

Chronique de *Droit Bancaire Internationale*



GEORGES AFFAKI

Maître de conférences associé
à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)

BNP Paribas



JEAN STOFFLET

Agrégé des Facultés de droit
Professeur émérite

Législations étrangères

Belgique : loi portant le Code de droit international privé¹

Cession de créance. Droit applicable. Opposabilité. Droits réels sur créances. Convention CNUDCI sur la cession de créances. Convention de Rome sur le droit applicable aux obligations contractuelles. Bien en transit. Titres. Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

Adopté par le Sénat en deuxième lecture le 1^{er} juillet 2004, le nouveau Code belge de droit international privé du 16 juillet 2004 est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004². Suivant l'exemple d'un nombre croissant de pays en Europe et ailleurs³, la Belgique a choisi de rassembler ses règles de conflit, de compétence internationale des juridictions judiciaires et de reconnaissance des décisions étrangères dans un texte unique composé de 140 articles répartis en 13 chapitres. Ce texte a vocation à régir l'ensemble des situations impliquant un élément d'extranéité.

Le chapitre premier contient des dispositions générales régissant la nationalité, le domicile, la compétence judiciaire, les conflits de lois, et la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et des actes authentiques étrangers. Les chapitres suivants comprennent des règles de conflit et de compétence judiciaire spéciales, dans le

sens où ces règles prennent en compte l'objet de situations juridiques précises. Ces chapitres régissent les personnes physiques, les relations matrimoniales ou de vie commune, la filiation (biologique et adoptive), les obligations alimentaires, les successions, les biens, les obligations, l'insolvabilité et le trust.

Nous développerons plus particulièrement ces quatre derniers chapitres en raison de leur lien direct avec les activités internationales de banque.

Les biens. Le Chapitre VIII prévoit des règles de compétence judiciaire et des règles de conflit concernant les droits réels sur un bien.

Ainsi, les tribunaux belges se voient confirmer leur compétence pour connaître de toute demande concernant des droits réels sur un bien chaque fois que le bien est situé en Belgique ou, en cas de demande concernant des droits réels sur une créance, si le débiteur a sa résidence habituelle en Belgique (art. 85)⁴. En ce qui concerne les biens corporels, il s'agit là de la confirmation de la solution déjà préconisée par l'article 635(1) du Code judiciaire belge. En ce qui concerne les créances, le critère de l'établissement du débiteur cédé fait écho à l'article 2(g) du Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Toutefois, il ne faut pas voir dans cette règle la simple application de la règle traditionnelle *actor sequitur forum rei*⁵, car les droits réels sur une créance concernent également l'opposabilité du droit réel du cessionnaire sur la créance, non seulement au débiteur,

¹ Les auteurs tiennent à remercier M^r Patrick Wautelet, du cabinet Stibbe à Bruxelles, pour la documentation qu'il a bien voulu leur fournir sur le nouveau code.

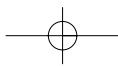
² Moniteur belge, 27 juillet 2004, p. 57344.

³ En Suisse, la Loi Fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (texte disponible sur le site suivant : <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/291> (dernière visite le 16 janvier 2005)). L'Allemagne, l'Autriche, l'Italie et les Pays-Bas se sont dotés aussi de textes semblables. Voir aussi au Venezuela, *Ley de Derecho Internacional Privado*, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, n° 36.511, 6 août 1998, et en Roumanie, la loi n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, traduction en français publiée dans RCDIP 1994, 172. À l'opposé, en Angleterre et aux États-Unis, les règles de conflit sont élaborées par les tribunaux, en dehors de

règles spéciales codifiées dans des lois à objet spécifique ou résultant de l'adoption de traités internationaux.

⁴ Article 85 - Les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant des droits réels sur un bien, outre dans les cas prévus par les dispositions générales de la présente loi, si ce bien est situé en Belgique ou est réputé l'être en vertu de l'article 87, § 2, lors de l'introduction de la demande, ou, en cas de demande concernant des droits réels sur une créance, si le débiteur est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande.

⁵ Règle que l'on retrouve à l'article 2-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, devenue le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000, entré en vigueur le 1^{er} mars 2002, JOCE n° L 12, 16 janvier 2001 (sans changement à l'art. 2-1 précité).



mais aussi aux tiers ⁶. Un conflit de priorité entre un cessionnaire français et les créanciers d'un cédant anglais, voire un conflit entre le même cessionnaire et une banque américaine titulaire d'un nantissement sur la même créance, tombera ainsi dans la juridiction du tribunal belge si le débiteur cédé était domicilié en Belgique au moment de la cession ⁷.

Quant au droit applicable, la *lex rei sitae* est confirmée sans surprise en ce qui concerne les droits réels sur un bien, étant précisé que la situation du bien doit être appréciée au moment où ces droits sont invoqués ⁸. Cette précision évite l'épineuse question du conflit mobile.

Par contre, la surprise tient dans le revirement opéré au troisième alinéa de l'article 87 en ce qui concerne le droit applicable aux droits réels sur une créance. La nouvelle disposition énonce :

§ 3. La constitution de droits réels sur une créance ainsi que les effets de la cession d'une créance sur de tels droits sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel la partie qui a constitué ces droits ou a cédé la créance avait sa résidence habituelle au moment de la constitution ou de la cession.

