



Association  
**Henri Capitant**

**PROJET DE CODE EUROPEEN DES AFFAIRES**

**AVANT-PROJET RELATIF AU DROIT BANCAIRE ET DES MARCHES FINANCIERS**

**REGELUNGSENTWURF ZUM BANK- UND FINANZMARKTRECHT**

## Introduction

Une entreprise qui veut se financer au sein du Marché Unique dispose d'une alternative : soit elle a recours aux marchés de capitaux, soit elle s'adresse à un établissement de crédit. Dans les deux cas, les règles gouvernant le financement seront presque exclusivement d'origine nationale.

Malgré l'intégration croissante du Marché Unique, le droit des Etats Membres continue à régir les transactions privées, y inclus celles qui servent au financement des entreprises. Mise à part les dispositions sur le crédit au consommateur (crédit à la consommation et crédit immobilier), l'Union européenne s'est généralement désintéressée des règles contractuelles de droit privé. Elle a été très active en matière de régulation des infrastructures, des opérateurs et des marchés pour protéger les investisseurs et prévenir les risques systémiques. Mais jusqu'à ce jour, elle a failli de soumettre des textes législatifs visant à harmoniser les règles qui régissent sur le fond les transactions de financement.

Cette lacune peut certes s'expliquer en raison de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres, en particulier eu égard aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. Néanmoins, les conséquences sur le plan économique en sont néfastes. En l'absence de règles uniformes, les transactions transfrontières dans l'Union sont souvent régies par des lois nationales différentes, ce qui empêche tant l'établissement d'un marché véritablement européen que la réalisation d'économies d'échelle y afférentes. Dans le cas où un opérateur voudrait recourir à une loi unique pour mettre en œuvre une transaction financière sur tout ou partie du Marché Unique, il est souvent fait référence au droit d'un Etat tiers, comme le droit suisse ou anglais. Une bonne illustration en est le marché obligataire qui continue d'être concentré à Londres et risque d'être fragmenté entre les différents marchés nationaux après la fin de la période de transition. Un des obstacles principaux pour l'établissement d'un marché véritablement européen est en particulier l'absence de régime unique régissant les instruments d'un tel marché.

Au vu de ces lacunes, nous proposons des règles uniformes ayant vocation à régir les principaux types de financement, à savoir une obligation européenne, un prêt européen, un contrat européen de crédit-bail et un contrat européen d'affacturage. Il s'agit d'instruments optionnels qui peuvent être choisis par les parties. Dans le cas où l'un d'eux aurait été choisi, les règles européennes relatives à l'instrument choisi priment sur le droit national. Ce dernier reste cependant applicable en ce qui concerne des questions comme la capacité des parties ou le droit fiscal. Les instruments proposés devraient permettre aux entreprises de lever des fonds dans toute l'Union européenne, et ainsi de profiter d'une plus grande liquidité et solvabilité sur le Marché Unique. Dans un premier temps, ils peuvent également être utiles pour un espace économique franco-allemand.

## Einleitung

Ein Unternehmen, das sich auf dem Binnenmarkt finanzieren möchte, steht vor einer Alternative: Entweder es greift auf die Kapitalmärkte zurück oder es wendet sich an ein Kreditinstitut. In beiden Fällen sind die Regelungen für die Finanzierung fast ausschließlich nationaler Herkunft. Trotz der zunehmenden Integration des Binnenmarkts sind es immer noch die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die private Transaktionen – inklusive jene, die der Unternehmensfinanzierung dienen – regeln. Abgesehen von Bestimmungen über Verbraucherdarlehen (allgemein oder zur Finanzierung von Wohnimmobilien) hat die Europäische Union die Regelung des privaten Vertragsrechts vernachlässigt. Sie hat sich sehr aktiv auf dem Gebiet der Regulierung von Infrastruktur, Betreibern und Märkten eingesetzt, um Investoren zu schützen und systemischen Risiken vorzubeugen. Aber sie hat es bis heute unterlassen, Gesetzestexte zur Harmonisierung des materiellen Rechts von Finanzierungstransaktionen vorzulegen.

