

Le gage et le transfert de propriété à titre de garantie dans la proposition de règlement européen sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances

Grégory MINNE¹

Avocat à la Cour – Arendt & Medernach

Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	35
I. Point de départ : une situation tirée de la pratique du financement de l'immobilier	35
A. Situation interne	35
B. Situation internationale	37
C. Situation internationale en cas d'insolvabilité	38
II. Règle de conflit de lois actuelle	39
A. Aspects contractuels	39
B. Aspects réels	40
C. Loi du domicile du débiteur cédé	40
III. Règles de conflit de lois de la proposition	41
A. Termes « cession » et « créance »	41
B. Terme « opposabilité »	43
C. Règle de conflit de lois principale et exceptions	44

des cessions de créances et à réduire leurs coûts afin de favoriser les investissements transfrontières.

4. Plutôt que de procéder à une analyse systématique des règles de la proposition, nous partirons d'une situation tirée de la pratique du financement de l'immobilier dans laquelle les créances peuvent servir d'actifs pour garantir l'exécution par l'emprunteur de ses obligations liées au financement (I.). À travers cette situation, nous rappellerons, dans un premier temps, la règle de conflit de lois luxembourgeoise actuellement applicable aux sûretés réelles sur créances (II.) et analyserons, dans un second temps, les règles de conflit de lois uniformes de la proposition et les conséquences concrètes de leur application (III.).

Introduction

1. La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances du 12 mars 2018² (« proposition ») a pour objet de créer des règles de conflit de lois uniformes applicables aux aspects réels des cessions de créances.

2. Il convient de ne pas se méprendre sur le contenu de la proposition par la seule lecture de son intitulé. Les cessions de créances qui y sont visées ne sont pas uniquement les cessions pures et simples. Elles incluent, notamment, le gage sur créances et le transfert de créances à titre de garantie régis par la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière³ (« loi du 5 août 2005 » ou « LCGF »).

3. Le texte proposé par la Commission européenne cherche, notamment, à améliorer la sécurité juridique

I. Point de départ : une situation tirée de la pratique du financement de l'immobilier

5. L'opération de financement immobilier que nous proposons d'examiner peut s'inscrire dans trois situations contextuelles différentes. Elle peut, tout d'abord, ne contenir que des éléments situés dans un seul et même pays (A.). Ensuite, la situation considérée peut comprendre des éléments localisés dans deux ou plusieurs pays (B.). Enfin, cette situation peut s'inscrire dans un contexte d'insolvabilité internationale (C.).

A. Situation interne

6. Supposons qu'une société anonyme luxembourgeoise souhaite acquérir un immeuble (« immeuble ») situé à Luxembourg. Afin de financer l'acquisition de cet immeuble, cette société (« emprunteur ») conclut

1. L'auteur est avocat au barreau de Luxembourg. Il peut être contacté à l'adresse suivante : gregory.minne@arendt.com. Les opinions exprimées ici sont exclusivement celles de l'auteur. Elles ont été exposées et discutées, une première fois, à Luxembourg le 22 janvier 2019 lors d'une conférence tenue à la *Arendt House* (« Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances ») et, une seconde fois, à Trèves le 22 mars 2019 à l'occasion d'une conférence organisée à l'Académie de droit européen (ERA) (« *Novelties in Contract Law : Smart Contracts & Assignment of Claims* »).

2. COM (2018) 96 final.

3. *Mémorial A*, n° 128, 16 août 2005, pp. 2212 et s.



un premier contrat de prêt avec un établissement de crédit luxembourgeois (« prêteur ») dont le montant prêté est destiné à financer la moitié du prix d'acquisition (« prêt bancaire ») et un deuxième contrat de prêt subordonné avec sa société mère (« société mère »), société anonyme luxembourgeoise également, dont le montant est destiné à financer l'autre moitié du prix d'acquisition (« prêt d'actionnaire »). Les parties ont décidé de soumettre le contrat de prêt bancaire et le contrat de prêt d'actionnaire au droit luxembourgeois.

7. Afin de garantir le prêt bancaire, l'emprunteur et la société mère consentent différentes sûretés réelles⁴ de premier rang en faveur du prêteur.

L'emprunteur octroie les cinq sûretés suivantes :

- une hypothèque sur l'immeuble ;
- un gage sur ses créances envers le prêteur concernant les comptes ouverts dans les livres de celui-ci et sur lesquels l'emprunteur a déposé des espèces ;
- un gage sur ses créances envers un autre établissement de crédit luxembourgeois relatives aux comptes ouverts dans les livres de celui-ci et sur lesquels l'emprunteur a déposé des espèces ;
- un gage sur ses créances envers les locataires de l'immeuble ; et
- un gage sur ses créances envers l'assureur de l'immeuble.

L'emprunteur conclut avec le prêteur un acte d'affectation hypothécaire pour constituer l'hypothèque et quatre contrats de gage pour constituer les gages sur les différentes créances dont il est titulaire. Tous ces contrats ont été soumis au droit luxembourgeois par les parties.

La société mère consent les deux sûretés suivantes :

- un gage sur toutes les actions nominatives émises par l'emprunteur dont elle est le seul actionnaire ; et
- un gage sur sa créance envers l'emprunteur qui est née du prêt d'actionnaire.

La société mère conclut avec l'emprunteur et le prêteur un contrat de gage pour constituer le gage sur ses actions et un contrat de gage pour constituer le gage sur sa créance née du prêt d'actionnaire. Les parties ont soumis ces deux contrats au droit luxembourgeois.

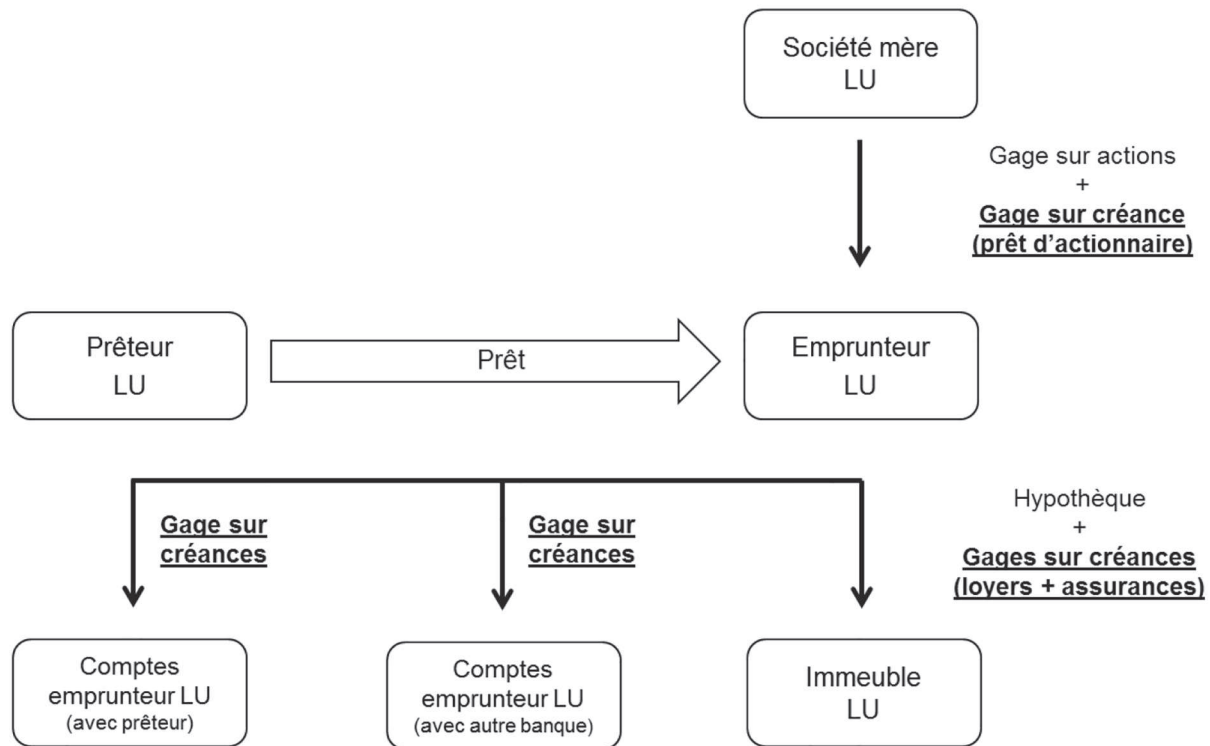
8. L'emprunteur, la société mère, le prêteur, le deuxième établissement de crédit, les locataires et l'assureur ont tous leur siège statutaire et leur administration centrale situés à Luxembourg.

