

IV. Le recours par une institution publique

- 13 Une règle spéciale est prévue à l'art. 144 al. 3 pour le recours d'une institution publique (tel le recours d'une caisse-maladie ayant indemnisé la victime d'un accident). Compte tenu de l'intérêt public en jeu, la faculté d'exercer le droit de recours est régie, dans ce cas, par le droit applicable à l'institution concernée (savoir le droit du pays où elle est constituée). En revanche, l'admissibilité du recours reste régie par l'art. 144 al. 1 ; elle est donc soumise à l'application cumulative (cf. n° 7) du droit régissant la créance originaire (dans l'exemple, la créance en réparation de la victime de l'accident) et de celui applicable au rapport de base (dans l'exemple, le rapport entre la victime et sa caisse). Cette solution a été justement critiquée en doctrine, car elle peut faire obstacle au droit de recours de l'institution (Dasser, BSK-IPRG, art. 144 n° 17-19 ; la solution correctrice préconisée par cet auteur nous semble cependant contraire à la loi, compte tenu du renvoi exprès de al. 3 à l'al. 1 de l'art. 144 ; pour une interprétation littérale : ATF 134 III 420, 424 s., c. 3.3, in fine ; Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 144 n° 33 ; Vischer/Huber/Oser, n° 1107). Le risque d'une multiplication des droits applicables est en partie tempéré, étant donné que le rapport de base est généralement régi, lui aussi, par le droit de l'institution publique (Dasser, BSK-IPRG, art. 144 n° 17 ; Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 144 n° 33). Quant à l'exercice du recours (cf. n° 11), il est régi, conformément à la règle générale de l'art. 144 al. 2, par le droit applicable à la créance originaire (« Forderungsstatut »). Il convient de noter qu'en matière de sécurité sociale, la Suisse a conclu plusieurs traités internationaux qui contiennent des règles sur le droit applicable au droit de recours (pour une liste, cf. Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 144 n° 35).
- 14 La Convention de La Haye du 2. 10. 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01) règle spécifiquement le droit d'une institution publique d'obtenir le remboursement d'une prestation fournie au créancier d'aliments. La faculté de l'institution d'exercer le recours est régie, selon l'art. 9, par la loi qui régit l'institution ; cette règle correspond à celle de l'art. 144 al. 3. En revanche, l'existence et les limites de l'obligation du débiteur de rembourser l'institution sont soumises au droit applicable à l'obligation alimentaire (art. 10 ch. 3 de la Convention). Il s'agit d'une solution plus favorable au droit de recours que celle de l'art. 144, car elle ne prévoit pas l'application cumulative du droit régissant le rapport de base. Les mêmes solutions ont été reprises aux art. 10 et 11 lit. f du Protocole de La Haye du 23.11.2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (Rev.crit. 2008 p. 432), qui est applicable dans les Etats membres de l'Union européenne.

Bibliographie

Cf. les références sous art. 143.

Art. 145

II. Transfert de créances
1. Cession contractuelle

- ¹ La cession contractuelle de créances est régie par le droit choisi par les parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable à la créance cédée ; le choix fait par le cédant et le cessionnaire n'est pas opposable au débiteur sans son approbation.
- ² L'élection de droit relative à la cession d'une créance d'un travailleur n'est valable que dans la mesure où l'art. 121, al. 3, relatif au contrat de travail, l'admet.
- ³ La forme de la cession est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession.

⁴ Les questions concernant exclusivement les relations entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession.

II. Übergang einer Forderung
1. Abtretung durch Vertrag

- ¹ Die Abtretung einer Forderung durch Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht oder, wenn ein solches fehlt, dem auf die Forderung anzuwendenden Recht. Die Rechtswahl ist gegenüber dem Schuldner ohne dessen Zustimmung unwirksam.
- ² Für die Abtretung einer Forderung des Arbeitnehmers ist die Rechtswahl nur insoweit wirksam, als Artikel 121 Absatz 3 sie für den Arbeitsvertrag zulässt.
- ³ Die Form der Abtretung untersteht ausschliesslich dem auf den Abtretungsvertrag anwendbaren Recht.
- ⁴ Fragen, die nur das Verhältnis zwischen den Parteien des Abtretungsvertrages betreffen, unterstehen dem Recht, welches auf das der Abtretung zugrundeliegende Rechtsverhältnis anwendbar ist.