Diese Lücke lässt sich durch die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten erklären, insbesondere hinsichtlich der Grundsätze der Subsidiarität und der Proportionalität. Dennoch sind die Konsequenzen in wirtschaftlicher Hinsicht negativ. In Ermangelung einheitlicher Regeln sind grenzüberschreitende Transaktionen in der Union oft unterschiedlichen nationalen Regelungen unterworfen, was sowohl die Entstehung eines echten europäischen Markts als auch die Erzielung der dazugehörigen Größenvorteile verhindert. Wenn ein Beteiligter auf eine einzige Rechtsordnung zurückgreifen will, um eine Finanztransaktion im gesamten Binnenmarkt oder auf einem Teil von ihm durchzuführen, wird meist das Recht eines Drittstaats gewählt, wie etwa das schweizerische oder englische Recht. Ein gutes Beispiel dafür ist der Anleihemarkt, der nach wie vor in London konzentriert ist und Gefahr läuft, nach dem Ende der Übergangszeit zwischen den verschiedenen nationalen Märkten der Mitgliedstaaten zersplittert zu werden. Eines der Haupthindernisse für das Entstehen eines echten europäischen Marktes ist insbesondere das Fehlen einer einheitlichen Regelung für die Instrumente, die auf dem Anleihemarkt gehandelt werden.

Angesichts dieser Lücken schlagen wir einheitliche Regeln für die wichtigsten Finanzierungstransaktionen vor, nämlich eine europäische Anleihe, einen europäischen Kreditvertrag, einen europäischen Leasingvertrag und einen europäischen Factoringvertrag. Bei den vorgeschlagenen Regelungen handelt es sich um optionale Instrumente, die von den Parteien gewählt werden können. Sofern eines dieser Instrumente gewählt wird, finden die europäischen Normen vorrangig vor dem nationalen Recht Anwendung. Letzteres bleibt jedoch auf Fragen wie etwa die Geschäftsfähigkeit der Parteien oder das Steuerrecht anwendbar. Die vorgeschlagenen Instrumente sollen es den Unternehmen erlauben, sich in der gesamten Europäischen Union Kapital zu verschaffen und so von der größeren Liquidität und Solvenz im Binnenmarkt zu profitieren. In einem ersten Schritt können sie auch für den deutsch-französischen Wirtschaftsraum nützlich sein.

---

**Groupe de travail (par ordre alphabétique)**  
**Arbeitsgruppe**

**Thierry Bonneau,** professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), expert auprès de l'Assemblée franco-allemande

**Michèle Grégoire,** professeur à l'Université libre de Bruxelles, codirecteur du groupe de travail

**Matthias Lehmann,** professeur à l'Universität Wien, codirecteur du Groupe de travail, expert auprès de l'Assemblée franco-allemande

**Anne-Claire Rouaud,** professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)

**Iris Barsan,** maître de conférences à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC)

## TITRE 1 - LE FINANCEMENT PAR LE MARCHÉ

### CHAPITRE 1 : LES RÈGLES GÉNÉRALES GOUVERNANT LES TITRES FINANCIERS

#### **Article 1.1.1 - Les titres financiers**

*Les titres financiers sont des titres négociables. Ils peuvent être des titres de capital ou de titres de dette.*

#### **Article 1.1.2 - Les titres de capital**

*Les titres financiers sont des titres négociables. Ils peuvent être des titres de capital ou de titres de dette.*

#### **Article 1.1.3 - Les titres de dette**

*Les titres de dette sont des titres de créance émis par des personnes morales.*

#### **Article 1.1.4 – Inscription**

*Les titres financiers sont inscrits dans un compte tenu par un intermédiaire habilité ou dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé.*

#### **COMMENTAIRE :**

Cette disposition suit le modèle de l'article L. 213-2 du Code monétaire et financier français, avec des aménagements qui sont dus au caractère européen de l'instrument.

En revanche, le champ de cette section comprend également les titres négociés sur un marché réglementé ou un système de négociation multilatérale.

#### **Article 1.1.5 – Transfert des titres**

1. *Les titres financiers se transmettent par virement de compte à compte ou par inscription dans un dispositif d'enregistrement partagé.*

2. *Le transfert de propriété de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur ou de l'inscription de ces titres au bénéfice de l'acquéreur dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé.*

3. *Nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte dans lequel ces titres sont inscrits ou par la personne identifiée par le dispositif d'enregistrement électronique partagé.*

#### **COMMENTAIRE :**

L'alinéa 1er de cette disposition suit le modèle de l'article L. 211-15 du Code monétaire et financier français.

L'alinéa 2 suit l'article L. 211-17 alinéa 1er du Code monétaire et financier français.

L'alinéa 3 copie l'article L. 211-16 du Code monétaire et financier français.

(A voir avec le groupe de droit des sociétés s'ils veulent établir un régime de titres négociables ; sinon, il faut réduire pour les seules obligations européennes).

