

# La proposition de règlement Rome I et les effets sur les tiers de la cession de créances<sup>1</sup>



**MARIE-ÉLODIE ANCEL**  
Professeur  
Université Paris-XII Val-de-Marne



**EVA-MARIA KIENINGER**  
Professeur  
Université de Würzburg



**HARRY C. SIGMAN\***  
Avocat au barreau de Californie,  
Ancien professeur  
Université de Southern California

*Le projet de règlement Rome I, dévoilé en décembre dernier par la Commission européenne, détermine la loi applicable aux effets sur les tiers des cessions de créances et pallie une carence de la convention de Rome du 19 juin 1980. Si la solution retenue va dans la bonne direction, son étude détaillée révèle plusieurs insuffisances, de forme et de fond. Néanmoins, il est possible de suggérer des modifications qui sont de nature à apporter la prévisibilité et l'uniformité nécessaires en ce domaine.*

1. Le 15 décembre 2005, la Commission européenne a rendu publique une proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après le règlement proposé)<sup>2</sup>, tendant à remplacer la convention de Rome du 19 juin 1980<sup>3</sup> (ci-après la convention de Rome). Le règlement proposé, initialement diffusé en langues allemande, anglaise et française, est le résultat d'efforts importants et d'une consultation particulièrement large, décrits dans l'exposé des motifs.

Le présent article examine le règlement proposé uniquement en ce qui concerne les effets sur les tiers d'une

cession de créance, ce que l'on appelle parfois les effets réels de la cession<sup>4</sup>. L'attention se portera tout spécialement sur les rapports qu'entretient le règlement proposé avec la convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international<sup>5</sup> (ci-après la convention des Nations unies). La France<sup>6</sup>, comme d'autres États membres<sup>7</sup>, a participé activement à la négociation de ce texte, qui a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations unies, le 12 décembre 2001. Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur mais elle a été signée par le Luxembourg, Madagascar et les États-

\* H. C. Sigman est également délégué des États-Unis d'Amérique dans différentes enceintes internationales, notamment à la CNUDCI où il a participé aux négociations de la Convention sur la cession de créances dans le commerce international et participe actuellement aux travaux préparant le Guide législatif sur les opérations garanties. Les vues qu'il exprime ici lui sont strictement personnelles.

1. Cet article est partiellement tiré de l'étude rédigée par E.-M. Kieninger et H. C. Sigman, *The Rome-I Proposed Regulation and the Assignment of Receivables*, parue dans la revue *European Legal Forum* 1/2006.

2. COM (2005) 650 final. Sur lequel, d'une manière générale, voir P. Lagarde, "Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)", à paraître à la *Revue critique de droit international privé*. – Par fidélité à la convention de Rome et, sans doute aussi, par parallélisme avec le projet de règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, l'intitulé se réfère toujours à la loi applicable aux "obligations contractuelles". En réalité, le règlement proposé assume une vocation plus large, qui est de fixer le régime des contrats internatio-

naux, au-delà des obligations qui en naissent ; sont ainsi traités non seulement les effets d'une cession de créances sur les tiers mais aussi les restitutions consécutives à l'annulation du contrat – sans réserve possible – ou la représentation.

3. JOCE, 1980 L 266/1, 9 octobre 1980.

4. Sur cette terminologie, voir P. Lagarde, "La loi applicable à l'opposabilité des transferts conventionnels de créances", *Mélanges J. Béguin*, Droit et actualité, Litec 2005, p. 415 s.

5. Pour une documentation intégrale : [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/payments/2001Convention\\_receivables.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html)

6. Sur le déroulement des négociations et le résultat atteint, voir, notamment, J. Stoufflet, "Le financement par cession de créances de la Loi Dailly au projet de convention de la CNUDCI", *Mélanges AEDBF-France*, 1997, Banque éditeur, p. 285 s. ; G. Affaki, "L'apport de la convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque", *Banque & Droit*, juillet-août 2003, n°90, p. 3 s. ; J. Stoufflet, "L'apport au droit français de la convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international", *id. loc.*, p. 37 s.

Unis, et le Libéria y a adhéré. La Commission européenne s'y est référée pour régler la question de la loi applicable à "l'opposabilité aux tiers" de la cession, qui figure à l'article 13 § 3 du règlement proposé<sup>8</sup>. En effet, selon l'exposé des motifs, cette disposition, qui désigne la loi de la résidence habituelle du cédant, "introduit une nouvelle règle de conflit relative à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers ; il s'agit de la solution préconisée par la grande majorité des réponses [à la consultation], qui a également été retenue dans le cadre de la Convention de la CNUDCI de 2001 sur la cession de créances commerciales"<sup>9</sup>.

2. Récemment, en Europe et ailleurs, on a pris conscience de l'importance de la cession de créances en tant que source de financement et de liquidités, notamment pour les petites et moyennes entreprises. Les législations nationales s'efforcent ainsi de faciliter, sur le plan des solutions matérielles et en droit international privé, le transfert des créances ainsi que leur utilisation comme sûretés<sup>10</sup>. La convention des Nations unies illustre aussi cette préoccupation. En effet, son but est de contribuer au développement des cessions de créances, à la fois, pour les effets sur les tiers, en modernisant les règles de fond (en élargissant l'autonomie des parties, en permettant plus de souplesse et d'efficacité) et en forgeant une règle de conflit sûre et adaptée aux pratiques commerciales contemporaines telles que les cessions globales et les cessions de créances futures. Il s'agit, en fin de compte, d'instaurer une sécurité juridique telle qu'elle incitera à acquiescer des créances et à octroyer des crédits garantis par elles.

