudiciel. Or, l'ordonnance du tribunal italien posant les questions préjudicielles à la Cour peuvent, selon la Commission, faire l'objet d'un tel recours devant les juridictions supérieures dans l'ordre judiciaire italien.

6. La Cour ne retint pas l'argument et releva au contraire que, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du traité de Lisbonne, la limitation du droit de la saisir à titre préjudiciel que prévoyait l'article 68 CE est devenue caduque. En application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et vu l'objectif de coopération efficace entre la Cour et les juridictions nationales qu'il poursuit, la Cour jugea qu'elle a, depuis le 1^{er} décembre 2009, compétence pour connaître d'une demande de décision préjudicielle émanant d'une juridiction dont les décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel en droit interne, et ce même si la demande a été déposée avant cette date. Déjà affirmé dans l'arrêt Werynski du 17 février 2011 (C-283/09), ce principe de compétence est utilement rappelé.

7. **Doit-on interpréter la notion de « centre des intérêts principaux » par référence au droit de l'Union ou au droit national ?** Il va de soi que l'application uniforme du droit européen dans le marché unique ne peut s'accommoder d'interprétations divergentes selon le prisme national qu'imposerait la *lex fori* de chaque État membre. La Cour profite de cette première question préjudicielle pour affirmer de manière éclatante l'autonomie du droit européen : « Il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause⁴. »

8. Ayant affirmé l'autonomie du droit européen, la Cour rappela la précision déjà indiquée à l'arrêt Eurofood

3. « Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire. »

4. Interedil, parag. 42, en se référant à l'arrêt NCC Construction Danmark, C-174/08, 29 octobre 2009, Rec. p. I-10567, parag. 24 et la jurisprudence citée.

que la notion de « centre des intérêts principaux » du débiteur au sens de l'article 3 (1) du règlement 1346 est une notion propre au règlement qui revêt une signification autonome et doit être interprétée de manière uniforme et indépendante des législations nationales. C'est donc bien par référence au droit de l'Union européenne qu'elle doit être interprétée.

9. Les critères pertinents pour la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. À défaut de définition à l'article 3 (1) du règlement 1346, la Cour constate la notion de « centre des intérêts principaux » doit être lue à la lumière du 13^e considérant du règlement aux termes duquel « le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers » (Eurofood, par. 32). La présomption prévue à l'article 3 (1) en faveur du siège statutaire tend à privilégier comme critère de compétence le lieu de l'administration centrale de la société. Ce lieu, comme déjà indiqué dans l'arrêt Eurofood, doit être identifié en fonction de critères à la fois objectifs et vérifiables par des tiers afin de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité.

10. La présomption en faveur du siège statutaire, on le sait, n'est pas irréfragable. Elle peut être écartée lorsque du point de vue des tiers (notamment les créanciers de la société) des éléments objectifs et vérifiables par ces tiers permettent d'établir l'existence d'un centre des intérêts principaux réel différent de la localisation du siège statutaire. De manière fort utile, la Cour indique alors les éléments à prendre en considération pour localiser le centre des intérêts principaux, parmi lesquels l'ensemble des lieux où la société débitrice exerce une activité économique et ceux où elle détient des biens pour autant que ces lieux soient visibles pour les tiers, ces éléments devant être appréciés de manière globale eu égard aux circonstances propres de chaque situation. Dans la ligne de la jurisprudence française⁵, ce critère holistique prônant une localisation du centre des intérêts principaux par un faisceau d'indices rappelle immédiatement l'arrêt Yukos rendu par la Bankruptcy Court du Texas en 2004 dans la célèbre affaire d'expropriation où le tribunal a choisi d'examiner – et de décliner – sa compétence au regard de la « totality of circumstances »⁶. Ceci montre à nouveau, si besoin est, l'enrichissement que s'offrent mutuellement les droits européen et américain de la faillite internationale.

11. Appliquant ces critères à l'affaire *Interedil*, la Cour décida que la localisation en Italie de biens immobiliers appartenant à *Interedil* dont le siège statutaire, rappelons le, a été transféré au Royaume-Uni, biens pour lesquels cette société a conclu des contrats de bail, ainsi que l'existence également en Italie d'un contrat conclu avec une banque, peuvent être considérées comme des éléments objectifs et vérifiables par les tiers à cause de la publicité qu'ils sont susceptibles d'avoir. Il n'en demeure pas moins que la présence de ces actifs dans un État mem-

bre autre que celui du siège statutaire ne saurait écarter la présomption posée à l'article 3(1) qu'à la condition qu'une appréciation globale de l'ensemble des éléments pertinents permette d'établir que, de manière vérifiable par les tiers, le centre effectif de direction et de contrôle de la société ainsi que de la gestion de ses intérêts se situe dans cet autre État membre.

12. La date pertinente pour la localisation du centre des intérêts principaux : le conflit mobile. Le règlement 1346 ne règle pas le cas du transfert du centre des intérêts principaux du débiteur. Se basant sur l'esprit de l'article 3(1) tel qu'induit de la généralité de ses termes et surtout sur son arrêt antérieur *Staubitz-Schreiber* (C-1/04), la Cour décide que la juridiction compétente pour ouvrir une procédure principale sera celle du dernier lieu où se trouve ce centre. La Cour avait en effet jugé dans l'arrêt *Staubitz-Schreiber* que, dans l'hypothèse d'un transfert du centre des intérêts principaux du débiteur après l'introduction d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, mais avant l'ouverture de cette procédure, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel était situé le centre des intérêts principaux au moment de l'introduction de la demande demeurent compétentes pour statuer sur celle-ci. C'est donc la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur à la date de l'introduction de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité qui est pertinente pour déterminer la juridiction compétente. Si ce centre correspond au siège statutaire transféré avant l'introduction d'une demande d'ouverture, le tribunal du lieu du siège transféré devient compétent pour l'ouverture de la procédure principale.