Les effets d'une subrogation conventionnelle sur des droits réels sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel le subrogeant avait sa résidence habituelle au moment du transfert.

Les droits réels sur créances se trouvent ainsi rattachés au droit de l'État sur le territoire duquel la partie qui a constitué ces droits, ou a cédé la créance, avait sa résidence habituelle au moment de la constitution ou de la cession.

La nouvelle règle de conflit ainsi édictée appelle deux remarques.

Premièrement, elle abroge *de jure* ⁹ la toute jeune règle de conflit issue de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers qui rattachait l'opposabilité de la cession de créances aux

⁶ L'article 94 du Code de droit international privé indique que le droit applicable détermine notamment « l'opposabilité aux tiers d'un droit réel ». Voir G. Affaki, *L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque*, Banque & droit, n° 90, § 9.

⁷ P. Wautelet, *Actualités du droit des biens en droit international privé*, n° 8, in *Le droit des biens*, B. Tilleman et P. Lecoq (éd.), La Charte, Bruges, 2005 (Il ne semble pas que les tribunaux belges possèdent une telle compétence sous le régime des art. 635 et s. du Code judiciaire).

⁸ Article 87 - § 1^{er}. Les droits réels sur un bien sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel ce bien est situé au moment où ils sont invoqués. L'acquisition et la perte de ces droits sont régies par le droit de l'État sur le territoire duquel le bien est situé au moment de la surveillance des actes ou des faits invoqués pour fonder l'acquisition ou la perte de ces droits.

⁹ Cf. Article 139 du Code de droit international privé.

¹⁰ Exposé des motifs du projet de loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, Chambre des représentants de Belgique, Doc. 50 1842/001, p. 126. Jusqu'à la promulgation de la nouvelle loi du 2 août 2002, la règle de conflit déterminant la loi applicable à l'opposabilité de la cession aux tiers paraissait être celle décidée par le tribunal de commerce (juge des saisies) d'Anvers le 15 janvier 1991, en faveur de la loi du domicile du débiteur cédé, *Rechtskundig Weekblad* 1991-1992, p. 55 (jugement en néerlandais), G. Affaki, *L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque*, op. cit., n° 92.

¹¹ Le texte complet de la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international est reproduit dans Banque et droit, n° 90, p. 26-36, en annexe à notre article précité. Précisons que l'article 5 (i) de la Convention exclut les règles de renvoi.

tiers au droit applicable au contrat de cession. Dans l'exposé des motifs de cette loi, ses rédacteurs avaient estimé que « *l'on devrait logiquement conclure que [l'opposabilité aux tiers] est régie par l'article 8 de la Convention de Rome, lequel dispose de manière générale que l'existence et la validité des contrats sont soumises à la loi applicable au contrat lui-même* » ¹⁰. Désormais, ce critère de rattachement qui présente de nombreux handicaps, dont l'absence de transparence à l'égard des tiers, est remplacé par celui retenu à l'article 22 de la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international ¹¹.

L'abandon de la loi d'autonomie édictée dans la loi du 2 août 2002 est le bienvenu, car il transposait en Belgique la solution retenue par la *Hoge Raad* néerlandaise dans un arrêt du 16 mai 1997 ¹². Cet arrêt, nous l'avions démontré dans les colonnes de cette revue, reposait sur une lecture erronée de l'article 12 de la Convention de Rome sur le droit applicable aux obligations contractuelles, aboutissant ainsi, sans surprise, à une mauvaise conclusion ¹³.

En deuxième lieu, contrairement à la règle de conflit édictée dans la loi du 2 août 2002 qui ne portait que sur la cession de créance, la nouvelle règle de conflit de l'article 87(3), bien que laconique, a vocation à régir la constitution de droits réels sur une créance par quelque instrument que ce soit. Ceci permet d'avoir une même règle de conflit pour la cession de créance, la subrogation conventionnelle et le nantissement de créance. Il s'agit bien là de la même approche unificatrice retenue par la Convention CNUDCI sur la cession de créances et qui reflète parfaitement la pratique bancaire. L'opposition entre la cession de créance-opération spéculative et la subrogation-service d'ami est aujourd'hui dépassée et leur fonction translatrice commune reconnue ¹⁴. L'assimilation au nantissement de créance peut d'ailleurs, à son tour, être admise au prix d'une fiction juridique ¹⁵. Le nantissement de créance n'opère-t-il pas aussi une transmission de la créance nantie en transférant au créancier nanti un ensemble de prérogatives qui réalise sa mise en possession ¹⁶?

Le traitement unifié ne s'arrête pas à la seule consti-

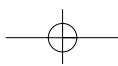
¹² *Brandsma v. Hansa Chemie AG, Hoge Raad*, 16 mai 1997, *Rechtspraak van de Week* 126, cité in T.H.D. Struycken, *The proprietary aspects of international assignments and the Rome Convention*, LMCLQ 345 (1998).

¹³ G. Affaki, *L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque*, op. cit., n° 92.