9. La situation qui vient d'être décrite, et qui est représentée dans le schéma ci-après (« Schéma n° 1 »), ne comprend aucun élément d'extranéité. Il n'y a donc pas de conflit de lois et la loi applicable aux questions relatives, par exemple, à la capacité juridique de l'emprunteur et de la société mère ainsi que celles liées à la validité et à l'opposabilité des sûretés réelles consenties en faveur du prêteur est la loi luxembourgeoise. Ce sont les règles matérielles luxembourgeoises qui régissent ces questions. On notera que les sûretés sur créances, qui nous intéressent plus particulièrement ici, sont soulignées d'un trait dans les schémas utilisés afin de les mettre en valeur dans le contexte dans lequel elles sont discutées.

4. En droit luxembourgeois, les parties peuvent décider de recourir au gage sur créance ou au transfert de créance à titre de garantie. En pratique, le gage est davantage utilisé.



Schéma n° 1



B. Situation internationale

10. Imaginons que la situation décrite ci-avant change et comprenne désormais les éléments d'extranéité suivants : l'immeuble est situé à Paris, le prêteur est un établissement de crédit anglais dont le siège statutaire et l'administration centrale sont à Londres, les comptes de l'emprunteur utilisés pour les besoins du prêt bancaire sont ouverts en son nom dans les livres du prêteur et la société mère est une société allemande ayant son siège statutaire et son administration centrale à Munich. Les autres éléments de la situation décrite au point A. ci-avant sont inchangés.

11. La présence d'éléments d'extranéité a pour effet que les lois de plusieurs pays sont susceptibles de s'appliquer. Ainsi, chacune des parties à la transaction de financement devra consulter les règles de conflit de lois en vigueur afin de déterminer, par exemple, les lois qui seront applicables à l'hypothèque sur l'immeuble, à la sûreté sur les créances relatives aux comptes ouverts dans les livres du prêteur et à la capacité juridique de la société mère.

Les parties devront examiner, notamment, les règles prévues par le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)⁵ (« Règlement Rome I » ou « Rome I »). Au jour où nous terminons d'écrire ce texte (22 mars 2019), le Règlement Rome I est applicable dans tous les États

membres, à l'exception du Danemark. Il s'applique, dans des situations comportant des conflits de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale qui ne sont pas exclues de son champ d'application.

Les aspects réels d'un gage sur créances ou d'un transfert de créances à titre de garantie sont exclus du champ d'application du Règlement Rome I qui est limité aux obligations contractuelles. La proposition a pour objectif de traiter les aspects réels en adoptant des règles de conflit de lois uniformes au niveau de l'Union européenne.

12. Plusieurs questions se posent concernant les sûretés sur créances destinées à garantir le prêt bancaire.

En ce qui concerne la sûreté consentie par l'emprunteur sur les créances relatives à ses comptes ouverts dans les livres du prêteur à Londres, la question est de savoir si la loi applicable à ses aspects réels est, par exemple, la loi du pays où l'emprunteur a sa résidence habituelle, ou la loi du pays où se trouve la résidence habituelle du prêteur, ou la loi applicable à la convention de compte conclue entre l'emprunteur et le prêteur.

La même question se pose à propos des sûretés octroyées sur les créances de loyers et d'assurances. Les aspects réels de ces sûretés sont-ils régis par la loi du pays où est située la résidence habituelle de

5. J.O., L.177, 4 juillet 2008, pp. 6 et s.

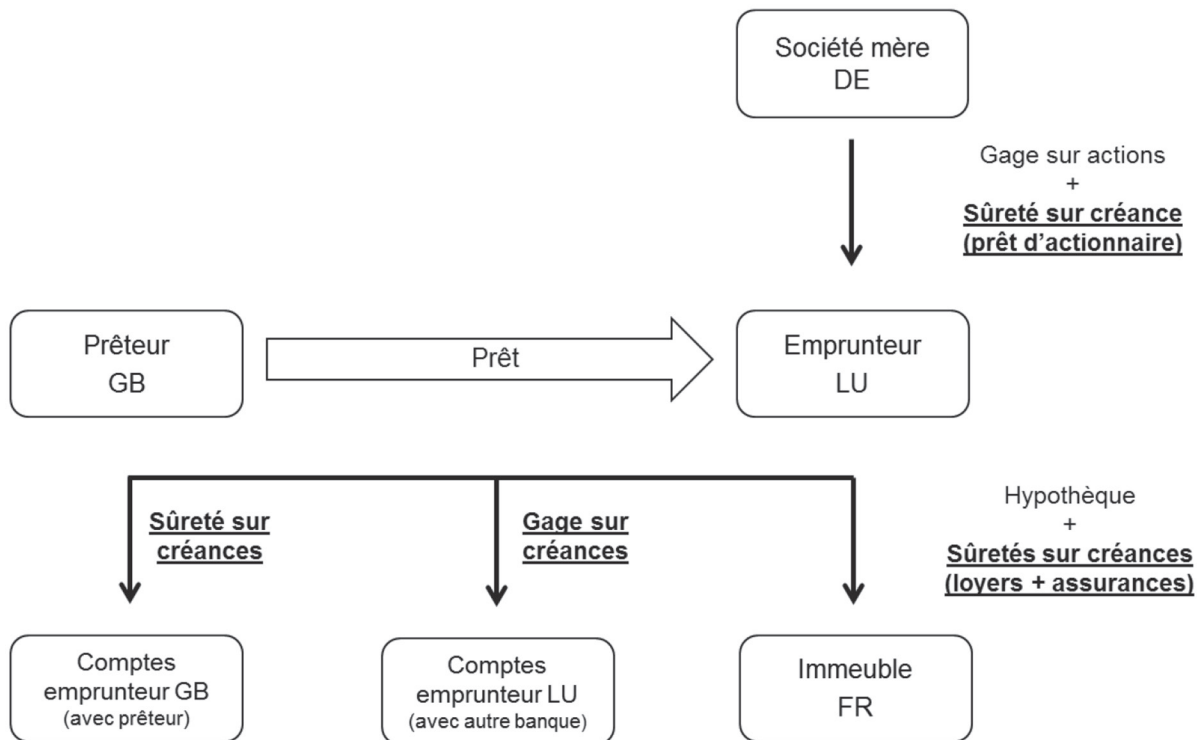
l'emprunteur, du prêteur, des locataires ou de l'assureur ? Les lois applicables aux contrats de bail et aux contrats d'assurance relatifs à l'immeuble ont-elles une incidence sur ces aspects réels ?