Or, jusqu'à présent, la convention de Rome n'a pas permis d'atteindre un tel résultat. Au contraire, son article 12 consacré à la cession de créance a suscité un débat doctrinal nourri et une jurisprudence variée, en Europe, sur la question de savoir si le texte, en l'état, détermine ou non la loi applicable aux effets sur les tiers<sup>11</sup>. Il n'est pas utile de revenir sur cette incertitude, qu'a mise en avant la Commission européenne dans le Livre Vert ouvrant la consultation sur la convention de Rome<sup>12</sup>. Des réponses au Livre Vert comme de la référence faite à la convention des Nations unies dans l'exposé des motifs, il ressort que le règlement proposé par la Commission européenne s'attache à remédier à la situation.

7. Notamment l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Italie, le Royaume-Uni, la Suède.

8. L'article 13§1 traite des obligations entre cédant et cessionnaire ; l'article 13§2 définit le domaine de la loi de la créance cédée (voir infra n° 8 et s.).

9. Règlement proposé précité, exposé des motifs, p. 8.

10. Voir, notamment, en France, l'adoption de la Loi Dailly (2 janv. 1981) et la modification de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier par la loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003, sur les conditions d'opposabilité de la cession par bordereau "quelle que soit [sic] la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence du débiteur" (sur cette modification, voir D. Bureau, RDC 2004, p. 445 s. ; P. Lagarde, art. précité, spéc. n°8), la réforme du nantissement de créances opérée par l'article 12 de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés ; en Belgique, la modification, par la loi du 6 juillet 1994 (Moniteur Belge, 15 juillet 1994), de l'article 1690 du Code civil belge, et l'adoption, par la Loi portant le Code de droit international privé du 16 juillet. 2004 (Moniteur Belge du 27 juillet 2004) de l'article 87 § 3, concernant la loi applicable à "la constitution de droits réels sur une créance ainsi que les effets de la cession d'une créance sur de tels droits" ; en Allemagne, la modification du Code de commerce (§354a HGB, s'agissant de l'efficacité des clauses d'incessibilité) par la loi du 25 juill. 1994 (Bundesgesetzblatt 1994 I, 1682).

11. Voir, notamment, G. Affaki, art. précité, spéc. n° 9 s. ; J. Stofflet,

Il s'agira donc ici d'analyser la solution préconisée par le règlement proposé afin de déterminer s'il rejoint effectivement la règle de conflit posée par la convention des Nations unies et, surtout, s'il procure les améliorations promises<sup>13</sup>. On considérera d'abord le domaine exact de l'article 13 (I), puis les rattachements retenus pour déterminer la loi de "l'opposabilité de la cession [...] aux tiers" (II). Il apparaîtra alors que de nombreuses corrections – voire, s'agissant des rattachements, une véritable refonte – sont nécessaires, si l'on ne veut pas édicter, à l'échelon communautaire, des règles moins performantes que celles élaborées par la convention des Nations unies. À l'occasion, une comparaison entre les différentes versions linguistiques du règlement proposé montrera que, sur des points importants, elles sont loin d'être identiques.

## 1. Le domaine

3. La loi applicable aux effets de la cession sur les tiers est déterminée par l'article 13 § 3. À l'examen, la portée de cette disposition du règlement proposé soulève deux types de problèmes. Tout d'abord, des problèmes de définition, d'inégale importance (A). Ensuite, un problème de délimitation, qui nécessite de redessiner précisément la frontière entre les paragraphes 2 et 3 de l'article 13 (B).

### A. Problèmes de définition

4. Deux notions méritent d'être mieux cernées pour que la règle posée par l'article 13 § 3 du règlement proposé fonctionne correctement : la notion de "cession" de créance<sup>14</sup>, qu'il faudrait d'ailleurs éclaircir pour l'ensemble de l'article 13 (1), et, plus spécifiquement, la notion d'"opposabilité aux tiers" (2).

#### 1. La notion de "cession"

5. Le Règlement proposé, pas plus que la convention de Rome, ne définit ce qu'il faut entendre par "cession". Il ne fait guère de doute que l'article 13 du règlement proposé sera appliqué aux cessions pures et simples, partout, et aux cessions fiduciaires dans tous les États membres qui

Opposabilité aux tiers de la cession de créance dans le commerce international (projets de convention CNUDCI et réforme de la convention de Rome), RD bancaire et financier, mars-avril 2004, n°2, p. 128 s. ; P. Lagarde, art. précité.

12. Livre Vert de la Commission européenne sur la transformation de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM(2002) 654 final, Question 18, p. 44 s.

13. La question est d'autant plus importante qu'une fois le règlement Rome I adopté, les États membres (hormis le Danemark) qui n'ont pas encore signé la convention des Nations unies ne seraient plus en droit de le faire individuellement car, alors, au moins en ce qui concerne les règles de droit international privé, se serait matérialisée une "compétence externe exclusive" de la Communauté européenne (voir M. Wilderspin, A.-M. Rouchaud-Joët, La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé, Rev. crit. DIP 2004, p. 1 s.).

14. Quant à la notion de "créance" elle-même, il convient d'avoir à l'esprit que la convention de Rome et le règlement proposé s'appliquent à toute créance, de somme d'argent ou en nature, alors que la convention des Nations unies a restreint son champ aux créances monétaires de source contractuelle. Mais il faut bien noter que cette convention a encore limité son domaine par des exclusions, dont plusieurs illustrent des cas où la loi de la situation du cédant n'a pas paru appropriée (convention des Nations unies, article 4§2). Sont notamment exclues les

les reconnaissent. En revanche, en France et dans quelques autres États membres, la situation des nantissements de créances est plus problématique.

