

Chronique de *Droit Bancaire Internationale*



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



JEAN STOFFLET
Agrégré des Facultés de droit
Professeur émérite

Jurisprudence française

Cass.com., 6 février 2007, arrêt n° 05-10.214 F-P+B,
Société SV international c/ Banque intercontinentale arabe :
Juris-Data n° 037255¹

Crédit documentaire – Documents – Contrôle – Condition non documentaire – Opérabilité du crédit soumise à une condition suspensive

1. Un crédit documentaire avait été mis en place pour le règlement d'une vente de plusieurs tonnes de sucre roux par la société française Etiafric à la société de droit algérien Enasucré. Le crédit était confirmé par la Banque intercontinentale arabe. Le contrat de vente prévoyait une ouverture du crédit par tranches, vingt jours avant la date d'embarquement de chaque lot de sucre. Toutefois, une clause de la lettre de crédit intitulée "opérabilité" précisait que le crédit ne deviendrait "opérationnel" qu'après réception et acceptation par le donneur d'ordre d'une garantie bancaire de bonne exécution d'un montant de 5 % du montant du crédit. Invoquant le défaut de production de cette garantie par la société Etiafric, la Banque intercontinentale arabe a refusé l'exécution du crédit.

2. Saisi par Etiafric d'une action tendant au règlement du crédit, le tribunal de commerce de Paris puis, par un arrêt du 28 septembre 2004, la 15^e chambre A de la cour d'appel de Paris rejettent cette action au motif que la stipulation du crédit imposant l'émission d'une garantie d'exécution s'analysait en une condition documentaire. Selon la cour d'appel "...il était nécessaire, mais il suffisait à la banque confirmante de vérifier la réception d'un acte attestant l'existence de la garantie requise par le donneur d'ordre et acceptée par lui". Le bénéficiaire ne pouvait donc se fonder sur

l'article 13c des RUU (publication CCI n° 500) pour se dispenser de joindre à sa demande de réalisation du crédit un acte attestant l'émission de la garantie. Selon ce texte: "Si un crédit contient des conditions sans indication des documents à présenter en conformité avec ces conditions, les banques considéreront ces conditions comme non indiquées et n'en tiendront pas compte"². Le refus de paiement opposé par la banque était justifié.

3. L'arrêt de la cour d'appel est cassé au motif "qu'il résulte de cet article [l'article 13c des RUU] que les conditions documentaires exigent une indication des documents devant être présentés à la banque, et qu'il n'est ni établi ni même allégué que la présentation de ce document pouvait se déduire d'un autre document stipulé dans le crédit". La position de la cour de cassation est difficilement contestable. La caractéristique majeure du crédit documentaire est l'autonomie de l'engagement souscrit par l'émetteur ou le confirmateur (en ce sens (RUU art.3). L'exécution de cet engagement dépend exclusivement du respect strict des conditions énoncées dans la lettre de crédit dont le respect est nécessaire et suffisant. La cour d'appel avait méconnu ces principes en suggérant que l'exigence de la production d'un document peut n'être qu'implicitement imposée par la lettre de crédit. Une condition ne peut être considérée comme documentaire au sens de l'article 13 des RUU que si elle est expresse et précise. C'est en ce sens qu'à juste titre la Cour de cassation interprète l'article 13 e).

4. On peut, toutefois, se demander si l'article 13 e) fournit la justification la plus convaincante de la solution retenue par l'arrêt commenté. Certes, le moyen principal du pourvoi s'y référait, la Cour devait y répondre et elle a opportunément saisi l'occasion pour préciser le sens de ce texte. Mais le pourvoi adressait à l'arrêt de la cour d'appel une autre critique qui mérite de retenir l'attention. Il faisait valoir que l'arrêt attaqué n'avait pas répondu aux conclusions de la société Etiafric faisant valoir que la condition de production de la garantie

1. L'arrêt commenté a été aimablement communiqué aux auteurs par Me Dominique Doise, Cabinet Alérion, Avocat à la Cour d'appel de Paris

2. Cette disposition est reprise à l'article 14 h) de la révision 2007 des RUU (publication n° 600), applicable à compter du 1^{er} juillet 2007

d'exécution était une condition suspensive de l'entrée en vigueur du crédit documentaire incompatible avec une condition documentaire qui suppose que le crédit est né. L'arrêt commenté juge que la cassation est également encourue pour défaut de réponse aux conclusions. Ce faisant, la Cour de cassation ne se prononce évidemment pas sur le fond. On constatera cependant que la rédaction du crédit litigieux telle qu'elle est reproduite dans le texte de l'arrêt de la cour d'appel semble bien confirmer que l'émission d'une garantie d'exécution n'avait pas été considérée par les parties comme une simple condition de l'exécution du crédit mais comme la condition suspensive de la prise d'effet du crédit documentaire, c'est-à-dire une condition de l'existence même de l'engagement de l'émetteur et du confirmateur. Si l'analyse est exacte, le dispositif des RUU sur la réalisation du crédit et en particulier l'article 13 c) ne s'appliquait pas à la garantie. En cas de contestation, le bénéficiaire pouvait, par le moyen de son choix, démontrer qu'une garantie répondant aux stipulations du contrat avait bien été émise et que le crédit était entré en vigueur.

