



Bruxelles, le 29.9.2016  
COM(2016) 626 final

**RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET  
AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN**

**sur la question de l'opposabilité d'une cession ou subrogation aux tiers, ainsi que du  
rang de la créance faisant l'objet de ladite cession ou subrogation par rapport aux droits  
détenus par d'autres personnes**

# RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN

## sur la question de l'opposabilité d'une cession ou subrogation aux tiers, ainsi que du rang de la créance faisant l'objet de ladite cession ou subrogation par rapport aux droits détenus par d'autres personnes

### 1. INTRODUCTION

#### 1.1. La cession de créances dans la perspective de l'union des marchés des capitaux

La conclusion du plan d'action pour la mise en place d'une union des marchés des capitaux<sup>1</sup> était que malgré les avancées considérables réalisées ces dernières décennies vers la création d'un marché unique des capitaux, nombre d'obstacles existant de longue date et aux racines profondes entravent encore les investissements transfrontières. L'un des obstacles recensés trouve son origine dans les différences de traitement national de l'opposabilité des cessions de créances, rendant compliqués le recours à ces instruments en tant que sûreté transfrontière, notamment lorsque les prêts bancaires sont mobilisés en tant que sûretés financières à l'égard des opérations de crédit des banques centrales<sup>2</sup> ou dans le cadre des opérations de titrisation, ainsi que l'appréciation, par les investisseurs, du risque des investissements sous forme de prêt. En vue de faciliter les investissements transfrontières, le plan d'action pour une union des marchés des capitaux prévoit que «la Commission propose[ra] [...] des règles uniformes pour déterminer avec toute la sécurité juridique requise quel droit national régit l'opposabilité d'une cession de créance» et que des actions seront entreprises d'ici 2017<sup>3</sup>. Le présent rapport constitue une première étape dans la définition des principaux problèmes liés à l'absence de règle uniforme déterminant quel droit régit l'opposabilité d'une cession de créance et le rang de la créance cédée, ainsi que des solutions possibles pour y remédier.

#### 1.2. La notion de cession de créances

La cession de créances est un mécanisme juridique permettant la réalisation tant de simples transferts de créances d'une personne à une autre que d'opérations financières complexes servant à financer l'activité commerciale d'entreprises, telles que des contrats de garantie financière, l'affacturage et la titrisation. Elle consiste fondamentalement en un transfert, par un créancier (le «cédant»), de sa créance à l'égard d'un débiteur à une autre personne (le «cessionnaire»). Des exemples d'opérations de cession classiques sont exposés ci-dessous (point 2.1).

Les marchés nationaux étant de plus en plus interconnectés, une cession comporte souvent un élément transfrontière, ce qui peut conduire à un conflit de droits. La sécurité juridique quant à la loi applicable aux différentes relations en jeu est primordiale pour le bon déroulement des opérations de cession. Une sécurité juridique accrue se traduit par une plus grande disponibilité de capitaux et de crédits dans un contexte transfrontière et par des taux d'intérêt plus abordables – ce qui intéresse particulièrement les petites et moyennes entreprises (PME) – et, à long terme, facilite la circulation transfrontière des biens, des services et des capitaux.

---

<sup>1</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un plan d'action pour la mise en place d'une union des marchés des capitaux» (plan d'action «UMC»), COM(2015) 468 final, p. 23.

<sup>2</sup> Voir le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'adéquation de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière («rapport sur la DCGF»), COM(2016) 430 final.

<sup>3</sup> Voir le plan d'action pour l'union des marchés des capitaux, annexe 1: liste des mesures et calendrier indicatif, p. 30.

### 1.3. Législation de l'UE existante

Dans l'Union européenne, on a cherché à atteindre l'objectif d'une sécurité juridique accrue en matière de cession de créances en harmonisant les règles de conflit de lois dans le règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (le «règlement Rome I»)<sup>4</sup>. Ces règles disposent que les *relations* entre le cédant et le cessionnaire ou entre le subrogeant et le subrogé se rapportant à une créance détenue envers le débiteur sont régies par la loi qui s'applique au contrat de cession<sup>5</sup>. Les règles harmonisées visent en outre à protéger le débiteur cédé en garantissant qu'il ne doive rien de plus au cessionnaire que ce qu'il devait au créancier/cédant<sup>6</sup>. Par conséquent, la loi régissant la créance qui fait l'objet de la cession, qui est la seule loi dont le débiteur peut raisonnablement escompter l'applicabilité, déterminera aussi les relations entre cessionnaire et débiteur, le caractère cessible de la créance, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur. Il manque toutefois un élément essentiel dans l'actuel règlement, qui porte sur la question de savoir quelle loi régit l'*opposabilité* d'une cession *aux tiers*<sup>7</sup>, point fondamental pour garantir la sécurité juridique dans le cadre d'opérations de cession transfrontières.

Le présent rapport satisfait à l'obligation juridique<sup>8</sup> imposée par l'article 27, paragraphe 2, du règlement Rome I, qui prévoit que la Commission présente un rapport relatif à la question de l'opposabilité d'une cession ou subrogation aux tiers, ainsi que du rang de la créance faisant l'objet de ladite cession ou subrogation par rapport aux droits détenus par d'autres personnes.