#### **Article 1.1.6 – Protection des droits des souscripteurs**

1. *Aucune saisie, même à titre conservatoire, n'est admise sur les comptes ouverts auprès d'un dépositaire central.*
2. *Aucune mesure d'exécution forcée ou conservatoire menée à l'encontre d'un intermédiaire n'est admise sur les titres financiers inscrits sur un compte, ouvert à son nom dans les livres d'un autre intermédiaire, lorsqu'ils ne sont pas la propriété du premier intermédiaire.*

#### **COMMENTAIRE :**

Cette disposition s'inspire de l'article L. 211-11 du Code monétaire et financier français. Le séquestre judiciaire participe des mesures conservatoires visées par le texte.

#### **Article 1.1.7 – Insuffisance des titres**

1. *En cas d'ouverture d'une procédure collective contre un intermédiaire, l'administrateur vérifie que l'ensemble des titres financiers figurant en compte chez un autre intermédiaire au nom de l'intermédiaire défaillant sont en nombre suffisant pour que l'intermédiaire défaillant puisse garantir les droits des titulaires de compte.*
2. *En cas d'insuffisance du nombre de ces titres, il est procédé à une répartition proportionnelle entre les titulaires de compte concernés ; ceux-ci peuvent faire virer à un compte-titres tenu par un autre intermédiaire ou par l'émetteur les titres dont ils obtiennent restitution.*
3. *L'intermédiaire défaillant est obligé de réparer le dommage causé à chacun des titulaires par l'insuffisance des titres s'il en est responsable.*

#### **COMMENTAIRE :**

Les alinéas 1er et 2 de cette disposition s'inspire de l'article L. 211-10 alinéas 1 et 2 du Code monétaire et financier français.

L'alinéa 3 de cette disposition suit le modèle du § 7 alinéa 2 du Depotgesetz allemand.

#### **Article 1.1.7 – Nantissement**

*Le nantissement d'un compte-titres ou d'un titre financier est réalisé par une déclaration signée par le titulaire du compte ou du titre.*

#### **COMMENTAIRE :**

Cette disposition s'inspire de l'article L. 211-20 alinéa 1 du Code monétaire et financier français.

## CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS EUROPEENNES

### **§ 1 : Notion, champ d'application**

#### **Article 1.2.1.1 – Notion**

*L'obligation européenne est un titre négociable représentant un droit de créance sur la personne morale qui l'émet.*

*Chaque titre d'une même émission confère les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale.*

#### **COMMENTAIRE :**

L'alinéa 1<sup>er</sup> de cette disposition s'inspire de l'article L. 213-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code monétaire et financier français. La référence au fonds commun de titrisation a été supprimée étant donné que ces fonds sont normalement des personnes morales. Il a été ajouté qu'il s'agit d'un titre négociable.

L'alinéa 2 reflète le principe de l'équivalence des titres, qui est reconnu par exemple dans l'article L. 213-5 du Code monétaire et financier français.

#### **Article 1.2.1.2 – Choix par l'émetteur**

*Les dispositions du présent chapitre sont applicables lorsque l'émetteur les choisit en conformité avec les articles [\*\*\* renvoi au titre préliminaire \*\*\*].*

### **§ 2 : Émission**

#### **Article 1.2.2.1 – Droit à l'émission**

*L'obligation européenne peut être émise par toute personne morale, publique ou privée, habilitée à émettre des obligations conformément à la législation qui lui est applicable.*

#### **COMMENTAIRE :**

L'habilitation peut relever du droit national ou du droit de l'Union européenne, le cas échéant.

#### **Article 1.2.2.2 – Information du marché**

*Lors de chaque émission, l'émetteur doit mettre à la disposition des souscripteurs les conditions de l'émission et le prospectus en conformité avec la législation européenne.*

### **§ 3 : Contenu**

#### **Article 1.2.3.1 – Application des dispositions sur le prêt européen**

*Les droits et obligations découlant de l'obligation européenne sont régis par les dispositions \* [section sur le prêt européen], à l'exception des articles 2.1.2.1 [sur l'information pré-contractuelle], 2.1.2.4 [sur l'obligation d'informer sur le coût total] et 2.1.5.3 alinéa 3 [sur la fin du contrat en cas de détérioration significative de la situation de l'emprunteur].*

**COMMENTAIRE :**

Cet article renvoie aux dispositions sur le prêt européen étant donné qu'une obligation est un titre négociable représentatif d'un prêt.

**§ 4 : Changement des termes du contrat d'émission****Article 1.2.4.1 – Modification**

*L'émetteur a la faculté de modifier le contrat d'émission sans le consentement des obligataires afin de corriger une erreur matérielle.*

**COMMENTAIRE :**

L'alinéa 3 s'inspire de l'article L. 213-6-3, V du Code monétaire et financier français. On a toutefois supprimé l'exception faite par L. 213-6-3, VI de ce Code pour les titres émis par l'État, puisqu'il n'y a pas de raison d'interdire à ce dernier de corriger une erreur matérielle.