13. La solution que propose la Cour au conflit mobile a le mérite de la clarté. Elle rattache la compétence juridictionnelle au lieu avec lequel la société a, objectivement et de manière visible pour les tiers, les rapports les plus étroits. Il est donc logique de privilégier, dans une telle hypothèse, le lieu du dernier centre des intérêts principaux – présumé être le siège statutaire – au moment de l'introduction de la demande d'ouverture. La solution européenne tranche cependant avec le droit français des procédures collectives où l'article R. 600-1 du Code de commerce prévoit qu'en cas de changement du siège de la société dans les six mois précédant la saisine du tribunal, la compétence est maintenue au tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial. Le législateur français tente ainsi d'éviter la manipulation des règles de compétence territoriale en créant artificiellement un lien de rattachement avec une juridiction – et donc un droit – plus favorable au failli la veille de demander l'ouverture d'une procédure collective. Cette approche présente toutefois les mêmes incertitudes que les nullités de la période suspecte qui a piégé plus d'un créancier confiant. La solution européenne favorise la certitude et doit être approuvée. Une éventuelle fraude à la loi – qu'il ne faut jamais présumer – peut toujours être contrecarrée au nom de l'exigence de stabilité du lien de rattachement ou des principes généraux du droit.

5. Paris 25 février 2010, *Cœur Défense*, 09/22756 ; Paris 25 novembre 2009, *Mansford*, 09/17248.

6. G. Affaki, « A European view on the US courts' approach to cross-border insolvency : lessons from Yukos », n° 29, in *Faillite internationale et conflit de juridictions : regards croisés transatlantiques*, G. Affaki (dir.), Bruylant, 2007.

14. Peut-on identifier au Royaume-Uni, à défaut du centre d'intérêts principaux, un établissement donnant droit à l'ouverture d'une procédure secondaire? Présenté à titre subsidiaire, cet argument était susceptible de permettre à Interedil de conserver aux tribunaux anglais au moins la compétence exclusive sur les biens se trouvant au Royaume-Uni. Là également, la Cour devait apporter des précisions de première importance sur l'identification d'un « établissement » au sens de l'article 3(2) du règlement.

La Cour rappelle d'abord que l'article 2(h) du règlement définit la notion d'établissement comme visant tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens. Cette définition lie l'exercice d'une activité économique à la présence de ressources humaines et démontre qu'un minimum d'organisation et une certaine stabilité sont nécessaires. Il s'ensuit que, *a contrario*, la seule présence de biens isolés ou de comptes bancaires ne répond pas aux exigences requises pour la qualification d'« établissement ». Or, jugea la Cour, l'existence d'un établissement doit être appréciée, à l'instar de la localisation du centre des intérêts principaux, sur le fondement d'éléments objectifs et vérifiables par les tiers car un tel établissement conférerait aux juridictions de l'État membre où il serait localisé compétence pour ouvrir une procédure secondaire. C'est là une condition importante pour garantir la sécurité juridique et la prévisibilité concernant la détermination des juridictions compétentes. Et la Cour de décider que la notion d'« établissement » au sens de l'article 3(2) du règlement requiert la présence d'une structure comportant un minimum d'organisation et une certaine stabilité en vue de l'exercice d'une activité économique. En l'espèce, la seule présence de biens isolés ou de comptes bancaires au Royaume-Uni ne répond pas à cette définition.

15. De la primauté du droit européen tel qu'interprété par la CJUE. La quatrième question préjudicielle posée par le tribunal de Bari mettait en exergue la divergence d'interprétation du règlement 1346 (article 3(1)) entre la Cour de cassation italienne et la CJUE et demandait si le Code de procédure civile italien disposant que les décisions de la Cour de cassation en matière de compétence sont définitives et obligatoires avait pour effet de faire prévaloir la jurisprudence nationale sur celle de la juridiction européenne.

16. La Cour commença par rappeler sa jurisprudence antérieure jugeant que l'existence d'une règle de procédure nationale ne saurait remettre en cause la faculté qu'ont les juridictions nationales ne statuant pas en dernière instance de la saisir d'une demande préjudicielle lorsqu'elles ont des doutes sur l'interprétation du droit de l'Union (*Elchinov*, C-173/09, arrêt du 5 octobre 2010, parag. 25). De même, rappela la Cour, un arrêt rendu à titre préjudiciel par la Cour lie le juge national quant à l'interprétation ou à la validité des actes des institutions de l'Union en cause. Le juge national est donc lié, pour la solution du litige au principal, par l'interprétation des dispositions en cause donnée par la Cour à laquelle il doit donner plein effet en écartant, au besoin et de sa propre autorité, les appréciations de la juridiction supérieure

ou toute autre disposition nationale s'il estime ne pas être conformes au droit de l'Union sans avoir à demander au préalable que la disposition soit abrogée par voie législative ou autrement. Dans le cas soumis à la Cour, le Code de procédure civile italien ne fait nullement obstacle à la présentation par le tribunal de Bari de sa question préjudicielle et son application directe de l'article 3(1) du règlement 1346 tel qu'interprété par la CJUE quand bien même la Cour de cassation italienne prônerait une interprétation différente.

17. Une Cour consciente de ses limites. Interedil avait également excipé de sa cessation d'existence depuis sa radiation du registre des sociétés britannique, aucune faillite ne pouvant dès lors être ouverte par la suite à son égard. En rejetant cette défense, la Cour saisit l'occasion pour rappeler que le règlement 1346 se borne à uniformiser les règles relatives à la compétence internationale, à la reconnaissance des décisions et au droit applicable dans le domaine des procédures d'insolvabilité ayant des effets transfrontaliers. Et la Cour de rappeler un principe fondamental du droit européen de la faillite : « La question de la recevabilité d'une demande de déclaration de faillite à l'égard d'un débiteur demeure régie par le droit national applicable » (parag. 24). Ainsi, si le tribunal de Bari a estimé que le droit italien lui permet d'ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'Interedil, la CJUE ne peut s'y substituer dans l'application du droit italien au fond ; elle ne peut que contrôler la compétence de ce tribunal pour ouvrir une faillite principale au regard du règlement 1346.

