

# CHRONIQUE

## DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



**GEORGES AFFAKI**  
Professeur des  
universités associé  
Avocat à la Cour



**JULIETTE  
MOREL-MAROGER**  
Maître de conférences HDR  
Université Paris Dauphine  
– PSL Research University  
– Cr2D



**ALINE TENENBAUM**  
Maître de conférences  
Faculté de droit  
Université Paris-Est  
Créteil

### Conflit de lois – Cession de créance – Loi applicable à l’opposabilité aux tiers.

Consultation de la Commission européenne sur les règles en matière de conflit de lois pour l’opposabilité aux tiers des opérations sur titres et des créances.

En s’abstenant « à dessein »<sup>1</sup>, faute de consensus, de proposer une règle de conflit à l’article 12 pour régir l’opposabilité de la cession de créance aux tiers, les rédacteurs de la Convention de Rome de 1980 ont laissé une lacune qui oblige chaque État membre à s’en remettre aux solutions de droit commun des conflits de lois. La dissension entre les jurisprudences nationales qui en a résulté dure depuis 37 ans. À la clef, des coûts supplémentaires pour les parties à l’opération triangulaire de cession de créances reflétant le surcroît d’analyse juridique à effectuer pour déterminer le droit applicable afin de résoudre un potentiel conflit de priorité, un accroissement du coût du crédit reflet du risque juridique accru, une atteinte à l’objectif de sécurité juridique *ex ante* et, dès lors, un véritable obstacle à l’intégration du marché unique des capitaux. La nouvelle consultation publique lancée par la Commission européenne ambitionne d’ajouter dans un texte différent qui porterait sur les cessions de créances et les opérations sur titres la règle de conflit manquant au Règlement Rome I. Il n’est pas certain que ce soit la bonne approche pour les créances civiles et commerciales.

### Commentaire de Georges Affaki

I. L’espoir que l’on attachait à voir la lacune laissée à l’article 12 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont les termes couvrent les rapports cédant-cessionnaire et cessionnaire-cédé mais non cessionnaire-tiers, comblée dans le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) est resté inassouvi<sup>2</sup>. Le législateur européen s’était contenté d’intégrer en l’état, à l’article 14 du Règlement Rome I, le diptyque de règles de rattachement posées par l’article 12 de la Convention de Rome, à savoir :

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

– soumission des questions relatives à la relation entre cessionnaire et débiteur cédé, y compris la cessibilité de la créance, à la loi de la créance cédée (alinéa 2)<sup>3</sup>.

En revanche, le Règlement est resté muet sur la question de la loi applicable à l’opposabilité de la cession aux tiers<sup>4</sup>. Le seul changement qu’apportait le Règlement était venu de l’extension du champ d’application des deux règles de conflit à la subrogation conventionnelle et au nantissement de créance au nom d’une unité des opérations impliquant une transmission de droits réels sur les créances (article 14, alinéa 3)<sup>5</sup>.

1. P. Lagarde, « Introduction », in D. Pardoel, *Les Conflits de loi en matière de cession de créance*, Bibliothèque de droit privé, T. 277, 1997, LGDJ, p. XVI ; « Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, 80 (2), 1991, n° 59 ; Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM(2002) 654 final, 14 janvier 2003, n° 3.2.13.2 (La Convention de Rome ne traite pas explicitement de la question de l’opposabilité de la cession de créance aux tiers). Voir nos écrits antérieurs sur le sujet, G. Affaki : « L’apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque et Droit* n° 90, juillet-août 2003 ; G. Affaki et J. Stoufflet, *Chronique de droit bancaire international*, *Banque et Droit* n° 140, 2011, p. 33.

2. M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2017, par. 328.

3. Ces questions énumérées à l’article 14 (2) sont relatives « à la cessibilité 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 ».

4. Par « opposabilité aux tiers », on entend les conflits susceptibles de naître entre le cessionnaire et les tiers suite à la transmission de la créance : dans quelle condition une créance peut-elle 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 ?

