

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
CHANCERY DIVISION
COMPANIES COURT

**IN THE MATTER OF LEHMAN BROTHERS INTERNATIONAL (EUROPE) (IN
ADMINISTRATION)**

AND IN THE MATTER OF THE INSOLVENCY ACT 1986

(1) ANTHONY VICTOR LOMAS

(2) STEVEN ANTHONY PEARSON

(3) PAUL DAVID COPLEY

(4) RUSSELL DOWNS

(5) JULIAN GUY PARR

(as the joint administrators of the above named company)

Applicants

- AND -

(1) BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LIMITED

(2) CVI GVF (LUX) MASTER S.À R.L

(3) HUTCHINSON INVESTORS LLC

(4) WENTWORTH SONS SUB-DEBT S.À R.L

(5) YORK GLOBAL FINANCE BDH, LLC

(6) GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL

Respondents

**ENGLISH TRANSLATION OF EXPERT OPINION OF
THIERRY BONNEAU AS TO MATTERS OF FRENCH LAW**

No 7942 of 2008

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
CHANCERY DIVISION
COMPANIES COURT

**IN THE MATTER OF LEHMAN BROTHERS INTERNATIONAL (EUROPE) (IN
ADMINISTRATION)**
AND IN THE MATTER OF THE INSOLVENCY ACT 1986

- (1) ANTHONY VICTOR LOMAS
- (2) STEVEN ANTHONY PEARSON
- (3) PAUL DAVID COPLEY
- (4) RUSSELL DOWNS
- (5) JULIAN GUY PARR

(as the joint administrators of the above named company)

Applicants

- AND -

- (1) BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LIMITED
- (2) CVI GVF (LUX) MASTER S.À R.L
- (3) HUTCHINSON INVESTORS LLC
- (4) WENTWORTH SONS SUB-DEBT S.À R.L
- (5) YORK GLOBAL FINANCE BDH, LLC
- (6) GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL

Respondents

**EXPERT OPINION OF THIERRY BONNEAU AS TO
MATTERS OF FRENCH LAW**

Thierry Bonneau
Professeur de droit
Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Opinion délivrée à la "High Court" (La "Cour") à la demande de la Wentworth
Sons Sub-Debt s.à.r.l ("Wentworth")
Thèmes 23, 24 and 26 de la requête « Waterfall II »

Remarques préliminaires

1. J'ai été chargé par Kirkland & Ellis International LLP, agissant au nom de Wentworth, de préparer une opinion adressée à la Cour sur certains points de droit français en rapport avec la demande des co-administrateurs de Lehman Brothers International (Europe) (*En Administration*) faite à la Cour (l'"Application"). Mes instructions sont jointes à l'Annexe 1 (les "Instructions Initiales") et à l'Annexe 2 (les "Instructions Supplémentaires"). En rédigeant ce rapport j'ai passé en revue les documents listé au paragraphe 2 des Instructions Initiales ainsi que les conventions-cadres françaises suivantes: (i) le contrat-type publié par l'AFB de 1994, (ii) le contrat-type publié par la FBF de 2001, et (iii) le contrat-type publié par l'AFTI de 1997. Les faits présents dans ce rapport dont je possède une connaissance personnelle, sont ceux en rapport avec mes qualifications et le contenu des documents que j'ai étudié. Je présente ci-dessous un résumé de mes conclusions répondant aux questions que j'ai été chargé de traiter.

Qualifications

2. Ancien avocat (3 ans) collaborateur d'un avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, agrégé des facultés de droit, je suis professeur à l'Université Paris II- Panthéon-Assas (France). J'enseigne, à Paris, le droit bancaire, le droit des marchés financiers, ainsi que le droit de la régulation bancaire et

financière européenne et internationale. Je donne également des cours en français et en anglais dans plusieurs pays (Luxembourg, Liban, Tunisie, et Singapour).

3. Reconnu comme un expert dans ces domaines, je suis l'auteur de plusieurs ouvrages (Droit bancaire, Montchrestien 11^e éd. Septembre 2015 ; Droit des marchés financiers (en collaboration), Economica 3^e éd. 2010 ; Régulation bancaire et financière européenne et internationale, Bruylant, 2^e éd. 2014), et de nombreux articles sur ces sujets. Je suis chroniqueur pour plusieurs journaux juridiques. Une de ces chroniques traite du droit financier européen et international.
4. Membre de comité de rédaction de plusieurs revues juridiques (Bulletin Joly Bourse ; Banque et droit ; *Corporate finance and Capital Markets Law Review*), je suis co-directeur de deux d'entre elles (Revue de droit bancaire et financier publié par Lexisnexis France ; *Journal of Financial Regulation (JFR)* publié par Oxford University Press), président du Conseil Scientifique du *International Journal of Financial Services (IJFS)* (publié par Bruyant), administrateur de l'Association européenne de droit bancaire et financière et membre de l'Académie des avocats de droit privé européens (*Accademia Dei Giusprivatisti Europei - Milano -Pavia*).
5. Membre de la Commission consultative épargnant de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), j'ai été membres de plusieurs groupes de travail, notamment en collaboration avec l'AMF. J'interviens également en tant que consultant pour de grands cabinets d'avocats internationaux (Jones Day, Herbert Smith, Willkie Farr and Gallagher, Davis Polk), ainsi que pour des entreprises françaises ou étrangères (Caisse des dépôts et consignation, Caisse de l'Habitat et du refinancement). J'ai exercé cette activité pendant plus de vingt ans.

Résumé des Conclusions

Thèmes 23 et 24

6. Conclusion question 1 : les règles d'interprétation sont posées par le Code civil et doivent être appliquées en tenant compte de la jurisprudence.
7. Conclusion question 6 : au-delà de la lettre des conventions, le juge recherche la commune intention des parties qui peut résulter de tout indice, fait ou autre élément de preuve extérieurs à la convention, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond.

Thème 23

8. Conclusion question 2 : Le droit français connaît plusieurs modes de transfert parmi lesquels la cession de créance joue un rôle essentiel.
9. Conclusion question 3 : La cession de créance transfère, non la qualité de partie, mais uniquement une créance, le cessionnaire acquérant les droits du cédant vis-à-vis du débiteur cédé.
10. Conclusion question 4 : Le cessionnaire ne peut pas avoir plus de droit que le cédant et ne peut pas obtenir une somme en principal et intérêt plus importante que celle que le cédant aurait pu obtenir s'il n'avait pas transféré la créance.
11. Conclusion question 5 : Le cessionnaire est investi de la créance et de ses accessoires. Au titre des accessoires, il n'a pas plus de droit que le cédant.

Thème 24

12. Conclusion question 7 : J'ai été informé que la question 7 n'est désormais plus pertinente dans le cadre de l'Application. Veuillez voir les développements exposés ci-dessous en rapport avec cette question.

Thème 26

13. Conclusion question 8 : La faculté pour une partie de produire un document mentionnant son taux de refinancement est encadrée par le principe de bonne foi. La décision du tiers chargé de mettre en oeuvre la clause mentionnant le taux de refinancement de la partie s'impose aux parties sauf en cas d'erreur grossière. Le montant de l'indemnisation pourra être réduit si le juge la considère comme excessive.

Introduction générale

14. A titre d'introduction générale, il convient de souligner que le droit des contrats français se trouve principalement dans le Code Civil français (le « Code Civil »). Il existe d'autres Codes, tels que le Code de commerce français (le « Code de Commerce ») et le Code monétaire et financier français (le « Code Monétaire et Financier »), mais le Code Civil reste le code essentiel pour tous les contrats, peu importe leur nature, civile ou commerciale.
15. La loi française, qui inclut à la fois les Codes et les textes non codifiés, doit être lu à la lumière des décisions judiciaires, et notamment celles rendues par la Cour de cassation française (la « Cour de Cassation »). Il est vrai que le système français est officiellement basé sur les textes et est en cela différent du système de jurisprudence obligatoire. De ce point de vue, les décisions de justice françaises ne sont pas considérées comme étant une source du droit. Cette approche reste cependant très théorique. En pratique, la Cour de Cassation crée, si besoin est, des règles de droit dans ses décisions, et toutes

les décisions qu'elle rend doivent être prises en compte dans l'application de la législation française. En d'autres termes, afin de trouver la solution la plus juste, les avocats et les juges français raisonnent à la fois sur la base des textes légaux et des décisions judiciaires.

16. La raison pour laquelle la Cour de Cassation agit de la sorte est que les juges ont le devoir de rendre une décision.

Selon l'article 4 du Code Civil, *"Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice"*. Cet article oblige un juge à interpréter la loi comme étant complète quant à la fourniture d'une réponse et oblige un juge à interpréter la loi pour fournir une réponse. La première obligation est la conséquence logique de l'interdiction de considérer le Code Civil comme étant silencieux ou insuffisant pour fournir une réponse. La deuxième découle de l'interdiction de traiter le Code civil comme étant tellement obscur qu'il ne peut pas fournir une réponse ; un tel traitement nierait à l'une ou l'autre partie les droits civils conférés par le Code civil.

17. Il existe de nombreuses techniques d'interprétation. A la différence de ce qui est prévu dans la partie générale du Code pénal (article 111-4), ces techniques ne sont pas prévues par le Code Civil. Elles sont le résultat de la pratique judiciaire et des écrits juridiques. Ces techniques sont résumées ci-après :

- a. Quand la loi est claire, il faut la suivre.
- b. Quand elle est obscure, il approfondir pour en pénétrer l'esprit.

Quand la loi est claire, il faut la suivre

18. La première technique, donnant effet à des mots clairs, signifie qu'un tribunal français devra :

- a. Refuser d'amplifier ou de restreindre la portée d'un texte clair et sans ambiguïté ; et
- b. Donner la priorité au sens du texte même si ceci entraîne un conflit apparent entre le sens du texte et une autre source pouvant indiquer une intention législative différente.

Cette technique est évidente dans de nombreuses décisions de la Cour de Cassation.¹

19. Il existe également de nombreuses maximes d'interprétation venant s'ajouter à la première technique :

- a. Lorsqu'un texte est exprimé en des termes généraux, il est interdit d'introduire des restrictions (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).
- b. Les exceptions doivent être interprétées de manière restrictive (*Exceptio est strictissimae interpretationis*).
- c. En cas de conflit entre une disposition générale et une disposition spécifique, la dernière prévaudra sur la première (*Specialia generalibus derogant*).

Quand elle est obscure, il faut approfondir pour en pénétrer l'esprit

20. La seconde technique, consistant à interpréter une loi conformément à son esprit lorsque les mots sont ambigus, reflète l'obligation d'un juge français de rechercher ce que le législateur entendait lorsqu'il a promulgué le texte. Cela signifie qu'un tribunal français utilise un mode d'interprétation exégétique, c'est-à-dire un mode reposant sur la lettre du texte. Celui-ci est fondé sur

¹ Marchon contre Epoux Fousset et autre (1932), D.H. 1933; et Dame Fournet contre Chevalon (1946), D. 1947,90.

l'hypothèse selon laquelle toute loi est un acte de volonté et que le mode d'interprétation le plus rationnel de cette volonté est d'étudier l'intention du législateur au moment où la loi a été promulguée.

21. Le mode d'interprétation exégétique est fondé, en principe, sur le texte de la loi. Toutefois, on n'est pas tenu de donner un effet littéral au texte si celui-ci est ambigu. C'est en cas d'ambiguïté qu'un tribunal français ira au-delà du texte pour déterminer les raisons de sa promulgation et donnera alors un effet rationnel à ce qui a dû être la volonté du législateur.
22. En des termes pratiques, ceci signifie qu'un tribunal français aura recours aux travaux préparatoires tels que le *Journal Officiel de la République Française - Débats Parlementaires* ; même s'il faut reconnaître que ces travaux ne sont pas toujours pertinents et que, concernant le Code Civil, contrairement aux lois plus modernes et spécifiques, il existe peu de matériel précédant la phase législative.
Cette seconde technique ressort également dans de nombreuses décisions de la Cour de Cassation²

Thèmes 23 et 24

1. Quels règles ou principes d'interprétation régissent et s'appliquent à l'interprétation des contrats commerciaux tels que les Conventions-Cadres FBF, AFB, AFTB et AFTI ?
6. Quels règles ou principes d'interprétation régissent et s'appliquent à l'interprétation des dispositions sur le taux d'intérêt dans les contrats commerciaux tels que les Conventions-Cadres FBF, AFB, AFTB et AFTI ?

² Castagne et autres contre Epy et Société générale des grandes sources d'eaux minérales françaises contre Castagne (1974), D. 1974, 593.

Avertissement : La question 6 du thème 24 concernant les règles d'interprétation relatives aux intérêts rejoint la question 1 du thème 23 dans la mesure où aucune règle spécifique aux clauses relatives aux intérêts n'existe et qu'il convient d'appliquer les principes et règles énoncés dans le cadre de la question 1 du thème 23 à la question 6 du thème 24. Elles seront donc traitées ensemble pour les besoins de cette opinion.

Définition des conventions-cadres et comparaison avec les autres catégories de contrat

23. Les conventions-cadres FBF, AFB, AFTB et AFTI, ci-après dénommées les conventions-cadres, sont des accords-types dont le contenu est déterminé par des organismes professionnels et non par les parties elles-mêmes. Elles sont néanmoins applicables auxdites parties à moins que celles-ci décident de modifier ou de compléter les stipulations desdites conventions par un avenant ou une annexe qui leur est joint. En ce cas, les stipulations particulières l'emportent sur les stipulations de l'accord-type.
24. L'objet des avenants ou annexes est d'adapter l'accord-type aux besoins particuliers des parties afin notamment de mettre en place une convention-cadre ad hoc, prenant en considération les éléments spécifiques de la relation contractuelle entre ces parties comme par exemple, des éléments particuliers de la transaction sous-jacent ou liés à la personnalité des co-contractants. Ces modifications et compléments peuvent être plus ou moins étendus. Les parties peuvent notamment ne modifier ou ne compléter que certaines des stipulations de la convention-cadre.
25. Le contenu des conventions-cadres est initialement déterminé de façon différente que le contenu des autres conventions, ci-après dénommées les conventions classiques. Les organismes professionnels ne sont, en effet, pas à l'origine de ces conventions classiques. Les parties ont librement et

intégralement déterminé le contenu de leurs contrats et de leurs droits et obligations au titre de ces contrats.

26. Indépendamment de la façon dont le contenu des conventions est déterminé (par les parties ou par des organismes professionnels), celles-ci, que ce soit des conventions-cadres ou des conventions classiques, sont interprétées conformément aux mêmes règles et principe applicables en droit français. Il n'y a aucune différence à faire dans la façon d'interpréter les stipulations d'une convention-cadre ou d'une convention classique. Le Code Civil prévoit un ensemble unique de principes applicables à l'interprétation d'un contrat, quels qu'en soient les parties, l'objectif ou les dispositions particulières.

Règles et principes d'interprétation - Observations générales

27. Lorsque les stipulations du contrat sont claires, elles n'ont pas à être interprétées. Elles doivent être exécutées conformément aux termes utilisés par la convention. Si les stipulations du contrat ne sont pas claires, elles doivent alors être interprétées.

28. Le Code Civil énonce les règles et principes gouvernant l'interprétation des contrats dans ses articles 1156 à 1164³. Ces règles et principes, conçus comme des conseils donnés au juge⁴, sont applicables à tous les contrats, que ceux-ci soient de nature civile ou commerciale, qu'il s'agisse de conventions-types déterminés par des organismes professionnels ou de conventions dont les clauses sont librement déterminées par les parties elles-mêmes. Aucune différence n'est à faire entre les différentes catégories de contrats que le droit français connaît pour les besoins de l'interprétation de leurs stipulations le cas échéant⁵.