18. L'arrêt *Interedil* est riche d'enseignements. Il complète utilement l'arrêt *Eurofood* quant aux critères permettant la détermination du centre d'intérêts principaux. Il applique également le principe énoncé à l'arrêt *Staubitz-Schreiber* quant à la date pertinente pour l'appréciation du lieu où se trouve le centre d'intérêts principaux du débiteur dans le cas où ce centre vient à être changé dans l'espace. Enfin, il marque clairement que toute présence économique dans un État membre autre que celui dont les tribunaux sont compétent pour ouvrir la procédure principale ne permet pas d'identifier un établissement conduisant à l'ouverture d'une procédure secondaire. C'est là une réfutation ferme aux critiques du règlement 1346 qui prétendent y voir le triomphe de la territorialité, et donc pluralité, de la faillite. Si pluralité il y a, elle est hiérarchisée et non automatique. L'esprit du règlement 1346 est clairement de favoriser l'unicité de la faillite européenne en prônant une compétence universelle d'un tribunal unique qui serait reconnue automatiquement par toutes les juridictions des autres États-membres. Toute dérogation, y compris au titre de la reconnaissance de procédures secondaires, doit être restrictivement acceptée. Les règles de compétence qui régissent le droit européen de la faillite doivent être évaluées de manière autonome des droits nationaux des États-membres. C'est là un enseignement principal de l'arrêt *Interedil*.

Garantie autonome – Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande – Fraude ou abus manifestes.

CA Versailles, 14^e chambre, 6 juillet 2011, Sté ARS-3C Maritza c/ Sté Alstom Power Systems GMBH

La fraude et l'abus sont-ils des motifs distincts de rejet d'une demande d'exécution d'une garantie indépendante? Le droit français et le droit anglais donnent des réponses opposées.

1. Les formules en usage et les Règles Uniformes de la CCI qui les inspirent sont conçues de manière à conférer à l'engagement du garant une totale autonomie par rapport à la relation sous-jacente. Un appel de la garantie doit être honoré dès lors que les conditions expressément formulées dans le texte de la garantie sont remplies. Cette autonomie est formulée de manière aussi claire dans la révision 2010 des RUGD (publication ICC n° 758) que dans la version 1992 (publication ICC n° 458)⁷. On sait, cependant, que la jurisprudence française comme la jurisprudence des autres pays a tempéré le principe d'autonomie en reconnaissant au juge le pouvoir d'interdire au garant d'exécuter son engagement lorsque l'appel de la garantie est entaché de fraude ou abusif. Le législateur français a confirmé cette solution lorsqu'il a cru devoir faire de la garantie autonome une sûreté légale formant, à côté du cautionnement et de la lettre d'intention, la catégorie des sûretés personnelles. L'article 2321 du code civil, issu d'une ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, dispose dans son 2^e alinéa : « *Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre* ».

2. L'arrêt commenté de la Cour d'appel de Versailles porte précisément sur les exceptions de fraude et d'abus manifeste. Le sujet est classique. Fréquemment les donneurs d'ordre d'une garantie tentent d'en empêcher la réalisation en se prévalant d'une fraude ou, plus souvent, d'un abus commis par le bénéficiaire. Le juge des référés saisi à raison de l'urgence, a à apprécier si l'appel de la garantie, déjà formulé ou redouté, est ou serait de manière évidente, abusif. C'est, toutefois, une autre question qui était soulevée dans l'affaire portée devant la Cour de Versailles, celle de savoir si l'abus et la fraude sont des causes distinctes de refus d'exécution de la garantie ou s'ils constituent une cause unique? Question en apparence sans intérêt et inutile puisque l'article précité du code civil mentionne l'abus « ou » la fraude. Si elle a été soulevée dans l'affaire dont était saisie la Cour de Versailles, c'est parce que la garantie litigieuse était soumise au droit anglais et que le litige soumis à la Cour de Versailles était étroitement lié à une procédure en cours devant une juridiction anglaise.

3. AES-3C avait conclu avec Alstom Power Systems Gmbh un contrat dit EPC pour la construction de deux centrales thermiques situées dans un bassin minier bulgare et devant être alimentées par du minerai de lignite produit par ce bassin. Une garantie de bonne fin expressément soumise au droit anglais et aux RUGD 458 avait été émise par Calyon. Se prévalant du non-respect des délais de livraison, AES-3C adressa à Alstom une série de demandes d'indemnités que cette dernière refusa de payer en faisant valoir que les retards et les défauts invoqués étaient motivés par la non-conformité du lignite fourni. La garantie fut appelée mais son exécution a été paralysée par une ordonnance du président du tribunal de commerce de Nanterre faisant droit à une requête d'alstom arguant du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie. À titre conservatoire, l'ordonnance interdisait à Calyon de payer le montant de la garantie avant qu'intervienne une décision au fond. C'est de cette ordonnance qu'il a été fait appel devant la Cour de Versailles.

4. Parallèlement à la procédure de référé engagée devant le juge français se poursuivait, engagée par AES-3C devant la High Court of England, une procédure portant sur le fond du différend. La compétence du juge anglais et l'application du droit anglais avaient en effet été prévues dans le contrat commercial. Dans son jugement la High Court : i) invalide le premier appel en garantie et rejette l'allégation de fraude, ii) valide le deuxième appel en garantie, rejetant également l'allégation de fraude et iii) condamne Calyon, l'émetteur de la garantie, dans l'attente de la mainlevée de l'interdiction prononcée par le juge des référés de Nanterre, au paiement d'une certaine somme.

5. La Cour d'appel de Versailles devait, pour statuer sur l'appel formé contre l'ordonnance du juge des référés de Nanterre, tenir compte du jugement de la High Court dans la mesure où ce jugement se prononçait sur l'exécution de la garantie, les tribunaux français ayant seulement le pouvoir de prendre une décision provisoire s'ils constataient une apparence d'appel frauduleux ou abusif de la garantie litigieuse. L'hypothèse de la fraude avait été écartée par le jugement anglais. Restait l'appel abusif. La High Court ne s'étant pas prononcée sur ce point, il paraissait évident que la Cour d'appel restait libre de juger qu'il y avait eu un appel manifestement abusif ainsi que le soutenaient Calyon et Alstom.