II. Trasmissione di crediti
1. Cessione per contratto

- ¹ La cessione contrattuale di un credito è regolata dal diritto scelto dalle parti o, in mancanza di scelta, da quello applicabile al credito. La scelta operata dalle parti è inefficace nei confronti del debitore che non vi acconsenta.
- ² Per la cessione del credito del lavoratore, la scelta del diritto applicabile è efficace soltanto nella misura in cui l'articolo 121 capoverso 3 l'ammetta per il contratto di lavoro.
- ³ La forma della cessione è regolata esclusivamente dal diritto applicabile al contratto di cessione.
- ⁴ Le questioni concernenti unicamente il rapporto tra cedente e cessionario sono regolate dal diritto applicabile al rapporto giuridico su cui si fonda la cessione.

II. Transfer of rights
1. Assignment by contract

- ¹ The assignment of a right by contract is governed by the law chosen by the parties or, failing such choice, by the law applicable to the assigned right ; a choice made by the assignor and the assignee may not be asserted against the obligor without the latter's assent.
- ² A choice of law relating to the assignment of an employee's right is valid only to the extent that Article 121, paragraph 3, relating to employment contracts, allows it.
- ³ The validity as to form of an assignment is governed exclusively by the law applicable to the assignment contract.
- ⁴ Issues concerning exclusively the relationship between the assignor and the assignee are governed by the law applicable to the legal relationship underlying the assignment.

Plan

	n°
I. Observations générales	1
II. Le domaine d'application	3
III. Le rattachement de la cession	8
1. L'élection de droit	8
2. Le rattachement objectif	13
3. Le domaine du droit applicable à la cession	16
IV. Le rattachement des effets de la cession envers les tiers	19
V. Le rattachement de la relation entre cédant et cessionnaire	23
Bibliographie	

I. Observations générales

- 1 L'art. 145 régit la cession contractuelle de créances. Cette opération est très importante dans la pratique des affaires, car elle est utilisée dans le cadre de plusieurs instruments de financement (crédit permanent garanti par la cession globale des créances existantes et futures, affacturage, financement d'achat d'un bien garanti par la cession des créances qui naîtront de la revente des biens, forfaitage, titrisation etc.).
- 2 La cession de créance a fait l'objet, au cours des dernières années, de plusieurs textes de droit uniforme. La Convention de UNIDROIT sur l'affacturage international, ouverte à la signature à Ottawa le 28.5.1988, ne contient que des règles uniformes de droit matériel relatives à la validité et aux effets de la cession de créances dans le cadre d'un contrat d'affacturage international ; il ne règle cependant pas les effets de la cession vis-à-vis des tiers. La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, du 21.12.2001, revendique un domaine d'application plus large ; elle s'applique non seulement à la cession internationale de créances, mais aussi à la cession de créances internationales, quel que soit le contrat à la base de la cession. Elle contient des règles uniformes de droit matériel et de droit international privé, ainsi que des règles modèles relatives aux effets de la cession vis-à-vis des tiers (Bonomi, *in* La défaillance de paiement, p. 371-392). Aucune de ces conventions n'est actuellement en vigueur en Suisse. Enfin, la deuxième édition des Principes UNIDROIT de 2004 comprend une section relative à la cession des créances (chapitres 9, section 1). Sur le plan du droit international privé, une règle spéciale sur le droit applicable à la cession contractuelle de créances est contenue à l'art. 14 du Règlement Rome I.

II. Le domaine d'application

- 3 L'art. 145 détermine le droit applicable à la cession *contractuelle* de créances. L'on entend par là une cession de créance qui a lieu sur la base d'un contrat ; il peut s'agir, entre autres, d'une vente, d'une donation, d'un transfert fiduciaire à titre de garantie. La même disposition s'applique également à la subrogation conventionnelle (cf. art. 146 n° 3 ; dans le même sens, l'art. 14 du Règlement Rome I). Selon certains auteurs, l'art. 145 est également applicable par analogie au transfert d'une créance par une disposition particulière à cause de mort (un legs ; Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 9) ; à notre avis, cette hypothèse, comme celle de la succession à titre universel dans les créances du défunt, tombe sous le statut successoral. Quant à la cession légale, elle est régie par l'art. 146 ; toutefois, lorsqu'elle constitue un simple moyen technique pour attribuer à l'un des débiteurs d'un même créancier un droit de recours contre les autres codébiteurs, le droit applicable est déterminé par l'art. 144. Enfin, le gage de créances – contrairement à la cession fiduciaire des créances à titre de garantie – n'est pas régi par l'art. 145, mais par l'art. 105 ; cette disposition ne prévoit pas l'application de la loi de la créance cédée, mais celle de l'Etat de la résidence habituelle du créancier gagiste (sur les inconvénients liés à cette divergence, cf. Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 12).
- 4 L'art. 145 s'applique à toute cession contractuelle de créances, quelle que soit la nature (contractuelle ou non contractuelle) des droits cédés. Il englobe ainsi la cession de droits de créances découlant d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime, d'un rapport de société (mais non la cession de parts d'une société : Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 6), ou encore d'un rapport de droit de la famille ou des successions (en revanche, il n'est pas applicable à la cession d'une part d'hérédité : ATF 118 II 514, 516-519, c. 3). Cette disposition ne régit pas les actes de transfert de droits absolus, tels des droits réels ou des droits de propriété intellectuelle (Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 6). Par ailleurs, l'art. 145 ne distingue pas selon l'objet (pécuniaire ou non) de la créance cédée.