Pour ce qui concerne la sûreté sur la créance née du prêt d'actionnaire, le fait que l'administration centrale de la société mère soit située en Allemagne a-t-il des

conséquences sur la loi applicable aux aspects réels de cette sûreté ? La loi applicable au prêt d'actionnaire et celle du pays où réside habituellement l'emprunteur doivent-elles être prises en considération ?

13. La situation comprenant les éléments d'extranéité qui viennent d'être discutés est décrite dans le schéma ci-après (« Schéma n° 2 »).

Schéma n° 2



C. Situation internationale en cas d'insolvabilité

14. Dans la situation internationale exposée au point B. ci-avant, le prêteur, diligent lors de l'analyse des risques encourus par la transaction qu'il envisage de faire avec l'emprunteur et sa société mère, s'interrogera en outre sur les conséquences liées à une procédure d'insolvabilité internationale ouverte à l'encontre de l'emprunteur. Il se demandera, en particulier, si la loi applicable à cette procédure (*lex concursus*) est susceptible d'avoir des effets sur les sûretés réelles constituées en sa faveur pour garantir le prêt bancaire.

15. Le législateur européen, encore une fois soucieux de garantir la sécurité juridique, a élaboré des règles de conflit de lois en matière d'insolvabilité internationale qui intéressent, notamment, les sûretés réelles comme le gage et le transfert de propriété à titre de garantie. Ces règles se trouvent dans le règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité

(refonte)⁶ (« Règlement Insolvabilité *bis* ») qui a remplacé le règlement (CE) 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁷ (« Règlement Insolvabilité »). Le Règlement Insolvabilité *bis* est, à la date de la présente étude, applicable dans tous les États membres, à l'exception du Danemark. Il s'applique aux procédures d'insolvabilité internationales ouvertes envers un débiteur dont le centre des intérêts principaux est situé sur le territoire d'un État membre.

16. Dans le cadre du prêt bancaire, la question essentielle pour le prêteur est de savoir s'il pourrait bénéficier de la protection offerte par l'article 8 du Règlement Insolvabilité *bis* en cas de procédure d'insolvabilité internationale ouverte envers l'emprunteur à Luxembourg (par exemple, une faillite). Il n'entre pas dans l'objet de notre étude de procéder à cette analyse. Notre propos est ici de rendre attentif le lecteur à l'application de la *lex concursus* qui pourrait avoir des effets sur les sûretés réelles.

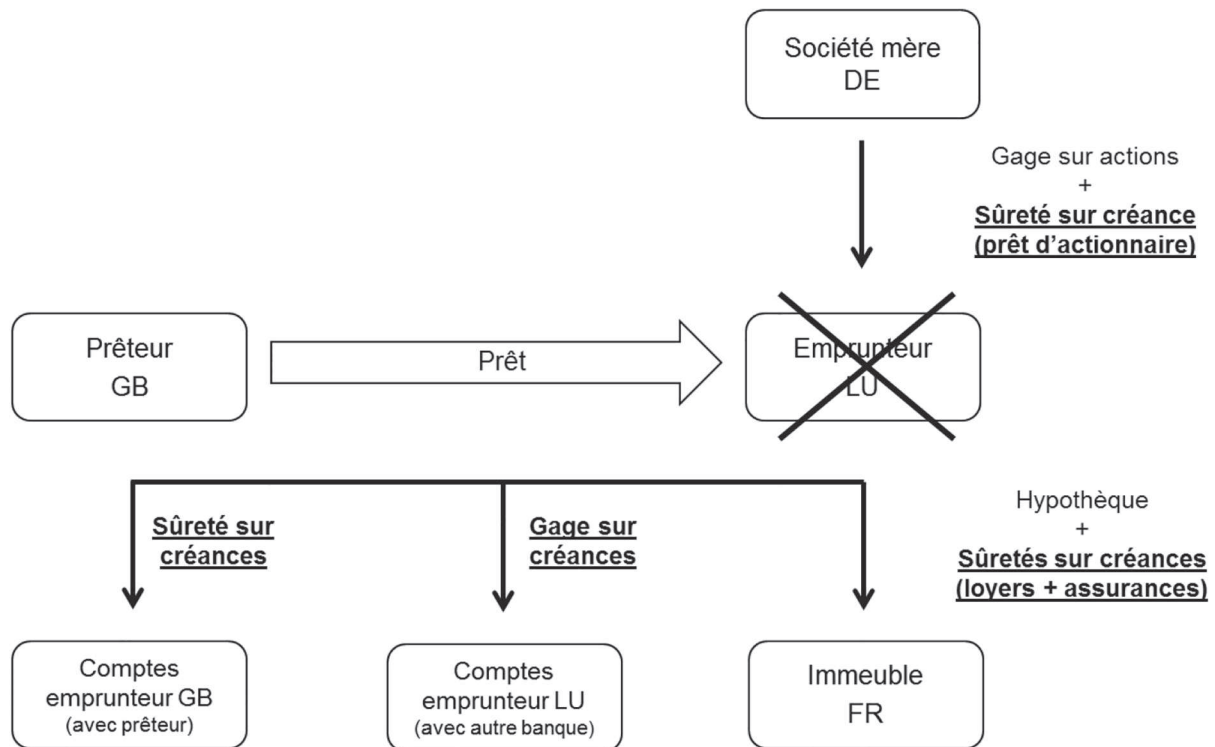
6. J.O., L.141, 5 juin 2015, pp. 19 et s.
7. J.O., L.160, 30 juin 2000, pp. 1 et s.



17. La situation considérant l'ouverture à Luxembourg d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de

l'emprunteur est représentée dans le schéma ci-après (« Schéma n° 3 »).

Schéma n° 3



18. Les trois situations exposées ci-avant montrent à quel point la résolution des conflits de lois a un intérêt fondamental pour les transactions commerciales internationales.

Examinons désormais, à travers la situation internationale tirée de la pratique du financement de l'immobilier (point B. ci-avant), la règle de conflit de lois luxembourgeoise actuellement applicable au gage sur créance et au transfert de créance à titre de garantie.

II. Règle de conflit de lois actuelle

19. Le droit international privé luxembourgeois fait la distinction entre les aspects contractuels et les aspects réels (*in rem*) d'un gage ou d'un transfert de propriété à titre de garantie. D'une part, chacune de ces sûretés réelles implique une convention en vertu de laquelle l'une des parties (constituant ou cédant) consent un gage ou un transfert de propriété à titre de garantie à l'autre partie (créancier gagiste ou cessionnaire) en vue de garantir des obligations. La convention constitutive de sûreté réelle entre les parties régit leurs obligations contractuelles réciproques (A.). D'autre part, chacune de ces sûretés est un droit réel conféré à son bénéficiaire sur l'avoir qui en est l'objet

(B.). La règle de conflit de lois luxembourgeoise applicable aux sûretés réelles sur créances retient comme critère de rattachement le domicile du débiteur (C.).

A. Aspects contractuels

20. Le gage et le transfert de propriété à titre de garantie sont constitués par des conventions qui, en vertu des règles prévues par le Règlement Rome I, peuvent être régies par la loi choisie par les parties⁸ (*lex contractus*).