¹⁴ Une cession peut parfaitement être consentie à titre de donation et la subrogation caractériser des opérations commerciales lucratives, telles l'affacturage. L'assimilation par la Convention CNUDCI de la subrogation et de la cession est, en quelque sorte, un clin d'œil à l'histoire puisque jusqu'à la codification, l'ancien droit français, suivant l'exemple du droit romain, considérait la subrogation comme une cession de créance, d'ailleurs imposée au créancier plutôt que conventionnelle, l'intransmissibilité des obligations étant alors de règle. Les exégètes vont les séparer complètement ; cf. G. Affaki, *L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque*, op. cit., n° 97, et les références citées. Signalons que la subrogation légale est régie dans la nouvelle loi belge portant le Code de droit international privé par le droit applicable à l'obligation du tiers de désintéresser le créancier (art. 107).

¹⁵ Rappelons qu'en France, il est admis que les formalités de l'article 1690 et celles de l'article 2075 du Code civil ont une fonction identique. D'ailleurs, leur rédaction est désormais presque similaire depuis l'amendement de l'article 2075 par la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, cf. P. Croq, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, n° 335 ; D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *Economica*, 1986, n° 79.

¹⁶ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, op. cit., n° 69.



tution de droits réels sur une créance, mais la transcende pour couvrir aussi les effets de la cession et de la subrogation conventionnelle sur ces droits réels. Dans le cas de la cession, les effets sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel le cédant avait sa résidence habituelle au moment de la cession. Cette même règle trouve aussi à s'appliquer dans le cas de la subrogation conventionnelle puisque l'article 87 précité indique que ses effets sont régis par le droit du subrogeant. Une question se pose toutefois en ce qui concerne le droit applicable aux effets du nantissement de créance à propos duquel aucune mention ne figure à l'article 87. En effet, que le législateur belge ait trouvé sa source d'inspiration dans l'article 22 de la Convention CNUDCI sur la cession de créances ne fait pas l'ombre d'un doute. Pour autant, ceci justifie-t-il d'étendre la règle de conflit de l'article 87(3) pour régir aussi les effets du nantissement de créance sur des droits réels à l'instar de l'approche globale retenue à la Convention CNUDCI? La nouvelle loi belge ne le dit pas. Il faudra sans doute attendre les premières applications jurisprudentielles pour s'en assurer¹⁷

Biens en transit. La nouvelle loi aborde aussi l'épineuse question du droit applicable aux droits et les titres sur des biens en transit¹⁸. Comment en effet localiser ces biens pour déterminer leur loi de situation: faut-il penser que la loi du port de départ continuera de les régir jusqu'à leur arrivée, ou est-ce du ressort du port de destination, voire de la loi personnelle du propriétaire¹⁹? Une solution consisterait peut-être à considérer ces biens comme situés au pays du « pavillon » durant tout le transport²⁰, à moins que le droit réel sur ces biens ne soit représenté par un document, comme le connaissance, auquel cas ils pourraient être considérés situés au lieu de détention du document²¹.

L'article 88 du nouveau Code de droit international privé retiendra une solution simple et claire: le droit de l'État de destination. En cela, il choisit de suivre la loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP) qui édicte à l'article 101 un rattachement similaire. C'est l'option

17 Toutefois, P. Wautelet, *Actualités du droit des biens en droit international privé*, op. cit., n° 24, (Il est évident que la règle s'applique à l'établissement d'un gage sur une créance) citant une doctrine qui assimilait déjà en Belgique la cession de créance et la mise en gage.

18 G. Affaki, *Les sûretés dans le négoce international*, JDI 3, 2000, n° 81.

19 F. von Savigny, *System des heutigen römischen rechts*, 1849, T.VIII, trad. Guénoux, 1851, p. 176: préconisant la soumission des biens en transit à la loi personnelle de leur propriétaire; E. Denninger, *Le transfert des marchandises par connaissance maritime en droit international privé*, RCDIP 1961, p. 254, compte rendu par Mezger: en faveur de la loi de l'entreprise de transport; Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (art. 6), ainsi que le droit espagnol: en faveur de la loi du pays de l'expédition, sauf si les biens transportés sont représentés par un connaissance; Loi Fédérale suisse sur le droit international privé, article 101: en faveur de la loi du pays de destination; Uniform Commercial Code des États-Unis, article 103 (3) (b): en faveur de la loi du pays du débiteur (ici le constituant). Toutefois, cette disposition du UCC vise plutôt le matériel d'outillage et les biens par nature mobiles (aéronefs, voitures, wagons, conteneurs, etc.), bien qu'elle n'exclut pas les meubles corporels en transit.

20 J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, T. IV, n° 1276 (à la condition que le propriétaire voyage avec son bien sûr le navire), cité par M. Cabrillac, *La reconnaissance en France des sûretés réelles*, op. cit., p. 492.

21 J. Derrupe, J. cl. international, Fasc. 555, n° 148, citant l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au

choisie aussi dans le Guide législatif de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, du moins en l'état actuel du projet.

Moyens de transport. L'article 89 du nouveau Code rattache les droits sur un aéronef, un navire, un bateau ou tout autre moyen de transport inscrit dans un registre public au droit de l'État sur le territoire duquel l'inscription a eu lieu. Or, certains de ces moyens de transport sont susceptibles d'être régis un jour par la Convention Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobile, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004, s'ils viennent à faire l'objet d'une « garantie internationale » régie par la Convention²². Néanmoins, aucun conflit n'est susceptible de paraître le jour où la Belgique ratifierait cette Convention. Celle-ci édicte en effet un ensemble de règles matérielles, alors que la règle de l'article 89 du nouveau Code est une simple règle de conflit.