### 1.4. Opérations sur titres et créances

Le plan d'action pour une union des marchés des capitaux relève, outre l'insécurité en matière de cession de créance, une insécurité similaire en ce qui concerne les opérations transfrontières sur titres. En effet, tant les titres que les créances font souvent l'objet d'opérations financières similaires, telles que la collatéralisation.

Des législations sectorielles contenant certaines règles de conflit de lois ont été adoptées dans le secteur du droit des valeurs mobilières, en vue de réduire le risque systémique inhérent aux systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres<sup>9</sup>, de limiter le risque de crédit dans les opérations financières par la constitution de garanties en espèces, en instruments financiers ou en créances privées<sup>10</sup>, ou de faire respecter les droits de propriété dans le cadre de l'assainissement et de la liquidation d'établissements de crédit<sup>11</sup>. Ces règles de conflit particulières s'appliquent dans les États membres de l'UE et désignent la loi de l'État où se trouvent le registre, le compte concerné ou le système de dépôt centralisé. Toutefois, ces règles ont été mises en œuvre ou sont appliquées de

---

<sup>4</sup> Voir l'article 14 du règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (le «règlement Rome I»).

<sup>5</sup> Article 14, paragraphe 1, du règlement Rome I.

<sup>6</sup> Article 14, paragraphe 2, du règlement Rome I.

<sup>7</sup> Bien que le considérant 38 du règlement Rome I dispose que le terme «relations» à l'article 14, paragraphe 1, s'étend aux aspects de droit réel d'une cession de créance entre cédant et cessionnaire dans les ordres juridiques dans lesquels de tels aspects sont traités séparément des aspects relevant du droit des obligations, les négociations préalables à l'adoption du règlement Rome I se sont soldées sur le constat clair et net qu'aucun accord ne pouvait être dégagé sur une règle commune concernant l'opposabilité d'une cession de créance.

<sup>8</sup> L'adoption du présent rapport a été reportée dans l'attente qu'il soit politiquement possible de faire suivre sa publication par une proposition législative, ce qui est désormais chose faite avec le plan d'action pour une union des marchés des capitaux.

<sup>9</sup> Directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (DCDR).

<sup>10</sup> Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière (DCGF).

<sup>11</sup> Directive 2001/24/CE concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, JO L 125 du 5.5.2001.

manière différente d'un État membre à l'autre. Il en résulte une insécurité juridique et des frais supplémentaires susceptibles de créer des entraves au bon fonctionnement des opérations financières dans le marché intérieur.

De même, aucune approche générale de la question du conflit de lois n'a encore été adoptée à ce jour dans le domaine des valeurs mobilières<sup>12</sup>. Le droit matériel des valeurs mobilières n'a pas non plus fait l'objet d'une harmonisation à l'échelon de l'UE à ce jour, malgré l'évolution récente de la législation européenne dans le domaine de l'infrastructure des marchés financiers, notamment le règlement sur l'infrastructure du marché européen (EMIR)<sup>13</sup>, le règlement relatif aux dépositaires centraux de titres (DCT)<sup>14</sup>, ainsi que la directive MiFID II<sup>15</sup> et le règlement MiFIR<sup>16</sup>, et en dépit des travaux en cours depuis plusieurs années<sup>17</sup>.

À la lumière des objectifs analogues susceptibles d'être poursuivis par les opérations sur créances et sur titres, il peut être utile de coordonner tous travaux portant sur les conflits de lois pour les deux types d'opérations, et ce d'autant que la distinction entre une «créance» et un «titre» n'est pas toujours claire dans la pratique.

### **1.5. Instruments internationaux**

Les problèmes de conflit de lois qui se posent dans le contexte des opérations sur créances et sur titres ont fait l'objet de travaux au niveau international. Une convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international a été élaborée en 2001, mais n'est pas encore entrée en vigueur. Ses principes ont été intégrés dans le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, en 2007. De même, la convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, datant de 2006, n'est toujours pas entrée en vigueur.

### **1.6. Étude externe et consultations**

Une étude<sup>18</sup> sur la question de l'opposabilité d'une cession ou subrogation aux tiers, ainsi que du rang de la créance faisant l'objet de ladite cession ou subrogation par rapport aux droits détenus par d'autres personnes a été réalisée pour le compte de la Commission européenne (ci-après l'«étude»). Ses conclusions se fondent sur des données statistiques, empiriques et juridiques provenant de douze entités juridiques de l'Union européenne<sup>19</sup> représentant un éventail de traditions juridiques, ainsi que de six pays tiers importants sur le plan économique<sup>20</sup>.

---

<sup>12</sup> La Commission a retiré sa proposition de décision du Conseil concernant la signature de la convention de La Haye de 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

<sup>13</sup> Règlement (UE) n° 648/2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux.

<sup>14</sup> Règlement (UE) n° 909/2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres.

<sup>15</sup> Directive 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers.

<sup>16</sup> règlement (UE) n° 600/2014 concernant les marchés d'instruments financiers.

<sup>17</sup> Analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la sécurité juridique en matière de détention et de transaction de valeurs mobilières, 23.9.2009.

<sup>18</sup> Il s'agit d'une étude réalisée par le British Institute of International and Comparative Law en 2011, disponible à l'adresse: [http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm).

<sup>19</sup> À savoir: Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, Finlande, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Suède.