Devant des juridictions allemandes, il est hautement probable qu'une *Verpfändung* (nantissement) ayant une créance pour assiette serait soumise aux règles de conflit de lois conçues pour la cession de créance, compte tenu notamment de ce que les catégories en droit international privé ont un périmètre plus large que les notions du droit interne<sup>15</sup>. Une telle attitude serait a priori moins spontanée dans d'autres systèmes juridiques, et notamment de la part des tribunaux français, dans la mesure où, sur le plan interne, la distinction entre la création d'un droit réel accessoire, par le nantissement, et l'opération de cession est encore très tranchée de nos jours<sup>16</sup>. Cependant, on doit prendre en considération que, pour sa part, de manière très claire, la convention des Nations unies précise qu'elle couvre trois types d'opérations : les cessions pures et simples, les cessions fiduciaires et les nantissements de créances<sup>17</sup>. La question du sort du nantissement de créance au regard de l'article 13 du règlement proposé est importante car, si en Allemagne et en France, l'opération est peu fréquente<sup>18</sup>, il n'en est pas ainsi dans d'autres pays d'Europe.

6. Le doute que jette le terme "*cession*" sur le domaine exact de l'article 13 mérite donc d'être éliminé sans plus attendre, avant que le règlement soit adopté de manière définitive. Pour trancher, outre la particularité des catégories du droit international privé et la position suivie par la convention des Nations unies, on peut observer que l'article 13 du règlement proposé, en l'état, présente déjà un domaine qui dépasse les cessions *stricto sensu*. En effet, la subrogation conventionnelle est placée sous son égide, et elle ne partage plus de règle commune avec la subrogation légale, comme cela est le cas dans la convention de Rome. Ce glissement, explique l'exposé des motifs, tient au fait que la subrogation conventionnelle assume une "*fonction économique similaire*" à celle de la cession<sup>19</sup>. L'intégration du nantissement de créances à l'article 13 du règlement proposé devrait être réalisée pour la même raison d'équivalence fonctionnelle entre le nantissement et la cession fiduciaire de créances.

cessions de créances nées de contrats financiers régis par des conventions de compensation, de transactions sur des titres intermédiaires, de dépôts bancaires, de lettres de crédit et de garanties indépendantes. Par exemple, plutôt que de créer une règle spécifique aux cessions de dépôts bancaires (telle que la loi choisie par la banque et son client pour fixer les effets sur les tiers ou pour régir le contrat de compte de manière générale), la convention a purement et simplement exclu ces cessions. Au cours de l'examen du règlement Rome I, le Parlement européen et le Conseil devraient prêter attention à ces exclusions afin de les reprendre à leur compte ou bien d'élaborer des règles propres aux créances ou aux cessions pour lesquelles la situation du cédant n'est pas un rattachement adapté.

15. De plus, en droit allemand, le BGB (§1274) prévoit que les nantissements sont soumis aux mêmes règles que les cessions, sous réserve de règles expressément dérogatoires.

16. Même si, en France, l'on note une convergence des régimes juridiques : voir la loi Dailly ; rapp. aussi, concernant le nantissement de créance, l'article 2361 du Code civil, inséré par l'ordonnance du 23 mars 2006 et, concernant la cession de créance, l'article 1254 de l'avant-projet Catala sur les obligations ([www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)) : les deux dispositions fixent l'opposabilité aux tiers à la date d'établissement de l'acte (de nantissement ou de cession).

Pour anéantir toute hésitation, cependant, il serait important de signifier expressément que la "*cession*" aux fins de l'article 13 du règlement proposé inclut le nantissement de créances. Une simple phrase pourrait figurer à l'article 13, sur le modèle de la convention des Nations unies.

## 2. "L'opposabilité de la cession... aux tiers"

7. La version française du règlement proposé emploie, pour définir la catégorie de la règle de conflit de lois qu'elle énonce, l'expression "opposabilité aux tiers". Dans les deux autres langues du règlement, il est fait recours à des périphrases<sup>20</sup>.

Par contraste, la convention des Nations unies laisse moins de flou dans la définition des questions régies par la loi du lieu de situation du cédant. Elle utilise le concept de "*priorité*", dont le contenu est décrit comme "*la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'une autre personne et [qui] détermine, pour autant qu'il y ait lieu à cette fin, s'il s'agit d'un droit personnel ou réel, s'il a été ou non créé à titre de garantie d'une dette [sous-entendue : monétaire] ou d'une autre obligation et si les mesures nécessaires pour qu'il produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent ont été prises*"<sup>21</sup>, sachant que le "*réclamant concurrent*" est lui-même défini comme "*i) Un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, y compris une personne qui, de par l'effet de la loi, se prévaut d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, [...]; ii) Un créancier du cédant; ou iii) L'administrateur de l'insolvabilité*"<sup>22</sup>.

Dans ces conditions, il pourrait être utile, au moins dans les considérants du futur règlement, de dire que les questions relevant de l'article 13 § 3 sont celles résultant de la combinaison des lettres g et m de l'article 5 de la convention des Nations unies.

## B. Problème de délimitation

8. L'article 13 § 2 du règlement proposé affecte à la loi de la créance cédée quatre groupes de questions. Les trois derniers – "*les rapports entre cessionnaire ou subrogeant [sic, il faut lire « subrogé »] et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession ou subrogation au débiteur et le caractère*

17. Convention des Nations unies, article 2 (a) : "*Le terme « cession » désigne le transfert qu'effectue par convention une personne (« cédant ») à une autre personne (« cessionnaire ») de la totalité, d'une fraction ou d'une part indivise du droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent (« créance ») due par une troisième personne (« débiteur »). La création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation est considérée comme un transfert*".

18. En Allemagne, car le nantissement doit être notifié au débiteur, ce qui n'est pas le cas pour la cession de créance (BGB, §1280 ; voir E.-M. Kieninger, H. C. Sigman, art. précité) ; en France, car le créancier nanti est, en cas de procédure collective de son débiteur (le constituant), dans une situation vulnérable face aux privilèges, alors que le cessionnaire à titre de garantie échappe à ce risque dans une procédure affectant son débiteur (en l'occurrence, le cédant).