Le droit applicable à la cession d'une *créance représentée par un document* change en fonction de la nature du titre concerné. Si la créance est véritablement incorporée dans le titre (papier-valeur), dans le sens que l'exercice du droit est lié à la possession du document, la cession est régie par le droit applicable au transfert du document ; il peut s'agir de la loi du lieu de situation du titre (*lex cartae sitae* ; Dutoit, art. 145 n° 1) ou, dans certains cas (ainsi pour les obligations de société), du droit de la société qui l'a émis (Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 15). Si la fonction du papier n'est que de prouver l'existence de la créance, sans exclure cependant que le droit puisse être exercé par une personne autre que le possesseur (document de légitimation), la cession entre en revanche dans le domaine d'application de l'art. 145. La Convention de La Haye du 5.7.2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus par un intermédiaire détermine la loi régissant les droits issus d'un crédit de titres sur un compte titres, en prévoyant à titre principal l'application de la loi désignée dans la convention de compte conclue entre le titulaire et l'intermédiaire chargé de l'administration du compte et, à défaut de choix par les parties, de la loi de l'établissement de cet intermédiaire (cf. le nouveau chapitre 7a LDIP, art. 108a-d).

En droit suisse, la cession n'est pas conçue comme un contrat, mais comme un acte de disposition ayant pour objet le transfert du droit de créance du cédant au cessionnaire ; comme telle, elle doit être distinguée du *titre* juridique qui en est à la base (vente, donation, contrat de garantie, affacturage, dation en paiement, etc.). L'art. 145 régit uniquement la cession, le droit applicable au contrat sous-jacent devant être déterminé selon les règles des art. 116-122. A défaut d'élection de droit, le droit applicable à ce contrat est celui de l'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, à savoir en principe celui de l'Etat de la résidence habituelle (ou de l'établissement) du débiteur de la prestation caractéristique du contrat. Ainsi, le droit applicable à une vente de créances est en principe celui de l'Etat de la résidence du vendeur (art. 117 al. 3 lit. a ; cf. art. 117 n° 33), la Convention de La Haye de 1955 n'étant pas applicable à la vente de créances et d'autres biens incorporels (cf. art. 118 n° 5). Dans le cas d'une cession dans un but de garantie, le contrat de garantie est régi par le droit de l'Etat du garant (cf. art. 117 n° 37). Si la cession de créance a lieu à titre gratuit, le droit applicable est celui de la résidence du cédant (donateur ; cf. art. 117 n° 33). Le droit applicable au contrat d'affacturage est en principe celui du siège de l'entreprise d'affacturage (cf. art. 117 n° 38). Dans l'hypothèse (plutôt improbable) que l'acquisition d'une créance se fasse dans un but personnel ou familial, le droit applicable sera celui de la résidence habituelle du consommateur (art. 120). L'importance de la distinction entre cession et contrat sous-jacent est en partie tempérée par l'art. 145 al. 4, selon lequel les questions concernant exclusivement la relation entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique qui est à la base de la cession (cf. n° 23).

La distinction entre la cession de créance et le contrat sous-jacent ne se retrouve pas à l'art. 14 du Règlement Rome I, qui se réfère tout simplement à la cession de créances, en distinguant les relations entre cédant et cessionnaire (par. 1) et certains effets vis-à-vis du débiteur (par. 2). Cette approche reflète celle de plusieurs droits nationaux qui considèrent la cession comme un contrat. Notons que si l'art. 145 désigne un droit étranger qui ne distingue pas entre cession et contrat sous-jacent (tel les droits français, art. 1583 CCF, et italien, art. 1260 Code civil italien), ce droit est néanmoins applicable à toutes les questions qui, du point de vue suisse, relèvent de l'acte de disposition (cf. n° 16 ; Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 7 ; Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 39-46).