5. G. Affaki : « L’apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *op. cit.*, par. 96.

2. En l'absence de règle de conflit précise dans l'Union, les juridictions de chaque État membre avaient tenté de trouver des réponses dans l'une ou l'autre des deux règles de conflit de l'article 12 de la Convention, devenu l'article 14 du Règlement, ou, dans le cas de la France, en dehors. Le patchwork de solutions qui en a résulté<sup>6</sup> rendait pratiquement impossible pour un cessionnaire toute prévision sur la loi applicable et par là même, sur les formalités d'opposabilité devant être accomplies : chaque juge potentiellement saisi de la question appliquerait une loi différente selon les règles de conflit du for pour apprécier l'efficacité de la transmission de la créance. L'impact sur la sécurité juridique ex ante et, partant, sur le coût et la disponibilité du crédit est incontestable.

3. Pourtant, lors de la rédaction du Règlement Rome I, un consensus s'était dégagé sur la nécessité de compléter le dispositif de l'article 12 de la Convention par l'ajout de la règle de conflit manquante. Une proposition a même été faite par la Commission européenne en ce sens<sup>7</sup>. Demeurait la question de savoir laquelle. Plusieurs solutions inspirées de la jurisprudence des États membres ou reflétant des normes internationales se présentaient au choix du 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 cédé<sup>8</sup>. La loi du débiteur cédé a le mérite d'être aisément identifiable pour les tiers ce qui assure 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 nécessaires à l'opposabilité de son titre.

5. La solution proposée par la jurisprudence néerlandaise<sup>9</sup> consistant à soumettre l'opposabilité aux tiers au premier alinéa de l'article 12 de la Convention de Rome, c'est-à-dire à la loi d'autonomie, n'était pas plus adaptée. Une telle loi s'avère difficilement prévisible pour les tiers qui par hypothèse n'ont pas accès aux termes du contrat de cession.

6. Qu'en est-il alors de la solution prônée par la jurisprudence allemande et britannique<sup>10</sup> qui avait soumis l'opposabilité de la cession aux tiers au second alinéa de l'article 12 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. Cet argument avait bien été souligné dans les arrêts qui avaient retenu cette règle de conflit. 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 groupée 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 être déterminée au moment de la cession, le contrat lui donnant naissance n'étant pas encore conclu.

7. **Une règle de rattachement praticable.** 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, une nouvelle règle de rattachement s'impose et qui est, à vrai dire, la seule viable : celle de la loi de résidence du cédant au moment de la cession<sup>11</sup>. 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 généralement identique à la loi de la procédure collective du cédant, ce qui permet d'éviter d'impossibles conflits de qualification. C'est d'ailleurs cette règle que proposait la Commission européenne au Conseil pour l'adoption du Règlement Rome I<sup>12</sup>.

8. Or l'on connaît le drame qui, lors du dernier projet précédant l'adoption du Règlement Rome I, amena la délégation britannique, qui défendait le rattachement à la loi de la créance cédée au nom de soi-disant impératifs du secteur de la titrisation, à s'opposer à l'insertion dans l'article 14 d'une troisième règle de conflit rattachant l'opposabilité de la cession aux tiers à la loi du domicile du cédant. La présidence portugaise, soucieuse de ne pas paralyser l'ensemble des négociations, a préféré s'en tenir à l'acquis de la Convention de Rome et abandonner l'ajout de la troisième règle de conflit. Une clause de réexamen avait alors été insérée à l'article 27, alinéa 2, du Règlement. Il était donc prévu qu'au plus tard le 17 juin 2010, la Commission européenne présenterait un rapport sur l'opposabilité aux tiers de la cession de créance accompagné d'une proposition de modification

6. *Ibid.*, parag. 11 et s.

7. Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) 2005/0261 (COD), COM(2005) 650 final. Voir également paragraphe 3, *infra*.

8. 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 (avant la réforme de 2016) 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.-N. Jobard-Bachelier et Paris 27 septembre 1984, JDI 1985, p. 664, note Diener ; A. Sinay-Cytermann : « 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 », *op. cit.*, au n° 357 ; G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, *op. cit.*, n° 16 et s.

9. Hoge Raad 16 mai 1997, *Brandsma c/ Hansa Chemie AG, Rechtspraak van de Week* 126, G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *op. cit.*

10. 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 : Court of Appeal 26 janvier 2001, *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG c/ Five Star General Trading LLC and others*, [2001] 1 All ER (Comm) 961 ; G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *op. cit.* ; G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, *op. cit.*, n° 15 et s.

11. G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *op. cit.*, n° 8 et s.

12. Note 7, *supra*.

du Règlement et d'une évaluation de l'impact des dispositions à introduire.