Les titres. L'article 91 du nouveau Code rattache les droits sur un titre dont l'enregistrement est requis au droit de l'État sur le territoire duquel est situé le registre où figure l'inscription en compte des titulaires de droits. À cette règle de rattachement est rajoutée une présomption qui a pour effet de localiser le registre au lieu de l'établissement principal de la personne qui tient le compte des titulaires.

La règle de conflit ainsi édictée est conforme à celle retenue dans la Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière²³ ainsi qu'à celle de la Directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres²⁴.

Elle est cependant en opposition avec celle préconisée dans la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée le 13 décembre 2002. Cette dernière retient en effet la loi d'autonomie telle que choisie dans la convention de compte, même si cette autonomie est limitée par des critères de localisation²⁵ qu'on a pu qualifier de « fic-

transfert de propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels.

22 L'article 2 de la Convention UNIDROIT définit la garantie internationale comme étant celle conférée par un contrat constitutif de sûreté, un contrat de vente avec réserve de propriété, ou un contrat de bail.

23 L'article 9 (1) de la Directive édicte une règle de rattachement à la loi du pays où le compte pertinent est situé (JOCE n° L 168 du 27 juin 2002, p. 0043 - 0050).

24 L'article 9 (2) de la Directive édicte une règle de rattachement à la loi du pays dans lequel est situé le compte sur lequel sont inscrits les titres (JOCE n° L 166/45 du 11 juin 1998).

25 Article 4 (1) - La loi désignée conformément à la présente disposition ne s'applique que si l'intermédiaire pertinent a, au moment de la conclusion de la convention, un établissement dans cet État, qui: a) soit seul, soit avec d'autres établissements de l'intermédiaire pertinent ou d'autres personnes agissant pour l'intermédiaire pertinent, dans cet État ou dans un autre État:

- i) effectue ou assure le suivi des inscriptions en comptes de titres,
- ii) gère les paiements ou les opérations sur titres relatifs à des titres détenus auprès de l'intermédiaire, ou
- iii) exerce autrement à titre professionnel ou habituel une activité de tenue de compte de titres.

On le constate, la Convention exige seulement que l'intermédiaire pertinent ait dans le pays dont la loi est choisie un centre d'opérations traitant de titres, sans autres précisions. En d'autres termes, il n'est pas exigé que ce centre traite d'opérations sur le compte pertinent. Il en résulte qu'aucun lien objectif n'est requis entre le compte pertinent et la loi qui sera appliquée à ce compte au titre de la Convention.

tifs »²⁶. Or, le choix du critère de rattachement pour déterminer le droit applicable aux droits réels sur les titres n'est pas anodin. En effet, de ce choix dépendra sans doute le sort de questions pour lesquelles il n'existe pas encore de traitement internationalement uniforme. Le droit de disposition des titres inscrits en compte, la fiscalité, les règles comptables, la réglementation régissant la lutte contre le blanchiment et le secret bancaire en sont quelques exemples²⁷.

D'ailleurs, la présomption édictée au deuxième paragraphe de l'article 91 (1) de la nouvelle loi belge en faveur du lieu de l'établissement principal de la personne qui tient le compte de titres ne correspond pas non plus à la règle de rattachement retenue par la Convention de La Haye. Un projet de cette dernière avait retenu dans un premier temps un rattachement qui correspond à la présomption de l'article 91 (1). C'était le fameux PRIMA (*Place of the Relevant Intermediary Approach*). Le sigle survécut en pratique et désigne aujourd'hui communément la Convention, mais son contenu fut radicalement modifié pour donner lieu au rattachement à la loi d'autonomie²⁸.

Finalement, cette divergence entre la nouvelle loi belge et la Convention de La Haye est assez symptomatique de la volonté de nombre d'institutions financières et d'associations bancaires en Europe de suspendre la ratification de la Convention le temps nécessaire pour évaluer ses conséquences sur l'acquis communautaire, tel que reflété notamment dans les deux directives précédentes.

Autres matières. Le reste des dispositions du Code de droit international privé reprend des règles classiques de conflit et de compétence internationale. Ainsi, il est renvoyé pour le droit applicable aux obligations contractuelles à la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, pour le droit applicable à la lettre de change et au billet à ordre à la Convention de Genève destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change et de billets à ordre du 7 juin 1930, pour le droit applicable au chèque à la Convention de Genève destinée à régler certains conflits de lois en matière de chèques du 19 mars 1931 et pour les procédures d'insolvabilité au Règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Quant au trust, le nouveau Code reprend pour l'essentiel les dispositions de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance²⁹, alors même que la Belgique n'a pas signé ni ratifié la Convention.

26 H. de Vauplane et P. Bloch, *Loi applicable et critères de localisation des titres multi-intermédiés dans la Convention de La Haye*, Mélanges AEDBF IV, Rev. Banque Ed., p. 500. Voir aussi l'argumentaire développé par la Banque centrale européenne à l'attention du Président du Comité des affaires de droit civil au Conseil de l'Union européenne en date du 24 février 2004.