³ Pour les besoins de cette opinion, les dispositions légales française citées, sont citées en annexe 1 des présentes.

⁴ Ph. Simler, Contrats et obligations - interprétation des contrats - L'instrument: notion, normes, champ d'application, fasc. 10, Juris-classeur civil Traité, n° 32 et s.

⁵ Simler, fasc. 10, op. cit. n°70.

29. Les règles et principes d'interprétation sont énoncés uniquement par le Code Civil. Ni le Code de Commerce ni le Code Monétaire et Financier n'en énoncent. Ces règles et principes doivent être distingués d'autres règles et principes qui peuvent avoir une incidence sur la solution des litiges tels que l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions (art. 1134 du Code Civil). Ces règles ne sauraient en effet interférer sur l'interprétation des contrats dont le sens et la portée doivent être recherchés indépendamment de la façon les parties se comportent, qu'elles soient de bonne ou de mauvaise foi. On a toutefois pu constater que les questions d'interprétation et d'exécution de bonne foi peuvent se mêler⁶.
30. La Cour de Cassation ne contrôle pas la manière dont les juges du fond appliquent les règles et principes posés dans les articles 1156 à 1164 du Code Civil. Les juges du fond ont un pouvoir souverain⁷. L'interprétation est une question de fait. Ce n'est pas une question de droit. La Cour de Cassation ne contrôle pas l'interprétation retenue par les juges du fond⁸.
31. Pouvoir souverain ne signifie cependant pas pouvoir arbitraire. Aussi, la Cour de Cassation se reconnaît-elle, depuis un arrêt du 15 avril 1872, le droit de censurer les décisions des juges du fond lorsque les termes employés par les parties dans leurs conventions sont clairs et précis et que les obligations résultant du contrat ont été dénaturées par ceux-ci⁹.
32. La question s'est posée de savoir si dans le cas des contrats standardisés, la Cour de Cassation ne devrait pas aller au-delà du simple contrôle de dénaturation et admettre le contrôle de l'interprétation¹⁰. En dépit de quelques arrêts isolés, la Cour de Cassation¹¹ a refusé de contrôler

⁶ Simler, fasc. 10, op. cit. n°16.

⁷ Cass. Sect. réun. 2 février 1808, S. chron. Grands arrêts, T. 2, n° 160.

⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffle-Munck, Droit civil 2004, Les obligations, Defrénois, n° 773 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 10^e éd. 2009, Dalloz, n° 457 et s ; Simler, fasc. 10, op. cit. n° 4, 7 et 20.

⁹ Civ. 15 avril 1872, DP 1872.1.176, S. 1872.1, 232.

¹⁰ Terré, Simler et Lequette, op. cit. n°460.

¹¹ Voir notamment : Cass. com. 15 mai 1950, D. 1950.773, note G. Ripert ; Com. 17 décembre 1991, Bull. civ. IV n° 396 p 274.

l'interprétation des contrats standardisés. Cette position doit toutefois être relativisée. En effet, sous couvert de dénaturation, la Cour de Cassation procède à l'interprétation unificatrice des clauses reproduites à des millions d'exemplaires dans certains contrats tels que les contrats d'assurance¹². Selon les universitaires¹³, les contrats standardisés sont différenciés des contrats qui ne le sont pas.

33. Parce que l'interprétation est une question de fait, tous les moyens de preuve sont admissibles¹⁴. Un faisceau d'indices peut ainsi être pris en considération pour prouver la commune intention des parties. Les usages et les pratiques de marché peuvent contribuer à apporter cette preuve. Peuvent être pris en compte, pour interpréter les stipulations d'une convention-cadre publiée par un organisme professionnel, les conventions-cadres publiées par les autres organismes professionnels dès lors qu'elles portent sur le même objet et qu'elles peuvent être utilisées par les mêmes acteurs de marché.
34. Les décisions judiciaires ne constituent pas en droit français des précédents. Les cours et tribunaux rendent des décisions dont la portée est limitée au litige que ces décisions sont censées tranchées ; les décisions judiciaires n'ont pas d'impact sur les autres litiges et décisions qui pourraient être rendus ultérieurement. Telle est la solution traditionnelle en Droit. Car en pratique, les décisions de la Cour de Cassation qui explicitent les règles et principes posés par les textes légaux sont à prendre en considération et jouent, d'une certaine manière, le rôle de précédents. Il n'est pas possible, pour statuer sur un litige, de ne prendre en compte que les textes ; il convient également de prendre en compte l'interprétation qu'il en a été faite par la Cour de Cassation.

¹² Voir notamment : Cass. civ. 1, 24 janvier 1984, Bull. Civ. I n° 28 p 23.

¹³ Terré, Simler et Lequette, op. cit. n°460.

¹⁴ Simler, fasc. 10, op. cit. n°20.

35. Si l'interprétation donnée par la Cour de Cassation s'impose en fait, il en va différemment des avis universitaires ou non judiciaires. Ceux-ci peuvent être importants pour la compréhension de la loi et peuvent proposer des solutions et interprétations. Ces avis ne s'imposent toutefois pas à un juge.

Règles et principes d'interprétation – Principaux textes

36. L'article 1156 du Code Civil formule la principale règle : selon ce texte, « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Deux principes sont énoncés dans ce texte.

Tout d'abord, l'objectif n'est pas d'établir l'intention de l'une des parties, mais la commune intention des parties, ce qui peut être difficile. Cette recherche permet aux juges du fond de s'assurer de la cohérence du contrat. Cela signifie que ces clauses doivent être interprétées dans un sens qui préserve l'objet du contrat et qui ne crée pas de contradictions à l'intérieur même du contrat.

Ensuite, le contrat doit être interprété en faisant prévaloir son esprit sur sa lettre. Lorsqu'ils recherchent la commune intention des parties, les juges du fond peuvent tenir compte de l'ensemble des éléments et facteurs pertinents, ce qui inclut les pratiques professionnelles. S'il en est ainsi, c'est parce que la commune intention des parties est un fait qui se prouve par tous moyens.

L'article 1156 du Code Civil impose de rechercher, lorsqu'il s'agit d'interpréter une clause, la commune intention des parties, le résultat de cette recherche devant prévaloir sur la lettre d'une telle clause.

37. D'autres principes issus du Code Civil doivent également être exposés dans la cadre de l'interprétation des contrats en droit français :

- « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » (art. 1157 du Code Civil) ;

- « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat » (art. 1158 du Code Civil) ;
- « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » (art. 1159 du Code Civil) ;
- « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées » (art. 1160 du Code Civil) ;
- « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier » (art. 1161 du Code Civil) ;
- « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » (art. 1162 du Code Civil) ;
- « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter » (art. 1163 du Code Civil).

38. Le principe posé par l'article 1163 du Code Civil montre bien que l'on doit prendre en considération, pour interpréter un contrat, l'intention de ceux qui ont conclu le contrat.

39. Il résulte clairement des articles 1158 et 1161 du Code Civil que l'on doit prendre en compte l'ensemble des stipulations du contrat pour interpréter l'une d'elles et que l'interprétation retenue pour cette clause doit être en harmonie avec la matière du contrat, ce qui désigne son économie générale et sa finalité¹⁵.

Le principe de cohérence qui conduit à prendre en considération le contrat dans sa globalité implique, en cas de pluralité d'actes, de prendre en considération l'ensemble des actes, *negotium et instrumentum*¹⁶. Aussi, en cas de conventions-cadres complétées par des avenants et annexes, convient-il de

¹⁵ Simler, fasc. 10, op. cit. n° 45.

¹⁶ Simler, fasc. 10, op. cit. n° 51 et 53.

rechercher la volonté des parties en tenant compte tant de la convention-cadre que des avenants ou annexes y relatifs.

De même, si une clause est composée de deux parties et que l'une d'elle est claire et précise alors que la seconde est sujette à interprétation, c'est la globalité de la clause qui doit être prise en compte pour son interprétation, de sorte que la partie claire et précise de la stipulation peut être prise en considération pour déterminer le sens et la portée de la seconde partie de la stipulation en cas de doute.

La règle générale qui conduit à retenir une interprétation conforme à la matière du contrat implique qu'elle puisse être retenue quelques soient ses conséquences particulières sur le plan commercial ou financier. Toutefois la règle est supplétive. Dans la détermination de la commune intention des parties, le juge peut prendre en considération l'absurdité des conséquences économique comme un indicateur du fait qu'une telle interprétation n'aurait pas pu être la commune intention des parties puisqu'elle est très préjudiciable pour l'une d'entre elles. Le juge peut tenir compte, aux fins d'interprétation, des limites imposées par les règles légales, telle que celle énoncée à l'article 442-6, 2° du Code de commerce qui sanctionne par la responsabilité le fait de soumettre un cocontractant « *à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Toutefois, sous couvert d'interprétation, il convient de ne pas modifier le contenu du contrat qui relève de la commune intention des parties.

40. L'article 1162 du Code civil prévoit qu'en cas de doute, un contrat doit être interprété contre la partie qui a stipulé (c'est-à-dire la partie qui revendique le bénéfice de l'obligation) et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (c'est-à-dire la partie sur laquelle pèse la charge de l'obligation). Cette règle, qui est bien loin de la recherche de la commune intention des parties, ne s'impose pas au juge qui peut retenir, selon les circonstances, une interprétation en faveur du créancier de l'obligation.

En tout cas, la règle posée par l'article 1162 du Code Civil peut être prise en compte dans un conflit entre débiteur et créancier ou entre deux créanciers d'une obligation. Dans ce dernier cas, elle conduit à rechercher la solution la plus favorable au débiteur de l'obligation et à l'appliquer au conflit entre les deux créanciers. En conséquence, si le litige porte sur un taux d'intérêt, il est certain que c'est le taux d'intérêt le plus faible - car étant le plus favorable au débiteur - qui doit être applicable en tant que solution au conflit entre deux créanciers.

41. Il est à noter que les articles 1156 et 1162 du Code Civil sont les textes les plus souvent mentionnés dans les décisions judiciaires. Les autres textes n'apparaissent que rarement¹⁷.

Dispositions relatives aux intérêts

42. Conformément aux règles et principes généraux d'interprétation des contrats posés par le Code Civil et expliqués ci-dessus, si un taux d'intérêt applicable est clairement indiqué dans le contrat, les stipulations le concernant n'ont pas à être interprétées. Si, au contraire, les stipulations relatives au taux d'intérêt ne sont pas claires, les juges français doivent rechercher la commune intention des parties pour déterminer le taux applicable. Dans le cas où la créance à laquelle le taux d'intérêt s'applique a été cédée par une cession de créance, lorsqu'on cherche à déterminer le taux applicable dans le cas où les dispositions s'y rapportant ne sont pas claires, le juge doit examiner la commune intention des parties initiales au contrat initial en vertu duquel la dite créance est née, et ce sans prendre en compte la personnalité du cessionnaire, le taux et/ou le montant d'intérêts dus au cessionnaire ne pouvant être différents du taux ou du montant d'intérêts qui aurait été dus au cédant¹⁸, le débiteur cédé n'étant pas partie au contrat initial.

¹⁷ Simler, fasc. 10, op. cit. n° 32.

¹⁸ *Infra*, questions 3 et 4.

43. Les stipulations contractuelles qui se référaient à des taux reposant sur les monnaies nationales qui ont été remplacées par l'euro ne sont pas devenues caduques du fait de l'euro. Le législateur a assuré leur continuité de sorte qu'aucune question d'interprétation ne se pose. Ainsi, l'arrêté ministériel du 10 novembre 1998¹⁹ décide que :

- « le taux interbancaire offert en euros (TIBEUR ou EUROBOR) sera substitué aux deux taux interbancaires offerts à Paris en francs et en écus (TIOP FRF et TIOP XEU) à compter du 1^{er} janvier 1999 »²⁰ ;
- « le taux moyen pondéré en euros (TEMPE ou EONIA) sera substitué au taux moyen pondéré (TMP) à compter du 4 janvier 1999 »²¹ ;
- « Pour les taux variables ou indices calculés par référence au TIOP ou au TMP, notamment le taux moyen mensuel monétaire au jour le jour (TMM), le taux annuel monétaire (TAM) et le taux annuel glissant (TAG), cette référence est modifiée conformément aux dispositions des articles 1^{er} et 2 du présent arrêté »²².

Dispositions concernant les indemnités

44. Les règles et principes d'interprétation posés par le Code Civil s'appliquent aux clauses qui prévoient des indemnisations en cas de retard ou d'inexécution des conventions. Par ces clauses, les parties fixent par avance une indemnisation ou une méthode d'indemnisation (par application d'un index par exemple ou par référence à un taux d'intérêt) permettant d'en déterminer le montant. Ces clauses, qui évitent en principe le recours au juge, établissent un forfait ou une méthode dont l'application permettra la fixation de ce forfait, dans la mesure où, à la date de la conclusion de la convention, il n'est pas possible de connaître par avance le montant du préjudice dont l'une des parties pourra souffrir.

¹⁹ Arrêté du 10 novembre 1998 pris pour l'application de l'article 24 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, Journal officiel de la République Française, 11 novembre 1998, p 17035.

²⁰ Art. 1, Arrêté préc.

²¹ Art. 2, Arrêté préc.

²² Art. 3, Arrêté préc.

Dispositions concernant les parties

45. Dans les différentes conventions-cadres (AFF, FBF, AFTB et AFTI), le terme "Partie" ne fait pas l'objet d'une définition à part spécifique mais fait référence directement à la dénomination des parties au contrat décrite dans le préambule. Par conséquent, toute référence à une "Partie" est une référence à chacun des co-contractants initiaux. De plus, si les parties initiales avaient souhaité étendre le champ d'application et les effets de la convention-cadre à d'autres personnes comme un cessionnaire ultérieur, elles l'auraient spécifié dans l'annexe relative à ladite convention.
46. En application des principes généraux tels qu'ils résultent de la loi et de la jurisprudence, le mot partie doit englober les héritiers²³ et, en cas de fusion/absorptions, les bénéficiaires de l'opération. La transmission de la transmission universelle, qui implique le transfert de la qualité de partie, n'est toutefois pas absolue : le caractère *intuitu personae* des conventions fait obstacle à leur reprise par le bénéficiaire de la transmission universelle, ce qui explique que cette reprise soit subordonnée au consentement du cocontractant, et donc de la partie qui est tenue d'exécuter la prestation convenue²⁴.
47. La qualité de partie peut être transférée par voie de cession de contrat ; elle ne peut pas l'être par voie de cession de créance²⁵.
48. En outre du fait que, comme indiqué plus haut, dans les différentes conventions cadres , le mot "Parties" fait référence aux parties initiales, ce renvoi pourrait être utilisé par le juge français pour interpréter la portée d'un droit à percevoir des intérêts de retard, et en particulier, si ce montant doit

²³ Art. 1122 du Code civil.

²⁴ Voir notamment, Cass. com. 29 octobre 2002, n° 1720, RJD 3/03 n° 263. Sur cette jurisprudence voir, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2015, Éditions Francis Lefebvre, n° 83811.

²⁵ *Infra*, question 2.