19. Règlement proposé précité, exposé des motifs, p. 8.

20. Le texte anglais évoque "*the question whether the assignment or subrogation may be relied on against third parties*" (et l'exposé des motifs, "*the possibility of pleading an assignment [...] against a third party*"), tandis que le texte allemand emploie la formule suivante : "*für die Frage, ob die Übertragung der Forderung Dritten entgegengehalten werden kann...*".

21. Convention des Nations unies, article 5(g).

22. Convention des Nations unies, article 5(m).

libératoire de la prestation faite par le débiteur” – sont explicitement formulés par rapport au débiteur. En revanche, le premier groupe de questions, tel qu’il est rédigé dans les versions française et allemande, soulève des doutes quant à son domaine matériel et à son cantonnement aux rapports entre cessionnaire (ou subrogé) et débiteur.

En effet, d’un côté, à la suite de l’article 12 § 2 de la convention de Rome, les textes français et allemand mentionnent que la loi de la créance cédée “détermine le caractère cessible de celle-ci” ou sa “cessibilité” (*ihre Übertragbarkeit*); de l’autre, le texte anglais indique que cette loi (désignée comme étant celle du contrat initial) “shall determine the effectiveness of contractual limitations on assignment as between the assignee and the debtor”. Comme la convention des Nations unies<sup>23</sup>, cette version anglaise est incontestablement plus étroite, car elle ne traite que de l’efficacité, entre cessionnaire et débiteur cédé, des limitations que pose le contrat initial à la cession des créances qu’il fera naître. On pourrait lire la version française comme traitant, tout au plus, les questions posées par les créances incessibles par nature, alors que la version allemande envisagerait l’incessibilité d’une manière générale. De fait, l’opinion doctrinale majoritaire en Allemagne, au sujet de la tournure identique de l’article 12 § 2 de la convention de Rome, considère que *Übertragbarkeit* met notamment en cause la possibilité de céder une créance future ou de céder une créance à titre fiduciaire<sup>24</sup>. Par conséquent, les textes actuels en français et en allemand créent une discordance flagrante avec la version anglaise, et la différence entre les textes allemand et français, elle-même, n’est pas négligeable. De plus, si le terme *Übertragbarkeit* était maintenu dans l’article 13 du règlement proposé, l’interprétation doctrinale extensive pourrait perdurer, au moins en Allemagne.

L’article 13 § 2 du règlement proposé ne peut donc rester en l’état.

9. Un minimum indispensable est de préciser, dans les versions française et allemande, que seuls les rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé sont en cause dans le premier groupe de questions figurant dans l’article 13 § 2. De fait, d’ores et déjà, cette restriction figure pour les autres groupes de questions en français et en allemand et elle apparaît textuellement, en anglais, dans la désignation du premier groupe. Ensuite, il reste à éclaircir et à uniformiser le domaine matériel de ce premier groupe de questions.

S’agissant des limitations contractuelles à la cession, les trois versions linguistiques sont unanimes (et la convention des Nations unies va dans le même sens, en son article 29) pour que leur efficacité soit réglée par la loi de la créance cédée. Il est évident que l’intérêt du débiteur cédé est alors directement et gravement affecté – autrement, il n’aurait pas fait en sorte d’obtenir de telles stipulations. De plus, la clause est insérée dans le contrat initial

et elle porte directement sur l’obligation du débiteur: on ne voit pas qu’un autre rattachement puisse l’emporter sur celui qui désigne la loi de la créance cédée.

En revanche, l’interdiction de céder une créance future ne paraît liée ni à la nature particulière de la créance ni à la volonté de protéger le débiteur. Quelle importance cela a-t-il pour le débiteur, que la créance contre lui soit cédée avant ou après qu’elle adienne à la vie juridique? L’interdiction concerne les rapports entre le cessionnaire, d’une part, et les créanciers du cédant et tout tiers qui se prétend titulaire d’un droit concurrent sur la créance cédée, d’autre part. Aussi cette question doit-elle être soumise à l’article 13 § 3. Pour le dire autrement, dans un tel cas, la créance est, en soi, de nature cessible; la règle posée pour les créances futures ne tient pas à la nature de la créance, mais seulement à la date de l’acte de transfert.

Quant à l’interdiction de procéder à une cession fiduciaire, elle s’analyse comme un mode de protection des créanciers du cédant, et elle ne concerne pas le débiteur. De plus, l’interdiction est sans rapport avec la nature de la créance qui fait l’objet d’une telle cession.

Enfin, l’interdiction des cessions globales n’a pas plus de rapport avec la nature de chacune des créances cédées; au contraire, elle touche la question de savoir si ces créances peuvent être cédées *ensemble*. Comme dans les cas précédents, ce sont les tiers qui sont intéressés par l’efficacité de la cession globale, et non pas le débiteur. De la même manière, cette question doit relever de l’article 13 § 3.

10. Ce que ces trois dernières situations mettent en évidence, c’est que le cessionnaire risque de se trouver en butte aux attaques de tiers. Si ces tiers ont un meilleur titre, ils pourront le faire reconnaître à son encontre, soit pour l’empêcher d’agir contre le débiteur soit pour se faire verser ce qu’il aurait déjà reçu de celui-ci. Ces situations s’inscrivent indéniablement dans le cadre de l’article 13 § 3, et non pas dans celui de l’article 13 § 2 du règlement proposé.