21. Les règles du Règlement Rome I, qui font partie du droit international privé luxembourgeois, s'appliquent indépendamment du lieu où sont situées les parties à la convention constitutive de gage ou de transfert de propriété à titre de garantie, à savoir même si ces parties sont situées dans des États qui ne sont pas liés par le Règlement Rome I⁹.

22. Dans la situation internationale qui nous occupe, les parties aux différentes conventions constitutives de sûretés sur créances peuvent décider de soumettre leurs obligations contractuelles réciproques à la loi qu'elles désigneront dans ces conventions. En règle générale, la loi applicable aux aspects réels d'un gage ou d'un transfert de propriété à titre de garantie sera

8. Art. 3 du Règlement Rome I.

9. Art. 2 du Règlement Rome I.

la même loi que celle choisie par les parties pour régir leurs obligations contractuelles réciproques.

23. La loi applicable aux aspects contractuels de conventions constitutives de sûretés sur créances régit, notamment, leur existence et leur validité (art. 10, 1., Rome I) ainsi que leur interprétation, l'exécution des obligations contractuelles qu'elles engendrent, les conséquences de l'inexécution de ces obligations, les modes d'extinction des obligations contractuelles et les conséquences de la nullité de ces conventions (art. 12, 1., Rome I).

B. Aspects réels

24. En droit international privé luxembourgeois, il est traditionnellement admis que, nonobstant la liberté des parties de choisir la loi applicable à la convention constitutive de sûreté (*lex contractus*), les aspects réels sont régis par la *lex rei sitae* (aussi appelée *lex situs*), à savoir la loi de l'État où se trouvent les avoirs donnés en sûreté¹⁰. À l'inverse des aspects contractuels, les aspects réels échappent à la liberté contractuelle des parties.

25. Les aspects réels d'un gage et d'un transfert de propriété à titre de garantie recouvrent, notamment, leur constitution, leur opposabilité, leur priorité ainsi que leur réalisation.

C. Loi du domicile du débiteur cédé

26. La règle de conflit de loi consacrée par la jurisprudence luxembourgeoise en matière d'opposabilité d'une cession de créance aux tiers désigne la loi du domicile du débiteur cédé¹¹. Cette règle fut, en effet, sanctionnée dans une affaire où la société belge Indéma céda à la société belge Banque Jean de Bienne et Cie des créances envers un débiteur domicilié au Grand-Duché de Luxembourg. La Cour d'appel décida que « c'est uniquement la loi du domicile du débiteur cédé qui régit la détermination des formalités de transmission et de publicité qui doivent être observées pour que la cession soit opposable [...] aux tiers ».

27. La règle de conflit de lois désignant la loi du domicile du débiteur cédé a, en pratique, été étendue au gage sur créance et au transfert de créance à titre de garantie. Il est, en effet, nécessaire de se référer à une seule et même loi (en l'espèce, la loi du domicile du

débiteur cédé) pour déterminer la priorité entre réclameurs concurrents revendiquant un droit sur la même créance (par exemple, entre le cessionnaire d'une cession de créance pure et simple et le créancier gagiste bénéficiaire d'un gage sur la même créance).

28. On notera que le Règlement Insolvabilité (art. 2, g)) et le Règlement Insolvabilité *bis* (art. 2, 9), viii)) qui le remplace aujourd'hui retiennent un critère de rattachement similaire : le centre des intérêts principaux du débiteur.

29. L'application de cette règle de conflit de lois à notre situation pour déterminer la loi applicable aux aspects réels des sûretés sur créances consenties par l'emprunteur aboutit au résultat suivant :

- la loi anglaise est applicable à la sûreté (*charge*) sur ses créances envers le prêteur concernant les comptes ouverts dans les livres de celui-ci et sur lesquels l'emprunteur a déposé des espèces ;
- la loi luxembourgeoise est applicable à la sûreté (gage) sur ses créances envers l'établissement de crédit luxembourgeois relatives aux comptes ouverts dans les livres de celui-ci et sur lesquels l'emprunteur a déposé des espèces ;
- la loi française est applicable à la sûreté (nantissement) sur ses créances envers les locataires de l'immeuble si ces locataires ont leur administration centrale en France ; et
- la loi française est applicable à la sûreté (nantissement) sur ses créances envers l'assureur de l'immeuble si cet assureur a son administration centrale en France.

Cette même règle de conflit de lois appliquée à la sûreté (gage) sur la créance de la société mère envers l'emprunteur qui est née du prêt d'actionnaire désigne la loi luxembourgeoise.

30. En plus de la règle de conflit de lois luxembourgeoise, le prêteur veillera à regarder les solutions données par les règles de conflits de lois allemande (pays de résidence habituelle de la société mère), anglaise (pays de résidence habituelle du prêteur) et française (pays de résidence habituelle des locataires et de l'assureur).

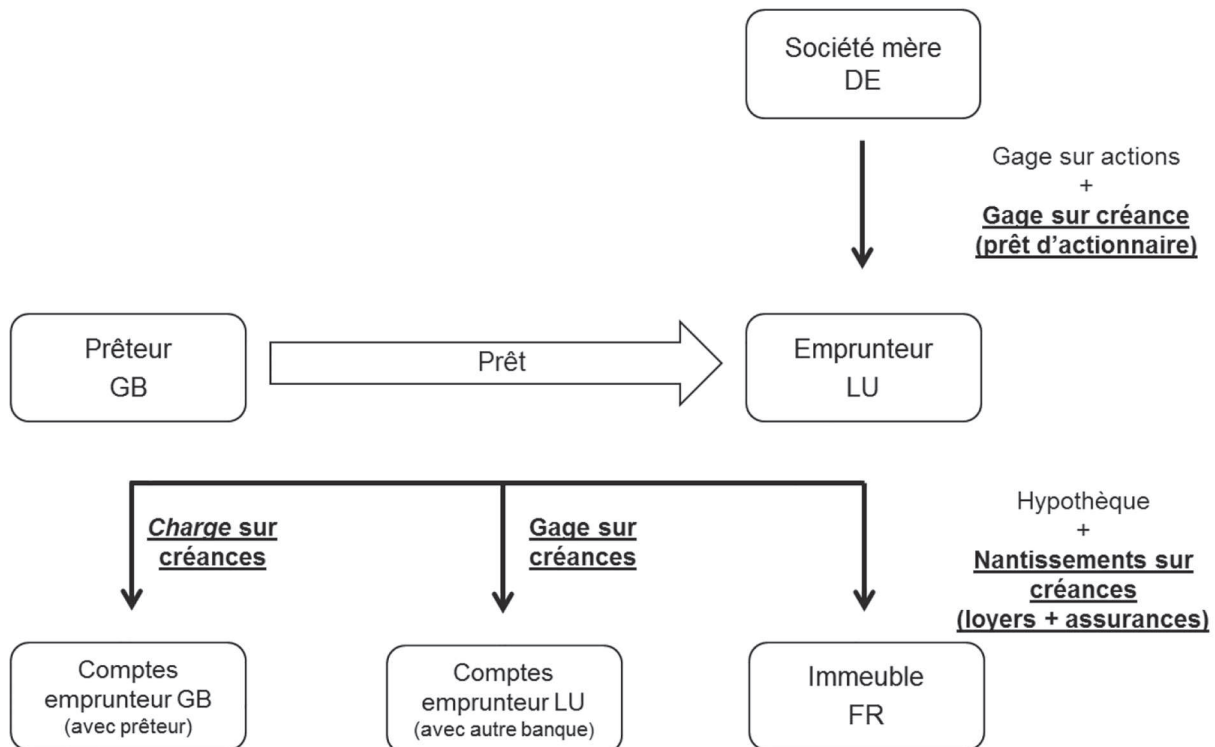
31. La situation reprenant les solutions dégagées par la règle de conflit de lois en vigueur pour les sûretés réelles sur créances est décrite dans le schéma ci-après (« Schéma n° 4 »).