être calculé sur la base du taux de refinancement du jour de la partie contractante initiale, ou d'une tierce partie dans l'hypothèse où la créance a été cédée par exemple. L'application du taux de refinancement du jour de la partie contractante initiale, dans le cas d'une revendication émise par le cessionnaire, est conforme à la règle *nemo plus juris* qui implique que seul ce taux applicable au cédant puisse s'appliquer au calcul du montant d'intérêts, quand bien même ces intérêts seraient payés au cessionnaire après la cession de la créance²⁶. En effet, selon un tel principe, la partie qui a le droit de réclamer un certain montant d'intérêts de retard suite à un retard de paiement, calculé en appliquant le taux d'intérêt convenu par les parties dans le contrat, ne peut pas transférer plus de droit qu'elle n'en a elle-même à un cessionnaire ultérieur qui aurait acquis une telle créance.

49. Le tribunal français considèrera également que l'objectif d'une clause d'intérêt est de compenser la valeur temps de l'argent et a été stipulée uniquement en référence aux parties initiales. Il s'ensuit que seules les parties initiales doivent être prises en considération lors de l'interprétation de la portée d'un droit à percevoir des intérêts de retard, en dépit du fait que la revendication de ce droit soit émise par un cessionnaire ultérieur de l'une des parties.

Thème 23

2. Quels modes de transfert d'un contrat ou d'une créance existent en droit français ?

50. Le droit français connaît plusieurs modes de transfert. Ceux qui semblent pertinents sont la cession de créance, la cession de dettes, la subrogation personnelle et la cession de contrat. La délégation, qui est une forme de novation, doit être rapprochée de la cession de dette.

²⁶ Voir *infra*, questions 3 et 4, thème 23, paragraphe 64.

51. La **subrogation personnelle** (articles 1249 à 1252 du Code Civil), qui peut être conventionnelle ou légale, consentie par le créancier ou imposée par le débiteur, est un mode de transfert qui est lié au paiement²⁷. La subrogation consentie par le créancier²⁸ repose sur un accord express - la quittance subrogative - qui doit intervenir lors du paiement. La créance est transférée, avec ses qualités et ses vices (opposabilité des exceptions), à la personne qui paie le créancier qui prend par voie de conséquence la place du créancier initial vis-à-vis du débiteur. Cette substitution n'investit pas le nouveau créancier du montant intégral de la créance : le transfert est limité au montant effectivement payé au créancier initial par le nouveau créancier²⁹.
52. La **cession de créance**, peut être réalisée conformément à l'un des dispositifs prévus par la loi française : les articles 1689 à 1701 du Code Civil ; les articles L. 313-23 à L. 313-29-2 du Code Monétaire et Financier relatifs à la cession dite « Dailly » ; l'article L. 211-37 du Code Monétaire et Financier relatif aux obligations financières visées à l'article L. 211-36 du même code. Les clauses qui interdisent les cessions de créance sont nulles³⁰.
53. La cession de créance régit par les articles 1689 à 1701 du Code Civil³¹ repose sur la convention des parties qui doit répondre aux conditions de validité exigées de toute convention. Elle prend effet entre les parties dès sa conclusion, mais n'est opposable aux tiers que conformément aux dispositions de l'article 1690 du Code Civil : *« le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique »* : on doit observer que l'acceptation du débiteur ne transforme pas la cession de créance en cession de contrat ; elle est seulement une formalité d'opposabilité de la cession. Étant précisé que

²⁷ Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit. n° 1295.

²⁸ Art. 1250, 1°, Code civil ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit. n° 1297.

²⁹ Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit. p 722.

³⁰ Art. L. 442-6, III, c), Code de commerce.

³¹ Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit. n° 1308 et s ; C. Ophèle, Cession de créance, Répertoire de droit civil, Dalloz.

celle-ci transfère la créance - « il y a changement de créancier mais non changement de la créance »³² - avec toutes ses qualités et ses vices : le cessionnaire est investi des accessoires de la créance³³ ; le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il avait contre le cédant³⁴ : par exemple, l'exécution d'inexécution³⁵ ou encore l'exception de compensation³⁶.

54. La cession de créance régie par les articles L. 313-23 à L. 313-29-2 du Code Monétaire et Financier³⁷, dite cession Dailly, repose sur l'établissement d'un bordereau de cession qui doit comporter les mentions exigées par l'article L. 313-23, notamment celle de la personne du cessionnaire qui est nécessairement une entreprise bancaire. Si le bordereau est établi conformément aux prescriptions légales, sa remise réalise le transfert de la propriété des créances. Elle est l'unique formalité à accomplir. Il s'agit donc d'un mode de transfert simplifié puisque la seule remise du bordereau suffit à investir le cessionnaire de la propriété des créances cédées. C'est la raison pour laquelle, sans qu'il soit besoin d'accomplir une formalité de publicité, il est prévu que la cession « prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de la remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances »³⁸. C'est là une différence avec la cession régie par le Code Civil qui exige l'accomplissement d'une formalité d'opposabilité. Toutefois, comme pour la cession régie par le Code Civil, la cession réalisée par bordereau Dailly opère transfert des créances avec leurs qualités et leurs vices. Les accessoires sont transmis³⁹ et les exceptions demeurent, sauf dérogation, opposables au cessionnaire⁴⁰.
- Le Code Monétaire et Financier organise, ce que ne fait pas le Code Civil, la protection du cessionnaire par le biais de deux mécanismes : la notification et

³² Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit. n° 1317.

³³ Art. 1292, Code civil. V. not. Ophèle, art. préc. n° 212 et s.

³⁴ V. not. Ophèle, art. préc. n° 283 et s.

³⁵ Voir notamment, Cass. com. 9 novembre 1993, Bull. civ. IV n° 385.

³⁶ Sur la portée de la règle de l'opposabilité des exceptions, *infra*, questions 3 et 4.

³⁷ Voir Th. Bonneau, Droit bancaire, 10^e éd. 2013, LGD, n° 705 et s.

³⁸ Art. L. 313-27, al. 1, Code Monétaire et Financier.

³⁹ Art. L. 313-27, al. 3, Code Monétaire et Financier.

⁴⁰ Sur la portée de la règle de l'opposabilité des exceptions, *infra*, questions 3 et 4, thème 23.

l'acceptation de la cession par un acte du débiteur. La notification prévue par l'article L. 313-28, qui est un acte émanant du cessionnaire et adressé au débiteur cédé, est une interdiction de payer entre les mains du cédant et non une formalité d'opposabilité ; elle n'entraîne pas à la charge du débiteur cédé une obligation d'information au profit du cessionnaire sur l'existence et la valeur des créances cédées, le comportement frauduleux du débiteur cédé étant réservé⁴¹. Quant à l'acceptation qui est régie par l'article L. 313-29, c'est un acte émanant du débiteur qui emporte l'inopposabilité des exceptions : « le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit, en acquérant ou en recevant la créance n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ».

55. La cession de créance régie par l'article L. 211-37 du Code Monétaire et Financier concerne les seules obligations financières visées à l'article L. 211-36 du même code. Ce régime se rapproche de celui de la cession Dailly puisque la cession est opposable aux tiers sans formalité : « La cession de créances afférentes aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 est opposable aux tiers du fait de la notification de la cession au débiteur ».

56. Si l'exigence d'une formalité d'opposabilité est une différence entre la cession régie par le Code Civil et les cessions régies par le Code Monétaire et Financier, en revanche, quel que soit le régime applicable à la cession de créance, la règle de l'opposabilité des exceptions est le principe. Ceci n'est pas étonnant. Le débiteur n'est pas partie à la cession, qui étant un accord bipartite⁴² ne peut pas lui créer de droits et d'obligations. Pour que ça le soit, le consentement du débiteur aurait été nécessaire.

57. La cession de créance s'oppose à la cession de dette. La première est décidée et exécutée par le créancier ; la seconde l'est par le débiteur. En tant que mode

⁴¹ Cass. com. 24 mars 1992, Bull. civ. IV n° 128.

⁴² Voir concernant la cession de contrat, *infra*, question 2, thème 23, paragraphe 60.

de transfert direct, la cession de dette n'est pas autorisée par le droit français⁴³ car on ne peut imposer un changement de débiteur à un créancier sans son accord⁴⁴. Mais une telle opération peut être réalisée via la création d'une obligation nouvelle dans le cadre de la novation (art. 1271 à 1281 du Code Civil) ou via la cession de contrat qui emporte alors la cession simultanée de tous les droits et obligations au titre du contrat cédé.

58. Dans la **novation** doit nécessairement être présente l'« *aliquid novi* », soit l'intention de nover. Condition de la validité de la novation, l'*aliquid novi* ne se présume pas ; les parties doivent expressément manifester leur volonté d'éteindre une obligation par la création d'une nouvelle venant la remplacer, les deux obligations devant être distinctes⁴⁵. La novation n'est dès lors, pas un mode de transfert à proprement parler, mais un mécanisme permettant de faire disparaître une obligation ancienne et de la remplacer par la création d'une obligation nouvelle. Cette approche doit toutefois être relativisée car la délégation, qui est traitée par le Code Civil comme une forme de novation, peut permettre le transfert de dettes.
59. Selon l'article 1275 du Code Civil, « la **délégation** par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a pas expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation ». La délégation est une sorte de novation si le créancier, appelé « délégataire », accepte de décharger le débiteur, appelé « délégant », qui opère la délégation à la charge d'un autre débiteur appelé « délégué ». Toutefois, d'une part, cette décharge n'est pas obligatoire : le délégataire n'est pas obligé de décider cette décharge. D'autre part, si la délégation opérant novation semble similaire à une cession de dette, elle ne peut pas y être identifiée. En effet, la dette n'est pas transférée du délégant au délégué : le consentement du délégataire crée une nouvelle obligation. Par

⁴³ Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit. n° 1337.

⁴⁴ Terré, Simer et Lequette, op. cit., n° 1304.

⁴⁵ Art. 1273 du Code Civil.

ailleurs, si le délégataire ne décharge pas le délégant, le second demeure le débiteur du premier. Enfin, la délégation peut être comparée à une cession de dette seulement si le délégant est à la fois créancier et débiteur : créancier du délégué à qui il demande de payer une autre personne et débiteur du délégataire.

60. À la différence de la cession de créance, la cession de contrat conventionnelle⁶⁶ postule la cession des créances et des dettes au titre du contrat cédé. Toutefois, contrairement à la cession de créance, ce mode de transfert ne peut pas être limité à la seule intention de transférer les dettes et les créances en vertu du contrat. Par une cession de contrat, qui est un contrat "tripartite", l'intention des parties au contrat initial est de transférer le contrat dans son ensemble à une tierce partie qui, à son tour, l'accepte et devient une partie au contrat cédé⁶⁷. La cession de contrat conduit, au cours de l'exécution du contrat, au remplacement d'une partie par un tiers. Le cessionnaire prend, en qualité de partie, la place du cédant.

61. Le contrat dont la principale obligation a été exécutée ou résiliée ne peut pas être transféré par une cession de contrat⁶⁸, car cette cession a pour effet de transférer la qualité de partie qui ne peut être transférée après que les obligations aient été exécutées ou résiliées.

Pour les besoins de ce rapport, il est supposé que toutes les créances transférées étaient des créances fondées sur la convention-cadre résiliée. En d'autres termes, à la suite du déclenchement d'un cas de défaut aux termes des conventions-cadres, toutes les transactions conclues entre les parties et régies par la convention-cadre applicable ont été résiliées, et un solde de résiliation unique a été calculé pour chaque convention-cadre. De telle

⁶⁶ V. E. Jeuland, Cession de contrat, Répertoire de droit civil Dalloz ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit. n° 906 et s.

⁶⁷ Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit. n° 906.

⁶⁸ E. Jeuland, Cession de contrat, Répertoire de droit civil, spéc. N°24 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois 2004, p. 453.

manière, il est supposé que les créances sont celles transférées à des tierces parties sur le marché secondaire. Sur cette base, on ne voit pas comment le mécanisme de la cession de contrat aurait pu être utilisé. Dans une telle situation, les cédants ont voulu transférer leurs créances relatives au solde de résiliation aux cessionnaires et non leurs qualités de parties aux conventions-cadres qui ont donné lieu à un cas de défaut. Ce serait une cession de créance. Aucun texte légal de portée générale ne régit la cession de contrat conventionnelle : il existe seulement quelques règles spécifiques énoncées dans des contextes particuliers et seulement pour régler la question de l'opposabilité de la cession de contrat au tiers (voir notamment art. L. 211-37 du Code monétaire et financier français : « *La cession de contrats afférents aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 est opposable aux tiers du fait de l'accord écrit des parties* »). À défaut de textes, il convient de se référer à la jurisprudence, en particulier aux arrêts rendus par la Cour de Cassation, pour déterminer le régime applicable à la cession de contrat. La principale règle concerne l'accord du débiteur cédé : la cession de contrat requiert, en toutes hypothèses, l'accord préalable du débiteur cédé⁴⁹.

Cet accord est primordial. La cession de contrat opère un changement de partie et met le débiteur face à un nouveau cocontractant. La cession de contrat n'opère ainsi pas seulement un changement de bénéficiaire quant au paiement de la créance, mais un changement de personne qui peut être à la fois créancière et débitrice des droits et obligations issues du contrat. La loi française requiert toutefois le consentement du débiteur pour la conclusion d'un contrat avec une nouvelle partie, en vertu duquel naissent des droits et obligations. Si un tel contrat venait à être transféré à une tierce partie sans le consentement préalable des parties initiales à ce contrat, alors ce transfert ne lierait pas la partie initiale.

⁴⁹ Cass. com. 6 mai 1997, Clv. 3e, 12 déc. 2001, no 00-15.627.

3. Quel est l'effet d'une cession de créance en droit français ? Quelle est la position du cessionnaire de droits en vertu d'une cession de créance par rapport au cocontractant initial non-cédant ?

4. Est-ce que le cessionnaire d'une créance cédée en vertu d'une cession de créance peut recouvrer un montant plus important auprès cocontractant initial non-cédant par rapport à ce que le cédant aurait pu recouvrer (par exemple sur la base du principe *nemo plus juris*) ?

Avertissement : Les questions 3 et 4 se rejoignent en ce sens qu'elles ont trait à ce que le cessionnaire peut réclamer au débiteur cédé.

62. En cas de cession de créance, le cédant perd son statut de créancier et donc ses droits vis-à-vis du débiteur cédé. Le cessionnaire est investi de ce statut et a par voie de conséquence le droit d'obtenir le paiement de la créance cédée lorsqu'elle sera exigible. La cession de créance, qui n'a pas d'effet novatoire, ne donne pas naissance à une obligation nouvelle⁵⁰.

63. Le prix payé par le cessionnaire au cédant important peu, le cessionnaire est en droit d'obtenir le paiement du montant intégral de la créance cédée. Cette règle diffère de celle applicable en cas de subrogation puisque le transfert de la créance opéré par ce mécanisme est limité au montant que le subrogataire a payé au subrogeant⁵¹.

64. Selon le principe *nemo plus juris*, "personne ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même", ce qui signifie que le cessionnaire ne peut pas avoir plus de droit que le cédant⁵². C'est la raison pour laquelle le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant. Le cessionnaire est exactement dans la même position que le cédant : les

⁵⁰ Cass. civ. 1, 27 octobre 1976, Bull. civ. I n° 311.

⁵¹ *Supra*, question 2, thème 23, paragraphe 51.

⁵² Cass. Civ.1, 6 May 1968, Bull. civ. I n°132

termes et conditions qui étaient applicables au cédant sont applicables, de façon similaire, au cessionnaire. Il n'y a aucune différence à effectuer entre le cédant et le cessionnaire.

65. La règle de l'opposabilité des exceptions caractérise la cession de créance régie par le Code Civil. Elle n'est pas toutefois pas aussi générale qu'il y paraît. Il convient de distinguer deux types d'exécution.