6. L'arrêt commenté souligne effectivement et à juste titre « *que la loi française sanctionne ce qui peut être retenu comme deux expressions distinctes de la mauvaise foi : celle de la fraude, supposant que le bénéficiaire de la garantie se livre à une manœuvre en vue d'obtenir la somme à laquelle il n'a pas droit et celle de l'abus manifeste, qui résulte de l'évidence d'un défaut de droit du bénéficiaire qui appelle néanmoins la garantie...* ». Ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, la rédaction de l'article 2321 du Code civil visant l'abus « ou » la fraude ne laisse pas de doute à cet égard. Mais la garantie sur laquelle devait se prononcer la Cour d'appel n'était pas soumise au droit français. Elle était régie par le droit anglais. Or, selon les éléments fournis à la Cour, la loi anglaise ne distingue pas la notion d'abus manifeste. En excluant la fraude, la High Court a donc en même temps jugé que la garantie n'avait pas été appelée alors que le bénéficiaire savait

7. G. Affaki et R. Goode, « Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees », ICC Publ. 702, 2011.

qu'il était sans droit pour le faire, c'est-à-dire un comportement que le droit français dénomme appel abusif. En conséquence, l'arrêt infirme dans toutes ses dispositions l'ordonnance de référé du président du tribunal de Nanterre et reconnaît le droit de la société AES-3C d'obtenir l'exécution de la garantie. L'arrêt, bien entendu, ne préjuge pas de la possibilité pour Alstom Power Systems de faire reconnaître par le juge compétent qu'elle n'a pas manqué dans l'exécution du contrat de base à ses obligations et/ou que l'inexécution n'engage pas sa responsabilité. L'autonomie de la garantie, généralement invoquée par le bénéficiaire, a aussi des effets favorables au donneur d'ordre.

■ UNION EUROPÉENNE

Conflit de lois – Cession de créance – Opposabilité aux tiers – Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I).

Insertion dans le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I) d'une règle de conflit relative à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance et propositions du British Institute of International and Comparative Law : encore trois années de perdues !⁸

1. Tout a été dit, ou presque, sur les règles de conflit en matière d'opposabilité de cession de créance à l'égard des tiers⁹. Et tout reste à faire. On ne peut donc que se réjouir de la remise prochaine par le British Institute of International and Comparative Law (BIICL) à la Commission européenne d'un rapport sur l'opportunité de compléter le Règlement Rome I par une règle de conflit relative à l'opposabilité aux tiers des cessions, subrogations et nantissements de créance.

2. Une lacune à combler. On se souvient que la montagne annoncée sur ce point lors de l'adoption du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit « Rome 1 » avait accouché d'une souris¹⁰. En matière de cession de créance, le législateur européen s'était contenté d'intégrer dans le Règlement Rome I (article 14) les solutions posées par l'article 12 de la Convention de Rome sur la cession de créance à savoir :

– soumission des questions relatives à la relation entre cédant et cessionnaire à la loi applicable au contrat de cession (al. 1) ;

– soumission des questions relatives à la relation entre cessionnaire et débiteur cédé à la loi de la créance cédée (al. 2)¹¹.

8. Les auteurs expriment leur reconnaissance à M. Matthieu Toulemonde, BNP Paribas, pour sa contribution à cette chronique.

9. G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque & droit* n° 90, juillet-août 2003.

10. G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, *Banque & droit* n° 103, février 2009.

11. Ces questions sont énumérées à l'article 14 (2), elles sont relatives « à la cessibilité

Le seul changement qu'apportait le règlement était venu de l'extension du champ d'application de la règle de conflit à la subrogation conventionnelle et au nantissement de créance (article 14 al. 3)¹². Mais on attendait surtout que soit résolue la question de la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance sur laquelle la Convention de Rome était restée muette. Par « opposabilité aux tiers », on désigne les conflits susceptibles de naître entre le cessionnaire et les tiers suite à la transmission de la créance : Dans quelle condition une créance peut être transférée d'un patrimoine à un autre ? Quelles sont les règles de priorité entre plusieurs créanciers revendiquant des droits concurrents sur la même créance ? Pour répondre à ces questions et en l'absence de règle de conflit précise dans la Convention de Rome, les juridictions de chaque État membre avaient tenté de trouver des réponses dans les deux autres règles de conflit de l'article 12, ce qui a abouti à des résultats divers. Le patchwork de solutions qui en a résulté¹³ rendait pratiquement impossible pour un cessionnaire toute prévision sur la loi applicable et par la même, sur les formalités d'opposabilité devant être accomplies : chaque juge pouvant potentiellement être saisi de la question appliquait une loi différente pour apprécier l'efficacité de la transmission de la créance.

3. Nécessité d'un texte uniforme dans l'Union européenne. Un consensus s'était donc dégagé sur la nécessité pour le législateur communautaire de dégager une règle de conflit unique soumise à la jurisprudence unificatrice de la CJUE. Plusieurs solutions adoptées par la jurisprudence des États membres se présentaient au législateur communautaire.

4. Les options rejetées. À l'image de la solution retenue par la jurisprudence française, les questions d'opposabilité aux tiers de la cession peuvent être soumises à la loi du lieu de résidence du débiteur cédé¹⁴. La loi du débiteur cédé a le mérite d'être aisément identifiable pour les tiers ce qui permet une certaine sécurité juridique. Néanmoins la solution s'avère inadaptée en cas de cessions impliquant une multitude de débiteurs (hypothèse des cessions en bloc) car elle aboutirait à soumettre une telle cession à autant de lois qu'il y a de débiteurs cédés, et partant d'obliger le cessionnaire à rechercher dans chacune de ces lois les formalités permettant de

de la créance cédée, aux rapports entre cessionnaire et débiteur, à l'opposabilité de la cession au débiteur et au caractère libératoire du paiement fait par le débiteur ».

12. On note donc que le champ des questions d'opposabilité aux tiers soulevées par l'article 14 concerne non seulement la cession, mais aussi la subrogation et le nantissement. Par souci de simplicité, on parlera néanmoins par la suite uniquement de cession.

