



Association
Henri Capitant

PROJET DE CODE EUROPEEN DES AFFAIRES

LIVRE 8

DROIT BANCAIRE

Document de travail provisoire pour
discussion

Groupe de travail (par ordre alphabétique) :

Michèle GREGOIRE, Professeur à l'Université Libre de Bruxelles, Avocate à la Cour de cassation, Codirectrice

Matthias LEHMANN, Professeur à l'Université de Vienne, Codirecteur

Iris BARSAN, Maître de conférences à l'Université Paris-Est Créteil,

Thierry BONNEAU, Professeur à l'Université Paris-Panthéon Assas,

Anne-Claire ROUAUD, Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne.

Document de travail provisoire pour
discussion

LIVRE 8 : DROIT BANCAIRE

Commentaire introductif : Le Titre 1 a pour objet de donner une vue générale des professionnels intervenant dans le secteur bancaire. Il ne préjuge pas les qualités requises par le droit européen et national pour accomplir les opérations dont le régime juridique est prévu au Titre 2, celui-ci prévoyant un régime optionnel que les parties peuvent choisir au lieu et place d'une loi d'un des États membres.

TITRE 1 : LES PRESTATAIRES

Article 8.1.1. - Principes généraux

La supervision des professionnels relevant du secteur bancaire est régie par le droit européen et national.

Commentaire : C'est une disposition de référence. Les textes concernant la supervision bancaire ne peuvent être sujet à aucun aménagement contractuel.

Article 8.1.2 – Agrément

La réalisation de certaines des opérations régies par le Titre 2 peut être conditionnée à un agrément préalable conformément à la législation européenne et nationale en vigueur.

Commentaire : Cet article a pour but une clarification. En vertu de la réglementation nationale et européenne applicable, la fourniture des services bancaires européens visés au Titre 2 du présent Livre peut impliquer l'obtention par leur prestataire d'un agrément préalable. A défaut d'agrément, les prestataires de services bancaires européens sont susceptibles d'être sanctionnés pour violation de la réglementation susmentionnée.

TITRE 2 : LES OPERATIONS

Commentaire préliminaire : Ce livre innove en introduisant plusieurs nouveaux instruments optionnels.

CHAPITRE 1 : LES CREDITS PAR CAISSE

SECTION 1 : LE PRET EUROPEEN

§ 1 : Notion, champ d'application, principes généraux

Article 8.2.1.1.1.1 – Notion

Le prêt européen est un contrat par lequel un professionnel met ou promet des fonds à disposition d'un autre professionnel.

Le prêt peut être à titre gratuit ou à titre onéreux.

Commentaire : La définition du prêt européen retient un critère économique. Elle englobe aussi bien les promesses de prêt que les prêts eux-mêmes. Les qualifications du droit national ne sont pas applicables.

Article 8.2.1.1.1.2 – Choix

- 1. Le régime du prêt européen ne s'applique que si les parties l'ont choisi. Le choix doit être exprès. Il n'est pas soumis à une forme particulière.*
- 2. Le choix peut être fait à tout moment. Les droits des tiers ne sont pas affectés par un changement de régime.*
- 3. Un choix partiel des dispositions sur le contrat de prêt européen est exclu.*

Commentaire : Le régime du prêt européen est optionnel. Les règles de droit national restent applicables dès lors que les parties ne l'ont pas choisi de manière expresse.

Le deuxième alinéa s'inspire du Règlement Rome I (article 3 al. 2).

Le régime du contrat de prêt européen constitue un ensemble. Un dépeçage entre le régime européen et le régime national n'est pas possible. Cela n'exclut pas la possibilité de dévier de certaines dispositions en exerçant la liberté contractuelle (v. article 3).