10. F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, 2^e éd., Paul Bauler, p. 25, n° 40 ; J.-C. WIWINIUS, *Le droit international privé au Grand-Duché de Luxembourg*, Paul Bauler, 2011, p. 196, n° 880.

11. Cour d'appel de Luxembourg, 8 décembre 1959, *Pas.*, 18, pp. 84 et s. Voir aussi l'exposé des motifs du projet de loi modifiant certaines dispositions légales relatives au transfert des créances et au gage (*Doc. parl.*, n° 2564, p. 3) : « [...] l'opposabilité de la cession de créance est régie par la loi du débiteur cédé ».



Schéma n° 4



32. Étudions, pour terminer, les règles uniformes prévues par la proposition qui sont susceptibles de s'appliquer à la situation internationale analysée au point B. ci-avant. La proposition établit, d'abord, une règle principale fondée sur la loi de la résidence habituelle du cédant (par exemple, le constituant d'un gage sur créance). Puis, elle prévoit deux exceptions fondées sur la loi de la créance cédée (par exemple, la loi applicable à une créance donnée en gage). Enfin, elle offre la possibilité pour le cédant et le cessionnaire, dans le cadre d'une titrisation, de choisir la loi de la créance cédée comme loi applicable à l'opposabilité de la cession.

III. Règles de conflit de lois de la proposition

33. La proposition prend soin de définir un certain nombre de termes. Tout d'abord, les termes « cession » et « créance », qui donnent ensemble l'expression « cession de créance », pourraient, dans l'état actuel du texte, avoir une portée trop limitée (A.). Ensuite, le terme « opposabilité », qui constitue un des pivots de la proposition, est actuellement défini de manière trop restrictive (B.). Ces éléments de la proposition ne donnent actuellement pas entière satisfaction. Nous terminerons par une application concrète de la règle

principale (loi de la résidence habituelle¹² du cédant) et de l'exception à cette règle relative aux espèces créédées sur un compte (loi de la créance cédée) (C.).

A. Termes « cession » et « créance »

34. La cession est définie dans la proposition comme « le transfert volontaire d'un droit de faire valoir une créance à l'égard d'un débiteur. Cette définition comprend les transferts de créances purs et simples, la subrogation conventionnelle, les **transferts de créances à titre de garantie**¹³, ainsi que les **nantissements**¹⁴ ou autres sûretés sur les créances » (art. 2, (c)).

Le terme « cession » inclut donc la cession de créance pure et simple (ou à titre de vente pourrions-nous aussi dire) et la subrogation conventionnelle de notre Code civil ainsi que le gage sur créance et le transfert de créance à titre de garantie régis par la loi du 5 août 2005.

35. La créance est « le droit de réclamer une dette de quelque nature que ce soit, monétaire ou non monétaire, découlant d'une obligation contractuelle ou non contractuelle » (art. 2, (d)). Elle confère au créancier « un droit au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une obligation par le débiteur » (considérant 14).

12. Dans la proposition, l'expression désigne « pour une société, une association ou une personne morale, le lieu où elle a établi son administration centrale ; pour une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, son lieu d'activité principal » (art. 2, (f)).

13. C'est nous qui soulignons.

14. C'est nous qui soulignons.

La définition a priori large du terme « créance » pourrait être discutée en pratique en raison de la formulation malheureuse utilisée par le considérant 16 de la proposition : « [L]es créances couvertes par le présent règlement sont¹⁵ les créances clients¹⁶, les créances découlant d'instruments financiers au sens de la directive 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers et les espèces portées au crédit d'un compte auprès d'un établissement de crédit ».

Ce considérant semble, en effet, réduire le champ d'application du futur règlement aux trois catégories de créances auxquelles il fait expressément référence. Si la formulation du considérant 16 de la proposition était maintenue, cela risquerait d'aboutir à l'exclusion d'un certain nombre de créances et donc de ne pas atteindre l'objectif d'uniformisation poursuivi par la proposition.

36. Ainsi, dans notre situation, seules les sûretés suivantes tomberaient dans le champ d'application du futur règlement :

- la sûreté sur les créances de l'emprunteur envers le prêteur concernant les comptes ouverts dans les livres de celui-ci et sur lesquels l'emprunteur a déposé des espèces ; et
- la sûreté sur les créances de l'emprunteur envers l'établissement de crédit luxembourgeois relatives aux comptes ouverts dans les livres de celui-ci et sur lesquels l'emprunteur a déposé des espèces.

Les sûretés sur les autres créances seraient en dehors du champ d'application du futur règlement et chaque État membre devrait appliquer ses propres règles de conflit de lois.

Par conséquent, l'application de la règle de conflit de lois luxembourgeoise à ces autres sûretés aboutirait au résultat décrit dans la partie II. ci-avant :

- la loi française serait applicable à la sûreté (nantissement) sur les créances de l'emprunteur envers les locataires de l'immeuble si ces locataires ont leur administration centrale en France ; et
- la loi française serait applicable à la sûreté (nantissement) sur les créances de l'emprunteur envers l'assureur de l'immeuble si cet assureur a son administration centrale en France ; et
- la loi luxembourgeoise serait applicable à la sûreté (gage) sur la créance de la société mère envers l'emprunteur qui est née du prêt d'actionnaire.

37. Afin de pallier cet inconvénient, nous suggérons de modifier le texte du considérant 16 comme suit (les changements sont soulignés d'un trait et en lettres italiques) : « [L]es créances couvertes par le présent règlement ***incluent, notamment***¹⁷, les créances clients, [...] ».

38. La situation dans laquelle une interprétation restrictive de la notion de « créance » serait retenue est représentée dans le schéma ci-après (« Schéma n° 5 »).