27 H. de Vauplane et P. Bloch, op. cit., p. 471.

28 R. Goode, H. Kanda et K. Kreuzer, with the assistance of C. Bernasconi, Draft explanatory report on the Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary, Int - 37 et s. (projet en date du 1^{er} juin 2004).

29 Avec quelques différences entre l'article 124 du Code belge et l'article 7 de la Convention de La Haye concernant les rattachements

Conclusion : un appel à l'action pour la Commission européenne. L'initiative du législateur belge mérite d'être saluée. Outre l'apport d'un ensemble cohérent de règles de conflit, il faut saluer le pragmatisme de la démarche consistant à abroger l'ancienne règle de conflit en matière d'opposabilité aux tiers de la cession de créances moins de deux ans après sa promulgation, pour la remplacer par une règle différente plus adaptée aux opérations de banque. Ceci fait ressortir avec d'autant plus de netteté le spectacle désolant des discordances entre les autres pays de l'Union quant à la règle de conflit applicable à cette même question. Nous avons analysé dans un article précédent dans cette revue la divergence entre, d'une part, les tribunaux néerlandais ayant opté pour la loi d'autonomie choisie dans le contrat de cession et, d'autre part les tribunaux allemands et britanniques optant pour la loi de la créance cédée, suivis en cela par la doctrine italienne et suisse, et enfin les tribunaux français maintenant la tradition de la loi du domicile du débiteur³⁰.

Si le rattachement à la loi du domicile du cédant présente des avantages évidents³¹ qui pousseront, à terme, les États ou leurs tribunaux à le substituer à leur règle de conflit existante, il serait dommage de laisser cette dynamique à des efforts épars et non coordonnés. La Commission européenne a un rôle majeur à jouer. Ce rôle consisterait en deux actions. D'une part, indiquer une fois pour toutes qu'aucun des deux alinéas de l'article 12 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles n'a vocation à s'appliquer à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers³². D'autre part, proposer au Conseil de ratifier, au nom des États de l'Union, la Convention CNUDCI sur la cession de créances, dont l'article 22 reprend le rattachement au droit du cédant, ratification qui exige toutefois l'accord du Parlement européen. Les opérations internationales de banque en sortiraient bien plus simplifiées.

Pays-Bas : loi du 28 juin 2004 modifiant l'article 3:94 du Code civil

Cession de créance. Formalités d'opposabilité. Notification. Titrisation.

Le maelström qu'a connu la cession de créances en Belgique a aussi frappé les Pays-Bas, mais par le biais d'une règle matérielle cette fois. Par une parfaite synchronisation, le jour où entrait en vigueur le nouveau Code de droit international privé belge, entrait également en

subsidiaries à défaut de choix de loi.

30 G. Affaki, *L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque*, op. cit., n° 12 et s., n° 91 et s. et les références citées.

31 Ibid. n° 17.

32 L'on pourrait également suggérer que ceci soit soumis à la Cour de justice européenne au titre des nouvelles compétences que lui donnent les deux nouveaux protocoles concernant l'interprétation de la Convention de Rome, cf. Décret n° 2005-17 du 5 janvier 2005, JO 12 janvier 2005, texte 25. Ceci exigera toutefois de passer par la longue procédure du renvoi à titre préjudiciel, alors que l'harmonisation de la règle de conflit en matière d'opposabilité de la cession de créance revêt désormais un caractère urgent.

vigueur la nouvelle loi néerlandaise du 28 juin 2004 simplifiant les formalités de la cession de créance. D'ailleurs, la note explicative qui accompagne la nouvelle loi indique qu'elle vise à harmoniser la législation néerlandaise avec celle des autres pays européens, dont la Belgique, l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni, qui n'exigent pas la notification de la cession de créance.

Un bref aperçu du régime antérieur à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi s'impose avant de présenter son principal apport.

Le régime antérieur au 1^{er} octobre 2004. Le Code civil néerlandais de 1992 exigeait à l'article 3:94(1) qu'une cession de créance s'accomplisse par le biais d'un acte sous seing privé notifié au débiteur par le cédant ou par le cédé. Seule cette notification faisait sortir la créance du patrimoine du cédant. Il en résultait que toute cession était privée d'efficacité tant que la notification n'avait pas été accomplie avant qu'une procédure collective soit ouverte à l'encontre du cédant, et ce, quand bien même la cession elle-même avait eu lieu avant la procédure.

La lourdeur de la notification constituait un obstacle certain aux nouvelles formes de cessions de créances qui portent sur un grand nombre de créances en masse, comme la titrisation et l'affacturage. Du coup, on en était réduit à contourner cette lourdeur par la prise d'un nantissement de créance occulte (*stil pandrecht*), celui-ci n'exigeant aucune formalité de publicité.

Le nouveau régime néerlandais de la cession de créance. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, une cession de créance peut être effectuée, au choix des parties, par le biais d'un acte notarié ou un acte sous seing privé enregistré auprès des recettes fiscales (*Belastingdienst Registratie*). La créance est réputée être sortie du patrimoine du cédant à compter de la date d'authentification ou d'enregistrement selon le cas. Elle ne requiert pour son opposabilité aucune formalité supplémentaire, y compris de notification. Si le débiteur conserve le pouvoir de se libérer valablement entre les mains du cédant tant qu'il n'a pas été notifié de la cession, l'absence de notification ne remet pas en cause l'opposabilité du droit du cessionnaire. Ainsi, le fait qu'une procédure collective soit ouverte à l'encontre du cédant, ou qu'un créancier de ce dernier tente de saisir la créance cédée, n'empêchera pas le cessionnaire de notifier le débiteur à tout moment, car la créance est déjà effectivement entrée dans son patrimoine à la date de l'authentification ou de l'enregistrement.