13. G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *op. cit.* n° 11 et s.

14. La démarche adoptée par le juge français consiste en effet à considérer la créance comme un bien mobilier, et partant, à soumettre l'opposabilité de son transfert au lieu de localisation de ce bien dans l'espace (*lex rei sitae*). La localisation de la créance dans le pays du domicile du débiteur cédé s'explique par le fait que la publicité d'une cession de créance est opérée dans le Code civil par une signification au débiteur cédé. Voir notamment Paris, 26 mars 1986 : D. 1986, p. 374, note M. Vasseur ; RCDIP 1992, p. 351, note M. Jobard-Bachelier et Paris 27 septembre 1984, *JDI* 1985, p. 664, note Diener ; A. Sinay-Siortermann, « Les conflits de lois concernant l'opposabilité des créances », RCDIP 81 (1) 1992, n° 17 ; D. Pardoel, « Les conflits de lois en matière de cession de créances », Thèse, LGDJ 1997, n° 357 ; G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, *op. cit.* (note 10, supra) n° 16 et s.

rendre opposable son titre. Ne fallait-il pas alors retenir la solution proposée par la jurisprudence hollandaise¹⁵, à savoir de soumettre l'opposabilité aux tiers au premier alinéa de la Convention de Rome, c'est-à-dire à la loi d'autonomie? Mais une telle loi s'avère difficilement prévisible pour les tiers qui par hypothèse n'ont pas accès au contrat de cession. Fallait-il enfin adopter la solution prônée par les jurisprudences allemandes et anglaises¹⁶ qui avaient soumis ces questions au second alinéa de la Convention de Rome, c'est-à-dire à la loi de la créance cédée? Ce rattachement aurait eu le mérite de soumettre les questions soulevées dans les rapports du cessionnaire avec le débiteur cédé et celles relatives aux rapports du cessionnaire avec les tiers à une loi unique. Néanmoins celle-ci s'avère, comme la solution française, inopportune dans le cas d'une cession de plusieurs créances en bloc, typiquement, dans l'hypothèse d'une titrisation. Le rattachement à la loi de la créance cédée reviendrait alors à soumettre la validité de la transmission potentiellement à autant de lois différentes qu'il existe de créances cédées. Au surplus, elle ne permet pas de dégager une solution en cas de cession de créance future puisque la loi de la créance ne peut alors être déterminée au moment de la cession, le contrat lui donnant naissance n'étant pas encore conclu.

5. L'alternative envisagée. Si chacune de ces trois solutions pouvait se justifier compte tenu des particularismes nationaux, aucune ne s'avérerait opportune. Aussi bien, depuis l'adoption par l'assemblée générale de l'ONU en décembre 2001 de la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, c'était un rattachement *ex nihilo* qui semblait devoir s'imposer et qui était à vrai dire le seul viable : celui de la loi de résidence du cédant¹⁷. Seul ce rattachement présente à la fois une objectivité à l'égard des tiers, synonyme de sécurité juridique, une fixité en cas de créances multiples, et sera enfin généralement identique à la loi de la procédure collective du cédant (ce qui permet d'éviter d'impossibles conflits de qualification).

6. Une solution reportée. On s'attendait donc à ce que l'adoption du Règlement Rome 1 vienne enfin sceller les débats de façon claire et uniforme par l'insertion dans l'article 14 d'un troisième alinéa rattachant l'opposabilité de la cession aux tiers à la loi du domicile du cédant. Hélas, lors du dernier projet, l'opposition de la délégation britannique qui défendait la loi de la créance cédée a amené la présidence portugaise, soucieuse de ne pas paralyser l'ensemble des négociations, à abandonner le projet d'alinéa 3. Afin de combler un tel vide, une clause de réexamen a été insérée à l'article 27 al. 2. Il était donc prévu qu'au plus tard le 17 juin 2010 la Commission européenne présenterait au

Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport sur l'opposabilité aux tiers de la cession de créance¹⁸ accompagné d'une proposition de modification du Règlement et d'une évaluation de l'impact des dispositions à introduire.

7. Mission du BIICL. La Commission européenne a confié au BIICL le soin de réaliser cette étude. C'est dans ce contexte que le BIICL s'apprête à rendre un rapport intitulé « *Study on the question of effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person* »¹⁹.

8. Méthode. Le rapport s'appuie sur une très large consultation réalisée auprès de professionnels du droit et de la finance, d'universitaires, ainsi que de rapports nationaux sur le droit matériel des États-membres et d'États-tiers²⁰. L'étude d'impact qui synthétise les réponses apportées révèle sans surprise le besoin pour les praticiens du commerce international d'une règle claire et lisible pour trancher les problèmes de conflit de lois en matière de cession de créance de manière définitive. Mais quelles sont les propositions qu'en tirent ses auteurs en vue de modifier l'article 14? Est reproduit ci-après le texte de projet proposé par le BIICL de modification de l'article 14 tel qu'il a été communiqué aux auteurs de ces lignes.

Proposal A – Restricted Application of the Law Applicable to the Contract Between Assignor and Assignee

Article 14 - amended

Voluntary assignment and contractual subrogation

1. Subject to paragraph 2, in case of a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the debtor) the assignment or subrogation shall be governed by :

(a) the law that applies to the contract between the assignor and assignee under this Regulation, if that law has been chosen by the parties in accordance with Article 3 of this Regulation and is either :

i. the law governing the assigned or subrogated claim at the date of the assignment; or

ii. the law of the country in which the assignor has his habitual residence at the date of the assignment.