Il est vrai qu’alors, le débiteur n’est pas qu’un simple spectateur: il doit savoir si son paiement entre les mains de tel ou tel protagoniste est, ou sera, libératoire. Mais cette question ne relève pas du premier groupe de questions de l’article 13 § 2; elle est déjà précisément traitée, au titre du quatrième groupe (“le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur”), ce qui permet au débiteur de se prévaloir de la loi de la créance cédée. Ainsi, il n’est nullement nécessaire de gonfler artificiellement le domaine du premier groupe, ni de le formuler de manière vague, par référence à la “cessibilité” ou au “caractère cessible”<sup>25</sup>.

En conséquence, le premier groupe de questions figurant dans l’article 13 § 2 devrait être réécrit en prenant la version anglaise actuelle pour modèle. Ainsi, il serait moins exposé à une interprétation excessive et inappropriée. Parce que les règles de droit international privé

23. Convention des Nations unies, article 29 – Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur: “La loi régissant le contrat initial détermine l’efficacité des limitations contractuelles à la cession entre le cessionnaire et le débiteur, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d’opposabilité de la cession au débiteur et détermine également si le débiteur est libéré de ses obligations”.

24. Voir D. Martiny, *Münchener Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd., C.H. Beck, 2006, Art. 33 EGBGB, § 18 et § 28.

25. De plus, il est probable que, dans tous les systèmes juridiques, il existe des voies de droit permettant au débiteur de se protéger contre le risque d’un double paiement et qu’à l’inverse, un débiteur choisissant, de son propre chef, qui doit être l’*accipiens* de son paiement le fait à ses risques et périls. Il est probable aussi que, dans beaucoup de systèmes juridiques, le débiteur sera dispensé de payer de nouveau à une autre personne s’il a payé le destinataire légitime de la créance.

sont destinées à être prises en compte par les opérateurs, qui s'y fieront, la certitude *ex ante*, qui résulte de la rigueur dans la formulation des règles, est de grande importance pour les opérations de financement.

Par conséquent, l'article 13 § 2 pourrait être réécrit de la manière suivante: "*La loi qui régit la créance cédée détermine l'efficacité, entre cessionnaire ou subrogé et débiteur, des limitations contractuelles à la cession [et également celle des limitations légales qui ont pour objet la protection du débiteur]*"<sup>26</sup>, *les rapports entre cessionnaire ou subrogé et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession ou subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur*".

## II. Les rattachements

11. L'article 13 § 3 du règlement proposé dispose: "*La loi du pays dans lequel le cédant ou le subrogeant a sa résidence habituelle au moment de la cession ou du transfert régit l'opposabilité de la cession ou de la subrogation aux tiers*". Pour sa part, la "*résidence habituelle*" fait l'objet d'une explicitation à l'article 18. Il faut le dire d'emblée: pour la catégorie précise des effets sur les tiers, la solution idéale serait de prendre pour rattachement l'administration centrale du cédant. C'est le rattachement qui a été privilégié par la convention des Nations unies. Il l'a été pour des raisons de prévisibilité et d'objectivité et parce qu'il s'agit de la meilleure règle pour les cessions de créances. De plus, ainsi, l'effet de la cession sur les tiers sera, très souvent, réglé par la même loi que celle qui gouvernerait la procédure collective du cédant<sup>27</sup>. Comme on le verra, si le règlement proposé, en son article 13, s'engage a priori sur cette voie, la "*résidence habituelle*" telle qu'il la définit, en son article 18, provoque plus de désordres que d'améliorations quand il s'agit de déterminer la loi applicable aux effets sur les tiers (A). Le traitement du conflit mobile, quant à lui, ne paraît pas non plus tenir suffisamment compte du fait que les intérêts des tiers sont directement impliqués (B).

26. En effet, on pourrait envisager que la loi de la créance cédée détermine aussi les règles légales d'incessibilité lorsque ces règles interdisent la cession en vue de protéger le débiteur. En revanche, lorsque l'interdiction de cession vise la protection du cédant (par exemple, incessibilité du salaire jusqu'à un certain montant), les intérêts du débiteur (dans le même exemple, l'employeur) ne sont pas en jeu, et la loi de la résidence habituelle du cédant peut paraître plus pertinente. En tout cas, si l'extension de la loi de la créance cédée à certaines incessibilités légales devait être retenue, il conviendrait de l'exprimer en des termes précis et d'éviter, à nouveau, le recours aux notions trop vagues de "*cessibilité*" ou d'"*incessibilité*".

27. Dans le règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, le "*centre des intérêts principaux*" est défini comme le "*lieu où le débiteur [pour nous, le cédant qui serait soumis à une procédure collective] gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers*", ce qui est le sens même de l'administration centrale (voir, en ce sens, M. Virgós, F. Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Aspen Publishers, 2004, n° 44 et s.; adde, selon le considérant 13 en anglais, "*the centre of main interests should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties*").

28. Voir supra n° 7.

29. Dans la mesure où l'on considère que, dans la majorité des cas, le cédant aura des établissements dans plusieurs États ou, sinon, que son établissement unique et son administration centrale seront situés au même en droit ou, au moins, dans le même État; voir convention des Nations unies, article 5, h): "*Une personne est située dans l'État dans*

## A. La définition des rattachements

12. À première vue, les rattachements sélectionnés par le règlement proposé et la convention des Nations unies semblent identiques. Selon l'article 22 de la convention des Nations unies, "[...] *la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent*", ce qui, dans la langue de la convention, concerne bien la loi applicable aux effets de la cession sur les tiers<sup>28</sup>. Ailleurs, la convention retient, comme solution générale, qu'une personne est "*située*" dans l'État où elle a son administration centrale<sup>29</sup>. On l'a dit, de son côté, l'article 13 § 3 du règlement proposé doit pareillement se lire en coordination avec l'article 18, disposition générale dont l'objet est de définir la notion de "*résidence habituelle*", à laquelle le règlement proposé se réfère à plusieurs reprises (voir ainsi, outre l'article 13, les articles 4, 5, 7, 9, 10).