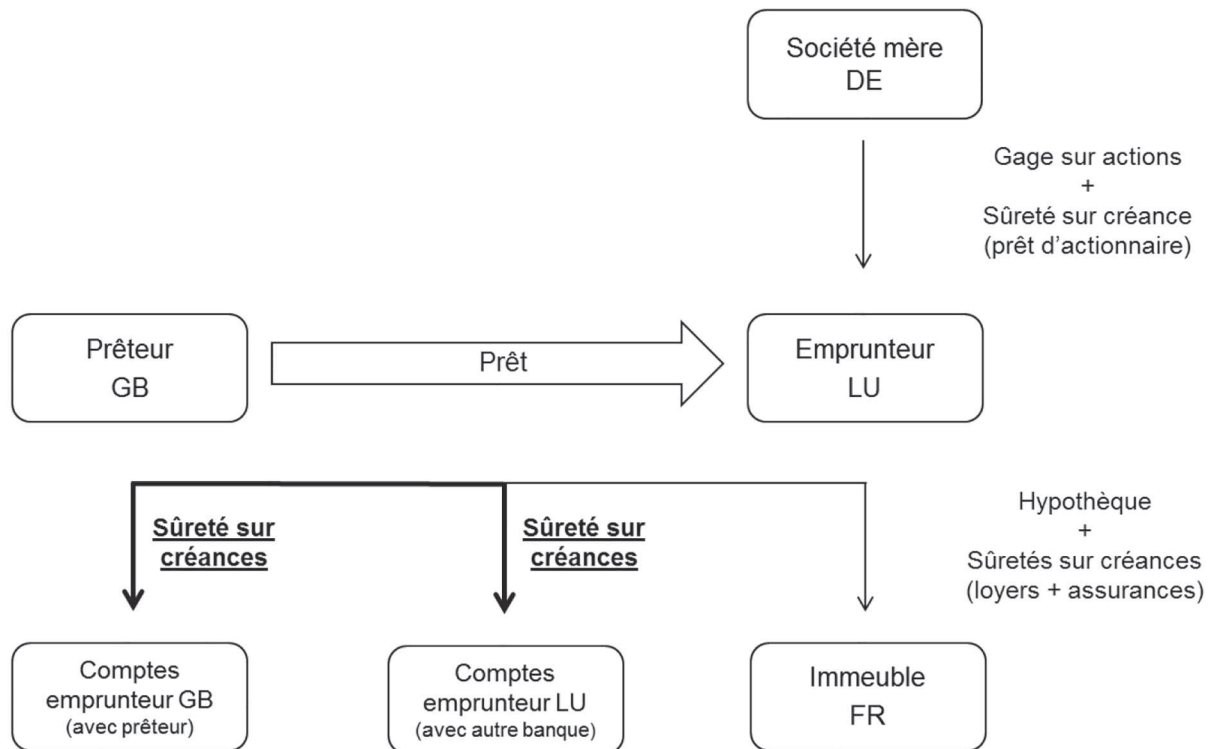
15. C'est nous qui soulignons. Le texte en anglais a le même sens : « The claims covered by this Regulation [...] ».

16. L'expression utilisée dans le texte en anglais est *trade receivables*. La proposition ne définit pas l'expression « créances clients » mais l'exposé des motifs indique qu'il s'agit de « créances traditionnelles » et donne l'exemple d'une somme d'argent qu'une entreprise doit recevoir d'un client pour des factures impayées.

17. C'est nous qui soulignons. Pour le texte en anglais, notre suggestion est la suivante (les changements sont en italiques) : « The claims covered by this Regulation *include, without limitation, trade receivables, [...]* ».



Schéma n° 5



B. Terme « opposabilité »

39. L'« opposabilité » est le terme central de la proposition. Il désigne « les effets patrimoniaux, c'est-à-dire le droit du cessionnaire de faire valoir son **titre de propriété**¹⁸ sur une créance qui lui a été cédée à l'égard d'autres cessionnaires ou bénéficiaires de la même créance ou d'une créance fonctionnellement équivalente, de créanciers du cédant et d'autres tiers » (art. 2, (c), et considérant 30).

40. Le texte de la proposition est malheureusement trop restrictif. Le gage ainsi que toutes les autres sûretés avec transfert de possession ou de contrôle n'entraînent pas de transfert de propriété ! L'objectif de la Commission d'inclure les sûretés sur créances dans le champ d'application du futur règlement ne pourra être atteint que si le texte est modifié.

41. Nous proposons les changements suivants dans le considérant 30 et à l'article 2, (e), de la proposition (les changements sont soulignés d'un trait et en lettres italiques) :

– Considérant 30 : « [...] La loi nationale désignée comme étant applicable devrait régir plus

particulièrement i) l'opposabilité de la cession, c'est-à-dire les mesures que doit prendre le cessionnaire pour acquérir ***la possession (effective, virtuelle, fictive, supposée ou symbolique), le contrôle ou*** le titre de propriété sur la créance cédée (par exemple, l'enregistrement de la cession auprès d'une autorité publique ou dans un registre public ou une notification écrite au débiteur l'informant de la cession) [...] ».

– Article 2, (e) : « opposabilité » : les effets patrimoniaux, c'est-à-dire le droit du cessionnaire de faire valoir ***sa possession, son contrôle ou*** son titre de propriété sur une créance qui lui a été cédée à l'égard d'autres cessionnaires ou bénéficiaires de la même créance ou d'une créance fonctionnellement équivalente, de créanciers du cédant et d'autres tiers »¹⁹.

42. Nous avons supposé pour la dernière partie de notre analyse que le considérant 16 de la proposition serait modifié pour inclure le plus grand nombre de catégories de créances et que le terme « opposabilité » ne serait plus limité au seul transfert du titre de propriété.

18. C'est nous qui soulignons. Le texte en anglais a le même sens : « 'third-party effects' means proprietary effects, that is, the right of the assignee to assert his legal title over a claim assigned to him [...] ».

19. Pour le texte en anglais, notre suggestion est la suivante (les changements sont en italiques) : « [...] The national law designated as applicable should govern in particular (i) the effectiveness of the assignment against third parties, that is, the steps that need to be taken by the assignee in order to ensure that he acquires *possession (actual, constructive, fictive, deemed or symbolic), control or legal title* over the assigned claim (for example, registering the assignment with a public authority or registry, or notifying the debtor in writing of the assignment) [...] » et « 'third-party effects' means proprietary effects, that is, the right of the assignee to assert his *possession, control or legal title* over a claim assigned to him towards other assignees or beneficiaries of the same or functionally equivalent claim, creditors of the assignor and other third parties ».



C. Règle de conflit de lois principale et exceptions

43. La proposition prévoit une règle de conflit de lois principale (1.) ainsi que plusieurs exceptions à cette règle. Parmi celles-ci figure la règle de conflit de lois désignant la loi applicable à la créance cédée lorsque des espèces sont créditées sur un compte (2.). On notera que les critères de rattachements retenus par la proposition ne sont pas cohérents avec les critères retenus dans des règlements européens²⁰. Nous terminerons cette dernière partie par la question du domaine de la loi applicable. En effet, une fois que la loi applicable à la cession d'une créance est déterminée, il est nécessaire de savoir ce qu'elle régit (3.).

1. Règle principale : loi de la résidence habituelle du cédant

44. La proposition contient une règle de conflit de lois principale désignant la loi de la résidence habituelle du cédant (par exemple, le constituant d'un gage) (art. 4, 1.). L'application de cette loi permettrait aux tiers intéressés (par exemple, un créancier gagiste) de connaître facilement à l'avance la loi nationale qui régira leurs droits (considérant 20) et de déterminer la loi applicable à l'opposabilité de la