III. Le rattachement de la cession

1. L'élection de droit

- 8 En dépit de sa nature d'acte de disposition, la cession peut néanmoins faire l'objet, selon l'art. 145, d'une election de droit convenue entre le cédant et le cessionnaire. Comme il est admis en matière contractuelle, cette election peut viser n'importe quel droit, même si la cession ne présente aucun lien avec le droit choisi (cf. art. 116 n° 17).
- 9 L'élection de droit est soumise à une restriction importante, car elle n'est pas opposable au débiteur sans son approbation (art. 145 al. 1). L'approbation de l'élection de droit est évidemment à distinguer de l'acceptation *de la cession* de la part du débiteur (cf. Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 10). Cette condition vise à protéger le débiteur, dont la situation ne doit pas s'aggraver du fait de la cession. A défaut d'approbation, l'élection est néanmoins valable, mais elle n'a pas d'effet à l'égard du débiteur ; elle entraîne donc une scission, car deux droits différents s'appliqueront à la relation entre cédant et cessionnaire, d'une part, et aux effets de la cession vis-à-vis du débiteur, de l'autre. L'approbation du débiteur permet d'éviter ce dépeçage. Cette solution diffère de celle prévue par le Règlement Rome I, prévoyant que le droit choisi par le cédant et le cessionnaire ne régit que leurs obligations réciproques (art. 14 par. 1), n'étant cependant jamais opposable au débiteur (art. 14 par. 2).
- 10 Même à défaut d'approbation, le débiteur cédé pourra bénéficier du droit choisi par les parties, si ce dernier lui est plus favorable. En effet, l'élection n'est pas nulle mais simplement « inopposable » au débiteur ; dès lors, rien n'empêche ce dernier d'en tirer profit (contra : Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 23 ; Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 11 ; Dutoit, art. 145 n° 4).
- 11 Une autre restriction au droit des parties de choisir le droit applicable résulte de l'art. 145 al. 2, selon lequel l'élection de droit relative à la cession de la créance d'un travailleur naissant d'un contrat de travail n'est valable que dans la mesure où elle est admise par l'art. 121 al. 3 (il ne s'agit donc pas d'une « prohibition » de l'élection de droit, comme semblent l'affirmer Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 33). Cette disposition ne permet aux parties que le choix du droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle et de celui où l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle (cf. art. 121 n° 16 ; Dutoit, art. 145 n° 5).
- 12 Tant l'élection de droit que l'approbation du débiteur doivent être expresses ou ressortir de façon certaine des dispositions de l'acte de cession ou des circonstances, conformément aux principes applicables en matière d'élection de droit. L'art. 116 s'applique par analogie aux questions relatives à la validité et aux modalités du choix (cf. art. 116 n° 35-45). Ainsi, la validité du choix et de l'approbation est régie, en principe, par le droit choisi par les parties (art. 116 al. 2 ; Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 25 ; Dutoit, art. 145 n° 3 ; contra : Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 10, qui veut appliquer le droit régissant la créance cédée) ; dans le cas du silence de l'une des parties ou du débiteur, l'art. 123 est applicable par analogie (Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 25). Si les parties ont choisi le droit applicable au contrat sous-jacent (le droit applicable au contrat d'affacturage, par exemple), sans se référer à la cession, il conviendra d'interpréter l'élection de droit comme se référant également à la cession, sauf si la volonté des parties doit être interprétée en sens opposé (Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 31 ; plus nuancé Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 9). Etant donné qu'un tel choix n'aura généralement pas été approuvé par le débiteur, il ne lui sera cependant pas opposable. Si l'approbation a été donnée, force est d'interpréter l'élection de droit comme se référant également à l'acte de cession dans son ensemble (dans ce cas, la question d'interprétation de la volonté des parties est absorbée par l'existence de l'approbation par le débiteur).

2. Le rattachement objectif

A défaut d'élection de droit, la cession de créance est régie par le droit applicable à la créance cédée (art. 145 al. 1 ; cf. ATF 132 III 626, 630-632, c. 2.2.1 et 2.2.3). Cette solution présente l'avantage d'assurer la protection du débiteur cédé, car ce dernier peut compter sur l'application à la cession du droit qui régit son obligation originaire. La même approche a été retenue à l'art. 14 par. 2 du Règlement Rome I pour une série de questions qui touchent directement l'intérêt du débiteur (le caractère cessible de la créance, les rapports entre cessionnaire et débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur).

En présence d'une election de droit non approuvée par le débiteur cédé, le droit applicable à la créance cédée régit les effets de la cession vis-à-vis de ce dernier. Dans ce cas, en effet, l'élection de droit ne lui est pas opposable. Cependant, le droit choisi par les parties à la cession est néanmoins applicable lorsqu'il est plus favorable au débiteur (cf. n° 10) ; de plus, il régit les questions qui concernent exclusivement le cédant et le cessionnaire (cf. art. 145 al. 4 ; sur cette scission, cf. Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 11).