**Article 1.2.4.2 – La masse des obligataires**

4. *La masse des obligataires est organisée par le contrat d'émission qui prévoit notamment les règles sur la représentation dans l'assemblée générale des obligataires, le quorum et la majorité applicables à leurs décisions.*

5. *Le contrat d'émission peut également prévoir que les obligataires désignent un mandataire chargé de les représenter lorsque l'émetteur fait l'objet d'une procédure collective.*

6. *La masse des obligataires peut amender les stipulations des obligations européennes. Le contrat d'émission peut préciser l'étendue des compétences et pouvoirs de la masse.*

7. *En l'absence de stipulation sur la masse, les obligataires bénéficient des mêmes droits que les créanciers non obligataires lorsque l'émetteur participe à une opération de fusion, de scission, de réduction de capital, de la constitution sous forme de société européenne ou de transfert du siège social dans un autre Etat membre.*

**COMMENTAIRE :**

L'alinéa 3 s'inspire de l'article L. 213-6-3, I et IV du Code monétaire et financier français.

**§ 5 : Les obligations sécurisées européennes****Article 1.2.5.1 – Définition**

*Les obligations sécurisées européennes sont des obligations émises par les établissements de crédit et garanties par des hypothèques de premier rang ou des sûretés équivalentes au profit des obligataires qui ont, sur les actifs remis en garantie, un droit direct et exclusif.*

**Article 1.2.5.2 – Protection des obligataires**

*Les obligations sécurisées européennes doivent être payées à leur échéance et doivent l'être, en cas de défaillance de l'établissement émetteur, par priorité à toutes autres créances*



*assorties ou non de privilèges ou de sûretés. Jusqu'à l'entier désintéressement des porteurs d'obligations sécurisées européennes, nul autre créancier de l'établissement émetteur ne peut se prévaloir d'un quelconque droit sur les biens et droits de cet émetteur, nonobstant toute disposition légale contraire.*

## **TITRE 2 : LE FINANCEMENT BANCAIRE**

### **CHAPITRE 1 : LE PRET EUROPEEN**

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

##### **Article 2.1.1.1 – Notion**

1. *Le prêt européen est un contrat par lequel un professionnel met ou promet des fonds à disposition d'un autre professionnel.*
2. *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 2.1.1.2 – 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 2.1.1.3 – Relation avec le droit national**

1. *Le prêt européen est régi exclusivement par les dispositions de la présente section.*

2. *Les dispositions de cette section primeront sur toute disposition de droit national, y compris les règles d'ordre public.*

3. *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 2.1.1.4 – 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 2.1.1.5 – 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 seront régies par les Principes européens du droit des contrats (Principles of European Contract Law – PECL).*

**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 élaborés par le « Groupe Lando ». *Le texte devrait être repris en annexe du Code.*

**Article 2.1.1.6 – 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 2.1.2.1 – 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 2.1.2.2 – 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 2.1.2.3 – Preuve**

*Le prêt européen est établi sur tout support durable.*

**COMMENTAIRE :**

Est-ce que les questions de preuve sont traitées ailleurs ?

**Article 2.1.2.4 – 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'empêche pas la validité 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 2.1.3.1 – 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 2.1.3.2 – 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 2.1.3.3 – 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 2.1.1.6 relatif à l'indépendance des contrats.

**Article 2.1.3.4 – 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 2.1.3.5 – 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 2.1.3.6 – 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 2.1.3.7 – 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 2.1.3.8 – 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 2.1.3.9 – Remboursement anticipé**

*Le remboursement anticipé peut être autorisé par le contrat.*

*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 2.1.4.1 – 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 2.1.5.1 – 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 2.1.5.2 – Prorogation**

*Un prêt européen à durée déterminée peut être prorogé avant l'arrivée du terme si les cocontractants en manifestent leur volonté. La prorogation n'empêche 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 2.1.5.3 – 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.