9. Missionné dans cet objectif par la Commission européenne, le British Institute of International and Comparative Law (BIICL) a rendu un rapport de 415 pages 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* »<sup>13</sup>. Il s'appuie sur une consultation empirique au résultat douteux<sup>14</sup> réalisée auprès de professionnels du droit et de la finance et d'universitaires, ainsi que sur des rapports nationaux sur le droit matériel des États membres et d'États tiers. 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.

10. Nous avons publié dans notre précédente chronique les trois variantes que propose le BIICL pour modifier l'article 14<sup>15</sup>. Comme nous avons remarqué alors, l'abîme est immense entre les résultats de la consultation des acteurs du marché réalisée par le BIICL qui révèle que la majorité des praticiens (44 %) souhaitent que soit consacré un rattachement objectif à la loi de résidence du cédant pour régir les conflits de priorité à l'égard des tiers et les trois variantes de l'article 14 modifié qui 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, de façon plus subtile dans la Proposition A), soit en tant que rattachement d'exception (Proposition C).

11. **Proposition A.** La variante A proposée par BIICL 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 à défaut de choix par les parties, c'est à la loi de la créance cédée, privilégiée par la jurisprudence britannique, que seront soumis 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 la « résidence habituelle » du cédant devrait leur permettre 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. Sur tout, 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.

12. **Proposition B.** La deuxième variante proposée par BIICL consiste à soumettre à la loi de la créance cédée l'opposabilité de la cession à l'égard du cédé et des tiers<sup>16</sup>. 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 cédant<sup>17</sup>.

13. **Proposition C.** La variante C retient comme rattachement de principe la loi de résidence habituelle du cédant<sup>18</sup>. 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 réinstaure, là encore, la possibilité d'une application cumulative de plusieurs lois, là où un rattachement unique s'imposait.

13. Le rapport est disponible sur le site de la Commission européenne : [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/report\\_assignment\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/report_assignment_en.pdf).

14. Sur les 3 000 questionnaires envoyés par BIICL, seules 36 réponses ont été reçues (Rapport, p. 23). On ne peut dès lors sérieusement prétendre représenter la réalité du marché.

15. G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, *Banque et Droit* n° 140, 2011, p. 33.

16. 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).

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

18. 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 convient de prendre en compte le dernier événement ayant permis l'acquisition du droit concurrent sur la créance.

14. 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 Règlement<sup>19</sup>, rien n'est dit sur le contenu positif de ce concept. Ces auteurs auraient d'ailleurs été mieux 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 aurait pu servir de modèle : afin de fixer un rattachement objectif, 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. Malencontreusement, par excès de sophistication ou à dessein pour brouiller les cartes, aucune des trois variantes proposées par le BIICL ne propose un rattachement unitaire à l'instar de ceux que l'on retrouve aux deux premiers alinéas de l'article 14 du Règlement Rome I. Pire, aucune de ces variantes ne retient le rattachement unitaire à la loi de résidence du cédant au moment de la cession proposé par la convention CNUDCI ; le rattachement à la loi de la créance cédée trouve à chaque fois un titre principal, subsidiaire ou sectoriel pour s'insérer dans l'équation. Dès lors, l'adoption de l'une quelconque de ces variantes 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 aux dépens de la sécurité et de la prévisibilité juridiques.

16. Sur la base de l'étude du BIICL, la Commission publia un rapport de synthèse sur le débat sur les rattachements concernant la loi applicable à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers en soulignant le coût de l'absence d'une règle uniforme sur le marché unique des capitaux que l'Union ambitionne de créer<sup>20</sup>. Cepen-

nant, elle refusa de trancher entre les trois rattachements en lice qu'elle lista scrupuleusement dans le rapport : la loi du contrat entre le cédant et le cessionnaire, la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle, et la loi applicable à la créance cédée. Inspirée sans doute par l'approche du BIICL, la Commission souligna que ces trois propositions peuvent être « combinées, soit avec des règles de repli, soit avec des règles spécifiques pour tenir compte de la diversité d'intérêts ou de situations en jeu ». Elle annonça également dans son rapport le lancement d'une vaste consultation publique sur les points recensés dont le résultat soutiendra l'étude d'impact nécessaire à la solution à apporter aux conflits de lois en matière d'opposabilité de la cession de créance aux tiers.