Pour déterminer le droit régissant la créance cédée, il faudra se référer aux règles de rattachement relatives aux différents types de rapports obligatoires. Si la créance cédée à un fondement contractuel, elle est régie par le droit désigné aux art. 116 à 122 ; si elle se fonde sur un enrichissement ou sur un acte illicite, les règles pertinentes sont celles de l'art. 128 respectivement des art. 132 à 139 ; s'il s'agit d'une créance née de relations familiales (telle une créance alimentaire) ou successorales, le droit applicable est celui qui régit la relation concernée.

3. Le domaine du droit applicable à la cession

Le droit applicable à l'acte de cession régit la plupart des questions relatives à l'admissibilité et aux effets de la cession, en particulier la nature de cet acte (contrat ou acte de disposition), son caractère causal ou abstrait (Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 42 ; Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 7 ; contra : Vischer/Huber/Oser, n° 1051), l'objet de la cession, l'admissibilité et les limites de la cession globale d'une pluralité de créances et de la cession de créances futures, la cessibilité de la créance et les effets d'un pacte d'incessibilité, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire des paiements faits par ce dernier au cédant ou au cessionnaire, les exceptions que le débiteur peut opposer au cessionnaire, notamment l'opposabilité de la compensation. Sont cependant réservés les aspects de la cession qui ne concernent que la relation entre le cédant et le cessionnaire, ces derniers étant régis par le droit applicable au contrat sous-jacent (art. 145 al. 4 ; cf. n° 23).

Le droit applicable à l'acte de cession, déterminé selon l'art. 145 al. 1, régit également et de manière exclusive la forme de la cession (art. 145 al. 3 ; ATF 121 III 436, 437 s., c. 4 b/ bb). Il peut s'agir du droit de la créance cédée ou bien du droit choisi par les parties ; ce dernier n'est cependant pas opposable au débiteur que si ce dernier a approuvé l'élection de droit. Conformément à la solution retenue à l'art. 124 (cf. art. 124 n° 13), il faut admettre que les parties de la cession peuvent choisir le droit applicable à la seule forme de la cession ; cette election partielle ne sera cependant opposable au débiteur que si ce dernier l'approuve (Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 21). L'art. 145 al. 3 constitue une dérogation au principe du « favor validitatis », selon lequel la loi applicable au fond de l'acte est en concours alternatif avec la loi du lieu de l'acte (cf. l'art. 124). Cette solution plus rigide s'explique par la fonction particulière que la forme remplit en matière de cession ; il s'agit en effet d'un moyen qualifié de protection et d'information du débiteur et des tiers. Dans

la notion de forme ne sont comprises que les conditions de validité formelle et de preuve de la cession (cf. art. 124 n° 2 s.). Sont en revanche exclues les formalités prévues par certains droits pour rendre la cession opposable au débiteur ou aux tiers (la signification ou la notification de la cession au débiteur, par exemple) ; cependant, ces formalités sont régies, elles aussi, par le droit applicable à la cession (cf. n° 16).

- 18 Le droit applicable à la cession détermine également si une clause d'élection de for conclue entre le cédant et le débiteur cédé est transférée au cessionnaire (Dasser, art. 145 n° 7, in fine). Cette question doit évidemment être distinguée de celle de la validité et des effets de l'élection de for, qui reste soumise à l'art. 5 ou à l'art. 23 CL. En ce qui concerne le transfert d'une convention d'arbitrage, la jurisprudence applique en revanche les rattachements alternatifs de l'art. 178 al. 2 (ATF 117 II 94, 98, c. 5b ; ATF 16.10.2001, 4P.176/2001, c. 3a).