Certaines exceptions peuvent être opposées à tout moment, peu important leur date de naissance. Il en est ainsi des exceptions inhérentes à la dette, catégorie illustrée par l'exécution d'inexécution. Ces exceptions sont toujours opposables au cessionnaire, qu'elles naissent avant ou après la cession⁵³. Le débiteur cédé peut donc refuser de payer le cessionnaire même si l'inexécution reprochée au cédant naît postérieurement à la cession de créance.

Au contraire, d'autres exceptions ne peuvent être opposées au cessionnaire que si elles sont nées antérieurement à la cession de créance, voire de la date de la notification, ce qui est le cas de l'exception de compensation. Le débiteur cédé peut refuser de payer le cessionnaire s'il était lui-même créancier du cédant et que les créances réciproques sont devenues certaines, liquides et exigibles avant la date de la cession. Il en est ainsi parce que la compensation s'opère de plein droit au moment même où les créances deviennent certaines, liquides et exigibles. Si les créances sont devenues certaines, liquides et exigibles après la date de la cession, la compensation ne peut pas s'opérer car le cédant et le débiteur ne sont plus réciproquement créanciers. La règle n'est toutefois pas absolue. La compensation demeure possible postérieurement à la notification de la cession⁵⁴, alors même qu'à cette date, les créances n'étaient pas certaines, liquides et exigibles, dès lors qu'il s'agit de créances et dettes connexes.

⁵³ Cass. com. 12 janvier 2010, Bull. civ. IV n° 2.

⁵⁴ Voir notamment Cass. com. 15 juin 1993, Bull. civ. IV n° 242.

66. La même distinction est effectuée en cas de cession Dailly : l'exception d'inexécution est opposable quelle que soit la date de sa naissance alors que l'exception de compensation doit naître antérieurement à la cession - plus précisément à la notification prévue par l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier⁵⁵ - à moins que les créances soient connexes, l'exception de compensation de créances connexes pouvant être opposée au cessionnaire même si les créances du cédant et du cessionnaire deviennent certaines, liquides et exigibles après cette notification⁵⁶.

5. Existe-t-il, en droit français un principe selon lequel le cessionnaire d'une créance bénéficie également des droits accessoires attachés à la créance ? Dans l'affirmatif, quel est l'étendu du principe et quels droits accessoires peuvent être revendiqués par le cessionnaire d'une créance ?

67. L'article 1692 du Code Civil dispose que « la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque » ; selon l'article L. 313-27, alinéa 3, du Code monétaire et financier, « la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans autre formalité ». Le cessionnaire est donc investi des droits accessoires attachés à la créance cédée. En d'autres termes, les droits accessoires transférés au cessionnaire sont limités à la mesure des droits du cédant.

68. À titre d'exemple, il a été jugé que la créance étant transmise au cessionnaire telle qu'elle existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé, la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise avec la créance et s'impose au cessionnaire⁵⁷. De

⁵⁵ Bonneau, op. cit. n° 718.

⁵⁶ Cass. com. 14 décembre 1993, Bull. civ. IV n° 469.

⁵⁷ Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, Bull. civ. I n° 1.

même, la cession de créance emporte de plein droit le transfert des actions en justice qui sont attachées à la créance⁵⁸.

69. La règle de la transmission des accessoires n'est pas sans limite. En effet, sont exclues de cette transmission les actions extrapatrimoniales, incessibles ou strictement personnelles au cédant⁵⁹.
70. Le transfert des droits accessoires n'a aucun effet sur les dettes et obligations dont le cédant pourrait être redevable ou tenu vis-à-vis du débiteur cédé. Le cessionnaire ne devient nullement le débiteur du débiteur cédé. Il ne remplace pas le cédant vis-à-vis des dettes. Le cédant demeure le seul débiteur des dettes et obligations qui étaient à sa charge vis-à-vis du cédé.
71. La règle *nemo plus juris* concerne tant la créance que ses accessoires, y compris les intérêts de la créance : le cessionnaire ne peut recevoir ni une somme plus importante au titre du principal de la créance ni un montant d'intérêts plus élevé que le cédant. La règle *nemo plus juris* impose de calculer le montant des intérêts de la même façon, en toutes hypothèses, quelle que soit la personne du créancier, que celui-ci soit le cédant ou le cessionnaire. Par voie de conséquence, seul le taux applicable au cédant peut être utilisé pour le calcul du montant des intérêts, cela même si ces intérêts sont payés au cessionnaire suivant une cession de créance.
72. Cette solution est obligatoire même si l'acte de transfert ultérieur conclu entre le cédant et le cessionnaire prévoit l'obligation de prendre en considération le taux d'intérêt du cessionnaire. En effet, une telle clause n'est pas opposable au débiteur puisqu'il n'est pas partie au contrat prévoyant le transfert, conclus

⁵⁸ Cass. Civ. 1, 10 janvier 2006, Bull. civ. I n° 6.

⁵⁹ Cass. Civ. 1, 24 octobre 2006, Bull. civ. n° 433. Sur l'étendue de la transmission des accessoires, voir Ophèle, Cession de créance, art. préc. spéc. n° 218 et s.

entre le cédant et le cessionnaire. Il ne fait aucun doute que cette solution relève du principe de l'effet relatif des contrats⁶⁰.

73. Le taux bancaire doit être nécessairement lié aux parties initiales : le débiteur cédé et le cédant. La personne du cessionnaire ne peut pas être prise en considération. Cette approche s'impose aux juges français en cas de cession de créance, le cessionnaire n'ayant pas plus de droit que le cédant⁶¹.

74. Par conséquent, si les stipulations contractuelles se réfèrent à un taux auquel a accès la partie qui doit recevoir le paiement (au taux de refinancement du jour de la Partie habilitée à recevoir la dite somme), cela n'implique pas que ce taux doit être celui de la partie qui est en position de recevoir le paiement dans le cas d'une cession de créance, c'est-à-dire le cessionnaire. En effet, comme exposé supra⁶², le cessionnaire ne peut pas avoir plus de droit que le cédant. Aussi la stipulation qui se réfère au taux auquel a accès la partie renvoie-t-elle à un taux nécessairement connu par la partie -qui doit effectuer le paiement en question. La solution contraire encouragerait en effet des conséquences indésirables au détriment évident du débiteur. A titre d'exemple, si un cessionnaire était autorisé à recouvrer plus de droits sur une créance, comme un taux d'intérêt plus élevé ou un montant plus élevé d'intérêts de retard que celui dont bénéficie le cédant, cela mettrait le débiteur cédé dans une position préjudiciable, puisqu'il devrait payer un montant plus élevé que celui initialement convenu au contrat, à une tierce partie, et cela, sans même avoir connaissance de ou avoir consenti à la cession. De telle manière, si une telle situation était autorisée en France, cela créerait un risque très sérieux pour toute partie concluant un contrat, puisqu'il ne serait pas possible de connaître la mesure ou l'étendue de la charge de l'obligation par avance. Cela pourrait également encourager une pratique indésirable de la part du cessionnaire qui en guise de paiement pour le transfert rembourserait

⁶⁰ Art. 1165 du Code Civil.

⁶¹ *Supra*, questions 3 et 4, thème 23.

⁶² *Supra*, questions 3 et 4, thème 23.

au cédant une part du taux d'intérêt plus élevé. Cela n'aurait aucune utilité économique. Cela exposerait seulement le débiteur à un taux plus élevé qu'il n'aurait pas pu prévoir lorsqu'il a conclu le contrat.

75. Par ailleurs, même si on considérait que le taux litigieux est un taux auquel le bénéficiaire du paiement peut prétendre pour lui-même, le bénéficiaire à considérer doit être le cédant et non le cessionnaire parce qu'il a été investi de droits en vertu d'une cession de créance et non en vertu d'une cession de contrat. Le bénéficiaire du paiement n'est pas investi de la qualité de partie suite à la cession de créance. Il est seulement investi d'un bien - en l'occurrence une créance - qui existe déjà et qui a été transmis sans modification ni ajout ou modification au cessionnaire⁶³; ledit cessionnaire ne peut avoir de droits plus étendus que le cédant.

Thème 24

7. Dans quelle mesure, le cas échéant, lorsque les parties n'ont pas précisé de taux dans le barème négocié entre elles dans le cadre d'une convention-cadre française ou n'ont pas modifié les taux déjà prévus dans les clauses standards d'une convention-cadre française (comme par exemple dans le paragraphe relatif aux paramètres financiers) un tribunal français, en interprétant les clauses mentionnées ci-dessus, tiendrait compte d'un taux publié sur le marché interbancaire dans la devise contractuelle choisie par les parties, soit EONIA (si les parties choisissent l'euro) ou un taux de prêt de liquidités appliqué par la Banque Centrale Européenne (si les parties choisissent l'euro) ou un taux équivalent à celui-ci (si les parties ne choisissent pas l'euro) ou un taux équivalent au taux EONIA (pour une devise autre que l'euro par les parties) ou d'autres taux comme un taux de refinancement de la partie/du bénéficiaire ?

76. J'ai été informé que la question 7 n'est désormais plus pertinente dans le cadre de l'application.

⁶³ Sur l'absence de novation, *supra*, questions 3 et 4, thème 23, paragraphe 62.

77. Quant à la convention cadre de l'AFTI, j'ai été informé que les parties conviennent désormais que la convention-cadre en question a précisé que l'intérêt de retard de paiement serait l'EONIA majoré de un pour cent (1%). Par conséquent, je ne suis plus chargé de traiter la position du SCG sur les revendications des intérêts de paiement de retard au titre de la convention-cadre AFTI.
78. Quant aux conventions-cadres AFTB, j'ai été informé que, compte tenu de la très faible valeur des créances établies en vertu de ces conventions-cadres, le SCG ne soutient plus, pour les besoins de l'Application, que l'intérêt de retard de paiement devrait être calculé par référence au taux du cessionnaire d'une créance cédée en vertu d'une cession de créance. En conséquence, je ne traite pas de cette question dans mon rapport, sauf à noter que, comme indiqué ci-dessus, le cessionnaire en vertu d'une cession de créance ne peut pas formuler une réclamation plus importante que celle qui aurait pu être faite par le cédant.
79. Quant aux conventions-cadres FBF et AFB, j'ai été informé que (i) le SCG accepte que le cessionnaire d'une créance en vertu de ces conventions-cadres, transférée par une cession de créance, ne peut pas recouvrer une somme plus importante au titre des intérêts de retard de paiement que celle qui aurait pu être recouvrée par le cédant en tant que partie initiale au contrat; (ii) le SCG soutient que la créance d'intérêt de paiement de retard de la partie initiale au contrat est le taux au jour le jour qui aurait été offert à la Partie par les intervenants de marché de premier rang à la date pertinente pour l'emprunt d'une somme équivalente au solde de résiliation; (iii) compte tenu de ces questions, Wentworth ne croit plus qu'il est économiquement important d'avancer un argument dans le cadre de la demande que le taux d'intérêt de retard de paiement en vertu de ces conventions-cadres devrait être interprété

comme faisant référence à l'EONIA. En conséquence, je ne traite pas cette question dans mon rapport.

80. Enfin, j'ai été informé qu'il a récemment été mis au jour qu'il n'existe qu'une seule créance non libellée en euro au titre des conventions-cadres françaises et que cette créance est d'un très faible montant, ce qui rend les créances libellées dans une monnaie autre que l'euro sans importance économique dans le cadre de l'administration de Lehman. En conséquence, je suis ne suis désormais plus tenu de témoigner pour appuyer cette partie de la position de Wentworth dans le cadre de la demande.

Thème 26

8. Quels sont les principes du droit français et les normes applicables, le cas échéant, qui limitent le droit ou le pouvoir d'une partie de stipuler ou de confirmer l'un des taux mentionnés au thème 26 ?

81. Par les clauses qui prévoient des indemnisations en cas de retard ou d'inexécution des conventions, les parties fixent par avance une indemnisation ou une méthode d'indemnisation (par application d'un index ou d'un taux d'intérêt par exemple) permettant d'en déterminer le montant. Ces clauses, qui évitent en principe le recours au juge, établissent un forfait ou une méthode qui permet de réaliser des calculs objectifs, dans la mesure où, à la date de la conclusion de la convention, il n'est pas possible de connaître par avance le montant du préjudice dont l'une des parties pourra souffrir. Les clauses d'intérêt constituent des exemples de ce que l'on pourrait appeler une "clause d'indemnisation".

82. La partie qui met en œuvre la clause d'indemnisation stipulant un intérêt de retard doit, conformément à l'article 1134, alinéa 3, du Code Civil, agir de bonne foi, avec loyauté et sincérité. Si elle est de mauvaise foi, le juge peut refuser d'application la clause invoquée. Une telle solution a notamment été

admise à propos d'une clause de résolution de plein droit⁶⁴ et d'une clause d'irresponsabilité⁶⁵.

83. Cette solution peut naturellement jouer à propos d'une clause d'indemnisation stipulant une indemnité à fixer par référence à un taux dont un tiers serait chargé de mettre en œuvre. La clause qui prévoit le recours au tiers pour procéder aux calculs impliqués par le taux désigné contractuellement s'en trouverait également paralysée.

84. La bonne foi est une question de fait qui est appréciée souverainement par les juges. Étant un fait, elle peut être prouvée par tous moyens, notamment par témoins⁶⁶. La charge de la preuve repose sur la partie qui prétend que son adversaire est de mauvaise foi⁶⁷.

85. Le tiers qui est chargé de procéder d'appliquer les taux contractuels et d'effectuer les calculs doit respecter les stipulations des conventions conclues entre les parties. Les conventions peuvent prévoir que les calculs et montants déterminés par le tiers s'imposent aux parties sauf erreur manifeste. Ce type de clause rejoint la jurisprudence qui estime, bien que les textes ne fassent pas référence à cette limite, que le prix de la vente déterminé par le tiers en application de l'article 1592 du Code Civil ne peut être remis en cause qu'en cas d'erreur grossière⁶⁸ et qui décide que le prix de cession des droits sociaux fixé par un expert en application de l'article 1843-4 du Code Civil s'impose sauf en cas de dol ou de violence⁶⁹ ou en cas d'erreur grossière⁷⁰, aux parties et au juge. Il convient de souligner ces limites car, comme il a déjà été indiqué, celles-ci ne figurent pas dans les textes juridiques susmentionnés.

⁶⁴ Cass. Civ. 3, 15 décembre 1976, Bull. civ. III n° 465.

⁶⁵ Cass. Com. 15 juin 1959, D. 1960. 97, note R. Rodière.

⁶⁶ Cass. Civ. 24 décembre 1919, DP 1920. 1. 12.

⁶⁷ Art. 1315, Code civil.

⁶⁸ Cass. Com. 9 avril 1991, Bull. civ. IV n° 139.

⁶⁹ Cass. Com. 6 juin 1950, Bull. civ. III, n° 205.

⁷⁰ Cass. Com. 4 novembre 1987, Bull. civ. IV n° 226.

86. L'erreur manifeste ou l'erreur grossière est une erreur évidente, une erreur qui saute aux yeux⁷¹. Le tiers chargé de procéder aux calculs commet une erreur manifeste s'il y procède en utilisant des procédés et des taux autres que ceux qui sont contractuellement stipulés⁷².

87. Si le juge admet l'erreur manifeste, il lui reviendrait, soit de désigner un tiers chargé de procéder à un nouveau calcul, soit de procéder à l'évaluation de l'indemnité. En ce cas, le juge devra rechercher, conformément aux principes généraux d'interprétation⁷³, la commune intention des parties à la date de la conclusion des conventions. En aucun cas, le juge ne pourrait prendre en considération la situation du cessionnaire pour procéder à l'évaluation de l'indemnité.