Article 8.2.1.1.1.3 – Relation avec le droit national

- 1. Les dispositions de cette section priment sur toute disposition de droit national, y compris les règles impératives.*
- 2. Les dispositions en matière de supervision, de fiscalité et de comptabilité restent applicables.*

Commentaire : Les règles sur le prêt européen font partie du droit supranational de l'UE. En tant que telles, elles écartent toutes les dispositions des États membres qui tombent dans leur champ d'application. Cela concerne aussi bien les questions qui sont visées expressément par ces dispositions que celles qui ne sont pas expressément visées mais qui tombent dans le champ du droit des contrats, tel que l'usure, le contrôle des clauses abusives et le taux effectif global (TEG).

En même temps, les règles qui sont en dehors du régime contractuel ne sont pas touchées.

Article 8.2.1.1.1.4 – Comblement de lacunes

- 1. Les questions relatives à la capacité sont régies par le droit national applicable.*

4. *Toutes les autres questions qui ne sont pas réglées par les dispositions suivantes sont régies par les principes communs du droit des contrats de l'Union européenne.*

Commentaire : Le régime ne comporte pas de disposition sur la capacité des parties à conclure un contrat. Cette question est régie par les règles pertinentes du droit national. Les conflits de lois en matière d'incapacité sont partiellement résolus par le Règlement Rome I (article 13).

Pour les règles générales du droit des contrats, telles celles relatives à la conclusion du contrat ou aux conséquences de l'inexécution, référence est faite aux principes communs du droit des contrats de l'Union européenne, tels qu'ils seront consacrés par la jurisprudence à l'occasion de l'interprétation du présent Code (les Principes de Droit Européen des contrats élaborés par le « Groupe Lando » pouvant fournir un modèle/ une source d'inspiration).

Article 8.2.1.1.1.5 – Liberté contractuelle

Les parties peuvent adapter, dans les conditions prévues par la présente section, le régime du prêt européen.

Commentaire : Le choix du régime du prêt européen entraîne l'applicabilité de ses dispositions.

Les parties sont libres d'adapter le prêt européen à leurs besoins.

Article 8.2.1.1.1.6 – Indépendance du prêt européen par rapport à l'opération financée

La validité et l'exécution du prêt européen sont indépendantes de l'opération financée, sauf stipulation contraire.

Commentaire : L'indépendance du contrat de financement par rapport au contrat financé est un principe classique du droit bancaire. Il est retenu ici à ce titre. La disposition n'exclut pas qu'il y existe des exceptions, par exemple en cas de fraude qui affecte les deux contrats simultanément.

§ 2 : Conclusion du contrat

Article 8.2.1.1.2.1 – Information pré-contractuelle

1. *Le prêteur doit informer, préalablement à la conclusion du contrat, et en respectant un délai raisonnable, l'emprunteur, des conditions du contrat de prêt.*
2. *Le prêteur, professionnel du prêt, doit attirer l'attention de l'emprunteur sur l'adéquation ou le défaut d'adéquation du prêt eu égard à la situation financière dudit emprunteur.*

Commentaire : L'objectif de l'alinéa 1 est de transmettre au client les conditions générales et essentielles du contrat.

L'alinéa 2 a pour but d'attirer l'attention du client sur les risques concrets encourus par lui. Il n'implique aucune obligation de refuser le prêt.

Article 8.2.1.1.2.2 – Contrat consensuel

Le prêt européen est formé dès l'échange des consentements.

Commentaire : La mise à disposition des fonds n'est pas une condition de formation du contrat. L'exécution forcée du contrat est possible.

Article 8.2.1.1.2.3 – Preuve

Le prêt européen est établi sur tout support durable.

Article 8.2.1.1.2.4 – Coût total du prêt européen

- 1. L'emprunteur doit être informé, préalablement à la conclusion du prêt européen, de son coût total.*
- 2. Le coût total du prêt européen doit prendre en compte l'ensemble des éléments l'ayant conditionné.*
- 3. Un défaut d'information ou une information inexacte de l'emprunteur n'emporte pas nullité de la clause. La responsabilité du prêteur peut être engagée.*

Commentaire : Le coût du prêt européen ne se réduit pas aux intérêts. Il doit prendre en considération d'autres frais, tel que les frais de dossier ou les primes d'assurance si celle-ci a été imposée par le prêteur à l'emprunteur.