Jurisprudence étrangère Royaume-Uni

*Court of Appeal (Civil Division), 27 février 2007, Barbados Trust Company Ltd v. Bank of Zambia et al., Waller LJ, Rix LJ, and Hooper LJ, [2007] EWCA Civ 148, on appeal from Queens Bench Division, Commercial Court, 22 février 2006, Langley J, [2006] EWHC 222 (Comm).*³

Cession de créance – Incessibilité conventionnelle – Trust – Recours direct contre le cédé – Marché secondaire des créances souveraines en souffrance – Equity

1. Voici un arrêt qui fera sans doute l'objet d'un pourvoi devant la House of Lords. Les deux points principaux sur lesquels il porte ont été tranchés à la majorité des trois juges de la cour d'appel avec, pour chacun de ces points, un juge (différent) dissident. Et lorsque l'un des juges se rangeait derrière la décision de l'autre pour former une majorité, il y substituait ses propres motifs ! Toutefois, ceci ne diminue aucunement l'importance fondamentale de l'arrêt, ce qui justifie son annotation sans délai dans cette chronique.

2. L'arrêt pose la question de l'opposabilité au débiteur cédé d'une cession de créance conclue en violation d'une clause d'incessibilité convenue avec son créancier, le cédant. Ces clauses sont fréquentes dans une large palette de contrats commerciaux internes et internationaux : ventes, prestations de services, développement de logiciels, œuvres de l'esprit, financement, distribution, etc. Elles posent une problématique bien connue, souvent formulée dans les termes généraux suivants : Une partie à un contrat peut-elle être contrainte de traiter avec un tiers à seule fin de l'exécu-

tion de son obligation contractuelle ? Ainsi posée, la question appelle généralement une réponse négative. Cette réponse doit toutefois être nuancée au regard des réalités économiques de l'opération. Lorsqu'il ne s'agit pas d'une cession de contrat, ou d'une cession d'une obligation de faire caractérisée par *l'intuitus personae*, mais simplement de la cession d'une obligation de paiement, le refus du débiteur de s'acquitter de ce paiement entre les mains d'un tiers à qui le créancier initial aurait transmis sa créance se justifie-t-il ? La question est d'autant plus légitime qu'elle doit être appréhendée sous l'angle de deux facteurs primordiaux.

- D'une part, s'assurer de la protection du débiteur contre toute aggravation des termes de son obligation de paiement qui pourrait entraîner la cession de la créance. En effet, le débiteur ne doit pas voir le montant de sa dette augmenté, ou le délai ou le lieu de paiement modifié à son détriment, en raison du changement de la personne du créancier. L'opposabilité des exceptions qu'entraîne la transmission de la créance assure en principe le respect de cet impératif.

- D'autre part, accroître le potentiel de mobilisation des créances monétaires et leur négociabilité sur le marché secondaire de l'escompte des titres de paiement, un facteur important dans la levée de fonds à coût compétitif. L'opposabilité des clauses d'incessibilité ne concourt certainement pas à la réalisation de cet objectif. D'ailleurs, comment un marché d'escompte des créances pourrait-il exister, des titrisations structurées ou encore des financements adossés à des cessions de créances à titre de garantie si l'on oblige les ayants droit à examiner les termes du contrat dont est issue chaque créance cédée pour rechercher si sa cessibilité est entravée par une quelconque clause ? Non seulement un tel examen serait impraticable dans le cas de la cession de créances en masse, mais il devient totalement impossible dans le cas de la cession de créances éventuelles dont le contrat d'origine ne serait pas encore conclu à la date de la cession⁴. Quant à l'alternative de prévoir dans la cession une condition résolutoire pour le cas où la cession serait inefficace, elle n'est tout simplement pas réaliste, car elle mettrait fin à la technique de mobilisation des créances, souvent utilisée à fin de déconsolidation de la créance du bilan du cédant.