Ce faisant, l'article 18 pose une distinction – exhaustive, supposera-t-on – entre les personnes physiques (2) et les autres (1); puis, cette distinction posée, il décline plusieurs rattachements. On verra que cette distinction, suivie ici pour la commodité de l'exposé, n'est cependant ni nécessaire ni souhaitable, en la forme et sur le fond. On verra aussi que les différents rattachements ainsi déclinés sont source d'incertitudes et d'aporées lorsque sont concernés les effets sur les tiers d'une cession de créances.

### 1. Dans le cas de cédants autres que des personnes physiques

13. Il faut commencer par dire quelques mots des cédants concernés. L'article 18 § 1 du règlement proposé s'attache à définir la résidence habituelle "*d'une société, association ou personne morale*"<sup>30</sup>. En toute rigueur, sont ainsi concernées les entités dotées de la personnalité morale mais aussi des sociétés ou autres groupements sans personnalité morale. La formule est directement importée de l'article 4 § 2 de la convention de Rome<sup>31</sup>. S'agissant des cessions de créances, il est plus douteux qu'un cédant puisse être constitué par une entité sans personnalité

*lequel elle a son établissement. Si le cédant [...] a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. [...] Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu*". – On notera tout de même que la convention des Nations unies, dans sa version anglaise (tout comme la convention de Rome en anglais), recourt non pas à la notion d'"*establishment*", mais à la notion de "*place of business*" (en français, "un centre d'opérations"), qui n'a pas nécessairement un caractère permanent (voir, pour une illustration, CJCE, 22 nov. 1978, aff. 33/78, Somafer: "*La notion de succursale, d'agence ou de tout autre établissement implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur*"). Le règlement proposé, pour sa part, se réfère à l'"*établissement*" en français et, par erreur, en anglais ("*establishment*") mais à la "*Niederlassung*" en allemand, qui est l'équivalent de "*place of business*".

30. Sur les malheurs que présente la version anglaise de l'article 18§1 à cet égard, voir E.-M. Kieninger, H.C. Sigman, art. précité.

31. Convention de Rome, article 4§2: "*Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement*".

morale : le cédant, pour mériter cette qualification, ne devrait-il pas être un sujet de droit<sup>32</sup>? Dans ces conditions, il serait préférable, pour la définition des rattachements concernant les effets de la cession sur les tiers et si l'on devait conserver la distinction d'avec les personnes physiques, de ne viser que "*les cédants [supposés être des sujets de droit] autres que des personnes physiques*".

14. Quant au rattachement employé pour ce type de cédants, il est en principe constitué par le lieu de l'"administration centrale"<sup>33</sup>, ce qui, dans la majorité des cas, recoupera la solution adoptée par la convention des Nations unies. Malheureusement, l'alinéa 2 de l'article 18 § 1 introduit deux exceptions qui écartent le lieu de l'administration centrale dans des circonstances injustifiées et étranges pour une cession de créances. Il est en effet précisé que "*lorsque le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale<sup>34</sup>, d'une agence ou de tout autre établissement, ou si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un tel établissement, la résidence habituelle est située au lieu de cet établissement*".

15. La première exception surgit lorsque le contrat – de cession, faut-il comprendre – est conclu "*dans le cadre de l'exploitation*" d'un établissement secondaire du cédant. On a d'abord quelque peine à saisir l'hypothèse visée : cela joue-t-il aussi lorsqu'une créance est cédée par le truchement d'un établissement ordinairement affecté à des opérations de production, ou cela ne concerne-t-il que les cessions effectuées à travers un établissement pour lequel les cessions de créances constituent une part régulière de ses activités? De plus, la formulation est un peu subtile : ce qui compte, ce n'est pas que le contrat soit conclu au lieu de l'établissement secondaire, mais "*dans le cadre*" de son exploitation, ce qui peut survenir ailleurs et même, éventuellement, dans un autre État. Enfin, cette première exception semble influencée par les articles 5 § 5 de la convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I, selon lesquels "*une personne domiciliée dans un État membre peut être attraité, dans un autre État membre... 5. s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant le tribunal du lieu de situation*"<sup>35</sup>. L'idée est sans doute de faire coïncider, *inter partes*, tribunal (facultativement) compétent et loi applicable aux autres questions pour lesquelles il est fait recours, dans le règlement proposé, à la résidence habituelle : la substance du contrat (art. 4, 5 et 7 § 1), le consentement et la validité au fond (art. 9), la forme (art. 10). Mais appliquée à l'article 13 § 3, l'existence de cette première exception conduit à des résultats particulièrement néfastes. Supposons, par exemple, que le

cédant, agissant à travers un employé qui travaille au lieu de son administration centrale dans le pays A, cède à X toutes ses créances, présentes et futures. Supposons aussi que, le même jour, le cédant, agissant à travers un employé qui travaille dans sa succursale dans le pays B, cède à Y toutes ses créances présentes et futures issues des ventes effectuées par cette succursale. Dans un tel cas, l'existence de la première exception conduit à un dilemme s'agissant de la loi qui doit régler les prétentions concurrentes de X et Y. Du point de vue de X, la loi applicable est la loi du pays où est située l'administration centrale du cédant ; du point de vue de Y, la loi du pays où est située la succursale. À l'évidence, si les règles de droit international privé donnent compétence simultanément, sur la question des conflits entre cessionnaires d'une même créance, à plusieurs lois, le texte communautaire aura manqué ses objectifs de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions.