Le préjudice indemnisable réside dans la différence entre le taux résultant des coûts pris clairement en considération pour le calcul du coût et le taux incluant les éléments omis ou inexacts lors dudit calcul.

§ 3 : Obligations des parties

Article 8.2.1.1.3.1 – Mise à disposition des fonds

- 1. Le prêteur met les fonds à la disposition de l'emprunteur à la date et aux conditions convenues par les parties.*
- 2. Les parties décident de libérer les fonds en une ou plusieurs fois.*

Article 12 – Monnaie

- 1. Seule une devise ayant cours légal peut être choisie par les parties pour la mise à disposition et le remboursement des fonds.*

2. *La devise choisie pour le remboursement peut être différente de celle choisie pour la mise à disposition.*

3. *L'emprunteur doit être informé, préalablement à la conclusion du contrat, du risque de change résultant de l'emploi d'une devise autre que celle ayant cours légal sur le territoire duquel le contrat est conclu ou résultant de l'emploi de devises différentes pour la mise à disposition et le remboursement des fonds. Des exemples chiffrés doivent illustrer le risque de change pesant sur l'emprunteur.*

Commentaire : On valide les clauses de monnaies de paiement et on exclut les crypto-monnaies qui n'ont pas cours légal.

Article 8.2.1.1.3.2 – Destination des fonds

1. *Le prêt européen peut être affecté à un usage particulier.*

2. *En cas de prêt affecté, les parties peuvent convenir que le prêteur sera chargé de veiller à la destination des fonds. Un manquement à cette obligation peut entraîner la résiliation du prêt européen. La responsabilité de la partie assujettie à cette obligation peut être engagée.*

Commentaire : Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 6 relatif à l'indépendance des contrats.

Article 8.2.1.1.3.4 – Rémunération

1. *L'emprunteur rémunère le prêteur aux conditions convenues à l'acte de prêt.*

2. *Cette rémunération consiste dans le paiement de tout intérêt et commission convenu audit acte.*

Article 8.2.1.1.3.5 – Taux de l'intérêt conventionnel

1. *Le taux peut être fixe ou variable.*

2. *Le jeu d'une clause de variation ne peut, sauf stipulation contraire, amener le prêteur à verser des intérêts à l'emprunteur.*

3. *La preuve du taux de l'intérêt conventionnel peut être apportée par tous moyens.*

Commentaire : On neutralise la jurisprudence française selon laquelle l'absence d'écrit ou l'inexactitude de la clause stipulant le taux de l'intérêt emporte nullité de la clause. Par ailleurs, on sécurise la question des intérêts négatifs.

Art.6 :107, Principes Lando (suppression de l'indice de référence).

Article 8.2.1.1.3.6 – Calcul des intérêts

1. *En cas de silence du prêt européen, l'année de référence prise pour le calcul des intérêts est l'année civile.*
2. *Sauf stipulation contraire, les intérêts courent à compter de la mise à disposition des fonds.*

Commentaire : Le calcul du montant des intérêts *pro rata temporis* nécessite de déterminer le nombre de jours dans l'année. D'où le choix de l'année civile (365 ou 366). On évite ainsi une pratique bancaire qui retenait le nombre de 360.

Article 8.2.1.1.3.7 – Capitalisation des intérêts

Dans le silence du contrat, la créance d'intérêts ne produit pas d'intérêt.

Commentaire : Solutions divergentes en droit français (autorisation conditionnelle) et en droit allemand (interdiction).