17. **Consultation en cours.** Le 7 avril 2017, la Commission européenne a lancé une consultation publique sur les règles en matière de conflit de lois pour l'opposabilité aux tiers des opérations sur titres et des créances<sup>21</sup>. La consultation s'inscrit dans le cadre du plan d'action pour l'union des marchés de capitaux<sup>22</sup>. Elle recense pertinemment le manque d'une règle de conflit uniforme applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créances parmi les obstacles profonds qui limitent la circulation des capitaux et des investissements entre les États membres.

18. **La cession entre droits personnels et droits réels.** De prime abord, on peut s'étonner que le complément attendu depuis 37 ans au dispositif européen des règles de conflit en matière de transmission de créances ne vise pas un amendement du Règlement Rome I. La réponse qui est donnée officieusement peine à convaincre, à savoir que le Règlement porte sur les seuls aspects contractuels des obligations, alors que l'opposabilité de la cession aux tiers implique un conflit de priorité entre prétendants à des droits réels sur la créance cédée. En effet, on ne peut manquer de remarquer dans le Règlement les articles 4(1)(c) et 11(5) qui traitent des droits réels. La distinction entre les biens immeubles sur lesquels portent les deux dispositions citées et les biens meubles que sont les créances justifierait-elle le déplacement de la solution dans un autre texte législatif ? Il est difficile de comprendre la raison.

19. Toujours est-il que la consultation s'est bien engagée sur un objet combinant les créances et les titres. La raison émane sans doute du constat que, quelle que soit la nature des créances objets de la cession, et l'on sait qu'elles dépassent de loin les seules opérations sur titres, les limites à son efficacité qu'engendre l'absence de règle de conflit unitaire sont les mêmes. Il ne reste pas moins que les questions listées dans la consultation étant posées en ce qui concerne « les titres et les créances », les réponses risquent d'être teintées par les particularités d'un secteur qui ne reflètent pas nécessairement celles d'autres secteurs<sup>23</sup>. De même, un grand nombre de questions visent les chaînes de titres détenues auprès

19. 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 (article 4) peut être le cas échéant la « succursale, agence ou tout autre établissement » dans le cadre de l'exploitation de laquelle le contrat a été passé, ou devant réaliser la prestation (article 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 et Droit* n° 107, mai-juin 2006

20. Rapport de la commission au Parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen sur 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, COM(2016)

626 final, 29 septembre 2016.

21. Ref. Ares(2017)1874960, 7 avril 2017.

22. Action Plan on Building a Capital Markets Union, COM(2015) 468 final, p. 23.

23. Voir paragraphe 25, *infra*.

d'un intermédiaire et risquent de décourager les parties prenantes dont l'intérêt serait limité aux opérations sur créances civiles et commerciales. Elles auraient tort de négliger la matière car la règle de conflit qui pourrait résulter de la consultation a vocation à s'appliquer à l'opposabilité aux tiers dans la cession de tous types de créances.

20. La consultation vise à identifier à travers les témoignages des parties prenantes les difficultés rencontrées en pratique ainsi que les risques associés à l'absence d'une règle de conflit uniforme et comment les résoudre. Elle comprend 42 questions dont chacune est rédigée en termes de choix multiples. Si cette approche limite la possibilité de s'étendre sur les détails en dehors des champs résiduels où l'auteur peut expliquer l'avis posté, elle favorise un traitement rapide et synthétique de l'information. Rien n'est pris pour acquis, y compris le principe même d'une action de l'union sur l'identification de la règle de conflit manquante qui fait l'objet d'une question distincte.

21. Si les quatre premiers chapitres (questions 1 à 22) traitent uniquement des titres, les chapitres 5 et 6 traitent des créances, à titre général pour le 5 et pour des catégories particulières de créances pour le 6.