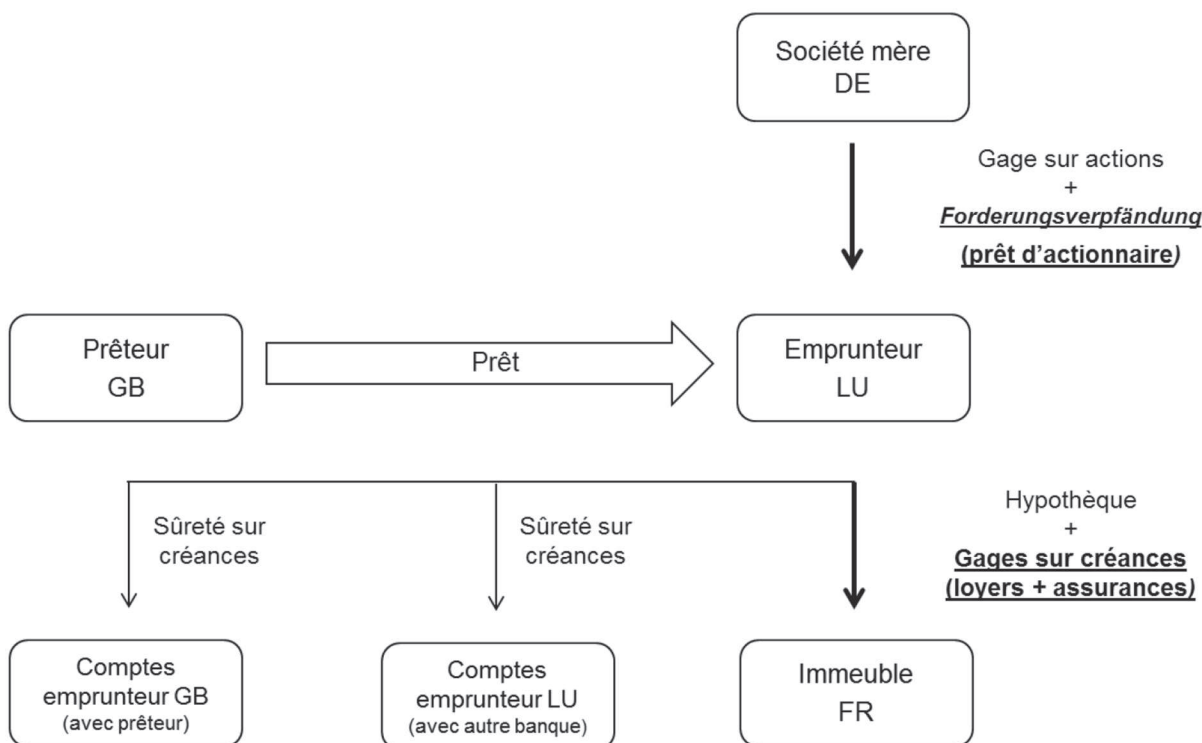
cession de créances futures. La règle de conflit de lois principale ne s'applique pas aux espèces portées au crédit d'un compte auprès d'un établissement de crédit (art. 4.2., (a)).

45. Dans la situation relative au financement immobilier qui nous occupe, seules les sûretés suivantes seraient régies par la loi de la résidence habituelle de l'emprunteur ou de la société mère (qui, pour rappel, ont leur administration centrale située à Luxembourg) :

- le gage de droit luxembourgeois sur les créances de l'emprunteur envers les locataires de l'immeuble même si ces locataires ont leur administration centrale en France ; et
- le gage de droit luxembourgeois sur les créances de l'emprunteur envers l'assureur de l'immeuble même si cet assureur a son administration centrale en France ; et
- la sûreté de droit allemand (*Forderungsverpfändung*) sur la créance de la société mère envers l'emprunteur qui est née du prêt d'actionnaire.

46. La situation reprenant la solution dégagée par la règle de conflit de lois principale de la proposition est décrite dans le schéma ci-après (« Schéma n° 6 »).

Schéma n° 6



20. Ainsi, par exemple, le Règlement Insolvabilité *bis* retient les critères suivants : « pour les espèces détenues sur des comptes ouverts auprès d'un établissement de crédit, l'État membre mentionné dans le code IBAN du compte ou, pour les espèces détenues sur des comptes ouverts auprès d'un établissement de crédit ne possédant pas de code IBAN, l'État membre dans lequel l'établissement de crédit détenant le compte a son administration centrale ou, si le compte est ouvert auprès d'une succursale, d'une agence ou d'un autre établissement, l'État membre dans lequel se situe la succursale, l'agence ou l'autre établissement » et « pour les créances sur des tiers autres que celles portant sur les actifs visés au point iii), l'État membre sur le territoire duquel se situe le centre des intérêts principaux du tiers débiteur [...] » (art. 2, 9), iii) et viii)). Voir aussi l'article 4, 4), du règlement (UE) n° 655/2014 du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires.



2. Exception à la règle principale : loi de la créance cédée

47. La proposition prévoit une règle de conflit de lois désignant la loi applicable à la créance cédée (par exemple, une créance donnée en gage) lorsque des espèces sont créditées sur un compte ouvert dans les livres d'un établissement de crédit (art. 4, 2., (a)). La loi de la créance cédée offrirait une plus grande prévisibilité aux tiers (par exemple, les créanciers du cédant et les cessionnaires concurrents) car il serait généralement admis que la créance du titulaire d'un compte sur lequel sont déposées des espèces est régie par la loi du pays où l'établissement de crédit est établi (considérant 26).

48. La règle de conflit de lois désignant la loi applicable à la créance cédée ne répondrait pas nécessairement aux objectifs de sécurité juridique et de réduction des coûts de la proposition. En pratique, la détermination de la loi applicable aux aspects réels pourrait rencontrer quelques difficultés. Est-ce que le contrat ayant donné naissance à la créance devant être cédée (par exemple, la convention de compte conclue entre l'emprunteur et le prêteur) est disponible et peut être communiqué au cessionnaire ? À supposer qu'il soit disponible, quelle est la loi qui lui est applicable ? Contient-il une clause de choix de loi au sens du Règlement Rome I ? À supposer que le contrat contienne une telle clause, ce choix est-il valable au sens de l'article 3 du Règlement Rome I ? Si le contrat ne contient pas de clause de droit applicable ou que celle-ci n'est pas valable, quel est le droit applicable à ce contrat et à la créance née de ce contrat ? Le recours aux solutions posées par l'article 4 du Règlement Rome I pourrait être difficile, notamment lorsque le contrat donnant naissance à la créance est conclu entre des parties dont chacune pourrait être le débiteur de la prestation caractéristique. *Quid* lorsque plusieurs créances devant être cédées sont nées de dizaines voire de centaines de contrats ? Le temps mis à les examiner (*due diligence*) et à déterminer la loi qui leur est applicable (ce qui ne sera pas toujours possible) ne permettra pas aux

parties de bénéficier de la sécurité juridique et de la réduction des coûts que la proposition souhaite atteindre comme objectifs. *Quid* encore lorsque les parties au contrat donnant naissance à la créance décident de changer – en cours de contrat – la loi qui est applicable à celui-ci (et, par suite, à la créance née de ce contrat) ?