Article 8.2.1.1.3.8 – Remboursement

1. *L'emprunteur rembourse les fonds aux échéances et conditions convenues.*
2. *En cas de silence du contrat, le prêteur peut exiger le remboursement après avoir informé l'emprunteur et en lui laissant un délai raisonnable pour l'exécution de ses obligations.*

Commentaire : Le deuxième alinéa donne au prêteur une faculté dont les deux conditions sont impératives.

Article 8.2.1.1.3.9 – Remboursement anticipé

1. *Le remboursement anticipé peut être autorisé par le contrat.*
2. *Dans ce cas, le contrat peut prévoir le paiement de pénalités.*

Commentaire : On ne donne pas au juge le pouvoir de réduire le montant des pénalités.

§ 4 : Inexécution

Article 8.2.1.1.4 – Information en cas d'exception d'inexécution

Si le prêteur exerce son droit de suspendre l'exécution du prêt européen, il doit préalablement informer l'emprunteur de son intention et de ses motifs.

Commentaire : L'article 9:201 des principes Lando ne prévoit pas l'information préalable.

§ 5 : Durée et fin du prêt européen

Article 8.2.1.1.5.1 – Durée

1. *Le prêt européen peut être conclu pour une durée déterminée ou une durée indéterminée.*
2. *Si le prêt européen est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin par lettre recommandée avec accusé de réception en respectant le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.*
3. *Un prêt européen conclu à durée déterminée doit s'exécuter jusqu'à son terme, sauf stipulation contraire.*

Commentaire : Le pouvoir de révision du juge est écarté car le droit national ne s'applique pas.

Article 8.2.1.1.5.2 – Prorogation

Un prêt européen à durée déterminée peut être prorogé avant l'arrivée du terme si les cocontractants en manifestent la volonté. La prorogation n'emporte pas novation sauf stipulation contraire. Elle ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers.

Commentaire : La modification du terme est susceptible d'aggraver la situation de la caution ou de tout tiers. D'où la recherche d'équilibre dans cette disposition.

Article 8.2.1.1.5.3 – Fin

1. *Le prêt européen prend fin par le remboursement du nominal et le paiement des intérêts conformément aux stipulations contractuelles.*
2. *Ni la dissolution de la personne morale, ou toute modification emportant transmission universelle de son patrimoine, ni le décès de la personne physique ne mettent fin au contrat, sauf stipulation contraire.*
3. *En cas de détérioration significative de la situation patrimoniale de l'emprunteur, le prêteur peut mettre fin au contrat.*

Commentaire : Sur l'alinéa 3 : Si le contrat n'est pas automatiquement terminé par la disparition de l'emprunteur, le prêteur doit avoir la possibilité de mettre un terme à la relation contractuelle lorsqu'il se trouve face au successeur de l'emprunteur.

SECTION 2 : LE CREDIT-BAIL EUROPEEN

Commentaire : Cette section reprend la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail conclue à Ottawa le 28 mai 1988, avec les aménagements nécessaires.

§ 1 : Notion, champ d'application, principes généraux

Article 8.2.1.2.1.1 – Notion

1. *Le crédit-bail européen est une opération décrite au paragraphe 2, dans laquelle un crédit-bailleur*

a) conclut, sur l'indication d'une autre partie, le crédit-preneur, un contrat de fourniture avec une troisième partie, le fournisseur, en vertu duquel elle acquiert un bien meuble à usage professionnel dans des termes approuvés par le crédit-preneur pour autant qu'ils le concernent, et

5. b) conclut un contrat de crédit-bail avec le crédit-preneur donnant à celui-ci le droit d'utiliser le bien moyennant le paiement de loyers.

2. *L'opération de crédit-bail visée au paragraphe précédent est une opération qui présente les caractéristiques suivantes :*

a) le crédit-preneur choisit le bien et le fournisseur sans faire appel de façon déterminante à la compétence du crédit-bailleur ;

b) l'acquisition du bien incombe au crédit-bailleur en vertu d'un contrat de crédit-bail, conclu ou à conclure entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur, dont le fournisseur a connaissance ;

c) les loyers stipulés au contrat de crédit-bail sont calculés pour tenir compte notamment de l'amortissement de la totalité ou d'une partie importante du coût du bien.