Le nouveau régime s'avère toutefois limité dans son champ d'application et n'abroge pas le régime général de cession du Code civil qui continue d'exister. En effet, le nouvel alinéa rajouté à l'article 3:94 du Code civil ne couvre que (i) la cession de créances nées (*bestaande vorderingen*) et (ii) la cession de créances futures (*toekomstige vorderingen*) à condition qu'elles émanent directement d'une « relation juridique » existante à la date de l'authentification ou de l'enregistrement. À l'opposé, les créances éventuelles à naître d'un contrat qui reste à conclure sont en dehors du nouveau régime simplifié.

³³ Voir note 12, supra.

³⁴ Chronique de Droit bancaire international, Affaki et Stoufflet, Banque & Droit, n° 91, septembre-octobre 2003, p. 85.

Transition. La nouvelle loi ne prévoit pas de dispositions transitoires. Il s'ensuit que les dispositions transitoires générales du Code civil auront à s'appliquer avec, pour résultat, l'application immédiate du nouveau régime simplifié de cession de créance, y compris à l'égard de créances déjà nées. Toutefois, les cessions déjà faites avant son entrée en vigueur devront sans doute être notifiées pour être opposables.

La nouvelle disposition dans le Code civil néerlandais mérite d'être saluée en ce qu'elle prend en compte les besoins des opérations bancaires internationales. On peut espérer que les Pays-Bas parachèveront leur nouveau régime de cession de créance en s'inspirant du Code de droit international privé belge pour se doter d'une règle de conflit plus appropriée aux besoins de la cession. Il s'agit d'abroger une fois pour toutes la regrettable jurisprudence de la *Hoge Raad* du 16 mai 1997³³ dans l'intérêt de l'harmonisation internationale des règles de conflit en la matière.

Jurisprudence étrangère

Tribunal Fédéral Suisse, 1^{re} cour civile, 1^{er} juin 2004, Emirates Bank International PJSC c/Crédit Lyonnais (Suisse).

Crédit documentaire à paiement différé. Paiement anticipé par la banque chargée de la réalisation. Découverte d'une fraude après la réception des documents.

1. Cet arrêt fera date, non seulement parce qu'il émane d'une juridiction dont l'autorité est grande, y compris hors de la Confédération Helvétique, mais aussi parce que la place financière suisse est particulièrement active dans les opérations de crédit documentaire. Or, ainsi qu'on l'a souligné dans le commentaire d'un arrêt de la Cour suprême de Corée³⁴, le Tribunal Fédéral faisait, jusqu'à présent, du crédit documentaire à paiement différé une analyse qui ne concordait pas avec celle retenue par la jurisprudence de la majorité des autres pays. Cette divergence était une source de trouble pour la pratique. L'arrêt commenté contribuera à l'harmonie du droit en la matière.

2. Les circonstances de fait étaient classiques. Une lettre de crédit irrévocable est émise par Emirates Bank International (EBI) à la requête d'une Société Solo, en faveur de Progico, une société genevoise. La lettre de crédit, valable jusqu'au 21 avril 1999, est confirmée par le Crédit Lyonnais (Suisse). Elle est stipulée payable à 180 jours à compter de la présentation des documents à la banque confirmante. Les documents sont reçus par cette dernière le 26 février 1999. Après vérification, le Crédit Lyonnais les considère comme réguliers et conformes et, le 2 mars, les transmet à EBI en précisant qu'il demandera le paiement du montant de la lettre de crédit à l'échéance du

30 août 1999. Le 3 mars 1999, le Crédit Lyonnais crédite le compte de Progico d'une somme représentant la contre-valeur des documents reçus, sous déduction d'un escompte, de commissions et de frais divers. Ce paiement anticipé est accordé avant la levée des documents par EBI et sans que cette dernière en fût informée.

3. Ultérieurement est révélée l'existence d'une fraude dans l'exécution des opérations commerciales financées par l'intermédiaire de Progico. Ou bien aucune marchandise n'a été transportée, ou bien la marchandise a une valeur très inférieure à celle indiquée dans les documents. À l'échéance du 30 août 1999, EBI se prévalant de cette fraude refuse de rembourser le Crédit Lyonnais tandis que les traites remises par Solo, donneur d'ordre, à EBI, demeurent impayées. La demande en paiement engagée par le Crédit Lyonnais contre EBI est, conformément à la jurisprudence suisse³⁵, accueillie par le tribunal de première instance et par la Cour de justice de Genève. On précisera que l'ignorance de la fraude par le Crédit Lyonnais à la date de versement des fonds au bénéficiaire n'était pas discutée. Le Tribunal Fédéral, revenant sur sa position antérieure, juge fondé le recours dont l'avait saisi EBI.