16. Quant à la seconde exception, elle vient à jouer lorsque, indépendamment des circonstances de la conclusion, la prestation doit être fournie, "*selon le contrat*" (de cession), par un établissement secondaire du cédant : alors, la loi applicable aux effets de la cession sur les tiers serait celle du pays où se trouve cet établissement secondaire. Cette exception, elle, prend clairement son origine dans l'article 4 § 2 de la convention de Rome, où elle permet de donner compétence à la loi du pays où la prestation caractéristique est fournie effectivement par un établissement secondaire (et de faire échec, ainsi, à l'application de la loi du principal établissement) – à la condition que le cocontractant soit averti, contractuellement, de cette modalité de fourniture de la prestation caractéristique. Ici encore, l'impression qui se dégage est que l'exception prend son sens uniquement dans les relations entre les contractants, et qu'elle porte à faux vis-à-vis des tiers pour lesquels elle est totalement sans pertinence. De plus, une fois la cession de créances conclue, quelle prestation reste-il au cédant – et, a fortiori, à un de ses établissements "*selon le contrat*" – à fournir? Se tenir prêt à exécuter les garanties données au cessionnaire? En tout cas, si jamais une telle exception devait vraiment s'appliquer aux cessions de créances, elle devrait être formulée de manière adéquate ; sinon, il convient de l'écartier purement et simplement.

17. Enfin, on pourrait imaginer une hypothèse dans laquelle les deux exceptions s'appliqueraient simultanément, tout en désignant deux lois différentes. Le règlement ne donne aucune indication, aucune hiérarchie, pour sortir de ce dilemme.

32. Comp. convention des Nations unies, article 2§1 : le cédant est "une personne".

33. La version anglaise de l'article 18§1 du règlement proposé est la seule à se référer au "*principal establishment*" ; voir E.-M. Kieninger, H.C. Sigman, art. précité.

34. Le règlement proposé en langue allemande, comme la version française, reprend l'énumération de la convention de Rome ; à l'évidence par un *lapsus calami*, la version anglaise, elle, se réfère à l'exploitation non pas d'une agence ("*agency*") mais d'une filiale ("*subsidiary*").

35. Convention de Bruxelles, du 27 sept. 1968, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (version consolidée), JOCE 26 janv. 1998, C 27/1 ; règlement CE

n°44/2001, du 22 déc. 2000, JOCE 16 janv. 2001, L 12/1, aussi appelé "règlement Bruxelles I".

36. Très vraisemblablement, les rédacteurs du Règlement proposé n'ont pas dû avoir à l'esprit que les exceptions de l'article 18§1, transférées en partie de l'article 4 de la convention de Rome qui a été conçu pour les rapports *inter partes*, affecteraient la mise en œuvre de l'article 13§3. Sans doute ont-ils seulement souhaité, en créant l'article 18 du règlement proposé, que le futur règlement Rome I présente autant que possible la même structure que le futur règlement Rome II (cf., en dernier lieu, article 20 de la proposition modifiée de règlement Rome II, COM (2006) 83 final, en date du 21 février 2006).

18. En somme, pour les cessions de créances, la solution consiste à ne laisser aucune place aux deux exceptions<sup>36</sup>. Leur suppression n'alourdira nullement la tâche des cédants. Au contraire, elle servira à annuler l'avantage dont pourrait jouir, autrement, un cessionnaire "local", établi dans le même État que la succursale (contribuant ainsi, s'il s'agit d'un État membre, à l'avènement du marché intérieur vers lequel tend le droit communautaire) et placera tous les cessionnaires potentiels d'un même cédant sur un pied d'égalité. Tous, qu'ils opèrent avec l'administration centrale ou avec les succursales à l'étranger, sauront que l'opposabilité et les conflits de droits concurrents sont régis par une loi unique<sup>37</sup> – celle du pays où se trouve l'administration centrale du cédant<sup>38</sup>. Une telle approche devrait avoir pour effet d'offrir aux cédants un meilleur financement, et à un taux plus favorable.

## 2. Dans le cas des cédants personnes physiques

19. Le règlement proposé, à l'article 18 § 2, prévoit une définition de la résidence habituelle pour le cas où "le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle d'une personne physique". Alors, l'établissement professionnel de cette personne<sup>39</sup> doit être tenu pour sa résidence habituelle au sens du règlement proposé. Implicitement, en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, le rattachement sera constitué par la résidence habituelle, dans son sens normal, de la personne physique.

En comparaison, la convention des Nations unies ne se soucie pas de savoir si le contrat de cession est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle du cédant (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale); elle est seulement attentive au point de savoir si le cédant a un établissement. Ce critère paraît plus simple à mettre en œuvre et devrait, dans la plupart des cas, éviter toute contestation<sup>40</sup>. Si le cédant personne physique a un établissement, la convention des Nations unies retient le même rattachement que pour les personnes morales, à savoir l'établissement unique ou bien, s'il y a plusieurs établissements, l'administration centrale. Si le cédant personne physique n'a pas d'établissement, la convention s'en remet à sa résidence habituelle, au sens normal du terme.

Dans beaucoup de cas, sinon dans la plupart, lorsque le cédant est une personne physique, la cession sera conclue dans l'exercice de son activité professionnelle et le cédant aura un établissement. Alors, les deux instruments, le règlement proposé et la convention des Nations unies, devraient aboutir aux mêmes résultats. Mais on ne peut pas exclure qu'une cession intervienne en dehors de l'activité professionnelle du cédant. L'avantage de la convention des Nations unies est qu'elle fournit une règle qui saisit, expressément et en une formule, tous les cédants et

qu'elle utilise un paramètre plus objectif: la présence ou non d'un établissement, plutôt que la conclusion du contrat de cession considéré dans l'exercice, ou non, de l'activité professionnelle du cédant. On observera, une fois encore, que le critère de "l'exercice de l'activité professionnelle" prend sa source dans l'article 4 § 2 de la convention de Rome et qu'il paraît également inapproprié pour définir un rattachement concernant les effets sur les tiers d'une cession de créances.