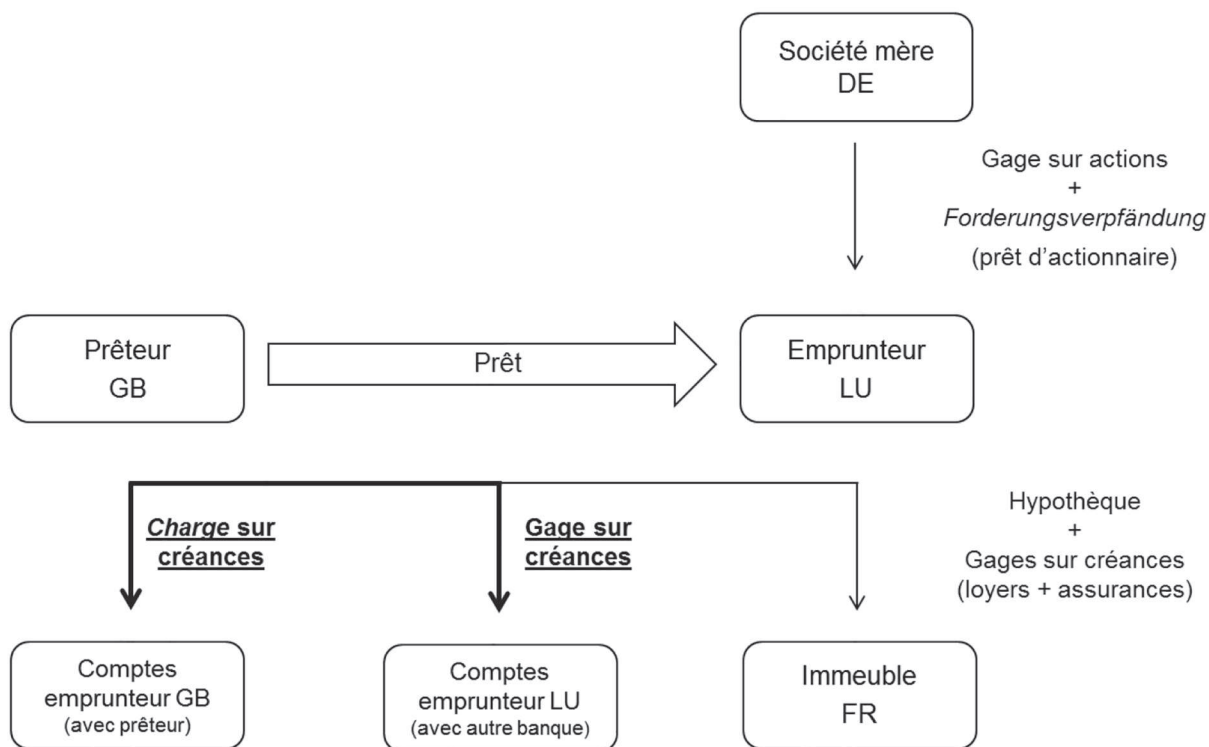
49. La solution pour les espèces détenues sur des comptes ouverts auprès d'un établissement de crédit, qui répondrait au mieux aux objectifs de sécurité juridique et de réduction de coûts ne serait-elle pas celle déjà donnée par le Règlement Insolvabilité *bis*, à savoir le pays mentionné dans le code IBAN du compte ou, pour les espèces détenues sur des comptes ouverts auprès d'un établissement de crédit ne possédant pas de code IBAN, le pays dans lequel l'établissement de crédit détenant le compte a son administration centrale ? Cette approche aurait également le mérite d'assurer une certaine cohérence au niveau des règles européennes.

50. En ce qui concerne la situation liée au financement immobilier que nous examinons ici, les sûretés suivantes seraient régies par la loi de la créance donnée en gage :

- la sûreté de droit anglais (*charge*) sur les créances de l'emprunteur envers le prêteur concernant les comptes ouverts dans les livres de celui-ci et sur lesquels l'emprunteur a déposé des espèces (à supposer que ces créances soient régies par le droit anglais) ; et
- le gage de droit luxembourgeois sur les créances de l'emprunteur envers l'établissement de crédit luxembourgeois relatives aux comptes ouverts dans les livres de celui-ci et sur lesquels l'emprunteur a déposé des espèces (à supposer que ces créances soient régies par le droit luxembourgeois).

51. La situation reprenant la solution dégagée par la règle de conflit de lois qui vient d'être décrite de la proposition est représentée dans le schéma ci-après (« Schéma n° 7 »).





3. Domaine de la loi applicable

52. Après que la loi applicable à la cession d'une créance ait été déterminée en fonction des règles de conflit de lois que nous venons d'examiner, il convient de connaître ce que cette loi entend régir.

53. L'article 5 de la proposition contient une liste exemplative d'éléments qui sont régis par la loi désignée. Les éléments mentionnés expressément sont l'opposabilité d'une cession de créance à l'égard des tiers (art. 5, a)) et la priorité en cas de droits concurrents (art. 5, b) à e)).

54. La directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (« Directive Collateral » ou « DCGF »)²¹ institue un cadre juridique communautaire minimal pour les contrats de garantie financière sous forme d'espèces ou d'instruments financiers. Elle contient une règle de conflit de lois pour les garanties financières sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte qui désigne la loi du pays où le compte pertinent se trouve²² (art. 9, 1., DCGF).

La Directive Collateral énumère, en outre, les aspects réels qui sont régis par cette loi (art. 9, 2., DCGF) :

- la nature juridique et les effets patrimoniaux de la garantie financière ;
- les exigences de mise au point du contrat de garantie financière et de constitution de la garantie financière ;
- les formalités d'opposabilité aux tiers du contrat de garantie financière et de la constitution de la garantie financière ;
- la priorité en cas de droits concurrents ;
- les formalités de réalisation de la garantie financière en cas d'évènement entraînant son exécution.

55. La loi du 5 août 2005, qui transpose la Directive Collateral en droit luxembourgeois, reprend le texte sur les conflits de lois de la Directive Collateral (art. 23 LCGF), sous réserve de certaines adaptations terminologiques du texte nécessaires à sa compréhension et de l'ajout de deux paragraphes qui sont repris de la Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire²³.

56. Les aspects réels visés par la Directive Collateral et la loi du 5 août 2005 concernent les garanties financières sur instruments financiers transmissibles par inscription en compte. Ces aspects s'appliquent, en

21. J.O., L.168, 27 juin 2002, pp. 43 et s.

22. Le compte pertinent est « le registre ou le compte – qui peut être tenu par le preneur de la garantie – où sont portées les inscriptions par lesquelles les instruments financiers sont remis à titre de garantie au preneur » (art. 1, h), DCGF).

23. Voir l'article 2, 1., e) et g), de la Convention du 5 juillet 2006.

outre, de manière plus générale aux garanties financières sur avoirs et, notamment, au gage sur créance et au transfert de créance à titre de garantie. On notera que dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de garantie financière²⁴ le texte relatif au conflit de lois visait non seulement les garanties financières sous forme de titres dématérialisés mais aussi celles sous forme d'espèces.

57. Afin d'assurer une plus forte cohérence des textes européens, nous suggérons les modifications suivantes dans le considérant 30 et à l'article 5 de la proposition (les changements sont soulignés d'un trait et en lettres italiques) :

– Considérant 30 : « [...] La loi nationale désignée comme étant applicable devrait régir plus

particulièrement i) *la nature juridique de la cession et les exigences permettant d'assurer la création et l'opposabilité de la cession [...] et iii) les formalités requises pour la réalisation de la cession à la suite de la survenance d'un événement entraînant l'exécution* ».

- Article 5 : « La loi applicable à l'opposabilité d'une cession de créances en vertu du présent règlement régit notamment :
 - a) *la nature juridique de la cession et* les exigences permettant d'assurer *la création et* l'opposabilité de la cession à l'égard de tiers [...] ;
 - f) *les formalités requises pour la réalisation de la cession à la suite de la survenance d'un événement entraînant l'exécution* »²⁵.

24. COM (2001) 168 final.

25. Pour le texte en anglais, notre suggestion est la suivante (les changements sont en italiques) : « [...] The national law designated as applicable should govern in particular (i) *the legal nature of the assignment and the requirements to ensure the creation and the effectiveness of the assignment [...] and (iii) the steps required for the realisation of the assignment following the occurrence of an enforcement event* » et « The law applicable to the third-party effects of assignment of claims pursuant to this Regulation shall govern, in particular (a) *the legal nature of the assignment and the requirements to ensure the creation and the effectiveness of the assignment against third parties [...]; (f) the steps required for the realisation of the assignment following the occurrence of an enforcement event* ».