3. À l'encontre des arguments précédents on a pu faire valoir que, malgré l'opposabilité des exceptions, le débiteur risque de voir sa position aggravée du fait de la cession de son obligation de paiement. En effet :

- L'évolution d'un recouvrement vers le contentieux n'est pas inéluctable. Elle dépend souvent des relations antérieures ou des perspectives de relations futures qu'entretiennent les parties au contrat initial. Il est certain qu'un fonds spécialisé dans le rachat et le recouvrement des créances en souffrance sera plus prompt à exiger le remboursement immédiat, au besoin devant les tribunaux, plutôt que d'envisager un rééchelonnement qui améliorerait les chances de redressement du débiteur et les perspectives d'affaires à venir.

- Certaines exceptions tirées d'un contrat autre que celui dont est issue la créance cédée risqueraient de ne pas être opposables au cessionnaire. Prenons à titre d'exemple un contrat de vente n°1 entre A, vendeur, et B, acheteur. A ne respecte pas son obligation de délivrance et est redevable de

3. Les auteurs souhaitent exprimer leur reconnaissance à Me Tara Pichardo-Angadi, avocate au cabinet Norton Rose, pour la documentation aimablement fournie en rapport avec l'arrêt ci-commenté.

4. G. Affaki, "L'apport de la convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque", Banque & Droit, n°90, 2003, par. 28 et s.

dommages-intérêts à B. Au titre d'un contrat de vente n°2 entre les mêmes parties, A mobilise sa créance de paiement du prix en la cédant à C. Alors que B aurait pu opposer à A l'exception de compensation entre son obligation de paiement du prix au titre du contrat n°2 et l'obligation de A de lui payer les dommages-intérêts au titre du contrat n°1, B ne pourra pas opposer cette exception à C qui n'est pas partie, ni ayant droit, au contrat n° 1.

• Enfin, l'inopposabilité d'une clause d'incessibilité peut, paradoxalement, bouleverser l'équilibre d'un crédit au détriment du créancier. Prenons le cas d'un crédit par signature émis par une banque sur ordre de son client. La banque peut choisir de ne pas prendre un nantissement sur le solde de compte que le donneur d'ordre détient dans ses livres, estimant que la connexité entre sa créance de remboursement et la dette de restitution du dépôt lui donne un droit sur ce solde qui serait tout aussi efficace dans son opposabilité aux tiers. Bien conseillée, la banque pourrait stipuler toutefois dans la convention de compte que la créance de restitution du dépôt d'avoirs en compte que détient le donneur d'ordre à son encontre n'est pas cessible. Si cette clause d'incessibilité vient à être déclarée inefficace, l'équilibre du crédit sera remis en cause et automatiquement déqualifié en crédit non garanti.

4. Protéger les prévisions des parties au contrat initial ou faciliter la mobilisation des créances? Ce choix relève de la politique législative de l'État. Le Royaume-Uni a choisi de donner effet à la clause d'incessibilité des créances. Dans son arrêt *Barbados Trust* ici commenté, la cour d'appel décide qu'en présence d'une telle clause, le cessionnaire ne reçoit aucun droit sur la créance cédée qui serait opposable à l'encontre du débiteur cédé. L'arrêt confirme ainsi une jurisprudence déjà constante au Royaume-Uni.

5. Cependant, sans doute consciente que cette jurisprudence va à l'encontre des impératifs du crédit et de ne favoriser pas la liquidité du marché, la cour d'appel ouvre une brèche importante dans le dispositif d'inaliénabilité conventionnelle. Tout en maintenant le principe de l'efficacité de la clause d'incessibilité, l'arrêt ouvre la voie au cessionnaire pour agir directement à l'encontre du débiteur cédé, non pas au titre de la cession, mais au titre du trust que le cédant aurait créé à son profit parallèlement à la cession.

S'il vient à être confirmé en cas de recours devant la House of Lords, l'arrêt *Barbados Trust* aura diminué le particularisme du droit anglais par rapport à un consensus international grandissant en faveur de l'inopposabilité des clauses d'incessibilité, du moins en ce qui concerne les créances d'obligations de paiement.

6. Les faits. Des banques internationales organisées en pool ont accordé en 1985 à la Banque centrale de la République de Zambie, la Banque de Zambie, un crédit refinançant l'émission de crédits documentaires d'importation de pétrole. Le crédit était régi par le droit anglais. L'emprunteur ne remboursa pas. Pour autant, il ne contestait pas sa dette et

reconnaissait être redevable au pool au 6 février 1998 de la somme de 809387,02 dollars US, à laquelle se rajoutait à la date où la procédure de recouvrement est commencée 2805442,63 dollars US en intérêts.

7. Parmi les clauses du crédit, la clause suivante est particulièrement importante pour la solution du litige :

"12.01 (A) Each Bank may at any time and from time to time assign all or any part of its rights and benefits in respect of the Facility to any one or more banks or other financial institutions (an "Assignee"), provided that any such assignment may only be effected if (save in the case where the assignee is a member of the same group as the assignor, no such consent then being required) the prior written consent thereto of the Borrower shall have been obtained (such consent not to be unreasonably withheld and to be deemed to have been given if no reply is received from the Borrower within fifteen days after the giving of a request for consent by a Bank)."