88. La clause qui prévoit le paiement d'une indemnisation en cas de retard de paiement prévoit une peine venant sanctionner une inexécution contractuelle. Aussi constitue-t-elle une clause pénale⁷⁴, ce qui permet au juge, en application de l'article 1152 du Code Civil⁷⁵, d'en réduire le montant si l'indemnité est manifestement excessive.

L'article 1152 confère au juge une simple faculté qu'il n'est pas obligé d'utiliser. Celui-ci n'a pas à motiver spécialement sa décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, il refuse de modifier le montant de l'indemnité forfaitairement prévue⁷⁶. En revanche, s'il décide de réduire le

⁷¹ Selon l'expression couramment employée en matière de garantie à première demande, la fraude et l'abus manifestes « crèvent les yeux » : ils ne suscitent aucun doute ; ils sont évidents (Bonneau, Droit bancaire, op. cit. n° 800).

⁷² Cf. *Mémento sociétés commerciales Francis Lefebvre* 2015, n° 16795.

⁷³ *Supra*, question 1, thème 23.

⁷⁴ Constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation (Cass. Civ. 1, 10 octobre 1995, Bull. civ. 1, n° 347).

⁷⁵ Art. 1152, Code civil : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

Voir également, art. 1231, Code civil : « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

⁷⁶ Cass. Civ. 1, 23 février 1982, Bull. civ. I n° 85.

montant de la clause pénale et ce qui doit être payé; il doit rechercher en quoi ce montant est excessif⁷⁷.

La disproportion manifeste s'apprécie en comparant le montant de la peine conventionnellement fixée et celui du préjudice effectivement subi⁷⁸. Des motifs tirés du comportement du débiteur de la pénalité sont impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif du montant de la clause⁷⁹. En revanche, le juge peut tenir compte du but de la clause pénale (moyen de contraindre les parties à l'exécution ou évaluation conventionnelle du préjudice futur) pour apprécier le caractère excessif⁸⁰. Étant observé que dès lors que la clause est jugée manifestement excessive par le juge, celui-ci, qui est souverain dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, est libre de fixer le montant de l'indemnisation résultant de l'application de la clause pénale⁸¹.

⁷⁷ Cass. Chr. Mixte, 20 janvier 1978, Bull. civ. n° 1.

⁷⁸ Cass. Com. 11 février 1997, Bull. civ. IV n° 47.

⁷⁹ Cass. Com. 11 février 1997, préc.

⁸⁰ Cass. Civ. 1, 3 janvier 1985, Bull. civ. I n° 4.

⁸¹ Cass. Civ. 1-24 juillet 1978, Bull. civ. I n° 280.

Déclaration de Mission et Déclaration de Vérité

Je comprends ma mission envers la Cour et j'ai honoré cette mission. J'ai connaissance des exigences imposées par la partie 35 des Règles de procédures civiles anglaises (*Civil Procedure Rules*), les Directives de pratique (*Practice Direction*) de la partie 35 et des Indications pour l'instruction des experts dans les procédures civiles de 2014 (*Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims 2014*).

Je confirme avoir clairement indiqué quels sont les faits et les éléments auxquels il est fait référence dans ce rapport qui relèvent de ma connaissance personnelle et ceux qui n'en relèvent pas. Je confirme que ceux qui relèvent de ma connaissance personnelle sont vrais. Les opinions que j'ai exprimées représentent mes opinions professionnelles, vraies et complètes sur les points auxquelles elles se rapportent.

The image shows a handwritten signature in blue ink. The signature is stylized, starting with a horizontal line above the letters 'T' and 'B', followed by 'h.' and 'onneau'. A long horizontal line extends from the end of the signature.

Thierry Bonneau

Daté du: 10 Juillet 2013

ANNEX 1
ORIGINAL INSTRUCTIONS

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

Partha Kar/Kon Asimacopoulos
To Call Writer Directly:
+44 20 7469 2350/ +44 20 7469 2230
partha.kar@kirkland.com
kon.asimacopoulos@kirkland.com

30 St Mary Axe
London
EC3A 8AF
Telephone: +44 20 7469 2000
www.kirkland.com

Facsimile:
+44 20 7469 2001

16 June 2015

Professor Thierry Bonneau
15 rue des Meuniers
94300 Vincennes

Dear Professor Thierry Bonneau,

Re: Instruction Letter

Thank you for agreeing to act as a party appointed expert in relation to the application of the Joint Administrators of Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) ("LBIE") to the High Court of Justice (the "Court"), London, dated June 25, 2014 (No. 7942 of 2008) (the "**Waterfall II Application**").

This may involve, as directed by the court, producing an expert report and reply report to assist the court in its consideration of the matter, participating in discussions with the other parties' expert/s and producing a related statement, producing a supplemental report, giving oral evidence at the trial, and carrying out any other duties appropriate to the role of an expert, as directed by the court or instructed by us.

In this respect, please see the enclosed order of Mr Justice David Richards in relation to the 9 March 2015 case management conference (the "**Experts Order**") dated 7 May 2015, which sets out, among other things:

- (a) The relevant steps and timings regarding your expert evidence (the "**Experts Steps**").
- (b) The questions you are expected to address as an expert in French law (the "**Experts Questions**").

For convenience, we also attach a timetable reflecting the Experts Steps (the "**Timetable**").

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

IS A MULTINATIONAL PRACTICE, THE PARTNERS OF WHICH ARE SOLICITORS OR REGISTERED FOREIGN LAWYERS (ADMITTED IN THE U.S. AND OTHER JURISDICTIONS), AND IS AUTHORIZED AND REGULATED BY THE SOLICITORS REGULATION AUTHORITY (SRA NUMBER 26107). A LIST OF THE PARTNERS, GIVING EACH PARTNER'S PROFESSIONAL QUALIFICATION AND JURISDICTION OF QUALIFICATION IS OPEN TO INSPECTION AT THE ADDRESS ABOVE.

ASSOCIATED OFFICES

Beijing Chicago Hong Kong Houston Los Angeles Munich New York Palo Alto San Francisco Shanghai Washington, D.C.

KE 94975083.1

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

16 June 2015

Page 2

With regard to oral evidence at trial, please note that, from 1 April 2013, the court has the power at any stage in the proceedings to order experts to give their evidence concurrently at trial. Do let us know if it would be helpful to discuss this further.

We set out below, among other things, the background facts of the case, certain enclosures, as well as indicating the questions for you to address.

1 Background Facts

- 1.1 LBIE was the principal trading company within the European Lehman Brothers group of companies and is an English unlimited company. LBIE entered into administration on 15 September 2008 (the "**Administration Date**"). The current Joint Administrators are Anthony Victor Lomas, Steven Anthony Pearson, Paul David Copley, Russell Downs and Julian Guy Parr (the "**Joint Administrators**").
- 1.2 The Joint Administrators have for some time anticipated the possibility of there being sufficient assets in the LBIE estate for them to be able to pay 100 pence in the pound in respect of claims admitted for dividend and of there being a surplus of assets remaining after they have done so (the "**Surplus**").
- 1.3 The Joint Administrators made the Waterfall II Application to determine certain questions which affect distribution of the Surplus.
- 1.4 Broadly, the questions concern how statutory interest is to be calculated (it is in this context that the questions you are being asked to consider arise), how currency conversion claims are to be quantified, and the impact on claims to statutory interest and/or currency conversion claims and/or possibly other non-provable claims of certain contracts entered into, post-administration, between LBIE and certain of its creditors.
- 1.5 Specifically, the Expert Questions will help inform the court in relation to the following questions in the application: 23, 24 and 26.
- 1.6 There are the following respondents to the Waterfall II Application: (1) Burlington Loan Management Limited; (2) CVI GVF (Lux) Master S.à.r.l.; (3) Hutchinson Investors, LLC; (4) Wentworth Sons Sub-Debt S.à.r.l.; and (5) York Global Finance BDH, LLC.
- 1.7 By way of further background information only, please see the enclosed Application Notice (as amended) and the accompanying ninth witness statement of Anthony Victor Lomas.

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

16 June 2015

Page 3

2 Enclosures

We enclose the following documents:

- (1) Notes for experts (the "**Guidance Notes**").
- (2) Part 35 of the Civil Procedure Rules, (b) the Practice Direction to Part 35, (c) the Guidance for the instruction of experts in civil claims 2014 (the "**Guidance**"), and (d) the Practice Direction on Pre-Action Conduct including Annex C (together the "**CPR Enclosures**").
- (3) The Experts Order.
- (4) The Timetable.
- (5) (a) The Application Notice, and (b) accompanying ninth witness statement of Anthony Victor Lomas.

3 Questions

- 3.1 You will need to address the specific French law Experts Questions which are set out in the Experts Order at Schedule D.
- 3.2 If, having read this letter and its enclosures, you feel that you may not, after all, have the appropriate experience or expertise to deal with these matters, please let us know immediately.

4 Duties of an Expert

- 4.1 You have a duty to exercise reasonable skill and care in carrying out your instructions and should comply with any relevant professional code of practice, but your overriding duty as an expert is to the court. Your primary function is to assist the court and, in this capacity, you must provide your unbiased opinion as an independent witness in relation to those matters which are within your expertise.
- 4.2 An expert's duties are set out more fully in the CPR Enclosures, and you should ensure that you understand and comply with these duties.
- 4.3 As you may be aware, in March 2011 the Supreme Court abolished the immunity from suit for breach of duty (whether in contract or negligence) that expert witnesses previously enjoyed in relation to their participation in legal proceedings (*Jones v Kaney* [2011] UKSC 13).

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

16 June 2015

Page 4

5 Your Report

- 5.1 To be used in evidence before the court, your report must comply with the requirements of the Civil Procedure Rules (which govern the conduct of civil proceedings in England and Wales) and the Guidance. You will find a checklist of the points which should be covered in your report in the Guidance Notes for experts.
- 5.2 Please let us know immediately if, at any time after producing your report, you change your views. It is also important to let us know promptly if you need to update your report, for example because new legal developments have occurred, so we can consider whether an amended version of your report or a supplementary report should be produced.

6 Timetable

- 6.1 We are aiming for you to provide your expert evidence in accordance with the timings set out in the Experts Order (and replicated in the Timetable for convenience).
- 6.2 In view of the timings, we would be grateful if you could liaise with us to ensure that the signed final-form copy of your first report in English (as drafted or by certified translator) is ready in good time in advance of the 26 June 2015, returning it via email to: kasimacopoulos@kirkland.com; pkar@kirkland.com; jifree.cader@kirkland.com; and gordon.davidson@kirkland.com, with the original documents to follow at your earliest convenience. Similarly please liaise with us to ensure that the other timings for discussions, post-discussions statement and any reply report are met.
- 6.3 Once you have read this letter please let us know so that we can call you to discuss the relevant issues and timings.
- 6.4 It is possible that you would be required to attend the hearing in November 2015, which is currently scheduled for 9-20 November 2015. Please let us know urgently if this is not possible.

7 Right to ask for Directions from the Court

- 7.1 Experts are entitled to ask the court for directions to assist them in carrying out their functions if they feel that this is necessary. Please do let us know if you intend to make an application for directions. We may be able to help with the matter, either by resolving any difficulties you may be experiencing and thereby avoiding the need to seek directions, or by helping you to formulate the request.
- 7.2 If you wish to seek directions in any event, we should mention that, unless the court has directed otherwise, you are required under the Civil Procedure Rules to:

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

16 June 2015

Page 5

- (a) Let us have a copy of your proposed request for directions at least seven days before filing it at court; and
- (b) Provide all other parties with a copy of your request at least four days before the request is filed.

8 Questions on Expert's Report

- 8.1 Please let us know immediately if you receive any questions from any persons relating to this matter, so we can discuss the appropriate action as they may be procedural rules and duties to adhere to. In particular, once a report has been served it is possible that the other parties may ask written questions for the purpose of clarifying your report.

9 Fees

- 9.1 Your fee arrangements are contained in a separate retention letter. However, please note that payments contingent upon the nature of the expert evidence given in legal proceedings, or upon the outcome of a case, should not be offered or accepted. To do so may contravene experts' overriding duty to the court and compromise their duty of independence (see further para 88 of the Guidance).

We look forward to discussing the relevant issues with you further once you have reviewed this letter and the enclosed documents. In the meantime, if you have any questions in relation to your role as an expert in this matter, please do not hesitate to let us know.

Yours sincerely,


Kirkland & Ellis International LLP

ANNEX 2
SUPPLEMENTAL INSTRUCTIONS

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

Partha Kar/Kon Asimacopoulos
To Call Writer Directly:
+44 20 7469 2350/ +44 20 7469 2230
partha.kar@kirkland.com
kon.asimacopoulos@kirkland.com

30 St Mary Axe
London
EC3A 8AF
Telephone: +44 20 7469 2000
www.kirkland.com

Facsimile:
+44 20 7469 2001

10 July 2015

Professor Thierry Bonneau
15 rue des Meuniers
94300 Vincennes

Dear Professor Thierry Bonneau,

Re: Supplemental Instruction Letter

Further to our instruction letter dated 16 June 2015 (the "**Original Instruction Letter**"), we are writing to you on behalf of Wentworth to amend your instructions in respect of the Waterfall II Application. We adopt the same definitions as used in the Original Instruction letter, unless the context requires otherwise.

We set out below the background to this Supplemental Instruction Letter and as a result the amended questions which you should address in your report.

1 Background

1.1 Further to a letter from Linklaters dated 12 June 2015 which disclosed the number and value of claims relating to the various French Master Agreements, the position of the Senior Creditor Group as set out in their position and reply papers and subsequent correspondence, and certain recent correspondence between the parties, it appears that in relation to Issue 24 and the following agreements:

- (a) AFTI Master Agreement: There is only a single relevant agreement in the estate. The parties have agreed that the relevant late payment interest rate is EONIA plus one per cent.
- (b) AFTB Master Agreement: The value of the claims relating to this agreement amount only to approximately 300,000 GBP equivalent. Against this, the Senior Creditor Group has confirmed it is content not to advance arguments in

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

IS A MULTINATIONAL PRACTICE, THE PARTNERS OF WHICH ARE SOLICITORS OR REGISTERED FOREIGN LAWYERS (ADMITTED IN THE U.S. AND OTHER JURISDICTIONS), AND IS AUTHORIZED AND REGULATED BY THE SOLICITORS REGULATION AUTHORITY (SRA NUMBER 245167). A LIST OF THE PARTNERS, GIVING EACH PARTNER'S PROFESSIONAL QUALIFICATION AND JURISDICTION OF QUALIFICATION IS OPEN TO INSPECTION AT THE ADDRESS ABOVE.

ASSOCIATED OFFICES

Beijing Chicago Hong Kong Houston Los Angeles Munich New York Palo Alto San Francisco Shanghai Washington, D.C.

KE 95114127.1

KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

10 July 2015

Page 2

relation to the AFTB including that the late payment interest should be calculated with regard to the rate of a transferee.