(b) in the case of an assignment of a claim arising under a

18. En réalité la clause de réexamen prévue à l'article 27 (alinéa) 2 assignait au rapport un objet double : traiter de la « question de l'opposabilité d'une cession ou subrogation aux tiers, ainsi que du rang de la créance faisant l'objet de ladite cession ou subrogation par rapport aux droits détenus par d'autres personnes ». La deuxième partie de cette proposition paraît difficilement compréhensible, car on voit mal comment le rang de la créance cédée pourrait relever d'une loi autre que celle qui régit la créance cédée ou la procédure collective (le cas échéant) du débiteur cédé. Les auteurs du rapport cachent mal leur malaise à traiter ce second point. On pourrait se demander s'il n'y avait pas tout simplement une erreur et si le législateur européen ne visait pas les questions de rang sur (et non de) la créance cédée : à partir du moment où l'article 14 traite également du nantissement de créance, il faut en effet envisager – au moins en théorie – les questions de conflit sur la créance cédée non pas seulement en termes de priorité (résolu par la règle « *prior tempore, potior jure* »), mais également en termes de rang sur la créance cédée.

19. Malgré le titre, seule la première partie du sujet est traitée.

20. Il convient de noter néanmoins que dans l'état dans lequel il a été permis aux auteurs de ces lignes de consulter le rapport, les règles de conflit retenues et reproduites ci-dessus ne correspondaient pas nécessairement aux conclusions du rapport.

15. *Brandsma c/ Hansa Chemie AG, Hoge Raad*, 16 mai 1997, Rechtspraak van de Week 126.

16. Concernant l'Allemagne : BGH, 8 décembre 1998, XI ZR 302/97 (WM 1999, 126) ; 20 juin 1990, BGHZ 111, 376 ; IPRax 1991, 248.

Concernant l'Angleterre : *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG c/ Five Star General Trading LLC and others*, (Court of Appeal, 26 janvier 2001), [2001] 1 All ER (Comm) 961 ; G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, *op. cit.* (note 10, *supra*) n° 15 et s.

17. G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *op. cit.* (note 9, *supra*) n° 8 et s.

contract not in existence at the date of the assignment, the law of the country in which the assignor has his habitual residence at the date of the assignment.

(c) in any other case, the law governing the assigned or subrogated claim.

Articles 19(2) and (3) shall not apply in determining the place of the assignor's habitual residence for the purposes of this paragraph.

2. The law governing the assigned or subrogated claim shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged.

3. The concept of assignment in this Article includes outright transfers of claims, transfers of claims by way of security and pledges or other security rights over claims.

Proposal B – Law Governing Assigned Claim [With Optional Factoring Exception]

Article 14 (amended)

Voluntary assignment and contractual subrogation

1. In the case of a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the debtor), the law governing the assigned or subrogated claim at the relevant date shall also govern the assignment or subrogation.

2. In the case of an assignment of a claim arising under a contract not in existence at the date of the assignment [or an assignment by way of factoring] :

(a) the law governing the assigned or subrogated claim at the relevant date (or, if later, when the contract comes into existence) shall determine the assignability of the claim, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged; and

(b) the assignment or subrogation shall otherwise be governed by the law of the country in which the assignor has his habitual residence at the relevant date. Articles 19 (2) and (3) shall not apply in determining the place of the assignor's habitual residence for the purposes of this article.

3. If the issue is one of priority between two or more competing assignments or other rights to the same claim, the relevant date is the date of the last assignment or other event giving rise to a competing right. If the issue is whether the debtor's obligations have been discharged, the relevant date is the date of performance of the debtor's obligation in question. For all other issues, the relevant date is the date of the assignment in question.

4. The concept of assignment in this Article includes outright transfers of claims, transfers of claims by way of security and pledges or other security rights over claims.

Proposal C - Law of Assignor's Location [with Optional Exception for Assignments of Claims under Financial Contracts]

Article 14 (amended)

Voluntary assignment and contractual subrogation

1. Subject to Article 14(3), in the case of a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the debtor) :

(a) the law governing the assigned or subrogated claim at the

relevant date (or, if later, when the contract comes into existence) shall determine the assignability of the claim, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged; and

(b) the assignment or subrogation shall otherwise be governed by the law of the country in which the assignor has his habitual residence at the relevant date. Arts. 19 (2) and (3) shall not apply in determining the place of the assignor's habitual residence for the purposes of this article.

2. In the case of an assignment of a claim under an existing contract concluded within the type of system falling within the scope of Article 4(1)(h) or within a multilateral system for the settlement of payments or other transactions between banks and financial institutions or a claim under a financial instrument, the law governing the assigned or subrogated claim at the relevant date shall also govern the assignment or subrogation.

3. If the issue is one of priority between two or more competing assignments or other rights to the same claim, the relevant date is the date of the last assignment or other event giving rise to a competing right. If the issue is whether the debtor's obligations have been discharged, the relevant date is the date of performance of the debtor's obligation in question. For all other issues, the relevant date shall be the date of the assignment in question.

4. The concept of assignment in this Article includes outright transfers of claims, transfers of claims by way of security and pledges or other security rights over claims.

Autant le dire d'emblée, la déception à la lecture de ces propositions est à la hauteur des espérances qu'un tel rapport avait fait naître. Il suscite un sentiment général mêlé de stupeur, d'étonnement et d'incrédulité.

9. Stupeur : S'il y avait bien un point qui n'était pas débattu, c'était la nécessité de dégager enfin une solution unique pour résoudre les règles d'opposabilité de la cession aux tiers. Or en faisant trois propositions alternatives, le rapport ravive les braises d'une controverse sur le rattachement pertinent qu'il avait précisément pour objet d'éteindre. Surtout, chacune de ces propositions conduit elle-même à l'application non pas d'une, mais de deux, voir trois lois pour résoudre l'opposabilité de la cession de créance aux tiers.

10. Étonnement : Car, alors que la question posée au BIICL portait uniquement sur l'insertion d'une nouvelle règle de conflit de loi pour régir les questions relatives à l'opposabilité aux tiers de la cession, le BIICL propose de remodeler également les alinéas 1 et 2 sur lesquels les praticiens croyaient pouvoir se reposer et qui concernent respectivement les relations entre cédant et cessionnaire, et cessionnaire et débiteur cédé. Dans l'esprit des auteurs de ces propositions, c'est sans doute une pure question de formulation : il n'est plus question de traiter dans l'article 14 des questions de « loi applicable entre cédant et cessionnaire » puisque celles-ci relèvent de la *lex contractus* dont la règle de conflit est posée aux articles 3 et 4 du Règlement. L'article 14 aurait désormais pour objet la détermination de la « loi applicable à la cession », ce par quoi il faut comprendre que seraient concernées par cet article les questions d'opposabilité de la cession à l'égard du débiteur cédé et les questions d'opposabilité de la cession à l'égard des tiers. Compréhensible que pourra :

tout est dans le non-dit, le sous-entendu et la notion « d'opposabilité de la cession à l'égard des tiers » ne figure nulle part dans les projets. Alors qu'on attendait une réponse simple et lisible à des problématiques concrètes, force est de constater que les textes proposés sont résolument théoriques – voir abscons – et laissent une grande place à l'interprétation.