8. Ainsi, selon la clause 12.01 (A), une banque du pool pouvait céder sa créance de remboursement du prêt à deux conditions cumulatives : (1) le cessionnaire doit être une banque ou un établissement financier, et (2) l'emprunteur doit donner son consentement préalable par écrit, étant stipulé que ce consentement ne doit pas être refusé de façon déraisonnable et qu'il sera considéré implicitement accordé si l'emprunteur ne donne pas de réponse dans un délai de 15 jours après avoir été notifié de la demande de cession.

9. Le 2 décembre 1999, un membre du pool des prêteurs, Masstock International Ltd.⁵, demanda à l'emprunteur son consentement pour la cession de sa créance à une banque, Bank of America. L'emprunteur ne répondit pas. La cession intervint le 10 décembre 1999 en la forme du contrat de cession de prêt normalisé de l'*Emerging Markets Traders Association* (EMTA). Ce contrat-type précisait que l'efficacité de la cession ne dépendait pas de l'obtention de l'accord du débiteur cédé⁶.

Le 10 décembre 1999, Bank of America céda à son tour la créance à GMO Emerging Country Debt LP. Deux autres cessions suivirent aux termes desquelles la créance fut finalement cédée à Barbados Trust. L'emprunteur ne répondit à aucune des notifications afférentes à ces cessions. De plus, aucun des cessionnaires subséquents à Bank of America n'était une banque ou un établissement financier au sens visé par la clause 12.1(A) du crédit.

10. Conscient de l'écueil que posait la clause 12.1(A) à son action en recouvrement, Barbados Trust convint avec Bank of America que cette dernière déclare un trust en sa faveur couvrant tous ses droits à l'égard de l'emprunteur au titre du crédit. Le but de la manœuvre était clair. Barbados Trust espérait obtenir en tant que *trustee* un droit que son défaut de qualité de banque ou d'établissement financier ne permettait pas à la cession de créance de lui attribuer⁷. En effet, si, en *common law*, l'effet relatif des contrats est de règle, l'*equity*

5. Masstock International Ltd. ne semble pas être une banque ou un établissement financier au sens visé à la clause 12.01. Cependant, sa qualité de prêteur n'a pas été contestée par l'emprunteur. Masstock est probablement un cessionnaire reconnu explicitement par l'emprunteur et par l'agent des prêteurs en dérogation à la clause d'incessibilité susvisée.

6. Section 3(a) "Consents ; Substitute Assignments ; Unwinds".

7. L'idée du recours au trust pour détourner une clause d'incessibilité de créance a été mise en exergue dans l'arrêt *Don King Productions Inc. v. Warren*, [1998] 2 Lloyd's Rep 176 et [2000] Ch 291, où Lightman J indiqua en *obiter dictum* : "in principle I can see no objection to a party to contracts involving skill and confidence or containing non-assignment provisions from becoming trustee of the benefit of being the contracting party as well as the benefit of the rights conferred.", p.195-6.

intervient – comme souvent – pour en adoucir les conséquences. En l'occurrence, elle permet à une partie au contrat de constituer au profit d'un tiers un trust sur un droit issu de ce contrat⁸. Le *trustee* aura alors la charge de prendre, en son nom, les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de ce droit au profit du bénéficiaire.

11. Cette dérogation à l'effet relatif des contrats accordée par l'*equity* est basée sur la distinction fondamentale: d'une part, le droit d'un tiers de bénéficiaire du contrat, ce que le trust permet d'obtenir et, d'autre part, le droit pour ce tiers d'intenter contre une partie au contrat une action en exécution de ce contrat, ce que le trust ne permet pas. Traduit en termes du droit civil, le recours au trust dans un contexte d'inaliénabilité conventionnelle de la créance permet la création d'un droit *inter partes* sur la créance entre le *trustee* et le bénéficiaire, mais ne confère à ce dernier aucun droit opposable à l'encontre du débiteur de la créance.

12. Comment expliquer dès lors que ce soit bien le bénéficiaire du trust, Barbados Trust, et non le *trustee*, Bank of America, qui ait intenté l'action en recouvrement contre l'emprunteur? La réponse se trouve dans la jurisprudence *Vandepitte*⁹. Dans cet arrêt, l'*equity* a permis au bénéficiaire du trust qui est confronté à la carence du *trustee* ou à son refus d'intenter une action contre le débiteur de la créance objet du trust, d'intenter directement contre ce débiteur les actions nécessaires en recouvrement de son droit. Il doit cependant joindre le *trustee* comme défendeur.