22. Le titre du chapitre 5 « Créances (particulièrement pertinent aux secteurs de l'affacturage, bancaire et PME) » ne doit pas tromper. En réalité, il a le même champ large que celui de l'article 14 du Règlement Rome I. Après un constat réaliste que la différence des règles de conflit dans l'Union et la différence des règles matérielles des conditions d'opposabilité de la cession aux tiers « mine[nt] la sécurité juridique, crée[nt] des problèmes pratiques et augmente[nt] les coûts juridiques »<sup>24</sup>, la Commission appelle à produire les témoignages qui manquaient au rapport BIICL afin d'identifier les problèmes rencontrés en pratique lors de l'accomplissement des formalités d'opposabilité aux tiers dans une cession impliquant des rattachements à plusieurs États membres, le type d'analyse juridique qui accompagne une telle cession, et la solution que l'Union devrait y apporter. Celle-ci ne peut consister que soit dans le maintien du statu quo<sup>25</sup>, soit dans le choix de l'une des trois règles de conflit en lice<sup>26</sup> : la loi du contrat entre le cédant et le cessionnaire, la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle, et la loi applicable à la créance cédée<sup>27</sup>. Mais il ne suffit pas d'indiquer sa préférence à l'un de ces trois rattachements ; encore faut-il répondre précisément aux questions suivantes (27 et 28) sur les variations anticipées en conséquence du choix de l'un ou l'autre de ces rattachements sur le nombre, la valeur ou la profitabilité des transactions entreprises et le coût des analyses juridiques y afférent.

Comme dans toute consultation ouverte au public,

il y a un véritable risque de réponses imprécises, erronées ou manipulatoires. Seule une participation massive diluera ce risque et augmentera la probabilité de justesse des réponses attendues.

23. Le chapitre 6 traite des créances afférentes aux dérivés, aux créances de solde de comptes, aux espèces dans les contrats de garantie financière et, enfin, de titrisation. Pour chacune de ces catégories de créances, la Commission pose la question pour savoir si leur nature particulière justifierait un rattachement différent de celui qui pourrait être proposé aux créances en général. Les réponses à ces questions devront être apportées aux questions 29 à 41 de la consultation. Si la Commission s'engage dans la voie du traitement différencié selon la nature de la créance, gageons que la question de la qualification pertinente et la cohorte de litiges qui suivra ne manqueront pas de survenir rapidement.

24. Notons en particulier la résurgence de la question du rattachement de la créance de solde de compte et le débat entre les tenants d'une localisation auprès de l'agence de banque qui tient le compte et ceux qui préfèrent la loi régissant le contrat d'ouverture de compte. Le débat avait déjà empêché la CNUDCI d'offrir un rattachement unitaire à ce bien dans sa loi type sur les sûretés mobilières qui a été adoptée avec une option au choix :

« Article 97. Sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

1. Sous réserve des dispositions de l'article 98, la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, ainsi qu'aux droits et obligations qui existent entre l'établissement de dépôt et le créancier garanti, est :

Option A : la loi de l'État dans lequel l'établissement de dépôt qui tient le compte a son établissement.

2. Si celui-ci a des établissements dans plusieurs États, la loi applicable est celle de l'État dans lequel se situe l'agence qui tient le compte.

Option B : la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte prévoit expressément que la loi d'un autre État est applicable à toutes ces questions, la loi de cet autre État.

2. La loi de l'État déterminée conformément au paragraphe 1 ne s'applique que si l'établissement de dépôt a, au moment de la conclusion de la convention de compte, une agence dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires.

3. Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément au paragraphe 1 ou 2, elle doit l'être conformément aux [règles subsidiaires fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, à insérer ici par l'État adoptant]. »

25. Nous avons déjà exposé dans les colonnes de cette chronique l'importance de reconnaître l'autonomie des succursales de banque, y compris à des fins de détermination du droit applicable aux créances de solde de comptes détenus auprès de ces succursales<sup>28</sup>. Toute-

24. Consultation, p. 22.

25. Question 25.

26. Questions 26 à 28. Pour être complet, la question 26 offre également un quatrième choix intitulé : « Autre solution à déterminer ». Hormis la règle de rattachement retenue par la jurisprudence française en faveur de la loi du domicile du cédé et dont les limites ont été exposées, on ne voit pas quel autre rattachement pourrait être ajouté.

27. Ibid., p. 24.

28. G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, Banque et Droit

fois, la Commission fait valoir son inquiétude quant au fait que le principe du passeport unique reconnu dans la directive CRD IV ne fasse régir la succursale par la loi du siège rendant alors difficilement transposable l'option A<sup>29</sup>. En revanche, selon la Commission, l'option B donnerait effet à la loi choisie par la banque dans la convention de compte et serait au surplus compatible avec la règle de conflit retenue par la Convention de La Haye sur les titres. D'où encore une conséquence du choix par la Commission de traiter les créances et les titres dans le même instrument.