<sup>20</sup> À savoir: Australie, Canada, États-Unis, Fédération de Russie, Japon, Suisse.

## 2. IMPORTANCE DES OPERATIONS DE CESSIION DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL ET SUR LES MARCHES DES CAPITAUX

### 2.1. Exemples d'opérations de cession

À l'origine, la cession concernait une créance unique, qui était transférée du créancier à un ou plusieurs cessionnaires ultérieurs.

#### *Exemple 1: transfert pur et simple d'une créance unique*

Le créancier/cédant C cède au cessionnaire A sa créance<sup>21</sup> vis-à-vis du débiteur. A peut notifier cette cession au débiteur, par exemple lorsque la législation nationale du pays dans lequel C a sa résidence habituelle l'exige<sup>22</sup>. A cède ensuite à son tour la même créance au cessionnaire B. B peut décider de ne pas notifier la cession, par exemple parce que la loi régissant la créance sous-jacente ne l'exige pas, lorsqu'aucune notification ou inscription n'est requise pour rendre la cession opposable. Par la suite, C devient insolvable et son administrateur d'insolvabilité s'efforce de vérifier si B est le véritable titulaire de la créance.

Dans un passé récent, les opérations de cession ont évolué pour inclure la cession de créances en bloc et la cession de créances tant actuelles que futures. Les entreprises ont désormais largement recours à des opérations de ce type pour se procurer les capitaux et les crédits nécessaires au financement de leurs activités commerciales.

#### *Exemple 2: affacturage*

Un fournisseur C (une PME) souhaite céder l'essentiel de ses créances actuelles et futures<sup>23</sup> vis-à-vis de clients de plusieurs États membres au facteur A; en contrepartie, celui-ci, moyennant un escompte sur le prix d'achat, est disposé à fournir des liquidités à C, à assurer le recouvrement des dettes et à accepter le risque de créances douteuses. Pour proposer un escompte intéressant à C, A aurait besoin de savoir que la cession sera opposable aux tiers en cas d'insolvabilité de C.

A peut aussi être préoccupé par le fait que si, en vertu de la loi de la cession, qui régit les effets patrimoniaux de cette dernière entre A et C, toutes les créances sont cessibles, il se peut qu'en vertu de la loi régissant certaines des créances parmi celles cédées en bloc, la cession soit interdite<sup>24</sup>.

La sécurité juridique quant à la loi régissant l'opposabilité aux tiers d'une cession et le rang d'une cession par rapport à d'autres cessions concurrentes est devenue d'une importance cruciale, notamment

<sup>21</sup> La créance peut résulter d'un contrat ou d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires, d'une *culpa in contrahendo* ou d'autres situations juridiques.

<sup>22</sup> De nombreux États membres n'exigent ni notification ni aucun type d'inscription pour qu'une cession puisse être opposable à des tiers (c'est le cas par exemple de la Belgique, de la République tchèque, de l'Allemagne, de la Pologne, de l'Espagne et de l'Angleterre), tandis que d'autres exigent une notification préalable au débiteur (par exemple la France, le Luxembourg) ou une acceptation par le débiteur consignée dans un acte authentique (par exemple l'Italie).

<sup>23</sup> La cession de créances futures est soumise à des régimes qui diffèrent d'un État membre à l'autre: la possibilité de cette cession est généralement admise, mais les législations belge, finlandaise et allemande, par exemple, exigent qu'une créance future soit identifiée ou identifiable pour être cédée, tandis que pour la législation suédoise, les créances futures sont des obligations clairement prévues par le document relatif à la sûreté y afférent.

<sup>24</sup> Il peut également arriver que C cède une créance en violation d'une interdiction légale ou contractuelle. Les interdictions légales concernent par exemple les dettes personnelles telles que les salaires et les pensions (par exemple en Belgique, aux Pays-Bas, en Pologne) ou la cession en bloc de créances (en Pologne). Dans certains États membres (Pays-Bas par exemple), il est donné plein effet aux clauses d'incessibilité, tandis que d'autres États (comme l'Allemagne) prévoient une exception pour les créances pécuniaires. La cession est subordonnée à l'accord du débiteur en République tchèque, en Finlande et en Pologne. En droit belge, la situation n'est pas claire.

dans les opérations de crédit impliquant des PME, qui sont souvent dans l'incapacité de se financer dans un contexte transfrontière, ou sont contraintes d'accepter des conditions désavantageuses à moins de pouvoir offrir des sûretés, souvent sous la forme de créances sur leurs débiteurs.

### ***Exemple 3: cession à titre de garantie***

Une PME C veut exploiter au maximum la valeur de ses créances à l'égard des acheteurs de ses produits pour obtenir un crédit garanti, à la fois de la part du cessionnaire A et de la part du cessionnaire B, en utilisant les mêmes actifs comme garantie. Pour accorder des crédits à C, A et B auraient besoin de connaître le rang de leurs droits de sûreté portant sur le même actif<sup>25</sup>.

Il se peut aussi que C cède, de manière frauduleuse, les mêmes créances à A et à B à leur insu. En cas d'insolvabilité de C, l'administrateur d'insolvabilité devrait pouvoir déterminer le rang de priorité respectif de A et de B.

