

La cession Dailly est-elle réservée aux banques communautaires ?

Selon une réponse ministérielle du 27 janvier 2003, la cession Dailly est réservée aux établissements de crédit communautaires. Cette interprétation contestable affaiblit la place du droit français dans les opérations de financement internationales.



JEAN-FRANÇOIS ADELLE *

Avocat associé

Jeantet Associés (à partir de juillet 2003)

Le mécanisme simplifié de cession et nantissement de créances professionnelles, communément appelé cession Dailly, est réservé aux établissements de crédit consentant un crédit au cédant ou au constituant. Conçu pour favoriser les entreprises françaises, notamment à l'exportation, il permet le transfert de la créance et son opposabilité aux tiers du seul fait de la signature d'un bordereau par l'établissement de crédit bénéficiaire, sans recourir aux formalités de cession de créance de droit commun (art. 1690 du Code civil).

En l'absence de précision dans le texte de la loi du 2 mai 1981 sur ce qu'il faut entendre par « établissement de crédit », deux interprétations sont possibles :

- on peut, de façon restrictive, considérer qu'il s'agit uniquement des établissements de crédit tels que définis par l'article L. 511 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire agréés par le CECEI auquel doivent être assimilés les établissements de l'Union européenne et de l'Espace économique européen bénéficiant du passeport européen ;
- on peut aussi considérer par un raisonnement par analogie que les banques étrangères non communautaires et hors Espace économique européen peuvent être cessionnaires de créances professionnelles pourvu qu'elles soient habilitées dans leur Etat d'origine à effectuer des opérations de crédit et recevoir en remboursement ou en garantie des crédits consentis des créances professionnelles détenues sur une personne morale de droit privé ou de droit public, ou une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle.

La question n'a, à notre connaissance, jamais été tranchée par les tribunaux. L'incertitude sur la portée du texte rendait les établissements étrangers parfois réticents pour accepter la cession ou le nantissement de créances

professionnelles soumis à l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, même lorsqu'il s'agit de créances sur des débiteurs situés en France ou soumises au droit français.

C'est dans ce contexte qu'a été posée une question écrite au garde des Sceaux le 7 octobre 2002 (question écrite n° 4067 de Jérôme Bignon, JO 07.10.2002 p. 3429). La question précisait : « *La question se pose tant en doctrine qu'en pratique de l'admission d'établissements de crédit étrangers hors l'Union européenne au bénéfice d'une cession Dailly et cette incertitude rend les établissements étrangers particulièrement réticents à l'idée d'accepter des créances professionnelles émanant de clients français. Il lui demande quelles mesures il entend prendre pour résoudre la difficulté soulevée.* »

La réponse ministérielle du 27 janvier 2003 (JO 27.01.2003 p. 600) prend partie en faveur de l'interprétation restrictive et conclut que « *la cession de créances non échues est réservée aux établissements de crédit dûment agréés par le CECEI ou habilités à exercer leur activité en application du droit communautaire.* »

Le ministre relève que la cession de créance par bordereau Dailly constitue une opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, le transfert de créance étant l'instrument juridique d'une avance de fonds dont la créance remise assure à la fois la cession et le remboursement. À ce titre, le cessionnaire doit obligatoirement être un établissement de crédit tel que défini par l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier ou un des services ou institutions énumérés à l'article L. 5181, qui peuvent effectuer les opérations de banque dans la mesure où ils y sont autorisés par leur statut légal. Sont assimilées aux établissements de crédit les succursales ou filiales de banques étrangères régulièrement implantées en France, c'est-à-dire y opérant en vertu d'un agrément délivré par le CECEI.

Le ministre de la Justice rappelle que la directive 2000/12 sur l'accès à l'activité des établissements de crédit

* Président de la Commission de droit des sûretés du Comité de droit financier de la place de Paris (Paris Europlace).

et leur exercice a institué un passeport européen au bénéfice des établissements ayant leur siège dans l'Union européenne et l'Espace économique européen.

S'agissant des banques étrangères non communautaires non établies en France ou dont le siège est situé dans un pays tiers à l'Espace économique européen qui ne disposent pas de l'agrément délivré par les autorités françaises, le ministre de la Justice précise qu'elles ne sont pas autorisées par nature à réaliser à titre habituel des opérations de banque sur le territoire français.

L'analyse sous-tendant la réponse ministérielle repose sur une assimilation entre l'activité de crédit et la réception de cession ou nantissement de créances professionnelles.

Cette assimilation est critiquable sur le plan juridique. En outre elle produit des effets particulièrement dommageables pour les emprunteurs français, ainsi que pour la place du droit français dans les opérations de financement internationales.

Le Dailly comme mécanisme de garantie

Tout d'abord, le transfert de créances professionnelles à un établissement de crédit constitue le plus souvent un mécanisme de garantie et non de crédit. La loi Dailly organise à la fois une technique de cession de créance et une technique de nantissement de créance. La finalité du nantissement est seulement de servir de garantie au remboursement de la créance de prêt ou d'avance, non d'assurer le remboursement du crédit, la créance cédée ne restant en principe définitivement acquise au cessionnaire qu'à défaut, par l'emprunteur cédant, d'avoir remboursé le crédit à son échéance.

Même lorsque le Dailly est utilisé à titre de cession, il peut, par analogie avec le droit commun de la cession de créance, être utilisé comme garantie, la créance cédée étant rétrocédée à l'emprunteur s'il rembourse par d'autres moyens.