**26. La feuille de route à venir.** La Commission a mobilisé un groupe de 15 experts, universitaires et praticiens du droit, qui doivent se réunir tout au long de l'année en cours pour suivre la consultation et traiter les

réponses qu'elle engendrera. Un projet de proposition sera alors publié par la Commission mi-septembre et, selon les commentaires reçus, pourrait être adopté en décembre 2017.

**27.** Les personnes intéressées ont jusqu'au 30 juin 2017 pour répondre à la consultation publique directement sur le site dédié<sup>30</sup>. De nombreuses organisations internationales et professionnelles se préparent à participer à la consultation, y compris la CNUDCI et la Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale. La communauté bancaire en France et en Europe se doit de formuler ses attentes également car il n'est pas sûr qu'il soit proposé de sitôt d'autres occasions sérieuses pour enfin doter l'Union de la règle uniforme de conflit manquante quant à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance. ■

n° 145, septembre-octobre 2012, p. 21.

29. Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

30. [http://ec.europa.eu/info/finance-consultations-2017-securities-and-claims\\_en](http://ec.europa.eu/info/finance-consultations-2017-securities-and-claims_en). Le questionnaire ne semble être proposé qu'en langue anglaise.

## Titres de créance – Règlement Bruxelles I – Qualification du contrat de souscription – Fait dommageable – Localisation du préjudice financier.

Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n° de pourvoi 14-25426.

### La qualification des instruments financiers et la localisation du préjudice financier au regard des règles de conflit de juridictions : suite d'une série sans fin... et sans cap ?

Commentaire d'Aline Tenenbaum

1. Le croisement des instruments financiers et des règles européennes de conflit de juridictions suscite un contentieux nourri : ce sont aussi bien les qualifications que les questions de localisation qui soulèvent des difficultés. C'est un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 1<sup>er</sup> mars 2017 qui retient à cet égard l'attention : l'arrêt casse pour manque de base légale un arrêt de la cour d'appel de Paris au visa de deux dispositions du Règlement Bruxelles I, texte applicable aux faits de l'espèce<sup>1</sup> : l'article 5.1.b relatif à l'option de compétence en matière de contrats de service et l'article 5.3 qui porte sur l'option de compétence en matière délictuelle.

2. Le litige concerne la réorganisation de la société de droit autrichien Kommunalkredit<sup>2</sup>. Il oppose une société mutualiste française, l'Union mutualiste retraite (UMR), à deux sociétés autrichiennes, la société Kommunalkredit Austria (Société KA) et la société KA Finanz AG (Société

KF). Ces deux entités autrichiennes viennent aux droits et obligations de la société Kommunalkredit, nationalisée et réorganisée en 2009, à la suite de la crise financière de 2008. L'UMR avait souscrit en 2006 et 2009, par l'intermédiaire de la succursale française de la société Barclay's Plc établie en Angleterre (Barclay's), des « capital certificates » émis par une fiducie en échange de « capital notes », titres de créance émis au bénéfice de cette dernière par la société Kommunalkredit. L'UMR a estimé que la souscription avait été réalisée sur la base d'une information partielle et erronée et qu'elle n'a pas pu faire valoir ses droits lors de la restructuration de Kommunalkredit en raison de l'écran constitué par la fiducie. L'UMR a assigné devant les tribunaux français Barclay's et les Sociétés KA et KF en annulation des souscriptions pour vice du consentement et subsidiairement en réparation du dommage résultant de la violation par Barclay's de ses obligations de loyauté et d'information, les sociétés KA et KF étant complices de ce manquement. Le Tribunal de commerce de Paris s'est déclaré compétent et la cour d'appel de Paris a rejeté le contredit formé par les sociétés KA et KF. Les pourvois formés par ces dernières ont été accueillis par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt des juges d'appel pour manque de base légale.

3. Le premier moyen vise à dénier toute compétence aux tribunaux français en tant que tribunaux du lieu d'exécution du contrat de services qui aurait été conclu entre l'UMR et Kommunalkredit. L'article 5.1.b du Règlement Bruxelles I offre en effet au demandeur, en matière contractuelle, la possibilité de saisir un for spécifique pour les contrats de service : le tribunal compétent est celui de l'État membre « où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ». L'application de cette disposition repose sur la qualification du contrat litigieux comme contrat de fourniture de services. Pour retenir

1. Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

2. Sur un autre aspect de cette restructuration, v. CJUE 7 avril 2016, aff. C-483/14, KA Finanz AG c/ Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group, notre note, *Revue des contrats* 2017-149.