Il existe un mécanisme complexe pour se procurer du crédit à des conditions avantageuses: la titrisation. La titrisation est une technique de financement par laquelle des actifs homogènes générateurs de revenus (souvent des créances) – qui, seuls, pourraient être difficiles à échanger – sont rassemblés et vendus à une entité tierce créée pour l'occasion, laquelle les utilise comme sûreté pour émettre des titres qu'elle vend sur les marchés financiers<sup>26</sup>.

### ***Exemple 4: titrisation***

Une grande chaîne de magasins C cède à une entité ad hoc A les créances découlant de l'utilisation par ses clients des cartes de crédit «maison» qu'elle émet<sup>27</sup>. A émet ensuite des titres de créances au profit des investisseurs sur les marchés des capitaux. Ces titres sont garantis par le flux des revenus provenant des créances sur cartes de crédit qui ont été transférées à A. À mesure que les créances sont réglées, A utilise le produit qu'elle reçoit pour rémunérer les titres.

Avec l'augmentation des investissements transfrontières, il est fréquent que des valeurs mobilières telles que des obligations soient cédées en garantie des crédits fournis par les investisseurs. La chaîne de détention des titres entre investisseurs et émetteurs est complexe: les valeurs mobilières peuvent être détenues à travers plusieurs rangs d'intermédiaires, potentiellement situés dans des pays différents, comme c'est éventuellement le cas aussi des investisseurs. Il est donc difficile de déterminer qui possède quoi, ce qui peut être lourd de conséquences pour la stabilité financière.

## **3. PROBLEMES**

### **3.1. Divergences actuelles entre les règles de conflit des États membres**

Les règles de droit matériel applicables à la cession dans les États membres présentent des différences considérables. Par exemple, il existe des exigences différentes en matière d'obligations de notification pour rendre une cession opposable<sup>28</sup>, en matière de règles de priorité ou de cession de créances futures,

<sup>25</sup> Dans les législations nationales, la règle consiste généralement à accorder la priorité au premier cessionnaire (c'est le cas par exemple en Belgique, en République tchèque, en Finlande, en Allemagne, en Italie, en Pologne, aux Pays-Bas, en Angleterre). En Angleterre et aux Pays-Bas, le moment déterminant est la notification de la cession au débiteur. En Angleterre, la cession de dettes en garantie par nantissement ou hypothèque doit être inscrite au registre des sociétés.

<sup>26</sup> Understanding Securitisation, Background – benefits – risks, Service de recherche du Parlement européen (PE 569.017), janvier 2016, p. 1.

<sup>27</sup> Cet exemple est adapté de celui qui figure dans le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, p. 16 et 17.

<sup>28</sup> Voir l'*exemple 1*. Les différences dans les conditions de forme applicables aux créances privées ont été examinées dans le récent rapport sur la DCGF, COM(2016) 430 final.

et des restrictions différentes quant à la cessibilité de créances. En l'absence d'harmonisation de ces règles de droit matériel, il est extrêmement important que le droit international privé offre des solutions pour résoudre les conflits de lois.

Or, il a été constaté que les différents États couverts par l'étude suivent des approches différentes pour déterminer la loi applicable aux aspects de la cession touchant aux tiers.

La *loi du contrat entre cédant et cessionnaire* régit tous les aspects patrimoniaux de la cession aux Pays-Bas. Cette solution favorise l'autonomie des parties, mais comporte un risque de fraude au détriment des créanciers du cédant. Pour remédier à de tels abus, il est possible d'invoquer le principe général *fraus omnia corrumpit* ou l'exception d'ordre public. Pour ce qui est de la question du rang en cas de cessions concurrentes, la loi qui régit la seconde cession détermine la protection des seconds acquéreurs de bonne foi. Cette approche a reçu un certain appui dans d'autres États membres, tels que l'Allemagne. On la retrouve également en Suisse.

En droit belge, c'est la *loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle* qui détermine les aspects de la cession touchant aux tiers. Certains spécialistes italiens sont favorables à ce que la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle s'applique aux cessions en bloc et aux cessions de créances futures. Au Luxembourg, dans le secteur spécifique de la titrisation, la loi applicable aux aspects de la cession touchant aux tiers est la loi du pays dans lequel le cédant est établi. Le droit des États-Unis prévoit lui aussi que c'est le droit du pays d'établissement du cédant qui régit la perfection de la plupart des cessions.

La *loi régissant la créance cédée sous-jacente* est privilégiée dans plusieurs États membres, comme l'Espagne et la Pologne. En l'absence de dispositions légales, la jurisprudence et la doctrine soutiennent cette solution au Royaume-Uni, en Allemagne et en Italie. On trouve aussi cette approche en Australie, au Canada, au Japon et dans la Fédération de Russie.

D'autres solutions appliquées dans les États membres sont la *lex rei sitae* (République tchèque et Suède) et la *loi du pays dans lequel le débiteur a sa résidence habituelle* (France). Dans d'autres États membres, tels que la Finlande, il n'existe *pas de règle claire*.

### **3.2. Insécurité juridique**

L'absence de règles de conflit de lois uniformes est à l'origine de plusieurs grandes zones d'insécurité juridique.