## **CHAPITRE 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 2.2.1.1 – Notion**

1. *Le crédit-bail européen est une opération décrite au paragraphe 2, dans laquelle une partie (le crédit-bailleur)*
  - a) *conclut, sur l'indication d'une autre partie (le crédit-preneur), un contrat (le contrat de fourniture) avec une troisième partie (le fournisseur) en vertu duquel elle acquiert un bien d'équipement, du matériel ou de l'outillage (le matériel) dans des termes approuvés par le crédit-preneur pour autant qu'ils le concernent, et*
  - b) *conclut un contrat (le contrat de crédit-bail) avec le crédit-preneur donnant à celui-ci le droit d'utiliser le matériel 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 matériel et le fournisseur sans faire appel de façon déterminante à la compétence du crédit-bailleur ;*
  - b) *l'acquisition du matériel 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 matériel.*

3. *La présente section ne 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 matériel ou de le louer à nouveau, même pour un prix ou un loyer symbolique.*

#### **Article 2.2.1.2 – 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 2.2.1.3 – Relation avec le droit national**

1. *Le crédit-bail européen est, sauf disposition contraire, régi exclusivement par la présente section.*

2. *Les dispositions de cette section primeront sur toute disposition de droit national, y compris les règles d'ordre public.*

#### **Article 2.2.1.4 – Liberté contractuelle**

*Les parties peuvent les parties peuvent, dans leurs relations mutuelles, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets à l'exception de ce qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 32, à l'alinéa b) du paragraphe 3, et au paragraphe 4 de l'article 37.*

#### **Article 2.2.1.5 – Pluralité d'opérations**

*Dans le cas d'une ou de plusieurs opérations de sous-crédit-bail ou de sous-location portant sur le même matériel, 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 (tel que défini au paragraphe 1 de l'article 24) a acquis le matériel était le fournisseur, et comme si le contrat en vertu duquel le matériel a été ainsi acquis était le contrat de fourniture.*

#### **Article 2.2.1.6 – Fixation du matériel 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 matériel à un immeuble.*

2. *Les questions relatives à l'incorporation ou à la fixation du matériel 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 régies par la loi de l'État de situation de cet immeuble.*

#### **Article 2.2.1.7 – 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 seront régies par les Principes européens du droit des contrats (Principles of European Contract Law – PECL).

## **§ 2 : Droits et obligations des parties**

### **Article 2.2.2.1 – Opposabilité des droits réels**

*Les droits réels du crédit-bailleur sur le matériel 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.

A discuter avec les groupes de droit de l'insolvabilité et de sûretés.

### **Article 2.2.2.2 – Exercice des droits et des actions à l'égard du fournisseur**

1. *Les droits et actions à l'égard du fournisseur de matériel 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 2.2.2.3 – Responsabilité**

1. *Le crédit-bailleur est exonéré de toute responsabilité liée au matériel à l'égard du crédit-preneur si celui-ci peut agir contre le fournisseur du matériel en vertu de l'article 32.*

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 :**

L'alinéa 1<sup>er</sup> a été ajouté.

**Article 2.2.2.4 – Réception, usage et restitution du matériel**

1. *Le crédit-preneur reçoit le matériel, en vérifie la conformité et signale au fournisseur toute non-conformité dans un délai raisonnable.*

2. *Le crédit-preneur prend soin du matériel, 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 matériel convenue par les parties.*

3. *A la fin du contrat de crédit-bail, le crédit-preneur restitue le matériel au crédit-bailleur dans l'état décrit au paragraphe précédent, à moins qu'il ne l'ait acheté ou loué à nouveau.*

**COMMENTAIRE :**

L'alinéa 1<sup>er</sup> a été ajouté.

**Article 2.2.2.5 – 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 2.2.2.6 – Inexécution du contrat ou livraison tardive**

1. *A défaut de livraison, en cas de livraison tardive ou de livraison d'un matériel non conforme au contrat de fourniture :*

2. *le crédit-preneur a le droit, à l'égard du crédit-bailleur, de refuser le matériel, de retenir les loyers ou de résilier le contrat de crédit-bail ; et*

3. *le crédit-bailleur a le droit de remédier à l'inexécution de son obligation en livrant un matériel 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 matériel.*

5. *Le présent article ne porte pas atteinte aux droits reconnus au crédit-preneur par l'article 32 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 3: 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 2.3.1.1 - 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:*
  - a) *le financement du client ;*
  - b) *la tenue des comptes relatifs aux créances ;*
  - c) *l'encaissement de créances ;*
  - d) *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 2.3.1.2 – 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 2.3.1.3 – Relation avec le droit national**

1. *L'affacturage européen est, sauf disposition contraire, régi exclusivement par la présente section.*

2. *Les dispositions de cette section primeront sur toute disposition de droit national, y compris les règles d'ordre public.*

#### **Article 2.3.1.4 – 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 2.3.2.1 - 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 2.3.2.2 – 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. L'exception de compensation ne peut être invoquée que si elle est née antérieurement au transfert, sauf s'il s'agit de créances connexes.*