3. *La présente section s'applique que le crédit-preneur ait ou qu'il n'ait pas, à l'origine ou par la suite, la faculté d'acheter le bien ou de le louer à nouveau, même pour un prix ou un loyer symbolique.*

Article 8.2.1.2.1.2 – Choix

1. *Le régime du crédit-bail européen ne s'applique que si les parties l'ont choisi. Le choix doit être exprès. Il n'est pas soumis à une forme particulière.*

2. *Le choix peut être fait à tout moment. Les droits des tiers ne sont pas affectés par un changement de régime.*

3. *Un choix partiel des dispositions sur le contrat de crédit-bail européen est exclu.*

Article 8.2.1.2.1.3 – Relation avec le droit national

1. Les dispositions de cette section priment sur toute disposition de droit national, y compris les règles impératives.
2. Les dispositions en matière de supervision, de fiscalité et de comptabilité restent applicables.

Article 8.2.1.2.1.4 – Comblement de lacunes

1. Les questions relatives à la capacité sont régies par le droit national applicable.
2. Toutes les autres questions qui ne sont pas réglées par les dispositions suivantes sont régies par les principes communs du droit des contrats de l'Union européenne.

Article 8.2.1.2.1.5 – Liberté contractuelle

Les parties peuvent, dans leurs relations mutuelles, déroger à l'une quelconque des dispositions de la présente section ou en modifier les effets, à l'exception de ce qui est prévu au paragraphe 2 de l'article 8.2.1.2.1.10.

Article 8.2.1.2.1.6 – Pluralité d'opérations

Dans le cas d'une ou de plusieurs opérations de sous-crédit-bail ou de sous-location portant sur le même bien, la présente section s'applique à chaque opération qui constitue une opération de crédit-bail et qui est régie par la présente section, comme si la personne de qui le premier crédit-bailleur a acquis le bien était le fournisseur, et comme si le contrat en vertu duquel le bien a été ainsi acquis était le contrat de fourniture.

Article 8.2.1.2.1.7 – Fixation du bien à un immeuble

1. Les dispositions de la présente section ne cessent pas de s'appliquer du simple fait de l'incorporation ou de la fixation du bien à un immeuble.
2. Les questions relatives à l'incorporation ou à la fixation du bien à un immeuble, ainsi que les droits respectifs du crédit-bailleur et des titulaires d'un droit réel sur l'immeuble qui en résultent, sont régis par la loi de l'État du lieu de situation de cet immeuble.

§ 2 : Droits et obligations des parties

Article 8.2.1.2.1.8 – Opposabilité des droits réels

Les droits réels du crédit-bailleur sur le bien sont opposables aux tiers à compter du moment de l'enregistrement du contrat de crédit-bail sur un registre européen prévu à cet effet.

Commentaire : Tant qu'un registre européen de publicité n'a pas été mis en place, le registre visé dans cet article consiste dans les registres nationaux interconnectés.

Article 8.2.1.2.1.9 – Exercice des droits et des actions à l'égard du fournisseur

1. *Les droits et actions à l'égard du fournisseur du bien sont exercés par le crédit-bailleur ou par le crédit-preneur.*
2. *Le contrat de crédit-bail détermine l'étendue et les modalités d'exercice des droits visés au paragraphe 1 par le crédit-preneur.*
3. *En cas de silence du contrat, les actions relatives à la garantie des vices cachés et la garantie de conformité sont exercées par le crédit-preneur.*
4. *Le crédit-preneur ne peut résilier ou annuler le contrat de fourniture ni exercer une action à cette fin sans le consentement du crédit-bailleur.*

Commentaire : Les principales actions sont celles relatives à l'éviction, à la garantie des vices cachés et à la conformité. Il est possible de reconnaître au crédit-preneur la possibilité de demander la résiliation du contrat. Le consentement du crédit-bailleur mentionné au paragraphe 4 peut être donné dans le contrat de crédit-bail.