L'hétérogénéité ou l'ambiguïté des solutions en matière de conflits de lois concernant l'opposabilité d'une cession, ou l'absence de telles solutions, risquent de produire des résultats contradictoires. Par exemple, dans l'*exemple 3* ci-dessus, A peut penser que son rang de priorité est déterminé par la loi de l'État dans lequel C a sa résidence habituelle, tandis que B s'appuie sur la loi du contrat de cession avec A. Chacun juge opposable la cession à laquelle il est partie, et estime que ses droits prévalent sur ceux de l'autre. Dans la majorité des cas, ils ne seront pas au courant des droits des uns et des autres, mais s'appuieront sur des contrôles pour vérifier l'absence d'autres cessionnaires, qu'ils réaliseront dans le respect de la législation qu'ils supposent applicable, c'est-à-dire des contrôles sur la base d'obligations d'information qui, certes, protègent peut-être les cessionnaires potentiels en vertu du droit d'un État membre, mais peut-être pas en vertu de celui d'un autre État membre.

En ce qui concerne les créances découlant de contrats futurs, il n'est pas aisé de déterminer, au moment de la cession, la loi qui régit la créance cédée. Dans l'*exemple 2*, A serait incapable de déterminer à l'avance les lois régissant les créances sous-jacentes et, confronté au risque de devoir se

conformer à des règles encore inconnues, il peut, soit refuser de financer C, soit exiger une prime nettement plus élevée que celle qu'il aurait demandée dans d'autres circonstances.

Outre l'absence de réglementation, ces aspects de la cession déjà réglementés suscitent certaines incertitudes, en particulier en ce qui concerne les instruments financiers négociés sur les marchés financiers. Par exemple, la portée exacte de l'article 14 du règlement 593/2008 (Rome I) n'est pas claire<sup>29</sup>. En effet, alors qu'il est communément admis que les «valeurs mobilières» classiques (actions ou obligations, par exemple) ne relèvent pas de cette disposition<sup>30</sup>, les sûretés qui sont négociées [électroniquement] sur certains marchés des capitaux sont considérées, pour leur part, comme couvertes par cette disposition régissant les conflits de lois<sup>31</sup>.

C'est dans le cas de l'insolvabilité du cédant que la question de l'insécurité juridique se pose avec le plus d'acuité au moment d'établir l'opposabilité de la cession et son rang. Par conséquent, bien que l'article 14 du règlement Rome I précise le droit applicable entre les parties, en présence d'une insolvabilité, c'est bien souvent une troisième loi qui entrera en jeu pour déterminer l'opposabilité des cessions et leur rang respectif, à savoir la loi applicable à la procédure d'insolvabilité à l'encontre du cédant.

Le règlement 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) [le règlement sur l'insolvabilité (refonte)]<sup>32</sup> fixe les règles de conflit de lois applicables aux procédures d'insolvabilité. De manière générale, l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité est l'État où se situe le centre des intérêts principaux du cédant au moment de l'ouverture de la procédure. Par dérogation à cette règle, dans le cas où le débiteur possède un établissement dans un autre État membre, une procédure secondaire peut aussi être ouverte dans cet État, ses effets étant cependant limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire<sup>33</sup>. Le droit de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex concursus*) détermine notamment les biens qui font partie de la masse de l'insolvabilité, les règles régissant la distribution du produit de la réalisation des actifs, le rang des créances et les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes juridiques préjudiciables à la masse des créanciers. Le règlement précise l'endroit où les actifs, tels que les actions nominatives de sociétés, les titres en compte courant, ainsi que les espèces, sont considérés comme étant situés aux fins de déterminer la portée de la procédure secondaire<sup>34</sup>. Par ailleurs, dans le cas où la procédure d'insolvabilité est ouverte

---

<sup>29</sup> Voir R. Plender, M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3<sup>e</sup> édition, Thomas Reuters 2009, points 13-019 et 13-020.

<sup>30</sup> C'est l'avis général pour les «actions» [voir R. Plender, M. Wilderspin, précités, point 13-020; H. van Houtte (éd.), *The Law of Cross-border Securities Transactions*, Sweet & Maxwell 1999, p. 7; *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, vol. 2, 15<sup>e</sup> éd., Thomson Reuters 2012, point 24-066; BIICL Study, p. 244 et 347] et pour les «obligations» [H. van Houtte (éd.), précité, p. 31 et 32].

<sup>31</sup> C'est l'avis le plus répandu pour les «sûretés» allemandes, c'est-à-dire les crédits de titres («Gutschrift in Wertpapierrechnung»), d'après M. Born, *Europäisches Kollisionsrecht des Effektengiros Intermediatisierte Wertpapiere im Schnittfeld von Internationalem Sachen-, Schuld- und Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck 2014, p. 63. De même, R. Plender, M. Wilderspin, précités, p. 375 laissent entendre que les «intérêts en equity» relèvent généralement de l'article 14 du règlement Rome I. Néanmoins, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, précité, point 24-067, partent quant à eux du principe que les «intérêts en fiducie» sortent du champ d'application de l'article 14.

<sup>32</sup> Le règlement (CE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), JO L 141 du 5.6.2015, p. 19, abroge le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 160 du 30.6.2000, p. 1.

<sup>33</sup> Voir l'article 3, paragraphe 2, du règlement sur l'insolvabilité (refonte).

<sup>34</sup> Voir l'article 2, paragraphe 9, du règlement sur l'insolvabilité (refonte).

dans un État membre autre que celui où se trouvent les actifs, les droits réels des tiers et la réserve de propriété sont protégés<sup>35</sup>.