11. Incrédulité, enfin : Puisque alors que la consultation des acteurs du marché réalisée par le BIICL révèle que la majorité des praticiens souhaitent que soit consacré clairement la loi de résidence du cédant comme devant régir en particulier les conflits de priorité à l'égard des tiers, les trois propositions de texte révèlent une volonté évidente de ses auteurs de légitimer une improbable soumission de ces conflits à la loi de la créance cédée. Tel le serpent de mer, la loi de la créance cédée ressurgit dans chaque proposition soit en tant que rattachement de principe (ostensiblement dans la Proposition B, ou de façon plus subtile dans la Proposition A), soit en tant que rattachement d'exception (Proposition C).

12. Proposition A: de Charybde... La proposition A consacre la possibilité pour les parties au contrat de cession de soumettre les effets réels de la cession, c'est-à-dire son opposabilité, soit à la loi de la créance cédée, soit à la loi de la résidence habituelle du cédant (paragraphe 1 (a)). Mais ce principe est aménagé : En matière de cession de créance future la première branche de l'alternative serait divinatoire et facteur d'insécurité pour les tiers et c'est alors la loi de résidence habituelle du cédant qui s'impose (paragraphe 2 (b)). Par ailleurs à défaut de choix par les parties, c'est à la loi de la créance cédée, privilégiée par la jurisprudence anglaise, que sera soumise les effets réels de la cession.

Cette possibilité de choix offerte aux parties au contrat de cession permettrait selon les auteurs de la proposition de pallier les faiblesses de l'application de la loi de la créance cédée en matière de cessions en bloc : dans une telle hypothèse, alors que le renvoi mécanique à la loi de la créance cédée aurait pour effet de soumettre la cession à autant de loi qu'il y a de créances cédées, la possibilité pour les parties de choisir alternativement la loi de « résidence habituelle » du cédant devrait permettre aux parties de soumettre l'opposabilité aux tiers de la cession à une loi unique. Mais on aperçoit immédiatement le danger d'une telle solution. Le choix, même limité, de la loi applicable réalisé intimement entre cédant et cessionnaire n'a aucune objectivité pour les tiers qui n'ont pas accès au contrat de cession et ne peuvent donc pas se renseigner sur la loi applicable. Surtout, en cas de cessions successives d'une même créance, chaque cession pourrait potentiellement être soumise à un choix différent et chaque cessionnaire pourra donc, sous réserve de réaliser les formalités prévues par la loi qu'il a lui-même choisie, revendiquer la créance avec la même légitimité. Or tout l'intérêt de fixer une règle de conflit commune en matière d'opposabilité des cessions de créances est précisément de trancher les conflits de priorité en renvoyant à une loi unique qui désigne le titulaire de la créance.

13. Proposition B: ...en Scylla. La deuxième proposition consiste à soumettre par principe l'opposabilité de la cession à la loi de la créance cédée. Cette loi régira donc

non seulement les relations du cessionnaire à l'égard du débiteur cédé comme c'est le cas aujourd'hui, mais également les questions d'opposabilité de la transmission de créance à l'égard des tiers²¹. Conscients des limites de ce rattachement, les auteurs du rapport ont prévu une exception dans un alinéa 2 qui concerne les cessions de créance future et les cessions effectuées dans le cadre d'un contrat d'affacturage. Dans ces hypothèses, la loi désignée est celle du « lieu de résidence habituelle » du cédant²².

En réservant un traitement spécifique à l'affacturage, il faut comprendre que les auteurs du texte ont tenté de répondre aux problèmes suscités par l'application de la loi de la créance cédée aux hypothèses de cessions en bloc de créances, figure typique de l'affacturage. Dans cette hypothèse, le rattachement à la loi de la créance cédée aurait pour effet de soumettre l'opposabilité de la cession à une myriade de lois différentes. Mais que faut-il entendre par « opération d'affacturage » ?²³ L'affacturage n'étant pas un concept juridique dont le régime est défini de manière uniforme dans le droit des États membres, des problèmes de qualification insolubles risquent de se poser. Surtout, l'affacturage ne résume pas à lui seul, loin s'en faut, les opérations dans lesquelles est réalisé une cession d'un portefeuille de créances²⁴. Le problème reste donc entier pour ces opérations. Mais on relèvera surtout le résultat absurde d'une telle proposition qui aboutit, là encore, à retenir deux critères de rattachement distincts à l'opposabilité des cessions (selon que la cession concerne une créance existante ou non, selon que la cession relève d'une opération d'affacturage) qui peuvent potentiellement concerner une même créance. Ainsi, afin de s'assurer des formalités nécessaires à l'opposabilité de son titre, le cessionnaire d'une créance devra non seulement respecter les formalités propres à la créance cédée, mais également à celles du lieu de la résidence habituelle du cédant : à cette (double) condition seulement le cessionnaire n'aura plus à craindre l'action en revendication d'un affactureur auquel serait transmise la même créance ou celle initiée par un autre cessionnaire qui se serait fait céder la créance alors qu'elle n'était qu'en germe.