Article 8.2.1.2.1.10 – Responsabilité

1. *Le crédit-bailleur est exonéré de toute responsabilité liée au bien à l'égard du crédit-preneur si celui-ci peut agir contre le fournisseur du bien en vertu de l'article 8.2.1.2.1.9.*
2. *Le crédit-bailleur garantit en tout état de cause le crédit-preneur de l'éviction ou de tout trouble de jouissance du fait d'une personne ayant un droit de propriété ou un droit supérieur, ou qui fait valoir un tel droit dans le cadre d'une procédure judiciaire, lorsque ce droit ou cette prétention ne résulte pas de l'acte ou de l'omission du crédit-preneur.*
3. *Les parties ne peuvent déroger aux dispositions du paragraphe précédent ni en modifier les effets dès lors que le droit ou la prétention résulte de l'acte ou de l'omission intentionnel du crédit-bailleur, ou de sa faute lourde.*

Commentaire : On a rajouté l'alinéa 1er.

Article 8.2.1.2.1.11 – Réception, usage et restitution du bien

1. *Le crédit-preneur reçoit le bien, en vérifie la conformité et signale au fournisseur toute non-conformité dans un délai raisonnable.*
2. *Le crédit-preneur prend soin du bien, l'utilise dans des conditions raisonnables et le maintient dans l'état où il a été livré, compte tenu de l'usure consécutive à un usage normal et de toute modification du bien convenue par les parties.*
3. *A la fin du contrat de crédit-bail, le crédit-preneur restitue le bien au crédit-bailleur dans l'état décrit au paragraphe précédent, à moins qu'il ne l'ait acheté ou loué à nouveau.*

Commentaire : On a rajouté l'alinéa 1er.

Article 8.2.1.2.1.12 – Modification des droits

Il ne peut être porté atteinte aux droits du crédit-preneur, résultant du contrat de fourniture, par une modification d'un terme quelconque du contrat de fourniture qu'il a préalablement approuvé, à moins qu'il n'ait consenti à cette modification.

Article 8.2.1.2.1.13 – Inexécution du contrat ou livraison tardive

1. *A défaut de livraison, en cas de livraison tardive ou de livraison d'un bien non conforme au contrat de fourniture :*
2. *a) le crédit-preneur a le droit, à l'égard du crédit-bailleur, de refuser le bien, de retenir les loyers ou de résilier le contrat de crédit-bail ; et*
3. *b) le crédit-bailleur a le droit de remédier à l'inexécution de son obligation en livrant un bien conforme au contrat.*
4. *Lorsqu'il a résilié le contrat de crédit-bail, le crédit-preneur peut recouvrer tous les loyers et autres sommes payés à l'avance, diminués d'une somme raisonnable eu égard au profit qu'il a pu éventuellement retirer du bien.*
5. *Le présent article ne porte pas atteinte aux droits reconnus au crédit-preneur par l'article 8.2.1.2.1.9 à l'encontre du fournisseur.*

Commentaire : Les articles 13 et 14 de la Convention d'Ottawa ont été supprimés parce qu'ils relèvent du droit commun.

CHAPITRE 2 : LES CREDITS EUROPEENS PAR MOBILISATION DE CREANCES

SECTION 1 : LA CESSION EUROPEENNE DE CREANCE

§ 1 : Définitions, champ d'application, principes généraux

Article 8.2.2.1.1.1 – Notion

1. *La cession européenne de créance est un contrat par lequel un créancier professionnel cédant transmet tout ou partie de sa créance contre le débiteur professionnel cédé à un tiers appelé le cessionnaire.*
2. *La cession peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.*
3. *Elle peut être faite à titre onéreux ou gratuit.*
4. *Elle s'étend à l'ensemble des accessoires de la créance.*

Commentaire : Cet article reprend en substance l'article 1321 du Code civil français. La cession doit être née dans le cadre d'une activité professionnelle.