Par conséquent, le droit applicable à l'opposabilité d'une cession aux tiers peut, dans le cas de procédures d'insolvabilité ouvertes contre le cédant, être déterminé par le règlement sur l'insolvabilité (refonte). En effet, l'insolvabilité est une situation dans laquelle les questions de propriété entre titulaires de droits concurrents deviennent particulièrement importantes. Aussi les futures règles harmonisées régissant les aspects de la cession touchant aux tiers devront-elles être scrupuleusement alignées sur l'acquis existant dans le domaine de l'insolvabilité.

### **3.3. Problèmes pratiques et frais juridiques élevés**

D'après les données empiriques recueillies dans le cadre de l'étude<sup>36</sup>, 47 % des parties prenantes consultées se heurtent à des problèmes pratiques pour assurer l'opposabilité d'une cession aux tiers. À l'inverse des titres négociables, généralement inscrits sur des comptes électroniques, les créances privées ne sont attestées que par un contrat de crédit. Dès lors, le risque est plus élevé de voir la même créance privée servir de sûreté auprès de plus d'un seul preneur, sans que ces preneurs ne sachent que la créance privée a déjà été donnée en gage à une autre personne. De plus, le manque de règles harmonisées en matière de conflit de lois augmente le nombre de dispositions de droit matériel potentiellement applicables à la fourniture de créances privées en tant que garanties, ce qui pourrait rendre plus difficile le respect des critères d'éligibilité de l'Eurosystème<sup>37</sup>.

En outre, les frais juridiques moyens d'opérations transfrontières impliquant des cessions, dont une proportion importante découle de la nécessité de faire preuve de la diligence requise par rapport à plusieurs systèmes juridiques, sont souvent très élevés et peuvent se chiffrer en centaines de milliers d'euros. Par exemple, une entreprise d'affacturage a déclaré des frais juridiques allant de 350 000 GBP à 1 000 000 GBP par opération.

## **4. APPROCHES ENVISAGEABLES**

### **4.1. Considérations générales**

L'étude<sup>38</sup> montre, ainsi qu'il est aussi exposé dans le plan d'action pour une union des marchés des capitaux, qu'il est nécessaire de définir une règle de conflit de lois harmonisée régissant les aspects de la cession touchant aux tiers, afin de garantir la sécurité juridique et d'équilibrer les intérêts de toutes les parties concernées dans une cession transfrontière. Une règle de ce type favoriserait également les échanges transfrontières, notamment en réduisant les frais juridiques et les obligations de diligence et en contribuant à la disponibilité de capitaux et de crédits à des taux abordables pour les PME.

---

<sup>35</sup> Articles 8 et 10, respectivement, du règlement sur l'insolvabilité (refonte).

<sup>36</sup> L'analyse empirique met en lumière les problèmes pratiques rencontrés dans différents secteurs du marché dans des cas de cession et de subrogation transfrontières, et repose sur les réponses à un questionnaire auquel ont répondu 36 parties intéressées représentant les entreprises, les organismes et associations professionnels, les établissements des marchés financiers, les ordres des avocats, les praticiens du droit, les universitaires et d'autres parties intéressées.

<sup>37</sup> Orientation (UE) 2015/510 de la Banque centrale européenne du 19 décembre 2014 concernant la mise en œuvre du cadre de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2014/60) [la «documentation générale de la BCE»]. Conformément à l'article 97 de la documentation générale de la BCE, il ne peut y avoir plus de deux législations applicables pour

a) la contrepartie; b) le créancier; c) le débiteur; d) le garant (le cas échéant); e) le contrat de la créance privée; f) le contrat de mobilisation.

<sup>38</sup> 80 % des parties prenantes qui ont participé à l'étude ont exprimé la nécessité d'une règle commune pour déterminer la loi applicable à l'opposabilité d'une cession. Comme solution, 44 % des répondants privilégient la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle, 30 % la loi régissant la créance cédée sous-jacente et 11 % la loi choisie par le cédant et le cessionnaire.

Il ressort également de l'étude qu'il se peut qu'un critère de rattachement unique ne convienne pas pour tous les types d'opérations de cession, et qu'une combinaison de critères de rattachement qui prendrait en considération les intérêts des différentes parties prenantes serait plus appropriée. Toutefois, étant donné qu'une réglementation sectorielle entraîne un risque de complexité intrinsèque et des problèmes de caractérisation, il convient d'en limiter l'utilisation autant que possible.

Parmi tous les critères de rattachement possibles, la loi du contrat de cession, la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle et la loi régissant la créance cédée ont été plébiscitées par une majorité de parties prenantes, ainsi que par un grand nombre d'États membres.

Certaines questions connexes mériteraient elles aussi d'être clarifiées, telles que la portée de l'article 14 du règlement Rome I<sup>39</sup>.

Ces considérations ont fait émerger trois approches possibles<sup>40</sup>.

#### **4.2. La loi du contrat entre le cédant et le cessionnaire**

À l'heure actuelle, les aspects patrimoniaux de la cession entre le cédant et le cessionnaire sont régis par la loi du contrat de cession<sup>41</sup>. Dans le cadre de cette approche, *tous* les aspects patrimoniaux de la cession – y compris l'opposabilité d'une créance cédée ou subrogée et la question du rang respectif du cessionnaire et des titulaires de droits concurrents – seraient régis par la loi choisie par le cédant et le cessionnaire pour leur contrat de cession. Toutefois, afin d'éviter de causer le moindre préjudice à des tiers, ce choix devrait être limité, en ce qui concerne l'opposabilité de la cession<sup>42</sup>, à la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle ou à la loi régissant la créance cédée ou subrogée.