4. Constatant que la fraude est établie, le Tribunal Fédéral distingue très clairement deux questions : (i) la banque chargée de régler au bénéficiaire le montant d'un crédit à paiement différé, qu'elle soit confirmante ou simplement notificatrice, est-elle libre de verser les fonds à ce bénéficiaire dès la remise des documents ? (ii) dans l'affirmative comment s'analyse le versement effectué ? C'est parce qu'ils privilégient la première question que certains auteurs et, dans sa jurisprudence ancienne, le Tribunal Fédéral lui-même, reconnaissent un droit au remboursement à une banque qui a réglé par anticipation un crédit documentaire à paiement différé³⁶. L'arrêt commenté évite une telle confusion.

5. Un versement anticipé des fonds est considéré comme licite par le Tribunal Fédéral. La solution est indiscutable. Aucun principe du droit commun des obligations, aucune règle propre au crédit documentaire, n'interdit à une personne chargée d'effectuer un paiement pour le compte d'autrui de remettre les fonds au créancier à l'avance.

6. La vraie difficulté – et c'est la seconde question posée – est celle de savoir quelle est la nature juridique du versement anticipé. S'agit-il de la réalisation anticipée du crédit documentaire ou s'agit-il d'un escompte consenti à titre personnel par la banque en dehors du mécanisme du crédit documentaire ? On comprend que la réponse à la question de la survie à la découverte d'une fraude du recours de la banque ayant consenti l'avance contre l'émetteur du crédit reçoit une réponse radicalement opposée selon que l'on retient l'une ou l'autre de ces analyses.

³⁵ ATF 100 II 145.

³⁶ Sur la position traditionnelle de la jurisprudence suisse et les divergences doctrinales v. N. de Gottrau, *Le crédit documentaire et la fraude*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève et Bruylant, 1999 ; Rep. Commercial Dalloz, V° *Crédit documentaire* par J. Stoufflet, n° 121 ; G. Affaki, *Financements et garanties dans le com-*

7. Passant en revue la jurisprudence étrangère – la démarche est exemplaire – le Tribunal Fédéral constate que si l'on excepte un jugement du Tribunal de Bologne du 15 mai 1981 qui, au moins implicitement, admet qu'une fraude découverte postérieurement à un règlement anticipé du crédit ne compromet pas le recours du banquier payeur contre l'émetteur, il existe une unanimité des hautes juridictions européennes dans le sens d'un refus d'un tel recours dans ces circonstances, ce qui implique que le règlement anticipé ne constitue pas une exécution du crédit documentaire mais une avance de fonds consentie à titre personnel par la banque chargée de la réalisation du crédit. La position largement dominante est excellemment résumée dans cette formule extraite de l'arrêt du Tribunal Fédéral :

« Il ressort de ce survol doctrinal et jurisprudentiel que la position soutenue dans l'ATF 100 II 145, selon laquelle la banque assignée ne viole pas ses obligations contractuelles en versant au bénéficiaire le montant du crédit documentaire à paiement différé avant l'échéance est en l'état actuel largement admise. Même si les constructions jurisprudentielles proposées divergent, une tendance nette se dessine également tant dans la doctrine que dans la jurisprudence étrangère, pour reconnaître que la banque qui agit de la sorte doit en supporter elle-même les risques si un cas de fraude est révélé après le paiement anticipé, mais avant l'échéance de l'accréditif »³⁷.

8. Le Tribunal juge convaincante cette double solution. Il précise sa position en indiquant que si les principes régissant le crédit documentaire ne s'opposent pas, à moins que les parties l'aient expressément exclu, à ce que la banque émettrice ou la banque confirmante ou, pourrait-on ajouter, la banque notificatrice, verse par anticipation le montant du crédit, ils ne permettent pas à la banque qui a payé avant l'échéance de modifier unilatéralement à son profit les termes de l'accréditif à paiement différé en anticipant sur l'échéance. L'article 9d/i des RUU 500 exclut une telle modification unilatérale.

Jurisprudence française

CA Paris 15^e ch. B, 15 octobre 2004, Banque Belgoise c/Sté Bond House Systems Ltd, Juris-Data n° 2004-253539

Transfert international de fonds. Délai d'exécution.

1. La leçon de cet arrêt est que les transferts internationaux, comme les virements internes, doivent être exécutés rapidement, surtout lorsque l'ordre reçu porte la mention « urgent ». Seule une raison sérieuse qu'il appartient à la banque d'établir peut justifier un retard.

La succursale française d'une banque étrangère avait reçu d'un client, dans la matinée du 2 août 2000, l'ordre de

merce internationale, Ed. Centre du commerce international, Genève, 2002, p. 117.

³⁷ La position de la jurisprudence française a été fixée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 7 avril 1987 (JCP1987.II.20829 note J. Stoufflet, D.1987, jur. 399, note Vasseur, Rev. Banque 1987 p. 625 obs. Rives-Lange).

transférer d'urgence à une société anglaise une certaine somme libellée en francs français. À 16 h 30, le même jour, le transfert n'étant pas encore exécuté, le compte du donneur d'ordre est l'objet d'une saisie pratiquée au profit du Trésor Public. Les ordres de virement ne bénéficiant pas de l'imputation prioritaire prévue pour certaines opérations antérieures à la saisie par l'article 47 de la loi du 9 juillet 1991, la saisie empêche l'exécution du transfert. L'arrêt commenté fait droit à l'action en responsabilité civile engagée contre la banque par la société désignée comme bénéficiaire du transfert de fonds.