21. Le texte fixe des règles de conflit mobile : la loi de la créance cédée pouvant évoluer dans le temps (le cédant et son débiteur peuvent à tout moment modifier la loi applicable au contrat qui les lie), à quel instant faut-il alors se placer pour déterminer la loi de la créance cédée ? S'il s'agit d'opposer la créance cédée aux créanciers du cédant ou aux organes de la procédure collective du cédant (hypothèse où il y a eu un transfert de titre unique) le principe est que la loi de la créance doit être déterminée au moment de la cession au cessionnaire. Mais dans l'hypothèse de pluralité de transferts de titres (soit qu'il y ait eu plusieurs cessions successives de la même créance, soit que parallèlement à la cession, un tiers ait acquis un titre sur la créance par tout autre moyen) quel acte ou fait ayant permis l'acquisition du titre sur la créance faut-il prendre en compte ? Pour répondre à cette question de « conflit de priorité », l'instant auquel il faut apprécier la loi applicable à la créance cédée est le dernier des événements invoqués ayant permis l'acquisition de titre sur la créance cédée. L'idée est de faire supporter à l'acquéreur d'une créance le risque d'un changement ultérieur du facteur de rattachement : le cessionnaire a en effet des moyens de limiter ce risque. (par exemple en interdisant contractuellement à son cédant de modifier la loi applicable à la créance cédée).

22. Les auteurs ont également prévu des solutions en cas de conflit mobile (si le cédant change de « lieu résidence habituelle ») identiques à ceux de la Proposition C.

23. « Assignment by way of factoring ».

24. Que l'on pense par exemple aux opérations de titrisation portant sur un portefeuille de créances, aux cessions à titre de garantie d'un portefeuille de créances sélectionnées (et non à l'ensemble des créances clients comme dans l'affacturage) en garantie d'un prêt dont le montant est fonction de la valeur des créances cédées « borrowing base facility ».

14. Proposition C : un fragile compromis. La proposition C retient comme rattachement de principe la loi de résidence habituelle du cédant²⁵. Pour toutes les raisons déjà évoquées, la solution avancée dans la Proposition C est certainement la meilleure. Mais là encore, une deuxième règle subsidiaire vient limiter la portée du rattachement de principe. Pour toutes les opérations de cession qui concernent une créance dans le cadre d'un système multilatéral de paiement, et pour « toutes autres transactions réalisées entre banques et institutions financières ou toute créance portant sur un instrument financier », le rattachement choisi sera celui de la loi de la créance cédée. L'exception en matière de « transactions réalisées entre banques » n'apparaît nullement justifiée et réinstaura, là encore, la possibilité d'une application cumulative de plusieurs lois, là où un rattachement unique s'imposait.

Cette proposition contient également des défaillances de rédaction. Il en va ainsi de la référence à la « résidence habituelle du cédant » utilisée à l'article 14. Si les auteurs du rapport ont pris le soin de préciser que la « résidence habituelle du cédant » au sens de l'article 14 n'est pas la « résidence habituelle » définie ailleurs dans le Règlement²⁶, rien n'est dit

sur le contenu positif de ce concept. Les auteurs auraient ainsi été avisés de ne pas parler de « résidence habituelle » mais de « résidence » pour désigner ce nouveau concept, et de lui donner une définition en prenant en compte un critère objectif. La convention CNUDCI devrait sur ce point servir de modèle : afin de fixer un rattachement objectif, connu de tous, il y est proposé de prendre en compte le lieu où le cédant exerce son activité, et dans le cas où le cédant exerce son activité dans plusieurs juridictions, celui où le cédant a son « administration centrale ».

15. Limite d'une approche unilatérale. Aucune des ces trois propositions ne retient le rattachement unitaire à la loi de résidence du cédant proposé par la convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international. Dès lors, l'adoption de l'une quelconque de ces propositions dans le règlement Rome I ferait naître une contrariété entre le rattachement retenu par les juridictions des États membres en matière d'opposabilité aux tiers des transmissions de créances et le rattachement retenu dans les juridictions des pays hors UE ayant ratifié la convention CNUDCI. Or le nombre de ces dernières juridictions ne peut qu'aller grandissant : le phénomène du forum shopping risquerait alors de se développer à une échelle bien plus large au dépend de la sécurité et la prévisibilité juridiques.

16. Rien n'est perdu... La remise de ce rapport était une étape obligée, car prévue à l'article 27 alinéa 2 du Règlement Rome I, en vue de la révision de son article 14 : C'est chose faite. Il faut maintenant souhaiter que la Commission européenne rejette en bloc ces propositions et vienne rattraper le temps perdu en soumettant aux instances de l'Union européenne un texte consacrant sans ambiguïté l'opposabilité aux tiers des transmissions et nantissemements de créance à la loi du lieu de résidence du cédant. ■

25. La proposition C propose des règles de conflit mobile en cas de changement de résidence habituelle du cédant : à quel moment faut-il apprécier la résidence habituelle du cédant ? Par principe, il faut l'apprécier au moment de la cession. Mais lorsque la question posée concerne un conflit de priorité, il faut prendre en compte le dernier événement ayant permis l'acquisition du droit concurrent sur la créance.

26. On conviendra sur ce point que la notion de « résidence habituelle » définie aux articles 19 (2) et 19 (3) et utilisée ailleurs dans la convention ne convient pas aux besoins de l'article 14. Lorsque la partie concernée est une personne morale la « résidence habituelle » prise en compte pour les besoins de la détermination de la loi du contrat en l'absence de choix par les parties (art. 4) peut être le cas échéant la « succursale, agence ou tout autre établissement » dans le cadre de l'exploitation duquel le contrat a été passé, ou devant réaliser la prestation (art. 19). Ce choix se justifie dans le cadre de l'article 4 par le fait qu'il s'agit de trouver un rattachement subjectif et concret du contrat entre les parties. En revanche, à l'égard des tiers, un tel rattachement ne se justifierait nullement car si les tiers peuvent se renseigner aisément sur le lieu de l'établissement principal du cédant, ceux-ci n'ont aucun moyen de savoir si le contrat de cession a été conclu ou réalisé par le cédant directement par son siège, ou si au contraire il a été réalisé via un établissement secondaire dans tout autre pays. Sur ces questions : M.E. Ancel, E.M. Kieninger et H.C. Sigman, « La proposition de Règlement Rome I et les effets sur les tiers de la cession de créance », *Banque & droit* n° 107, mai-juin 2006.