Par ailleurs, en cas de cession de créance par bordereau Dailly devant, à son échéance, rembourser le crédit, le banquier peut conserver, sauf stipulation contraire, un recours contre l'emprunteur cédant à défaut de paiement de la créance cédée, de sorte que la cession s'apparente alors à un mécanisme de garantie.

Lorsque la cession Dailly constitue simplement un mécanisme de garantie, il n'est pas justifié d'en réserver le bénéfice aux établissements agréés en France ou y intervenant au titre de la liberté de prestation de services.

Liberté du choix de la loi gouvernant la cession ou le nantissement de créance

Cette solution est au surplus contraire au principe du droit international privé français selon lequel les parties sont libres de choisir le droit applicable à la constitution d'une sûreté. Il découle de ce principe que le choix du droit français par une banque étrangère prêteuse non communautaire et l'emprunteur pour gouverner une créance cédée en garantie du crédit doit être validé. Ce principe de liberté de choix de la loi applicable est expressément consacré par la convention de Rome du 19 juin

1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, sauf en matière de biens immobiliers.

Le projet de loi uniforme de la CNUDCI de juin 2001 en matière de cession de créance dans le commerce international prévoit lui aussi que dans les rapports entre cédant et cessionnaire, les parties sont libres de choisir le droit applicable à la cession. À défaut de choix, leurs droits et obligations réciproques sont régis par la loi de l'Etat avec lequel le contrat de cession a les liens les plus étroits.

Dès lors, il n'est pas logique de refuser à des banques étrangères le bénéfice de cession de créances en garantie selon le mécanisme de la loi Dailly.

La place du droit français dans les opérations de financement international

Enfin, la position du ministre de la Justice porte gravement atteinte à la place du droit français dans des opérations de financement international.

En effet, les banques étrangères non communautaires ou extérieures à l'Espace économique européen ne disposeront pour mobiliser les créances sur des débiteurs français ou des créances soumises au droit français d'autres instruments de droit français que la cession de droit commun, laquelle impose pour son opposabilité aux tiers la signification de la cession par voie d'huissier au débiteur cédé ou l'acceptation de celui-ci par acte authentique.

De plus, l'interdiction de la cession Dailly au profit de banques non européennes restreint paradoxalement son intérêt au bénéfice des banques européennes elles-mêmes dans les opérations internationales. En effet, les crédits assortis de garantie Dailly ne pourront facilement faire l'objet de transferts au bénéfice de banques non européennes, dès lors que celles-ci perdront le bénéfice des cessions de créances en garantissant le remboursement.

Enfin, dans les opérations syndiquées faisant participer à la fois des banques européennes et des banques non européennes, la garantie Dailly deviendra difficilement praticable. D'autant qu'en raison du formalisme du bordereau, seules les banques désignées sur le bordereau sont cessionnaires. Les banques non mentionnées n'ont pas de droits et les établissements mentionnés ne peuvent faire valoir leurs droits qu'à hauteur de leur quote-part dans les encours garantis.

En réalité, le Dailly est un instrument de garantie essentiellement conçu pour favoriser le crédit des entreprises, notamment dans un contexte international. Il doit pouvoir dès lors s'utiliser à la fois entre un cédant français et un cessionnaire étranger et entre un cédant étranger et un cessionnaire français, voire même entre cédant et cessionnaire étrangers lorsque le débiteur cédé de la créance est domicilié en France.

Certes, en matière internationale, le Dailly doit faire l'objet de précautions particulières lorsque le débiteur cédé est situé à l'étranger ou lorsque la créance cédée est soumise à un droit étranger. En effet, il est généralement considéré que les mesures de publicité de la cession à l'égard des tiers sont soumises à la loi du domicile du débiteur cédé. Or, le plus souvent les formalités simplifiées de la loi Dailly ne seront pas reconnues par la loi étrangère de ce pays.

Encore faut-il préciser que cette situation ne s'applique pas dans l'Espace économique européen depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome pour ce qui est du principe de l'opposabilité au débiteur lorsque la créance cédée est soumise à la loi française. En effet conformément à l'article 12 de la convention, les modalités d'opposabilité de la cession au débiteur sont gouvernées par la loi de la créance cédée.

Et pour ce qui est des rapports avec les tiers, créanciers et ayants-cause de créanciers du cédant, les difficultés sont généralement contournées par la possibilité que se réserve la banque de notifier la cession au débiteur cédé dans les formes du droit du domicile du pays dudit débiteur. De plus, le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créance dans le commerce international prévoit l'application de la loi de la créance

cédée. Sa ratification par la France accroîtra l'efficacité du Dailly lorsque la créance cédée sera soumise à la loi française.

Le Dailly constitue donc un instrument d'une grande efficacité dans les opérations internationales, pour les emprunteurs français. Il constitue en outre un mécanisme de nantissement de créance sur un débiteur français ou soumise au droit français particulièrement utile lorsque des parties à une opération de crédit situées hors de France souhaitent soumettre la garantie au droit français.

Il est donc fâcheux que par une interprétation juridiquement contestable et allant au-delà de ce que le texte prévoit expressément, le gouvernement français en limite les effets. Ce faisant, il bride le rôle du droit français dans les opérations de financement internationales. ■