Si, effectivement, un manque de diligence de la banque est constaté, la responsabilité civile de celle-ci envers le bénéficiaire du transfert peut être reconnue. Il est vrai qu'aucun rapport contractuel n'existe entre une banque et le bénéficiaire d'un virement. Il est non moins certain qu'à la différence d'un chèque, un ordre de virement n'emporte pas transmission d'une créance de provision³⁸. L'exécution défectueuse de la convention liant la banque au donneur d'ordre peut, néanmoins, être sanctionnée en tant que faute délictuelle au préjudice du bénéficiaire.

2. La question sur laquelle devait se prononcer la Cour était donc celle du délai d'exécution de l'ordre de transfert. Pas plus que pour les virements internes, il n'existe en matière de transferts internationaux de norme chiffrée d'application générale. Il n'est d'autre norme que celle imposant une exécution sans retard, dans un délai raisonnable. Seule une convention entre le donneur d'ordre et la banque peut apporter davantage de précision. L'article 3 du règlement CRB n° 99-09 pris en application de l'article 93-3 de la loi bancaire du 24 janvier 1984³⁹ dispose, d'ailleurs, que les clients de banque doivent être informés du délai maximum entre la date d'acceptation de l'ordre de virement par la banque du donneur d'ordre et la date à laquelle le compte du bénéficiaire du virement est crédité. Le délai d'exécution devrait ainsi constituer un élément de la convention liant la banque à son client. À raison du montant du transfert litigieux, ce texte n'était pas applicable dans l'affaire examinée. La Cour d'appel note, toutefois, à juste titre, que la non-applicabilité de l'article 93-3 et du Règlement 99-09 n'exclut pas une responsabilité bancaire pour exécution tardive du transfert.

38 Gavalda et Stoufflet, *Instruments de paiement et de crédit*, 5^e éd. 2003, Litec, n° 480.

39 Ce texte, devenu l'article L. 133-1 du Code monétaire et financier, a pour origine une directive communautaire n° 97/5/CE du 27 janvier 1997. Il est applicable au sein de l'Espace économique européen et seulement aux virements d'un montant au plus égal à 50 000 euros.

40 On observera que dans l'affaire, le débat portait sur l'exécution de l'ordre de transfert par la banque du donneur d'ordre et non le moment où le compte du bénéficiaire a été crédité. La perspective est différente dans l'article L. 133-1 du Code monétaire et financier.

3. La banque s'était prévalu d'une « Charte interne des paiements » aux termes de laquelle l'exécution dans un délai de 14 heures d'un ordre de virement pour l'étranger est considérée comme normale. L'argument aurait été convaincant, sauf à concilier cette clause avec la demande, par le donneur d'ordre, d'une exécution urgente, si cette charte avait été intégrée dans le rapport contractuel entre les parties. L'arrêt constate que cette charte n'est pas produite aux débats.

4. À défaut de convention le juge doit, en cas de litige opposant à la banque le donneur d'ordre ou le bénéficiaire du virement, tenir compte des pratiques habituelles, des circonstances et de la teneur des instructions du client. Peut-être la Cour n'aurait-elle pas considéré que l'absence d'exécution de l'ordre de transfert dans la journée constitue un retard fautif si l'ordre de transfert n'avait porté la mention « urgent ». Pour éviter les contestations le client aurait intérêt à fixer une heure limite d'exécution, sauf au banquier à opposer un refus si cette limite ne peut être respectée pour des raisons techniques⁴⁰.

5. Pour légitimer l'inexécution par elle de l'ordre de transfert à l'heure de la saisie, la banque faisait aussi valoir qu'elle avait des doutes sur l'origine des fonds à transférer et qu'elle avait d'ailleurs saisi Tracfin lors d'un précédent transfert par le même client au profit du même bénéficiaire. Or, le délai de 12 heures dont dispose le service pour faire opposition en application de l'article L. 562-5 du Code monétaire et financier, n'était pas écoulé à l'heure de la saisie. L'argument eût été convaincant s'il avait été effectivement justifié d'une déclaration de soupçon s'appliquant au transfert litigieux. Tel n'a pas été le cas selon l'arrêt⁴¹.

6. La cour d'appel n'a pas été davantage convaincue par l'argument tiré du fait que le jour où la banque a reçu l'ordre de transfert, le compte du donneur d'ordre ne présentait pas, en valeur, une position créditrice suffisante pour couvrir le transfert demandé. La banque plaidait que selon la convention la liant au donneur d'ordre, la date de valeur pour un virement était fixée à J -1. Le raisonnement traduit une confusion entre position d'un compte en capitaux et position en valeur. Les délais de valeur ne concernent que le calcul des intérêts⁴². ■

41 Même si elle a fait une déclaration de soupçon une banque ne peut prendre l'initiative de refuser l'exécution d'une opération. En ce sens pour la réception de fonds dont le client de la banque déclarante est bénéficiaire : Paris 15^e ch. B.9 avril 2004, Vaglietti c/Barclays Bank, Juris-Data n° 241369, RD bancaire et financier septembre-octobre 2004 p. 318 obs. Crédot et Gérard.

42 Gavalda et Stoufflet, *Droit bancaire*, 5^e éd. n° 266.