13. **La décision de la High Court.** En première instance, le demandeur invita le tribunal à décider (1) si une cession de créance intervenant en violation d'une clause d'incessibilité était efficace, et (2) si un cessionnaire dont la cession serait considérée inefficace pourrait néanmoins intenter en qualité de *trustee* une action contre le débiteur en recouvrement de la créance.

14. Le juge Langley examina les termes du crédit et ceux du contrat de cession normalisé EMTA. Il jugea que l'absence de consentement de l'emprunteur à la date de la cession n'invaliderait pas l'acte. Bien que ne devant intervenir que le 17 décembre 1999, soit sept jours après la date de la cession, le consentement implicite prévu dans la clause 12.1(A) avait pour effet de compléter rétroactivement, selon le juge, le processus de transmission de la créance entamé par l'accord de cession.¹⁰

Nous sommes d'avis – et l'arrêt d'appel corrobore cette supposition – qu'il faut se garder de voir dans cette décision une décision de principe validant la cession de créance non-

obstant la clause d'incessibilité. Le juge n'a fait qu'interpréter l'accord des parties dans le cas d'espèce en identifiant, non pas une prohibition absolue de cession, mais un processus de consentement contractuellement élaboré qu'il interpréta dans un sens qui validait la cession.

15. Par contre, il jugea inéquitable de permettre au cessionnaire d'intenter en qualité de *trustee* une action en recouvrement à l'encontre du débiteur cédé. Une telle action, précisa le juge, détournerait l'effet de la clause qui limite la cessibilité de la créance aux seules banques et établissements financiers. Elle aurait pour effet, rajouta-t-il, d'obliger de rajouter à chaque clause d'incessibilité conventionnelle une deuxième clause interdisant aussi aux cédants putatifs de constituer un trust à fin de produire des effets similaires à ceux de la cession.

16. Aux termes de cette décision, la créance de remboursement du prêt fut donc reconnue comme étant valablement transmise, sans pour autant que le cessionnaire puisse recourir en recouvrement à l'encontre de l'emprunteur, que ce soit au titre de la cession ou du trust. L'emprunteur fit appel de la première partie du jugement, et Barbados Trust de la deuxième partie.

17. **L'arrêt de la cour d'appel.** Dans un arrêt rendu à la majorité¹¹, la cour infirma le jugement de première instance dans ses deux parties.

18. La validation de la cession de créance d'abord. La cour estima qu'aucune cession non consentie par le débiteur cédé ne peut être efficace si elle intervient avant l'expiration du délai contractuel des 15 jours convenu à la clause 12.1(A)¹². Effectivement, cette clause précisait bien que le consentement de l'emprunteur devait être *préalablement* accordé ("*prior written consent*"). Le prétendu effet rétroactif du consentement reconnu en première instance allait clairement à l'encontre des termes exprès de l'accord des parties.

19. Toujours sur cette première question, Barbados Trust soumit dans son mémoire d'appel que la clause 12.1(A) interdisait la cession tant que les prêteurs avaient l'obligation de mettre à disposition de l'emprunteur des fonds au titre du crédit; à l'inverse, elle ne s'appliquait pas à la seule créance de remboursement d'une dette liquide et déjà exigible. Le juriste civiliste reconnaîtra dans cet argument la distinction entre la cession de contrat et la cession de créance. La Cour rejeta l'argument en citant la clause 12.1(A) qui interdisait la cession de toute créance, y compris exigible, en dehors des limites que la clause traçait¹³. Bank of America ne pouvait

8. *Vandepitte v Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, per Wright LJ, [1933] AC 70 (PC), p.79. Le recours au titre du trust contre le débiteur cédé est décrit dans l'arrêt *Vandepitte* au paragraphe 79: "... a party to a contract can constitute himself a trustee for a third party of a right under the contract and thus confer such rights enforceable in equity on the third party. The trustee then can take steps to enforce performance to the beneficiary by the other contracting party as in the case of other equitable rights. The action should be in the name of the trustee; if, however, he refuses to sue, the beneficiary can sue, joining the trustee as a defendant."

9. *Ibidem*.

10. "In my judgment, the proper construction of the Assignment is that it took effect to complete the transfer of the Asset to Bank of America N.A. upon receipt of actual or deemed consent such that the consent can properly be treated as given "prior" to the assignment.", per Langley J., [2006] EWHC 222 (Comm), n°52.

11. Waller LJ a dissenti dans la partie de l'arrêt afférente à la validation de la cession et Hooper LJ a dissenti dans la partie relative à l'effet de la déclaration de trust.