## B. La question du conflit mobile

20. Selon l'article 13 § 3 du Règlement proposé, le facteur de rattachement est donc constitué par la "résidence habituelle" du cédant – mais à quel moment? La version anglaise du paragraphe 3 précise qu'il s'agit de la résidence habituelle "at the material time" (au moment pertinent). De son côté, le texte français se réfère "au moment de la cession", de même que le texte allemand<sup>41</sup>.

Aucune de ces versions n'est satisfaisante. La version anglaise a le mérite de suggérer que toutes les questions ne doivent pas nécessairement être régies par une loi fixée à un moment donné mais elle ne donne aucune indication sur ce qu'il faut entendre par "material time". Les versions française et allemande fournissent une réponse précise – et juste – pour les questions qui concernent le transfert entre les parties (qu'on considère, dans un système juridique donné, cet effet comme contractuel ou réel). Cependant, est-ce une réponse juste pour les questions qui concernent les effets de la cession sur les tiers?

21. Certes, d'un point de vue pratique, le cessionnaire<sup>42</sup> d'une créance doit savoir que celle-ci a été acquise par lui de manière effective<sup>43</sup>; pour cela, il doit pouvoir se fier au rattachement au moment de la conclusion du contrat de cession et aux règles matérielles ainsi désignées. Toutefois, les questions touchant à l'opposabilité aux tiers et aux conflits entre droits concurrents n'ont pas à être régies par une loi fixée pour l'éternité, indifférente aux variations ultérieures du rattachement. Les autres cessionnaires (à titre de garantie ou à titre simple), les créanciers saisissants et les organes d'une procédure collective qui pourraient entrer en lice après que le cédant a déplacé son administration centrale doivent pouvoir se fonder sur la situation telle qu'elle existe au moment où se pose la question de leurs droits vis-à-vis de ceux du cessionnaire initial. On retrouverait ainsi la solution classique du conflit mobile pour les biens corporels, telle qu'elle est pratiquée dans de nombreux pays. D'ailleurs, si le cédant fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité après avoir déplacé son administration centrale, la procédure sera, vraisemblablement, ouverte à cet endroit et régie par la loi de la nou-

37. Et cela, que les cessions fassent, selon cette loi, l'objet d'une publicité ou qu'elles restent occultes.

38. Sans compter que les établissements secondaires ne sont jamais que les éléments d'un seul sujet de droit.

39. La règle suppose, peut-être un peu vite, qu'une personne physique a un établissement professionnel (et non pas simplement un centre d'opérations) et qu'il ne peut avoir qu'un seul établissement professionnel. Comp. proposition modifiée de règlement Rome II, article 20, précité.

40. En revanche, sur la base du règlement proposé, si un avocat qui, d'habitude, ne cède pas ses créances professionnelles, décide d'en céder

une pour financer un voyage d'agrément à Monte Carlo, doit-on considérer que la cession a été conclue "dans l'exercice" de son activité professionnelle?

41. Dans la version allemande du règlement proposé: "zum Zeitpunkt der Übertragung".

42. Dans son sens le plus large, conformément à la définition donnée par la convention des Nations unies (voir supra n° 5).

43. Sur le fait que le transfert de la créance, y compris entre cédant-cessionnaire, ne relève pas de la loi du contrat de cession, voir P. Lagarde, art. précité, spéc. n°4.

velle situation<sup>44</sup>. Si l'effet de la cession sur les tiers est déterminé en fonction de la nouvelle situation de l'administration centrale du cédant, il y aura, dans beaucoup de cas, coïncidence avec la *lex concursus*, ce qui est pour le moins appréciable.

22. En conséquence, s'agissant des effets de la cession sur les tiers, la bonne solution consiste à s'en rapporter "*au moment pertinent*" mais cette formule nécessitera d'être explicitée. Aussi, l'article 13 § 3, dans toutes ses versions linguistiques, devrait-il être rectifié pour énoncer et préciser ce qu'est ce "*moment pertinent*". Sur ce point, la convention des Nations unies n'est d'aucune aide. Cependant, une source d'inspiration peut être trouvée dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties<sup>45</sup>, dont la recommandation 144 traite du conflit mobile dans les termes suivants: "*La loi devrait prévoir que: a) [...] le lieu de situation des biens ou du constituant dans les recommandations du présent chapitre désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment où la sûreté a été créée et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent*"<sup>46</sup>.

44. Du moins, si cette administration centrale est située dans un État membre.

45. Sur lequel, de manière générale, voir Banque & Droit, sept-oct. 2004, n° 97, p. 3 s., actes du colloque de l'Université d'Auvergne sur "L'apport du Guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés".

23. De façon générale, il résulte de cette étude que le texte de l'article 13 du règlement Rome I doit être modifié au cours du processus législatif, ainsi que l'article 18 en ce qui concerne la cession de créances. Pour l'heure, les discordances sont trop grandes et trop nombreuses entre les différentes versions linguistiques, l'alignement sur la convention des Nations unies n'est pas pleinement réalisé et les règles énoncées par le règlement proposé sont bien trop fortement marquées par des solutions conçues principalement pour les relations *inter partes*. En particulier, si l'on devait maintenir un article général consacré à la résidence habituelle, il serait impératif de ne pas l'appliquer au cédant, dont la localisation pourrait faire l'objet d'une définition *ad hoc* à l'article 13.

En tout cas, il serait très regrettable qu'une rédaction défectueuse du règlement Rome I soit la source de litiges devant les juridictions nationales des États membres puis devant la Cour de justice, gâchant ainsi plusieurs années pour les opérateurs de l'Union européenne et leurs partenaires, alors que des règles claires sont à la portée des législateurs communautaires. ■

46. Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, note du secrétariat, 15 novembre 2005, A/CN.9/WG.VI/WP.24, "*Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation*".