IV. Le rattachement des effets de la cession envers les tiers

- 19 L'art. 145 n'indique pas expressément quelle loi est applicable lorsque la cession met en jeu l'intérêt des tiers. Cette question se pose souvent dans la pratique, en particulier lorsque la cession est opposée aux créanciers du cédant, en cas de saisie de la créance ou de faillite du cédant, ou lorsqu'il faut établir la priorité entre différents cessionnaires de la même créance (ainsi en cas de conflit entre une banque cessionnaire et une société d'affacturage). Sous l'empire de la Convention de Rome, en l'absence d'une solution législative claire, le problème avait conduit à des réponses contradictoires de la part des juridictions des États contractants (Flessner/Verhagen, p. 7-17). Pour mettre un terme à cette diatribe, la proposition de Règlement Rome I (COM[2005]650, du 15.12.2005) prévoyait à son art. 13 par. 3 que l'opposabilité de la cession aux tiers était régie par la loi de l'État de la résidence habituelle du cédant. Cette solution, inspirée de la Convention des Nations Unies de 2001 (cf. n° 21), a cependant été abandonnée pendant le processus législatif et ne figure plus dans le texte définitif du Règlement.
- 20 Les rattachements de l'art. 145 al. 1 ne sont pas les plus appropriés pour régir l'efficacité de la cession à l'encontre des tiers. Cela vaut, tout d'abord, pour l'élection de droit convenue par le cédant et le cessionnaire. En effet, l'application du droit choisi par les parties peut s'avérer surprenante pour les tiers qui ne sont généralement pas au courant de ce choix, et ce, même si le débiteur l'a approuvé. Cette difficulté peut être résolue par une application analogique de l'art. 105 al. 1 qui exclut, pour la mise en gage de créances, l'opposabilité aux tiers de l'élection du droit faite par les parties (contra : Dasser, BSK-IPRG, art. 145 n° 12, selon qui les tiers ne sont pas protégés dans le cadre de l'art. 145 ; selon Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 26 et 30, les tiers ne sont protégés que s'ils ont déjà acquis des droits, comme le prévoit l'art. 116 al. 3). A notre avis, l'élection du droit relative à la cession n'est jamais opposable aux tiers, comme il résulte d'autres dispositions de la LDIP, tels les art. 104 al. 2 et 105 al. 1. Si cette solution est retenue, les effets de la cession vis-à-vis des tiers seront soumis au droit régissant la créance cédée, même si les parties et le débiteur sont convenus de l'application d'un droit différent.
- 21 Même l'application du droit de la créance cédée n'est pas toujours appropriée pour régir les relations avec les tiers. En effet, si la cession porte sur une pluralité de créances présentes et futures, le rattachement à la créance cédée n'est pas univoque, mais il conduit à une pluralité de droits différents, ce qui peut entraîner des conflits. De plus, le droit applicable ne peut être généralement déterminé qu'au moment de la naissance de la créance cédée, ce qui est peu adapté en cas de cession anticipée de créances futures. La Convention des Nations Unies sur la cession des créances prévoit une meilleure solution, fondée sur

l'application du droit du pays où le cédant est établi au moment de la cession (art. 22 et 30 ; en faveur de cette solution Vischer/Huber/Oser, n° 1060).

L'application de la loi de la créance cédée vaut également en cas de faillite du cédant (Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 145 n° 59). Dans ce cas, cependant, la loi de la faillite (lex concursus) régit les aspects spécifiques de droit de la faillite, notamment la question de savoir si le cédant ou le cessionnaire peuvent encore notifier au débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité les cessions effectuées antérieurement (Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 147 n° 58).

V. Le rattachement de la relation entre cédant et cessionnaire

Selon l'art. 145 al. 4 les questions concernant exclusivement la relation entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique qui est à la base de la cession. Le droit désigné par cette disposition est celui qui régit le contrat sous-jacent (tel un contrat de vente, de donation, de garantie ou d'assurance ; cf. ATF 132 III 626, 631, c. 2.2.2). Ce droit régit les questions qui touchent uniquement aux intérêts du cédant et du cessionnaire, en particulier la validité et les effets d'un « pactum de cedendo » (qui ne crée que l'obligation de céder la créance), la détermination de la contre-prestation due par le cessionnaire, ainsi que la garantie due par le cédant en cas d'inexistence de la créance cédée ou d'insolvabilité du débiteur.

Bibliographie

LDIP :

FF 1983 I p. 420-422, 489 ; BO CE 1985 p. 167, CN 1986 p. 1359 ; ANDREA BONOMI, Transmission des créances dans le monde des finances modernes, in *Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé*, Zurich 1998, p. 109-126 ; IDEM, La cessione internazionale dei crediti e il factoring internazionale, in *Liber Memorialis Petar Sarcevic*, Munich 2006, p. 401-409 ; MAX KELLER, Die Subrogation als Regress im Internationalen Privatrecht, *SJZ* 71 (1975) p. 305-315, 325-330 ; HANS KUHN, Materielle Rechtsvereinheitlichung und IPR – Das internationale Zessionsstatut im Uncitral-Übereinkommen über die Forderungsabtretung, in *Liber discipulorum et amicorum*, Festschrift für Kurt Siehr, Zurich 2001, p. 93-125 ; ANTON K. SCHNYDER, Regressberechtigung einer deutschen Krankenversicherung gegenüber dem schweizerischen Haftpflichtigen, *IPRax* 3 (1983) p. 247 s. ; KURT SIEHR, Gemeinsame Kollisionsnormen für das Recht der vertraglichen und ausservertraglichen Schuldverhältnisse, in *Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts*, Festschrift für Rudolf Moser, Zurich 1987, p. 101-118.