12. "[O]ne has to ask when such deemed prior consent occurs. The obvious answer is at the end of the fifteen day, which in the present case is taken to be 17 December 1999. [...] I reject Mr Brodie's alternative submission that consent is deemed to have been given on the day of its request rather than at the end of the 15 day period: that is simply not justified by anything within article 12.01(A)." per Rix LJ, [2007] EWCA Civ 148, n°61. Hooper LJ se joignit à Rix LJ sur cette partie de l'arrêt, mais en développant son propre raisonnement bâti en *reductio ad absurdum*. Il se demanda comment on peut considérer qu'un consentement implicite puisse être préalablement accordé (s'il est implicite, c'est qu'il n'est pas accordé, encore moins rétroactivement accordé), cf. n°124.

13. *Ibidem*, n°73 et n°88.

donc opposer son droit de cessionnaire à l'emprunteur.

20. De façon plus inattendue, la cour infirma aussi la deuxième partie du jugement qui interdisait au cessionnaire d'exercer en qualité de *trustee* son recours à l'encontre du débiteur cédé.

Précisons que l'arrêt ne remet pas en cause la déclaration de trust elle-même. Le crédit ne stipulant pas de clause qui interdirait aussi la constitution d'un éventuel trust sur la créance, la cour accepta à l'unanimité que le cédant puisse constituer un trust sur la créance au bénéfice du cessionnaire, dès lors que ce cédant intente l'action en recouvrement en son nom¹⁴.

21. C'est l'application de la jurisprudence *Vandepitte*¹⁵ dans le cas d'un contrat stipulant une clause d'incessibilité qui créa la dissension au sein de la cour. Waller LJ, à l'avis duquel Rix LJ finit par se ranger¹⁶, considéra, bien qu'en *obiter*, qu'il serait artificiel d'écarter la jurisprudence *Vandepitte*, ce qui aurait pour résultat d'obliger le *trustee* d'intenter une première action en recouvrement à l'encontre de l'emprunteur, suivie d'une seconde action du bénéficiaire à l'encontre du *trustee*. La cour considéra qu'il s'agissait là d'un aspect procédural et non substantiel. Et de conclure à l'application de la jurisprudence *Vandepitte*, permettant ainsi au bénéficiaire du trust, en cas de carence du *trustee*, de recourir directement à l'encontre du débiteur cédé nonobstant la clause d'incessibilité¹⁷.

22. Hooper LJ refusa de se joindre à la majorité sur ce point. Il trouva inacceptable qu'une partie à un contrat, qui aurait pris le soin d'écarter de son univers contractuel par la clause d'incessibilité toute personne autre que son cocontractant, ou une catégorie précise de personnes, puisse se retrouver obligée de traiter par l'effet de la jurisprudence *Vandepitte* précisément avec les personnes qu'elle a pris soin d'exclure¹⁸. Il affirma sa dissension en se ralliant à la conclusion du tribunal de première instance distinguant, dans le cas d'un contrat stipulant une clause d'incessibilité, entre le droit d'un tiers de bénéficiaire du contrat à travers un trust créé à son profit et le droit de ce tiers d'intenter contre une partie au contrat une action en exécution de ce contrat. Comme le juge Langley, Lord Hooper refusa l'amalgame des deux concepts auquel conduisait la transposition de la jurisprudence *Vandepitte*.

23. **L'efficacité des clauses d'incessibilité en droit comparé.** Une grande disparité peut être identifiée dans l'approche des droits nationaux aux clauses restreignant la cessibilité d'une créance. Cette disparité est source d'insécu-

rité dans les opérations de financement et obère gravement la liquidité des marchés. La convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international propose une règle matérielle uniforme susceptible d'y mettre fin¹⁹.

24. En France, la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a introduit dans le Code de commerce un nouvel alinéa à l'article L. 442-6. La nouvelle disposition sanctionne par la nullité toute clause prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan la possibilité d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui. Cette sanction est plus sévère que celle retenue auparavant par la jurisprudence. Par un arrêt du 21 novembre 2000, la chambre commerciale avait en effet considéré une clause d'incessibilité inopposable à un cessionnaire qui n'est pas partie au contrat dans lequel cette clause a été stipulée et qui n'a pas accepté cette clause²⁰.

Pour autant, le nouvel article L. 442-6(II) ne rend pas cette jurisprudence caduque. Elle constituera le droit commun qui continuera de s'appliquer lorsque le débiteur n'appartient pas à l'une des catégories professionnelles énumérées limitativement à l'article L. 442-6(II) du Code de commerce. De plus, si l'article L. 442-6(II) doit être interprété de manière restrictive comme tout texte dérogatoire, la jurisprudence de la chambre commerciale aura aussi vocation à s'appliquer – plutôt que l'article L. 442-6(II) – lorsque la clause en question n'interdit pas la cession, mais simplement soumet le cessionnaire potentiel à l'agrément du cédé.