Article 8.2.2.1.1.2 – Choix

1. *Le régime de la cession européenne de créance ne s'applique que si les parties l'ont choisi. Le choix doit être exprès. Il n'est pas soumis à une forme particulière.*
2. *Le choix peut être fait à tout moment. Les droits des tiers ne sont pas affectés par un changement de régime.*
3. *Un choix partiel des dispositions sur la cession européenne de créance est exclu.*

Article 8.2.2.1.1.3 – Relation avec le droit national

1. *Les dispositions de cette section priment sur toute disposition de droit national, y compris les règles impératives.*
2. *Les dispositions en matière de supervision, de fiscalité et de comptabilité restent applicables.*

Article 8.2.2.1.1.4 – Comblement de lacunes

1. *Les questions relatives à la capacité sont régies par le droit national applicable.*
2. *Toutes les autres questions qui ne sont pas réglées par les dispositions suivantes sont régies par les principes communs du droit des contrats de l'Union européenne.*

Article 8.2.2.1.1.5 – Liberté contractuelle

Les parties peuvent adapter, dans les conditions prévues par la présente section, le régime de la cession européenne de créance.

§ 2 : Droits et obligations des parties

Article 8.2.2.1.2.1 – Validité de la cession

1. *La cession de créance est constatée par écrit sur tout support durable.*
2. *La cession est valide nonobstant toute clause stipulant l'incessibilité de la créance. L'incessibilité de la créance demeure toutefois opposable au cessionnaire qui avait connaissance ou qui ne pouvait raisonnablement ignorer la stipulation d'incessibilité au moment de la cession.*

Commentaire : Le premier alinéa de cet article s'inspire de la disposition de l'article 1322 du Code civil français exigeant un écrit aux fins de constater toute cession de créance. L'alinéa 2 du présent article consacre le régime de faveur des cessions en désactivant toute clause restrictive faisant obstacle à la mobilisation des créances. Cette disposition se justifie en particulier par le fait que le régime de la cession européenne de créance ne puisse être choisi que par des professionnels. La désactivation des clauses d'incessibilité permet par ailleurs un certain rééquilibrage contractuel en favorisant le financement des petites et moyennes entreprises tout en protégeant le cessionnaire de bonne foi. Le débiteur cédé n'est toutefois pas dépourvu de tout recours en aval, la

disposition de l'alinéa 2 permettant en effet au débiteur d'opposer la clause d'incessibilité à tout cessionnaire qui avait connaissance ou qui ne pouvait pas raisonnablement ne pas avoir eu connaissance de l'existence d'une clause d'incessibilité au moment de la conclusion du contrat de cession.

Article 8.2.2.1.2.2 – Date de cession

1. *Le transfert de la créance s'opère entre les parties et est opposable aux tiers à la date de l'acte de cession.*
2. *En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen.*
3. *En cas de cession multiple, le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date, lequel dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement.*

Commentaire : Cet article reprend la disposition de l'article 1323 du Code civil français.

Article 8.2.2.1.2.3 – Opposabilité de la cession au débiteur

1. *La cession est opposable au débiteur de plein droit.*
2. *Le paiement effectué au cédant est libératoire tant que le débiteur n'a pas eu connaissance de la cession.*
3. *Le débiteur peut opposer au cessionnaire, quelle que soit la date de leur naissance, les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées antérieurement à la cession qui ne sont pas inhérentes à la dette, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.*

Commentaire : Les alinéas 1 et 2 s'inspirent des dispositions actuellement en vigueur en France et en Allemagne. L'alinéa 3 de cet article reprend les dispositions de l'article 1324 al. 2 du Code civil français et du § 404 du Code civil allemand.