Droit international privé étranger et comparé :

CHRISTIAN VON BAR, Abtretung und Legalzession im neuen deutschen Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 53 (1989) p. 462-486 ; FRANK BAUER, Die Forderungsabtretung im IPR, Frankfurt a.M. 2008 ; ROLAND BEUTTNER, La cession de créance en droit international privé, Thèse Genève 1971 ; ANDREA BONOMI, La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, in *La défaillance de paiement*, Fribourg 2002, p. 371-392 ; ELEANORE CASHIN-RITAINE, Les règles applicables aux transferts internationaux de créance à l'aune du nouveau Règlement Rome I et au droit conventionnel, in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zurich 2008, p. 177-215 ; ANNE-SYLVE COURDIER-CUISINIER, La cession conventionnelle de contrat en matière internationale, *Clunet* 136 (2009) p. 471-491 ; DOROTHEE EINSELE, Das Internationale Privatrecht der Forderungsabtretung und der Schuldnerschutz, unter besonderer Berücksichtigung des englischen und französischen Rechts, *ZvglRW* 90 (1991) p. 1-24 ; IDEM, Die Forderungsabtretung nach der Rom I-Verordnung, *RabelsZ* 74 (2010) p. 91-117 ; FRANCO FERRARI, The Uncitral Draft Convention on Assignment in Receivables Financing : Critical Remarks on Some Specific Issues, in *Private Law in the International Arena*, Liber amicorum Kurt Siehr, La Haye 2000, p. 179-196 ; AXEL FLESSNER, Die internationale Forderungsabtretung nach der Rom I-

Verordnung, IPRax 29 (2009) p. 35-43; AXEL FLESSNER/HENDRIK VERHAGEN, Assignment in European Private International Law, Munich 2006; NADINE GRAU, Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretungen im internationalen Rechtsverkehr, Baden-Baden 2005; TREVOR C. HARTLEY, Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations under the Rome I Regulation, ICLQ 60 (2011) p. 29-56; BERND VON HOFFMANN, Die Forderungsübertragung, insbesondere zur Kreditsicherung, im Internationalen Privatrecht, in Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, éd. par Walther Hadding/Uwe Schneider, Berlin 1999, p. 3-25; FRIEDERIKE HOFFMANN-KLEIN, Die Anerkennung ausländischer, insbesondere US-amerikanischer Sicherungsrechte an Forderungen in Deutschland, Frankfurt a.M. 2000; NORBERT HORN, Die UN-Konvention über Forderungsabtretungen als Einheitsrecht, in Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Berne 2005, p. 373-386; HUBERTUS KELLER, Zessionsstatut im Lichte des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, Thèse Munich 1985; EVA-MARIA KIENINGER, Das Statut der Forderungsabtretung im Verhältnis zu Dritten, RabelsZ 62 (1998) p. 678-711; EVA-MARIA KIENINGER/ELISABETH SCHÜTZE, Die Forderungsabtretung im Internationalen Privatrecht, IPRax 25 (2005) p. 200-208; HANS KUHN, Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im einheitlichen UN-Abtretungsrecht, RSDA 74 (2002) p. 129-150; ANTONIO LEANDRO, La disciplina della opponibilità della cessione del credito nella proposta di regolamento Roma I, RDIPP 42 (2006) p. 675-688; HENDRIK LE VERHAGEN/SANNE VAN DONGEN, Cross-Border Assignments under Rome I, JPIL 6 (2010) p. 1-21; ALBERTO MALATESTA, La cessione del credito nel diritto internazionale privato, Padoue 1996; WERNER MANGOLD, Die Abtretung im europäischen Kollisionsrecht, unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Rechts, Frankfurt a.M. 2001; DOROTHÉE PARDOEL, Les conflits de lois en matière de cession de créance, Paris 1997; OLIVER PELTZER, Die Forderungsabtretung im Internationalen Privatrecht, RIW 43 (1997) p. 893-899; CLAUDIA RUDOLF, Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen, Tübingen 2006; HANS-ULRICH RÜEGSEGGER, Die Abtretung im Internationalen Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, Zurich 1973; HOLGER SCHMIDT, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Abtretung von Forderungen im Internationalen Handel, IPRax 25 (2005) p. 93-103; ELISABETH SCHÜTZE, Zession und Einheitsrecht, Tübingen 2005; ANNE SINAY-CYTERMANN, Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance, Rev.crit. 81 (1992) p. 35-60; ERICH SCHINNERER, Zum UNCITRAL Model Law on International Credit Transfer, ZfRV 34 (1993) p. 239-245; ASTRID STADLER, Der Streit um das Zessionsstatut – eine endlose Geschichte?, IPRax 20 (2000) p. 104-110; HANS STOLL, Anknüpfung bei mehrfacher Abtretung derselben Forderung, IPRax 11 (1991) p. 223-227; MANFRED WANDT, Zum Rückgriff im Internationalen Privatrecht, ZvglRW 86 (1987) p. 272-313.