25. Aux États-Unis, le Code de commerce uniforme a été le précurseur à l'échelle mondiale en privant d'effet la clause d'incessibilité de créances, que le cessionnaire en ait eu connaissance ou non, et sans que le cédé dispose d'un recours contre le cédant pour violation d'engagement contractuel²¹.

26. Le Code de commerce allemand prive également d'effet la clause d'incessibilité lorsque le contrat dans lequel elle est stipulée est commercial aussi bien pour le cédant que pour le cédé, ainsi que dans les contrats où le débiteur est un organisme public²².

27. Le Code civil italien, à l'article 1260(2), le Code des obligations suisse, à l'article 164, et le Code civil de Taiwan, à l'article 294, conditionnent l'opposabilité au cessionnaire de la clause d'incessibilité à la preuve de sa connaissance de l'existence de la clause. La solution en droit espagnol est similaire.

bia] should be entitled to a defence which it would not have had if some longer and more tortuous form of procedure, compelling [Bank of America] to sue, were used." per Waller LJ, *idem*, n°47.

18. Le juge précisa à deux reprises dans son avis dissident que la solution préconisée par ses collègues de la Cour qui consisterait à exclure contractuellement la jurisprudence *Vandepitte* ne pouvait que faire plaisir aux avocats rédacteurs de contrats ! (n°129 et n°139).

19. G. Affaki, "L'apport de la convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque", *op. cit.*, note 4, *supra*.

20. Bull. I, n°180.

21. Cette inefficacité ne s'applique pas aux créances de paiement de crédits documentaires, de comptes bancaires ou d'instruments financiers, § 9-406(d) et 9-408(a). La version de l'article 9 préalable à la révision frappait de la même inefficacité les clauses d'incessibilité (§9-318(4)).

22. HGB, article 354(a), entré en vigueur le 25 juillet 1994.

14. "If [Bank of America] were to declare a trust of the proceeds when received and then sue for the debt in its own name, since [Bank of Zambia] could have no interest in the proceeds once in [Bank of America]'s hands, [Bank of Zambia] would have no answer to [Bank of America]'s claim and [Bank of America] would have to answer to [Barbados Trust]'s claim once it had received the proceeds." per Waller LJ, *idem*, n°28.

15. Cf. n° 12, *supra*.

16. Après avoir oscillé tout au long de 21 paragraphes de l'arrêt (98 - 119) entre l'impératif de protéger l'attente des parties désireuses d'éviter l'intrusion de tiers dans leur univers contractuel, attente exprimée à travers la clause d'incessibilité, et celui de ne pas donner un champ trop large à cette clause en dehors de termes exprès en ce sens, par crainte d'assécher la liquidité des marchés qui repose sur la libre négociabilité des créances.

17. "There is no reason why the court should hold that [Bank of Zam-

28. Le Code civil japonais adopte la même approche en changeant légèrement les termes. Il déclare en effet à l'article 466(2) la clause d'incessibilité opposable "sauf aux cessionnaires de bonne foi". La jurisprudence nipponne prive les banques cessionnaires et les sociétés d'affacturage de l'exception de bonne foi en mettant à leur charge une obligation de vérifier l'existence de clauses d'incessibilité dans les contrats dont sont issues les créances transmises.

29. Quant au Code civil allemand (BGB), il déclare à l'article 399 la clause d'incessibilité efficace sans réserve aucune. Il est suivi en cela par le Code des contrats chinois (article 79).

30. La convention CNUDCI, pas encore en vigueur²³, apporte une solution uniforme à cette disparité sous la forme d'une règle matérielle énoncée à l'article 9. Toute clause "limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances" est inopposable au cessionnaire²⁴. Cette disposition devrait donc s'appliquer aussi bien aux clauses interdisant la cession de la créance qu'à celles soumettant une telle cession à l'agrément du cédé. L'article 10 de la Convention étend cette inopposabilité aux clauses qui pourraient restreindre le transfert à titre accessoire des sûretés réelles et personnelles garantissant la créance cédée.

31. L'article 9 et l'article 10 de la Convention CNUDCI présentent en outre trois aspects qui méritent une attention particulière. Premièrement, la convention n'exonère pas le cédant de sa responsabilité envers le cédé pour violation de son engagement d'abstention de cession. Cette responsabilité est néanmoins assortie d'une limite importante : le cédé n'a pas le droit de résilier le contrat d'origine de la créance ou de demander la résiliation du contrat de cession au seul motif de la violation de l'accord d'incessibilité²⁵.