- (c) FBF and AFB Master Agreements (Euro Denominated): In light of the approximately 230m GBP equivalent value of the claims in the estate based on these agreements (which comprise approximately 99% of the value of claims based on the French Master Agreements) and the Senior Creditor Group's position: (a) that a transferee of a claim under these agreements transferred pursuant to a cession de creance cannot claim a greater sum in respect of late payment interest than that which could have been claimed by the original contracting party; and (b) which contends that the late payment interest claim of the original contracting party is the overnight rate which would have been offered to the Party by prime market participants at the relevant time for borrowing a sum equivalent to the termination sum, Wentworth has been considering its position as to whether it is still commercially important in the context of the distribution of the surplus to pursue its case as set out in its position paper that, as regards Euro denominated claims, the rate that can be claimed is confined to a rate based on EONIA. After such consideration, Wentworth no longer believes that it is necessary to do so. Accordingly, Wentworth instructs you that the issue is no longer in dispute and accordingly you need not address the issue in your report.
- (d) Non-Euro Denominated Master Agreements: There is only a single claim based on a USD denominated FBF Master Agreement in the estate of approximately 600,000 GBP equivalent. In light of its minimal economic importance, the parties have agreed there is no need for expert evidence to deal with Non-Euro denominated claims.

2 Amended Questions

- 2.1 As a result of the above, you will need to address the specific French law Experts Questions which are set out in the Experts Order at Schedule D, save for Question 7 in relation to Issue 24.

If you have any questions in relation to your role as an expert in this matter, please do not hesitate to let us know.

Yours sincerely,

Kirkland & Ellis International LLP

Kirkland & Ellis International LLP

No 7942 of 2008
IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

CHANCERY DIVISION

COMPANIES COURT

IN THE MATTER OF LEHMAN
BROTHERS INTERNATIONAL
(EUROPE) (IN ADMINISTRATION)

AND IN THE MATTER OF THE
INSOLVENCY ACT 1986

ANTHONY VICTOR LOMAS &
OTHERS

- AND -

BURLINGTON LOAN
MANAGEMENT LIMITED &
OTHERS

**EXPERT OPINION OF THIERRY
BONNEAU AS TO MATTERS OF
FRENCH LAW**

Thierry Bonneau

Professor of law

Panthéon-Assas University

Opinion given to the High Court (the "Court") at the request of Wentworth

Sons Sub-Debt s.à.r.l. ("Wentworth")

Issues 23, 24 and 26 of the "Waterfall II application"

Disclaimer: *In this opinion, words appearing in the French language have the meaning ascribed to them under French law and such meaning prevails over their translation into English. Concepts of French law expressed in English terms may not be identical to the concepts described by such English terms as they exist under the laws of jurisdictions other than France.*

Preliminary

1. I have been instructed by Kirkland & Ellis International LLP on behalf of Wentworth to prepare an opinion addressed to the Court on certain questions of French law relevant to the application of the joint administrators of Lehman Brothers International (Europe) (*In Administration*) to the Court (the "**Application**"). My instructions are at Annex I (the "**Original Instructions**") and Annex 2 (the "**Supplemental Instructions**") to this report. In making this report I have reviewed the documents listed in paragraph 2 of the Original Instructions, as well as the following French master agreements: (i) contract in standard form AFB 1994, (ii) contract in standard form FBF 2001, and (iii) contract in standard form AFTI 1997. The facts within this report that are within my personal knowledge are those relating to my qualifications and to the contents of documents I have reviewed. I set out below a summary of my conclusions in relation to the questions I am instructed to address.

Qualifications

2. Former associate lawyer (3 years) of an *avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat* (lawyer at the Supreme Court and the Council of State), I am currently a Professor of law (*agrégé des Facultés de droit*) at Paris II University (France). I teach Banking Law, Financial market Law, Banking and Financial European and international regulation. I give lectures and lessons in French and in English in several countries (Luxembourg, Lebanon, Tunisia and Singapore).
3. Considered as an expert in these fields, I am the author of several books (Banking law/*Droit bancaire*, Monchrestien 11^o éd. September 2015; Financial law/*Droit des marchés financiers* (in collaboration), Economica 3^o éd. 2010; Banking and Financial European and international regulation/*Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant 2^o éd. 2014) and numerous articles on these subjects. I am a columnist for several law journals. One of the columns is related to financial European and international law.
4. Panel member in several French law magazines (*Bulletin Joly Bourse*; *Banque et droit*; *Corporate finance and Capital Markets Law Review*), I am the co-director of two of them (*Revue de droit bancaire et financier* published by Lexisnexis France; *Journal of Financial Regulation (JFR)* published by Oxford University Press), the chairman of the Scientific Council of the *International Journal of Financial Services (IJFS)* (published by Bruyant), a board member of European Society for banking law and financial Law and a member of Academy of European private lawyers (*Accademia Dei Giusprivatisti Europei - Milano - Pavia*).
5. Member of the *Commission consultative épargnant* of the Autorité des Marchés Financiers (AMF)(French financial markets authority), I take part in several

taskforces, in particular with the (AMF). I also serve as a consultant for large international law firms (Jones Days, Herbert Smith, Willkie Farr and Gallagher, Davis Polk) and domestic or foreign companies (Caisse des dépôts et consignation, Caisse de l'Habitat et du refinancement). I have carried out this activity for more 20 years.

Summary of Conclusions

Issues 23 and 24

6. Conclusion to question 1: rules of interpretation are provided under the Civil Code and should be applied having regard to the case law.
7. Conclusion to question 6: beyond the wording of agreements, the judge looks for the common intention of the parties which can be established by any indicator, fact or any other element of proof external to the agreement, which are assessed at the full discretion of the trial judges.

Issue 23

8. Conclusion to question 2: French law provides for a number of different methods of transfer, amongst which the assignment of claim (*cession de créance*) plays an essential role.
9. Conclusion to question 3: A *cession de créance* does not transfer the status as a party but only transfers a claim whereby the assignee acquires the rights of the assignor as against the debtor.
10. Conclusion to question 4: The transferee cannot have more rights than the transferor and cannot obtain a higher amount for principal and interest than that which the transferor could have obtained had the transferor not

assigned the claim.

11. Conclusion to question 5: The transferee shall benefit from the claim and its ancillary rights. With respect to the ancillary rights, the transferee does not have more rights than the transferor.

Issue 24

12. Conclusion to question 7: I am instructed that Question 7 is no longer relevant to the Application. Please see below the developments set out with respect to this question.

Issue 26

13. Conclusion to question 8: A party's ability to submit a document which sets out its refinancing rate is subject to the principle of good faith. The decision of the third party in charge of implementing the provision setting out the refinancing rate of the party is binding upon the parties, absent gross error. The amount of the indemnity may be reduced if the judge considers it as being excessive.

General introduction

14. By way of general introduction I would emphasise that the law of French contracts is to be found primarily in the French Civil Code (the "**Civil Code**"). There are other Codes, such the French Commercial Code (the "**Commercial Code**") and the French Monetary and Financial Code (the "**Financial and Monetary Code**"). However, the Civil Code is the vital Code for all contracts, whatever its nature, commercial or civil.
15. French legislation, which includes Codes and texts outside Codes, must be

read in light of judicial decisions, particularly the decisions handed down by the French Cour de Cassation (the "Cour de Cassation"). It is true that the French system is officially based on texts and that it is different from the binding system of precedent. From this point of view, court decisions are not considered as a source of law. However, this approach is really theoretical. In practice, the Cour de Cassation creates, if need be, rules in its decisions and all the decisions pronounced by this Court must be taken into account when applying French legislation. In other words, in order to find the right solution, French lawyers and judges reason on the basis of legal texts and court decisions.

16. If the Cour de Cassation acts in this way, it is because judges have the duty to pronounce a ruling.

According to article 4, Civil code, "*a judge who refuses to give judgment on the pretext of legislation being silent, obscure or insufficient may be prosecuted for being guilty of a denial of justice*". The text binds a judge to construe the legislation as complete in the sense of providing an answer and binds a judge to construe the legislation to provide an answer. The former flows logically from the prohibition against treating the Civil Code as silent or insufficient to provide an answer. The latter flows from the prohibition against treating the Civil Code as so obscure as to fail to provide an answer; such treatment would deny to one or other party the civil rights conferred by the Civil Code.

17. There are several techniques of interpretation. Unlike in relation to the general part of the Criminal Code (art 111-4), these techniques are not set out in the Civil Code. They are the result of judicial practice and legal writing. I may summarise these techniques below:

- a. Where the meaning of a statute is clear it must be followed (*Quand la loi est claire, il faut la suivre*).
- b. Where the language of a statute is obscure or ambiguous, it

should be construed in accordance with its spirit rather than its letter in order to determine its meaning (*Quand elle est obscure, il faut approfondir pour en penetrer l'esprit*).

Quand la loi est claire, il faut la suivre

18. The first technique – that of giving effect to clear words – means that a French court shall:

- a. refuse to extend or restrict the scope of a text which is clear and unambiguous; and
- b. give priority to the meaning of the text even if there should be an apparent conflict between the meaning of the text and other material which might indicate a different legislative intention.

This technique is evident in a number of decisions of the Cour de Cassation¹.

19. There are additionally a number of maxims of interpretation which supplement the first technique:

- a. Where a text is expressed in general terms, it is forbidden to introduce restrictions (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).
- b. Exceptions must be interpreted restrictively (*Exceptio est strictissimae interpretationis*).
- c. Where there is a conflict between a general provision and a specific one, the latter must prevail over the former (*Specialia generalibus derogant*).

Quand elle est obscure, il faut approfondir pour en penetrer l'esprit

¹ *Marchon v Epoux Fousset et autre* (1932), D.H. 1933, 2; and *Dame Fournet v Chevalon* (1946), D. 1947, 90.

20. The second technique - that of interpreting a statute in accordance with its spirit where the words are ambiguous - reflects the duty of a French judge to search for what the legislature meant when enacting the text. This means that a French court will engage in an exegetical method of interpretation, i.e. one which is based on the text. It is based on the assumption that any statute is an act of will and that the most rational method for interpreting this will is to investigate the legislator's intention at the time when the law was promulgated.
21. The exegetical method of interpretation is one based firmly on the text of the statute; however it is not one bound to give literal effect to the text as it will apply only where the text is ambiguous. It is on the premise of ambiguity that a French court will proceed beyond the text to determine the reasons for enactment and thereby give rational effect to what must have been the will of the legislator.
22. In practical terms this means that a French court will have recourse to preliminary works (*travaux préparatoires*) such as the *Journal Officiel de la République Française - Débats Parlementaires*; although one must recognise that in relation to the Civil Code, as distinct from more modern and specific statutes, there are few useful pre-legislative materials.
- This second technique is also evident in a number of decisions of the Cour de Cassation².

Issues 23 and 24

1. What rules or principles of construction govern and apply to the interpretation of commercial contracts such as the FBF, AFB, AFTB and AFTI master agreements?

² *Castagne et autres v Epy and Société générale des grandes sources d'eaux minérales française v Castagne* (1974), D. 1974, 593.

6. What rules or principles of construction govern and apply to the interpretation of the interest rate provisions in commercial contracts such as the FBF, ABF, AFTB and AFTI master agreements?

Warning: Question 6 of Issue 24 relating to the rules of interpretation pertaining to the interest rates is linked to Question 1 of Issue 23 since there exist no specific rules relating to interest clauses and the rules and principles stated in the context of Question 1 of Issue 23 should be applied to Question 6 of Issue 24. Therefore, these two questions will be addressed together for the purposes of this opinion.

Definition of master agreements and comparison with other categories of contract

23. The FBF, AFB, AFTB and AFTI master agreements, hereafter referred to as the master agreements, are standard agreements whose content is set by professional bodies and not by the parties themselves. They are nevertheless applicable to said parties unless they elect to amend or supplement the provisions of such master agreements via an amendment agreement or a schedule (*annexe*) attached to them. In this event, such specific provisions shall prevail over the general provisions of the standard agreement.
24. The purpose of the amendment agreement or schedule (*annexe*) is to amend the master agreement to reflect the specific needs of the parties, aiming to, in particular, implement an *ad hoc* master agreement, taking into account the specific elements of the contractual relationship between such parties, such as, for instance, specific elements linked to the underlying transaction or linked to the personality of the co-contracting parties. These amendments and supplements can be more or less extensive. In particular, the parties may choose to only amend or supplement certain provisions of the master agreements.

25. The content of master agreements is originally determined differently than with respect to other contracts, hereafter referred to as traditional contracts. Professional bodies are, indeed, not at the origin of such traditional contracts. The parties freely and entirely set the content of their contracts and of their rights and obligations under such traditional contracts.
26. Regardless of how the content of the contracts is determined (by the parties or the professional bodies), such contracts, whether they are master agreements or traditional contracts, are interpreted in accordance with the same applicable rules and principles of French law. No difference is made in the way the provisions of a master agreement or of a traditional contract are interpreted. The Code Civil provides a single set of principles applicable to the interpretation of a contract, irrespective of the parties, purpose or particular terms.

Rules and principles of interpretation - General remarks

27. When the provisions of the contract are clear, they do not have to be interpreted. They have to be applied in accordance with the terms used in the agreement. If the provisions are not clear, they have to be interpreted.
28. The Civil Code provides the rules and principles governing the interpretation of the contracts in its articles 1156 to 1164³. These rules and principles, designed to provide advice to the judge⁴, shall apply to all contracts, whether they are of a civil or commercial nature, whether they are master agreements published by professional bodies or agreements which clauses are freely agreed by the parties themselves. No distinction is made between the different categories of contracts under French law for the

³ For the purposes of this opinion, the French legal provisions cited are listed in Schedule I hereto.

⁴ Ph. Simler, *Contrats et obligations – interprétation des contrats – L'instrument : notion, normes, champ d'application*, fasc. 10, *Juris-classeur civil Traité*, n° 32 et seq.

purposes of interpreting their provisions⁵.

29. The rules and principles of interpretation are only provided in the Civil Code. Neither the Commercial Code nor the Financial and Monetary Code provide any rules and principles of interpretation. These rules and principles must be distinguished from other rules and principles which could have a repercussion on the solution of litigations such as the obligation to perform contracts in good faith (Art. 1134 of the Civil Code). These rules may not indeed interfere with the interpretation of contracts whose meaning and scope are to be determined regardless of how the parties behave, whether they are acting in good or bad faith. However, it was found that the questions of interpretation and acting in good faith can mix⁶.
30. The Cour de Cassation does not control the way the trial judge (*juge du fond*) applies the rules and as provided in articles 1156 to 1164 of the Civil Code. Trial judges have a discretionary power (*pouvoir souverain*)⁷. Interpretation is a matter of fact. It is not a question of law. The Cour de Cassation does not control the interpretation adopted by the trial judge⁸.
31. Discretionary power, however, does not mean arbitrary power (*pouvoir arbitraire*). Also, the Cour de Cassation admits, since a decision of 15 April 1872, its right to censor the decisions of trial judges when the terms used by the parties in their agreements are clear and precise and the obligations under the contract were distorted by the trial judges⁹.
32. The question arose whether, in the case of standardised contracts, the Cour de Cassation should not go beyond the mere control of distortion and allow

⁵ Simler, fasc. 10, op. cit. n°70.

⁶ Simler, fasc. 10, op. cit. n°16.

⁷ Cass. Sect. réun, 2 February 1808, S. chron. Grands arrêts, T. 2, n° 160.

⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès and Ph. Stoffle-Munck, *Droit civil 2004, Les obligations*, Defrènois, n° 773.; F. Terré, Ph. Simler and Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e ed. 2009, Dalloz, n° 457 et seq.; Simler, fasc. 10, op. cit, n° 4, 7 and 20.

⁹ Civ. 15 April 1872, DP 1872.1.176, S. 1872,1, 232.

the control of interpretation¹⁰. Despite some isolated decisions, the Cour de Cassation¹¹ refused to control the interpretation of standardised contracts. This position should be somewhat put into perspective. Indeed, under the control of distortion, the Cour de Cassation carries out the unifying interpretation of clauses reproduced a million times in certain contracts such as insurance contracts¹². Standardised contracts are differentiated, according to academics¹³, from the contracts that are not.