En l'absence de choix d'une loi, ou si la loi choisie ne correspond pas aux deux solutions envisagées, tous les aspects patrimoniaux de la cession seraient régis par la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle<sup>43</sup>. Cette solution éviterait le recours à des règles sectorielles et réduirait le nombre de lois applicables à un même ensemble de créances<sup>44</sup>.

Les questions de rang entre cessionnaires concurrents peuvent être résolues en analysant les effets de chaque opération, en cascade, conformément à sa propre loi applicable. L'analyse devrait suivre la règle d'antériorité en droit des biens, selon laquelle le droit le plus ancien dans le temps l'emporte (*prior in tempore, potior in jure*), qui n'est limitée que par les règles relatives à l'acquisition de bonne foi dans le cadre des opérations ultérieures.

---

<sup>39</sup> Quant à savoir quelle loi régit le recouvrement du produit d'une créance ou de sa valeur, il pourrait être précisé que cette question est régie par la loi déterminée par l'article 14 du règlement Rome I. D'autres précisions pourraient également être apportées afin de veiller à ce que toutes les questions ayant une incidence directe sur le débiteur soient régies par la loi applicable à la créance cédée, notamment la question de savoir si le cessionnaire dispose d'un droit d'action directe contre le débiteur ou s'il doit se joindre au cédant dans le cadre d'une telle procédure judiciaire.

<sup>40</sup> Trois autres solutions, à savoir la loi du pays du débiteur, la loi du pays dans lequel se déroule la cession et la loi du for, reçoivent peu de soutien de la part des parties prenantes, génèrent de l'insécurité, sont inadaptées aux outils de transactions électroniques ou encouragent la recherche du régime juridique le plus favorable (voir les pages 384-385 de l'étude).

<sup>41</sup> Voir le considérant 38 du règlement Rome I.

<sup>42</sup> Les aspects contractuels de la cession pourraient continuer à être régis par une autre loi.

<sup>43</sup> En l'absence de choix, la loi applicable est normalement déterminée par référence à la prestation caractéristique du contrat, qui est celle du cessionnaire, comme le prévoit l'article 4 du règlement Rome I. Cette solution par défaut conduirait à l'application d'une loi encore différente à une cession donnée, à savoir celle du pays dans lequel le cessionnaire a sa résidence habituelle.

<sup>44</sup> Pour cette raison, la proposition A s'écarte à cet égard de l'étude, qui suggère une règle de repli fondée sur la loi applicable à la créance cédée, combinée à une règle sectorielle pour les créances découlant de contrats futurs.

Le principal avantage de cette solution est qu'elle garantit l'application de la même loi à tous les aspects patrimoniaux d'une cession, tout en offrant une certaine flexibilité permettant aux acteurs présents sur différents secteurs du marché d'opter pour une loi qui réponde à leurs besoins spécifiques. Dans le même temps, le débiteur conserve la protection que lui garantissent les règles existantes. Cette solution pourrait également couvrir les cas de cession en bloc de créances actuelles et futures, étant donné que la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence pourrait être appliquée, soit en vertu du choix des parties, soit par défaut.

Le principal inconvénient de cette solution est le risque de contournement des obligations en matière de publicité dans certains États membres. Toutefois, ce risque est réduit du fait que le choix de la loi se limite à deux lois, toutes deux étroitement liées à la cession en question.

### **4.3. La loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle**

Les aspects de la cession touchant aux tiers pourraient être régis par la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle<sup>45</sup>. Il se peut que cette règle ne soit pas une option adéquate pour certaines créances financières, à savoir les créances découlant d'un contrat existant conclu dans le cadre d'un type de système relevant de l'article 4, paragraphe 1, point h), du règlement Rome I ou dans le cadre d'un système multilatéral de règlement de paiements ou d'autres opérations entre banques et établissements financiers, ou encore les créances au titre d'un instrument financier. Cet inconvénient pourrait être atténué en complétant la règle générale par une règle spécifique sur l'opposabilité de la cession de certaines créances financières, qui renverrait à la loi régissant la créance cédée ou subrogée à la date considérée.

Les questions de rang seraient résolues par référence à la date de la dernière cession ou d'un autre événement donnant naissance à un droit concurrent.

Les principaux avantages de cette proposition sont de fournir un critère de rattachement unique qui renforce la sécurité juridique pour les créanciers garantis et ordinaires et, dans le cas de cessions concurrentes, d'apporter une solution adéquate et prévisible pour déterminer qui est le plus en droit de revendiquer la créance cédée. La loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle est facile à déterminer et ce pays est le plus susceptible d'être celui où sera ouverte la procédure d'insolvabilité principale à l'égard du cédant. Les conflits entre opérations garanties et législations en matière d'insolvabilité seraient ainsi plus simples à résoudre. De même, la solution proposée est particulièrement appropriée pour les cessions en bloc et pour les cessions de créances découlant de contrats futurs, qui constituent une source de financement importante pour les PME. Par ailleurs, la proposition cadrerait avec la convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international, ainsi qu'avec le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties<sup>46</sup>, pour ce qui est de ces deux types de cessions dans le champ d'application respectif de ces deux instruments cités<sup>47</sup>.