32. Deuxièmement, la convention CNUDCI innove en exonérant de sa responsabilité le cessionnaire qui aurait eu connaissance avant la cession de l'existence de la clause restreignant la cessibilité de la créance cédée et aurait néanmoins accepté la transmission. Cette disposition témoigne indubitablement d'une innovation audacieuse. En effet, jusqu'à

présent, le cessionnaire était susceptible de mettre en jeu sa responsabilité délictuelle s'il était établi qu'il avait eu connaissance de l'incessibilité et avait néanmoins participé à la cession²⁶. Pour autant, cette exonération s'inscrit dans le sens des objectifs de la convention consistant à maximiser le potentiel de mobilisation des créances avec, en corollaire, une plus large accessibilité des capitaux et des crédits à moindre coût.

33. Enfin, l'inopposabilité de principe des clauses d'incessibilité reçoit à l'article 9(3)(a) de la convention – et l'article 10(4)(a) en ce qui concerne la transmission des accessoires de la créance – une exception lorsque la clause en question est stipulée dans un contrat de prestation de services financiers. Il s'agit là de la répétition de l'exclusion générale du champ de la convention des créances issues des instruments financiers²⁷. Pour autant, il faut se garder de conclure *a contrario* que les clauses d'incessibilité dans les contrats de prestation de services financiers sont donc opposables au cessionnaire. Il s'agira plutôt d'écarter la règle matérielle de l'article 9(1) – et de l'article 10(2) – au profit du droit national qui aurait vocation à s'appliquer par le biais des règles de conflit de la convention. La loi nationale ainsi déterminée décidera alors de l'opposabilité de la clause d'incessibilité.

34. **Conclusion.** Les établissements financiers escomptant des créances monétaires sur le marché primaire ou secondaire, ou bénéficiant de cessions de créances à titre de garantie, sont désormais avertis. Ils doivent vérifier au préalable que le contrat entre le cédant et le cédé ne restreint pas la libre cessibilité de la créance, du moins lorsque ce contrat est régi par le droit anglais. A défaut, la cession est inopposable au cédé. L'artifice du trust et le recours direct offert par la jurisprudence *Vandepitte*, bien que reconnu par la cour d'appel dans l'arrêt *Barbados Trust*, nous semblent fragiles. Espérons qu'un pourvoi devant la House of Lords amènera la justice britannique à s'aligner sur le consensus international exprimé dans la convention CNUDCI en privant d'effet la clause d'incessibilité des créances d'obligations de paiement. C'est là une condition incontournable pour faciliter la mobilisation des créances, augmenter le crédit que cette mobilisation est susceptible de lever et diminuer son coût. ■

23. Au 28 mars 2007, la Convention CNUDCI était signée par le Luxembourg, les Etats-Unis et le Madagascar. Elle a été ratifiée par le Libéria. Son entrée en vigueur interviendra au dépôt du cinquième instrument de ratification.

24. L'article 9(1) de la Convention CNUDCI est inspiré de l'article 6(1) de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988) qui dispose : "La cession de la créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession". L'article 9 de la Convention CNUDCI est restreint aux seules incessibilités convenues contractuellement et ne s'applique pas bien sûr à celles édictées par la loi.

25. Convention CNUDCI, articles 9(2) et 10(3).

26. M. Cabrillac et C. Mouly, "Droit des sûretés", 6e édition, Litec, 2002, n°577. Il ne semble pas exister toutefois de décision publiée d'une juridiction française retenant ce chef de responsabilité. Voir, cependant, pour la prise d'une hypothèque sur un immeuble qui faisait objet d'une promesse de vente, Civ., 10 avril 1948, D. 1948, p.421, obs. Lenoan (Le

bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est fondé à relever contre une personne, même étrangère à cette promesse, soit la fraude à laquelle celle-ci se serait associée, soit seulement la faute dont elle se serait rendue coupable en demandant ou en acceptant une hypothèque sur l'immeuble qu'elle savait faire l'objet de la promesse, et constituée par le promettant au mépris de son obligation). En revanche, dans les pays de common law, de nombreuses décisions ont retenu la responsabilité délictuelle (tort) des prêteurs ayant accepté des sûretés sur des biens dont ils les savaient faisant l'objet de negative pledges, cf. *DC Thomson v. Deakin* [1952] 1 Ch 660 et 694 [Nouvelle Zélande]; *British Homophone Ltd. v. Kunz* (1935) 152 L.T. 593 [Royaume Uni]. Voir aussi la distinction opérée par la House of Lords entre "faciliter la violation de l'accord de negative pledge", considéré comme n'entraînant pas la responsabilité du tiers, et "induire le débiteur à violer cet accord" qui donne lieu à responsabilité, *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Plc.* [1988] 1 A.C. 1058 D-G.

27. Convention CNUDCI, article 4(2).