Art. 146

2. Cession légale

¹ La cession légale de créances est régie par le droit qui règle le rapport originaire entre l'ancien et le nouveau créancier et, en l'absence d'un tel rapport, par le droit qui régit la créance.

² Les dispositions du droit régissant la créance qui sont destinées à protéger le débiteur sont réservées.

2. Übergang kraft Gesetzes

¹ Der Übergang einer Forderung kraft Gesetzes untersteht dem Recht des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses zwischen altem und neuem Gläubiger oder, wenn ein solches fehlt, dem Recht der Forderung.

² Vorbehalten sind die Bestimmungen des Rechts der Forderung, die den Schuldner schützen.

2. Trasmissione per legge

¹ La trasmissione di un credito per legge sottostà al diritto regolatore del rapporto giuridico di base esistente tra il vecchio e il nuovo creditore o, in mancanza di tale rapporto, al diritto regolatore del credito.

² Sono fatte salve le disposizioni del diritto regolatore del credito a tutela del debitore.

2. Assignment by operation of law

¹ An assignment by operation of law is governed by the law applicable to the original relationship between the former and the new obligee and, failing such a relationship, by the law governing the right.

² The above provision does not affect those rules in the law governing the rights that are intended to protect the obligor.

Plan

	n°
I. Observations générales	1
II. Le domaine d'application	3
III. Les rattachements retenus	5
IV. La reprise de dette	9
Bibliographie	

I. Observations générales

L'art. 146 détermine le droit applicable à toute cession légale de créances, c'est-à-dire à tout transfert de créance qui ne repose pas sur un contrat entre cédant et cessionnaire, mais sur la loi. Une telle cession (ou subrogation) est généralement prévue dans le cadre d'un rapport contractuel entre cédant et cessionnaire (dans le cadre d'un mandat par exemple, art. 401 al. 1 CO) ou en faveur du tiers qui a exécuté l'obligation d'autrui, sans y être obligé (cf. art. 110 ch. 1 et 2 CO).

Le droit comparé n'offre que peu de règles spécifiquement consacrées à cette institution. L'une d'elle est l'art. 15 du Règlement Rome I, concernant le cas dans lequel un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier (et qu'il l'a effectivement fait). Cette disposition vise à déterminer le droit applicable à la question de savoir si ce tiers peut exercer contre le débiteur le droit du créancier désintéressé (c'est-à-dire, l'existence d'une subrogation légale en sa faveur). La question est régie par la loi applicable à l'obligation de désintéressement du tiers subrogé. Cette règle ne concerne que la subrogation dans une créance contractuelle. Elle est complétée, pour les créances non contractuelles, par l'art. 19 du Règlement Rome II, qui vise le cas où un tiers a désintéressé le créancier en exécution d'une obligation (ou a l'obligation de le faire); la loi régissant l'obligation du tiers détermine si et dans quelle mesure ce dernier peut exercer les droits du créancier contre le débiteur.

II. Le domaine d'application

L'art. 146 n'est applicable qu'à la cession *légale*. Lorsque la cession n'est pas l'effet de la loi, mais de la volonté des parties, ou de l'une d'entre elles (cession et subrogation conventionnelles), le droit applicable est déterminé par l'art. 145 (Dasser, BSK-IPRG, art. 146 n° 1; pour la subrogation conventionnelle du droit français, Keller/Girsberger, ZK-IPRG, art. 146 n° 7-9, proposent une scission entre les aspects légaux et les aspects volontaires). La même solution a été adoptée dans le Règlement Rome I, dont l'art. 14 englobe la cession de créances et la subrogation conventionnelle.

L'art. 146 n'est pas applicable en cas de recours entre codébiteurs, ce dernier étant régi par la règle spéciale de l'art. 144. Cette dernière l'emporte sur l'art. 146, même si le droit de recours contre un codébiteur repose sur une cession légale ou une subrogation.

III. Les rattachements retenus

En principe, le droit applicable à la cession légale est celui qui régit le rapport originaire entre l'ancien et le nouveau créancier (art. 146 al. 1; « Kausalstatut »); ainsi, la cession lé-