Cette proposition présente comme inconvénients des coûts d'opération supérieurs et une complexité accrue, étant donné qu'elle risque de conduire à l'application de deux lois aux aspects patrimoniaux de la cession, à savoir la loi du contrat de cession pour les rapports entre le cédant et le cessionnaire, et la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle pour les aspects touchant aux tiers. Il existe

---

<sup>45</sup> Aux fins de cette disposition, il peut être nécessaire d'exclure l'application de l'article 19, paragraphes 2 et 3, du règlement Rome I.

<sup>46</sup> Adopté le 14 décembre 2007.

<sup>47</sup> Tant la convention des Nations unies que le guide de la CNUDCI excluent de leur champ d'application la cession de créances nées de valeurs mobilières, de garanties indépendantes, de dépôts bancaires, d'opérations sur des produits dérivés, d'opérations de change et de systèmes de paiement. La convention des Nations unies exclut en outre la cession de créances nées de lettres de crédit.

aussi un risque de conflit entre critères de rattachement dans le cas de cédants conjoints établis dans des États différents, et dans le cas de cessions ultérieures si la même créance est cédée plusieurs fois par des cédants établis dans des États différents.

#### **4.4. La loi applicable à la créance cédée**

En vertu de cette proposition, la loi qui régit la relation entre cessionnaire et débiteur régirait aussi les aspects patrimoniaux de la cession à l'égard des tiers. Cette règle générale devrait s'accompagner d'une règle spécifique renvoyant à la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle lorsqu'il s'agit de la cession de créances découlant de contrats à venir, dans l'hypothèse où il n'est pas possible de déterminer la loi de la créance au moment de la cession. Cette règle spécifique conviendrait également à l'affacturage et à l'escompte de créances, où les cessions en bloc peuvent sinon déclencher l'application, à un même portefeuille de créances, de nombreuses lois différentes.

Les questions de rang seraient résolues par référence à la date de la dernière cession ou d'un autre événement donnant naissance à un droit concurrent.

Les principaux avantages de cette solution sont la stabilité du critère de rattachement, qui est peu susceptible d'évoluer au fil du temps, et donc la réduction du risque de conflit entre critères de rattachement en cas de concurrence entre cessionnaires ou autres titulaires de droits. En cas de changement de la loi applicable à la créance cédée, il ne serait pas porté atteinte aux droits des tiers. La proposition a pour effet de réduire le nombre de lois applicables à une cession, et donc d'éviter les problèmes de caractérisation entre questions touchant au «débiteur» et questions touchant aux «tiers», ainsi que de réduire les frais juridiques liés à la cession. La proposition convient particulièrement à certaines créances financières.

Ses principaux inconvénients sont notamment une insécurité potentielle en cas d'insolvabilité du cédant dans l'hypothèse où la *lex concursus* ne coïncide pas avec la loi applicable à la cession. Tout comme avec l'approche précédente, il peut y avoir un décalage entre les effets patrimoniaux de la cession entre le cédant et le cessionnaire et ces mêmes effets touchant à des tiers. Une insécurité existe aussi quant à la loi applicable lorsque la loi n'a pas été clairement choisie dans le contrat initial ou lorsque la créance cédée a un caractère non contractuel. Dans de telles situations, la loi applicable devrait être déterminée en référence à l'article 4 du règlement Rome I ou à l'article 10 du règlement Rome II.

## **5. CONCLUSIONS**

L'adoption de règles de conflit de lois uniformes pour régir l'opposabilité de la cession aux tiers ainsi que les questions de rang entre cessionnaires concurrents ou entre cessionnaires et autres titulaires de droits renforcerait la sécurité juridique et réduirait les problèmes pratiques inhérents à ces situations, ainsi que les frais juridiques liés à la diversité actuelle des approches suivies dans les États membres.

La Commission propose dans le présent rapport trois solutions possibles. La première repose sur la loi du contrat entre le cédant et le cessionnaire. La deuxième repose sur la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle. La troisième repose sur la loi applicable à la créance cédée. Toutes les propositions sont combinées, soit avec des règles de repli, soit avec des règles spécifiques pour tenir compte de la diversité d'intérêts ou de situations en jeu.

À l'avenir, quand il s'agira d'élaborer une solution pour garantir la sécurité juridique de la cession d'opérations sur créances, il conviendra d'accorder une attention particulière à toute solution parallèle ou similaire qui sera conçue dans le but de garantir la sécurité juridique des opérations sur titres. À cet

effet, une étude sur la loi applicable aux titres et aux créances négociés sur les marchés financiers sera achevée pour la mi-2017<sup>48</sup>.

Une fois le présent rapport adopté, la Commission lancera, d'ici la fin 2016, une vaste consultation publique sur les différents points qui y ont été recensés. Toute proposition législative destinée à remédier à l'absence de sécurité juridique avancée dans le présent rapport sera accompagnée d'une analyse d'impact quantifiant adéquatement le problème.

---

<sup>48</sup> Appel d'offres n° JUST/2016/JCOO/PR/CIVI/0062.