Article 8.2.2.1.2.3 – Garanties du cédant

1. *Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance.*
2. *Sauf clause contraire, il ne répond pas de la solvabilité du débiteur.*
3. *Lorsque le cédant garantit la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité à la date de la cession, sauf clause contraire.*

Commentaire : Cet article reprend la disposition de l'article 1326 du Code civil français. Il est aussi conforme au droit allemand.

SECTION 2 : L'AFFACTURAGE EUROPEEN

Commentaire :

Cette section reprend la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage conclue à Ottawa le 28 mai 1988, avec les aménagements nécessaires.

§ 1 : Définitions, champ d'application, principes généraux

Article 8.2.2.2.1.1 – Notion

1. *Le "contrat d'affacturage européen" est un contrat par lequel une partie, le client, transfère, par quelques moyens que ce soit, à une autre partie, l'affactureur, les créances nées dans le cadre de son activité professionnelle.*
2. *L'affactureur doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes:*
3. *le financement du client ;*
4. *la tenue des comptes relatifs aux créances ;*
5. *l'encaissement de créances ;*
6. *la protection contre le risque de défaillance du débiteur.*

Commentaire : Le procédé permettant le transfert de créances peut être notamment la cession de créance ou la subrogation.

On a élargi le champ d'application des créances issues de ventes de marchandises à toutes les créances nées dans le cadre d'une activité professionnelle.

Article 8.2.2.2.1.2 – Choix

1. *Le régime de l'affacturage européen ne s'applique que si les parties l'ont choisi. Le choix doit être exprès. Il n'est pas soumis à une forme particulière.*
2. *Le choix peut être fait à tout moment. Les droits des tiers ne sont pas affectés par un changement de régime.*
3. *Un choix partiel des dispositions sur le contrat de crédit-bail européen est exclu.*

Article 8.2.2.2.1.3 – Relation avec le droit national

1. *Les dispositions de cette section priment sur toute disposition de droit national, y compris les règles impératives.*
2. *Les dispositions en matière de supervision, de fiscalité et de comptabilité restent applicables.*

Article 8.2.2.2.1.4 – Comblement de lacunes

1. *Les questions relatives à la capacité sont régies par le droit national applicable.*
2. *Toutes les autres questions qui ne sont pas réglées par les dispositions suivantes sont régies par les principes communs du droit des contrats de l'Union européenne.*

Article 8.2.2.2.1.5 – Liberté contractuelle

Les parties peuvent adapter, dans les conditions prévues par la présente section, le régime de l'affacturage européen.

§ 2 : Droits et obligations des parties

Article 8.2.2.2.1 – Validité du transfert

1. *Les créances couvertes par le contrat d'affacturage sont toutes créances existantes ou futures, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance elles sont déterminables. Le transfert des créances futures, s'il est effectué par voie de cession, s'opère dès leur naissance, sans nécessité d'un nouvel acte de transfert.*
2. *Le transfert de la créance par le client à l'affactureur, nonobstant toute convention prohibant un tel transfert, produit ses effets au bénéfice de l'affactureur de bonne foi, sans préjudice de toute responsabilité du client à l'égard du débiteur.*
3. *Le contrat peut valablement prévoir le transfert, directement ou par un nouvel acte, de tout ou partie des droits du client provenant de la vente de marchandises, y compris le bénéfice de toute disposition du contrat de vente de marchandises réservant au client la propriété des marchandises ou lui conférant toute autre garantie.*

Article 8.2.2.2.2 – Opposabilité des exceptions

1. *Le débiteur des créances transférées peut opposer à l'affactureur toute exception née de son rapport avec le client.*
2. *L'exception d'inexécution peut être invoquée quelle que soit sa date de naissance.*
3. *L'exception de compensation ne peut être invoquée que si elle est née antérieurement au transfert, sauf s'il s'agit de créances connexes.*