33. Because interpretation is a matter of fact, all means of evidence are admissible¹⁴. A body of corroborating evidence (*faisceau d'indices*) can thus be taken into account to establish the common intention of the parties. Customs and market practices may contribute to provide such evidence. Master agreements published by other professional bodies when relating to the same subject and available to the same market participants may be taken into account for interpreting the provisions of a master agreement published by a professional body.
34. Court decisions are not precedents under French law. The courts pronounce rulings whose scope is limited to the dispute which is aimed to be resolved by such decisions; court decisions have no impact on other disputes and decisions that could be pronounced at a later stage. This is the traditional approach under the Law. In practice, decisions of the Cour de Cassation that explain the rules and principles provided by legal texts are to be taken into account and assume the role, in some way, of precedents. It is not possible, in order to rule on a dispute, to take into account the legislation only; interpretation thereof by the Cour de Cassation should also be taken into consideration.

¹⁰ Terré, Simler and Lequette, *op. cit.* n°460.

¹¹ Cass. com. 15 May 1950, D. 1950.773, note G. Ripert ; Com. 17 December 1991, Bull. civ. IV n° 396 p 274.

¹² See also Cass. civ. I, 24 January 1984, Bull. Civ. I n° 28 p 23

¹³ Terré, Simler and Lequette, *op. cit.* n°460.

¹⁴ Simler, *fasc.* 10, *op. cit.* n°20.

35. If the interpretation of the Cour de Cassation is binding in practice, the situation differs for academic or other non-judicial opinions. Such opinions can be important in understanding the law and can suggest solutions and interpretations. Such opinions, however, are not binding on a judge.

Rules and principles of interpretation - Main legal texts

36. Article 1156 of the Civil Code provides the main rule: according to this text, *"One must in agreements seek the common intention of the contracting parties, rather than stop at the meaning of the literal words"*. Two principles are outlined in the text.

First of all, the objective is not to establish the intention of a party, but the common intention of the parties, which can be difficult. This determination allows trial judges to ensure the consistency of the contract. It means that clauses must be interpreted in a way that preserves the purpose of the contract and doesn't create contradictions inside the contract itself.

Then, the contract must be interpreted by giving precedence to its spirit rather than its wording. When seeking the common intention of the parties, the trial judge may consider all relevant elements and factors, including professional practices. If it is so, it is because the common intention is fact that can be proved by any means.

Article 1156 of the Civil Code imposes to search for the common intention of the parties when interpreting a clause, the result of which shall prevail over the literal wording of such clause.

37. Other principles from the Civil Code should also be mentioned as regards the interpretation of contracts under French law:
- *"When a clause is susceptible of two meanings, it shall be understood to mean that which may produce some effect, rather than according to the meaning which would produce none."* (article 1157 of the Civil Code);

- "Words susceptible of two meanings must be taken in the meaning that best suits the subject matter of the contract." (article 1158 of the Civil Code);
- "What is ambiguous shall be interpreted according to what is the usage in the region where the contract was made." (article 1159 of the Civil Code);
- "Clauses which are commonly used in a contract shall be incorporated, even though they have not been inserted." (article 1160 of the Civil Code);
- "All the clauses of an agreement are interpreted with reference to one another by giving to each one the meaning that results from the whole act." (article 1161 of the Civil Code);
- "In case of doubt, an agreement is interpreted against the party who has stipulated and in favour of the party who has contracted the obligation." (article 1162 of the Civil Code);
- "However general the terms in which an agreement is worded, it includes only the things on which the parties appear to have intended to contract." (article 1163 of the Civil Code).

38. The principle provided by article 1163 of the Civil Code demonstrates clearly that one must consider the intention of those who entered into the contract when interpreting a contract.

39. It is clear from articles 1158 and 1161 of the Civil Code that one must take into account all of the provisions of the contract to interpret one of them and the interpretation adopted for such clause must be in harmony with the subject-matter of the contract, i.e. its general economy and purpose¹⁵.

The principle of consistency or coherence which leads to consider the contract as a whole implies, in case of several acts, taking into account all of the acts, *negotium* and *instrumentum*¹⁶. Also, in case of master agreements supplemented by amendments agreements and schedules, is it appropriate to look for the will of the parties, taking into account both the master agreement and the amendment agreements or schedules thereto.

¹⁵ Simler, fasc. 10, op. cit. n° 45.

¹⁶ Simler, fasc. 10, op. cit. n° 51 and 53.

Similarly, if a clause consists of two parts and one of them is clear and precise, while the second is subject to interpretation, it is the whole of the clause which has to be taken into account in its interpretation, so that the clear and precise part of the provision may be taken into account in determining the meaning and scope of the second part of the provision when in doubt.

The general rule which prescribes adopting an interpretation consistent with the subject-matter of the contract implies that this interpretation may be adopted regardless of its specific commercial or financial impacts. However, the rule is residual. In determining the common intention of the parties, the judge could take into account the absurdity of the economic consequences of an interpretation as an indication that such an interpretation could not have been the common intention of the parties because it is so detrimental on one of them. The judge may take into account, for interpretation purposes, limits imposed by legal rules, such as the ones provided in article 442-6, 2° of the Commercial Code which hold liable the party subjecting a co-contracting party "*to obligations that create a significant imbalance in the rights and obligations of the parties*". However, the content of the contract which reflects the common intention of the parties should not be modified under the guise of interpretation.

40. Article 1162 of the Civil Code provides that, when in doubt, an agreement shall be interpreted against the party that has stipulated (i.e. the party that claims the benefit of the obligation) and in favour of the party that has contracted the obligation (i.e. the party on which lies the burden of the obligation). This rule, which departs from the search for the common intention of the parties, is not binding on the judge, who may adopt, depending on the circumstances, an interpretation in favour of the creditor of the obligation.

In any case, the rule provided in article 1162 of the Civil Code may be taken into account in a dispute between debtor and creditor or between two

creditors of an obligation. In the latter case, it implies looking for the solution most favourable to the debtor of the obligation and to apply this solution to the dispute between the two creditors. Accordingly, if the dispute concerns an interest rate, it is certain that it is the lowest interest rate - for being the most favourable to the debtor - which shall be applicable as a solution for the dispute between two creditors.

41. It should be noted that articles 1156 and 1162 of the Civil Code are the most frequently cited in court decisions. The other texts appear only rarely¹⁷.

Provisions pertaining to interest rates.

42. According to the general rules and principles of interpretation of contracts provided by the Civil Code and above explained, if an interest rate is clearly specified in the contract, the provisions relating to it do not have to be interpreted. If, however, the provisions relating to the interest rate are unclear, the French judges must look for the common intention of the parties to determine the applicable rate. In the event the claim to which the interest rate applies has been transferred by a way of a *cession de créance*, when looking to determine the applicable rate (if the provisions relating to it are unclear), the judge shall look at the common intention of the original parties to the original contract under which said claim arose, without taking into consideration the personality of the transferee. This is because the rate and/or the amount of interest due to the transferee cannot differ from the rate or the amount of interest that would have been due to the transferor¹⁸ and because such third party was not a party to the initial contract.
43. Contractual terms which referred to rates based on national currencies that were replaced by the euro have not become obsolete because of the euro. The legislator has ensured continuity so that no question of interpretation arises.

¹⁷ Simler, fasc. 10, op. cit. n° 32.

¹⁸ See questions 3 and 4, *infra*.

Thus, the Ministerial Decree of 10 November 1998¹⁹ decided that:

- *"Interbank Offered Rate (EURIBOR or EUROBOR) will be substituted for both Paris interbank offered rates in francs and in ECU (XEU Pibor FRF) as from 1 January 1999"*²⁰;
- *"The weighted average rate in Euros (or TEMPE EONIA) will be substituted for the weighted average rate (TMP) as of 4 January 1999"*²¹;
- *"For the variable rates or indexes calculated by reference to PIBOR or TMP, including monetary monthly average daily rate (TMM), the monetary annual rate (TAM) and the annual rate slipping (TAG), this reference is amended in accordance with the provisions of articles 1 and 2 of this Decree."*²².

Provisions pertaining to compensatory damages

44. The interpretation rules and principles provided by the Civil Code apply to clauses that provide indemnities in case of delay or failure to perform agreements. By these clauses, the parties agree in advance the indemnities or an indemnification method (applying an index for example or referring to an interest rate) allowing the amount to be determined. These clauses, which in principle avoid recourse to the judge, set a fixed amount (*forfait*) or a method whose implementation will allow the determination of this fixed amount since, at the time of conclusion of the agreement, it is not possible to know in advance the amount of damage one party may incur.

Provisions pertaining to parties

45. In the different master agreements (AFF, FBF, AFTB and AFTI), the term "Party" is not defined in a specific separate definition but by direct reference to the naming of the parties to the agreement described in the preamble.

¹⁹ Order of the 10 November 1998 taken in accordance with article 24 of law n° 98-546 of 2 July 1998 concerning various provisions of an economic and financial nature, *Official Journal of the French Republic*, 11 November 1998, p 17035.

²⁰ Art. 1, of the aforementioned order

²¹ Art. 2, of the aforementioned order

²² Art. 3, of the aforementioned order

Consequently, any reference to a "Party" is a reference to each of the initial contracting parties to the agreement. In addition, if the initial parties had wished to extend the scope and effect of the master agreement to other persons such as a subsequent transferee, they would have specified it in the schedule relating to said agreement.

46. According to the general principles stemming from the law and case law, the word "party" must include the successors of deceased parties²³ (*héritiers*) and, in case of merger/acquisition, the beneficiaries of the operation. The universal transmission (*transmission universelle*), which involves the transfer of the status of party, is however not absolute: the *intuitu personae* nature of the contracts hinders their transfer by the beneficiary of the universal transmission, which explains why this transfer is subject to the consent of the other party, and therefore the party required to perform the service as agreed²⁴.
47. The status of party may be transferred by way of a transfer of contract (*cession de contrat*); it cannot be by way of a *cession de créance*²⁵.
48. Furthermore, because, in the different master agreements as noted above, the word "Parties" refers to initial parties, this reference would be used by a French judge in order to interpret the scope of a claim for late payment interest, and in particular, whether it should be calculated by reference to the overnight refinancing rate of the original contracting party or some other third party in the event the claim has been transferred for example. The application of the overnight refinancing rate of the original contracting party, in the case of a claim by a transferee, is in accordance with the rule *nemo plus juris*, which implies that only the rate applicable to the transferor may be applied to calculate the amount of interest, even if this interest is to be paid

²³ Art. 1122, Civil Code

²⁴ Cass. com. 29 October 2002, n° 1720, RJDA 3/03 n° 263. See, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2015, Éditions Francis Lefebvre, n° 83811.

²⁵ See question 2, *infra*.

to the transferee after the transfer of the claim²⁶. Indeed, pursuant to such principle, the party which has a right to claim a certain amount of late payment interest following a delayed payment, calculated on the basis of the application of an interest rate as agreed between the parties in the contract may not transfer more rights than it itself has to a subsequent transferee which would have acquired such claim.

49. The French court would also consider that the purpose of an interest rate clause is to compensate for the time value of money and was stipulated only as regards the initial parties. Accordingly this implies that only the initial parties must be considered when interpreting the scope of a claim for late payment interest despite the fact that the claim is advanced by a subsequent transferee of one of the parties.

Issue 23

2. What modes of transfer of a contract or a claim exist under French law?

50. There exist several modes of transfer under French law. Those which appear to be most relevant are the assignment of claim (*cession de créance*), the assignment of debt (*cession de dette*), the personal subrogation (*subrogation personnelle*) and the transfer of contract (*cession de contrat*). Delegation (*délégation*), which is a form of novation (*novation*), is comparable to a *cession de dette*.
51. The *subrogation personnelle* (articles 1249 to 1252 of the French Civil Code), which can be contractual or statutory, granted by the creditor or imposed by the debtor, is a mode of transfer linked to payment²⁷. The subrogation granted by the creditor²⁸ relies on an express agreement - the subrogation

²⁶ See questions 3 and 4, issue 23, paragraph 64, *infra*.

²⁷ Malaurie, Aynès and Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1295.

²⁸ Art. 1250, 1°, Civil Code; Malaurie, Aynès and Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1297

release (*quittance subrogative*) - which must take place at payment. The claim is transferred, with its strengths and its defects (*qualités et vices*) (raising of defences (*opposabilité des exceptions*)) to the person who pays the creditor and consequently takes the place of the initial creditor vis-à-vis the debtor. This substitution does not entitle the new creditor to the whole amount of the claim: the transfer is limited to the amount effectively paid to the initial creditor by the new creditor²⁹.

52. The *Cession de créance* can be performed in accordance with one of several legal frameworks under French law: articles 1689 to 1701 of the Civil Code; articles L. 313-23 to L. 313-29-2 of the Monetary and Financial Code in relation to the "Daily" assignment; article L. 211-37 of the Monetary and Financial Code in relation to financial obligations of article L. 211-36 of the same code. Provisions forbidding the assignments of claims are null³⁰.
53. The *cession de créance* governed by articles 1689 to 1701 of the Civil Code³¹ is based on the agreement of the parties, which must comply with the validity conditions applicable to any agreement. It takes effect between the parties upon its conclusion, but only becomes enforceable against third parties as provided in article 1690 of the Civil Code: "*The right of the assignee is effective against third parties only upon notification of the assignment to the debtor. However, the assignee may also be put in possession through the acceptance of the assignment given by the debtor in an authentic act*": one must note that the debtor's acceptance does not transform the *cession de créance* into a *cession de contrat*; it is only a formality related to the enforceability of the assignment. It being specified that it results in a transfer of the claim - "there is a change in creditor, but no change in the claim"³² - with all its strengths and its defects: the accessories of the claim are transferred to the assignee³³; the assigned

²⁹ Malaurie, Aynès and Stoffel-Munck, op. cit. p 722.

³⁰ Art. L 442-6, III, c), Commercial Code.

³¹ Malaurie, Aynès and Stoffel-Munck, op. cit. n° 1308 et seq; C. Ophèle, *Cession de créance*, *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

³² Malaurie, Aynès and Stoffel-Munck, op. cit. n° 1317.

³³ Art. 1292, Civil Code. V. not, Ophèle, aforementioned art. n° 212 et seq.

debtor may raise against the assignee³⁴ the defences (*exceptions*) it had against the assignor: for example, the defence of non-performance (*exception d'inexécution*)³⁵ or the defence of set-off (*exception de compensation*)³⁶.

54. The *cession de créance* governed by articles L. 313-23 to L. 313-29-2 of the Monetary and Financial Code³⁷, also known as "Dailly" assignment, is based on the establishment of an assignment slip (*bordereau de cession*), which must include the compulsory mentions listed in article L. 313-23, including the identity of the assignee, which must be a banking institution. If the slip is established in accordance with the legal provisions, its remittance accomplishes the transfer of the ownership of the claims. The remittance is the only formality to accomplish: as such, the Dailly assignment is a simplified mode of transfer since the remittance of the slip is enough to transfer to the assignee the ownership of the assigned claims. It is the reason why, without having to perform any publicity formality, the assignment "shall take effect between the parties and become binding on third parties on the date indicated on the advice note upon its submission, regardless of the origination date, the maturity date or the due date of the receivables"³⁸. This constitutes a difference between the assignment under the Civil Code, which requires the performance of an enforceability formality (*formalité d'opposabilité*). However, as for the assignment under the Civil Code, the assignment performed through a Dailly assignment slip (*bordereau Dailly*) results in the transfer of the claims with their strengths and defects. The accessories are transferred³⁹ and the defences may still be raised⁴⁰, unless otherwise specified.
- Unlike the Civil Code, the Monetary and Financial Code provides for the protection of the assignee via two mechanisms: the notice and the acceptance of the assignment by an act of the debtor. The notice provided in article

³⁴ S. not. Ophèle, aforementioned art. n° 283 et seq.

³⁵ Cass. com. 9 November 1993, Bull. civ. IV n° 385.

³⁶ About the impact of the rule of opposability of defences, see questions 3 and 4, *infra*.

³⁷ See Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 10^e ed. 2013, LGDJ, n° 705 et seq.

³⁸ Art. L. 313-27, para. 1, Monetary and Financial Code.

³⁹ Art. L. 313-27, para. 3, Monetary and Financial Code.

⁴⁰ About the impact of the rule of opposability of defences, see, questions 3 and 4, *infra*.

L. 313-28, which is an act of the assignee addressed to the assigned debtor is a prohibition to make a payment to the assignor, and is not an enforceability formality; it does not create an obligation of information on the part of the assigned debtor for the benefit of the assignee as to the existence and the value of the assigned claims, except for the fraudulent behaviour of the assigned debtor⁴¹. As for the acceptance, which is governed by article L. 313-29, it is an act of the debtor which results in defences not being able to be raised against the assignee (*inopposabilité des exceptions*): "the debtor shall not raise objections against the credit institution or the financing company founded on its personal relations with the signatory of the advice note unless the credit institution or the financing company knowingly acted against the debtor's best interests by acquiring or receiving the receivable."

55. The *cession de créance* governed by article L. 211-37 of the Monetary and Financial Code only relates to the financial obligations referred to in article L. 211-36 of the same Code. This legal regime resembles that of the Dailly assignment insofar as the assignment is enforceable against third parties without any formality: "The assignment of receivables relating to the financial obligations referred to in article L. 211-36 may be enforced against third parties when the debtor is informed of the assignment."

56. If the existence of an enforceability formality constitutes a difference between the assignment under the Civil Code and the assignments under the Monetary and Financial Code, by contrast and whatever legal regime the *cession de créance* is governed by, the principle regarding defences is shared. This is not surprising. The debtor is not a party to the assignment, which "bipartite" agreement⁴² is not binding upon him. To be so, it would require the debtor's consent.

57. The *cession de créance* is to be contrasted with the *cession de dette*. The former

⁴¹ Cass. com. 24 March 1992, Bull. civ. IV n° 128.

⁴² As regards *cession de contrat*, see question 2, issue 23, paragraph 60, *infra*.

is decided and performed by the creditor while the latter is decided and performed by the debtor. As a direct mode of transfer, the *cession de dette* is not permitted by French law⁴³ as one may not impose a change in debtor to a creditor without its consent⁴⁴. But such an operation may be performed through the creation of a new obligation in the context of a novation (articles 1271 to 1281 of the Civil Code) or through the *cession de contrat* which entail the simultaneous transfer of all rights and obligations under the assigned contract.

58. The "*aliquid novi*" must be present in the **novation**, which is the intention to novate. The *aliquid novi* is not presumed and is a validity condition of the novation. The parties must expressly manifest their intention to extinguish an obligation by creating a new obligation replacing it, both obligations being separate.⁴⁵ Therefore, novation is not a mode of transfer per se, but a mechanism by which an old obligation disappears and is replaced by creating a new obligation. This approach must however be put in perspective, as a *délégation*, which is considered in the Civil Code as a form of novation, may allow the transfer of debts.

59. According to article 1275 of the Civil Code, "*the delegation by which a debtor gives his creditor another debtor who binds himself to the creditor does not carry with it a novation, unless the creditor expressly declares that he intends to discharge the debtor who made the delegation.*". A *délégation* is a form of novation if the creditor, referred to as "delegatee" (*délégataire*), accepts to release the debtor, referred to as "delegator" (*délégant*), which performs the *délégation* at the expense of another debtor, referred to as "delegate" (*délégué*). However, on the one hand, the release is not mandatory: the delegatee does not have to grant such release. On the other hand, if the *délégation* resulting in a novation is quite similar to a *cession de dette*, it is not entirely the same. Thus, the debt

⁴³ Malaurie, Aynès and Stoffel-Munck, op. cit. n°1337.

⁴⁴ Terré, Simer and Lequette, op. cit., n°1304.

⁴⁵ Art. 1273, Civil Code.

is not transferred from the delegator to the delegate: the consent of the delegatee creates a new obligation. Furthermore, if the delegatee does not release the delegator, the latter remains the former's debtor. Lastly, a *délégation* can only be compared to a *cession de dette* if the delegator is at the same time creditor and debtor: creditor of the delegate whom it asks to pay another person and debtor of the delegatee.

60. Unlike a *cession de créance*, the contractual transfer of contract (*cession de contrat conventionnelle*)⁴⁶ entails the transfer of the rights and obligations under the contract transferred. However, and unlike for a *cession de créance*, this mode of transfer is not restricted to the intention of only transferring the rights and obligations under the contract. Through a *cession de contrat*, which is a "tripartite" agreement, the intention of the parties to the original agreement is to transfer the contract as a whole to a third party which, in turn, agrees to and becomes a party to the contract thereby transferred⁴⁷. In the course of the performance of the contract, the transfer of the contract results in the replacement of a party by a third party. The transferee replaces the transferor as a party.

61. A contract which has been performed or terminated with respect to its principal obligation may not be transferred by a *cession de contrat*⁴⁸. This is because the *cession de contrat* has the effect of transferring the status of party which status may not be transferred after the obligations have been performed or terminated.

For the purpose of this report I have assumed that all claims transferred were claims under closed-out master agreements. By this I mean that following the trigger of an event of default under the master agreements, all transactions entered into between the parties and governed by the relevant

⁴⁶ S. E. Jeuland, *Cession de contrat*, *Répertoire de droit civil Dalloz*; Malaurie, Aynès and Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 906 et seq.

⁴⁷ Malaurie, Aynès and Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 906.

⁴⁸ E. Jeuland, *Cession de contrat*, *Répertoire de droit civil*, spec. n° 24; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Obligations*, Defrénois 2004, p 453

master agreements were terminated and a unique close-out amount (*solde de résiliation*) was calculated for each master agreement. I have assumed that such claims are those transferred to third parties in the secondary market. On that basis, I do not see how a *cession de contrat* could have been used. Indeed, in such a situation, the transferors would have intended to transfer their claims relating to the close-out amounts to the transferees and not to transfer their status as a party to the master agreements under which an event of default had occurred. This would be a *cession de créance*.

No general legal provision governs the *cession de contrat*: there are only a few specific rules provided for in particular contexts, and solely in relation to the enforceability of the *cession de contrat* against third parties (see article L. 211-37 of the French Monetary and Financial Code: "*The assignment of contracts relating to the financial obligations referred to in article L. 211-36 may be raised against third parties with the written agreement of the parties.*"). In the absence of texts, one should turn to case law and in particular to decisions handed down by the Cour de Cassation to determine the legal framework applicable to the *cession de contrat*. The main rule relates to the acceptance of the assigned debtor: the *cession de contrat* requires, in any event, the prior approval of the assigned debtor⁴⁹.

Such agreement is of the essence. The *cession de contrat* results in a change with respect to one of the parties and opposes the debtor to a new co-contracting party. The *cession de contrat* therefore does not only result in a change of beneficiary as to the payment of the debt but also a change of party which can be creditor or debtor with respect to the rights and obligations under the contract. French law requires however the consent of the debtor to enter into a contract with a new party under which rights and obligations arises. If such contract were to be transferred to a third party without the prior consent of the initial parties to such contract then such transfer would not be binding on the initial party.

⁴⁹ Cass. com. 6 May 1997, Civ. 3e, 12 December 2001, no 00-15.627.

3. What is the effect of a *cession de créance* under French law? What is the position of a transferee of rights pursuant to a *cession de créance* as against the original non-transferor counterparty?

4. Can the transferee of a claim transferred pursuant to a *cession de créance* recover more from the original non-transferor counterparty than the transferor could have recovered (for instance, on the basis of the *nemo plus juris* principle)?

Warning: Questions 3 and 4 are linked in that they relate to what the transferee may claim from the assigned debtor.

62. In case of a *cession de créance*, the transferor loses its status as creditor and thus its rights against the assigned debtor. The transferee is vested with this status and consequently has the right to obtain the payment of the assigned claim when it becomes payable. The *cession de créance*, which has no novation effect (*effet novatoire*), does not create a new obligation⁵⁰.

63. The price paid by the transferee to the transferor having no impact, the transferee has the right to obtain the payment of the total amount of the assigned claim. This rule is different from the one applicable in case of subrogation, since the transfer of the claim effected via such mechanism is limited to the amount the recipient of the subrogation (*subrogataire*) paid to the party that subrogates (*subrogeant*)⁵¹.

64. Pursuant to the principle *nemo plus juris* "no one can transfer a greater right than he himself has" which means that the transferee cannot have more rights than the transferor⁵². This is the reason why the assigned debtor may raise the same defences against the transferee that it could raise against the

⁵⁰ Cass. civ. I, 27 October 1976, Bull. civ. I n° 311.

⁵¹ See question 2, issue 23, paragraph 51, *supra*.

⁵² Cass. Civ. I, 6 May 1968, Bull. civ. I n° 132.

transferor. The transferee is exactly in the same position as the transferor was: the terms and conditions that were applicable to the transferor are applicable, in the same way, to the transferee. There is no difference to be made between the transferor and the transferee.

65. The rule with respect to the raising of defences characterises the *cession de créance* governed by the Civil Code. Nevertheless, this rule is not as general as it seems. Two types of defences must be distinguished.

Some defences may be raised at any time, no matter the date on which they arose. It is the case of the defences that are inherent to the debt. This category can be illustrated by the defence of non-performance. These defences may be raised against the transferee, whether they arise before or after the assignment⁵³. The assigned debtor can therefore refuse to pay the transferee even if the non-performance of the transferor arises after the *cession de créance*.

On the contrary, other defences may be raised against the transferee only if they arose before the *cession de créance*, sometimes even before the date of notification of the *cession de créance*. This is the case of the defence of set-off. The assigned debtor may refuse to pay the transferee if it was itself creditor of the transferor and if their reciprocal claims became certain, liquid and payable before the date of the assignment. This is because the defence of set-off operates automatically (*de plein droit*) at the exact time the claims become certain, liquid and payable. If the claims became certain, liquid and payable after the date of assignment, set-off cannot take place because the transferor and the debtor are no longer reciprocal creditors. Nevertheless, this rule is not absolute. Set-off remains possible after the notification of the assignment⁵⁴, even if on such date the claims were not certain, liquid and payable, if the claims and the debts are related (*créances et dettes connexes*).

66. The same distinction is made concerning the Dailly assignment: the defence

⁵³ Cass. com. 12 January 2010, Bull. civ. IV n° 2.

⁵⁴ Cass. com. 15 June 1993, Bull. civ. IV n° 242.

of non-performance may be raised regardless of the date it arises while the defence of set-off must arise prior to the assignment - more precisely at the date of the notification provided by the article L. 313-28 of the Monetary and Financial Code⁵⁵ - unless the claims are related (*créances connexes*), since set-off defences for related claims can be raised against the transferee even if the claims of the transferor and the transferee become certain, liquid and payable after this notification⁵⁶.

5. Is there a principle of French law that an assignee of a claim shall also benefit from the "ancillary rights" (*accessoires*) attached to the claim? If so, what is the scope of the principle and what "ancillary rights" can the assignee of a claim?

67. Article 1692 of the Civil Code provides that "*The sale or assignment of a money claim includes its accessories such as security, privileges, and hypothecs.*"; under article L. 313-27, paragraph 3, of the Monetary and Financial Code, "*Service of the notification shall, as of right, entail transfer of the sureties, guarantees and accessories attached to each receivable, including mortgage sureties, and its enforceability against third parties without any further formality being required.*". The assignee is vested with the ancillary rights attached to the assigned claim. In other words, the ancillary rights which are transferred to the assignee are limited to the extent of the rights of the assignor.

68. For example, it was decided that the claim being transferred to the transferee as it exists between the assignor and the assigned debtor, the international arbitration clause, valid solely because of the will of the co-contracting parties, is transmitted with the claim and is binding on the transferee⁵⁷. Similarly, the *cession de créance* automatically entails the transfer of legal proceedings that are attached to the claim⁵⁸.

⁵⁵ Bonneau, *op. cit.* n° 718.

⁵⁶ Cass. com. 14 December 1993, Bull. civ. IV n° 469.

⁵⁷ Cass. Civ. 1, 5 January 1999, Bull. civ. I n° 1.

⁵⁸ Cass. Civ. 1, 10 January 2006, Bull. civ. I n° 6.

69. The rule of the transfer of the accessories is not limitless. Indeed, extra patrimonial actions, non-transferable or strictly personal to the transferor are excluded from this transfer⁵⁹.
70. The transfer of ancillary rights has no effect on the debts and liabilities which the assignor may be liable or held *vis-à-vis* the assigned debtor. The transferee does not become the debtor of the assigned debtor. It does not replace the transferor *vis-à-vis* the debts. The transferor remains the only debtor of the debts and liabilities that it had *vis-à-vis* the assigned debtor.
71. The rule *nemo plus juris* covers the claim and its accessories, including the interests of the claim: the transferee can receive neither a higher amount for the principal of the claim, nor a higher amount of interest than the transferor. The rule *nemo plus juris* requires calculating the amount of interest in the same way, in all circumstances, whoever the creditor is, whether it is the transferor or the transferee. Consequently, only the rate applicable to the transferor may be applied to calculate the amount of interest, even if this interest is to be paid to the transferee following a *cession de créance*.
72. This solution is mandatory even if the terms of a subsequent transfer agreed between the transferor and transferee provided for the obligation to take into consideration the interest rate of the transferee. Such a clause is, indeed, not enforceable against the debtor because it is not a party to the agreement by which the transfer was carried out, concluded between the transferor and the transferee. This solution results without any doubt from the principle of the relative effect of contracts⁶⁰
73. The bank rate must necessarily be linked to the original parties: the assigned

⁵⁹ Cass. Civ. 1, 24 October 2006, Bull. civ. n° 433. About the extent of transmission of accessories, see *Ophèle*, *Cession de créance*, aforementioned art. spec. n° 218 et seq.

⁶⁰ Art. 1165, Civil Code.

debtor and the assignor. The nature of the transferee may not be taken into consideration. This approach is binding on the French judges in case of a *cession de créance*, the assignee having no more rights than the assignor⁶¹.

74. Therefore, if the contractual provisions refer to a rate to which the party that shall receive the payment has access (at the overnight refinancing rate of the Party entitled to receive the relevant amount), this does not imply that this rate must be the one of the person who is in the position to receive payment in the case of a *cession de créance*, i.e. the transferee. Indeed, as explained above⁶², the assignee cannot have more rights than the assignor. Thus, the provision that refers to the rate to which the party has access refers to a rate necessarily known by the party which shall make the payment in question. A contrary solution would indeed encourage undesirable consequences to the obvious detriment of the debtor. As an example, if an assignee was permitted to recover more rights on a claim, such as a higher interest rate or a higher amount of late payment interest than the assignor this would put the assigned debtor in a detrimental position as it would have to pay a higher amount than it contractually agreed initially to a third party and this, without even knowing or having consented to the transfer. As such, if such a situation was permitted under French law, this would create a very serious risk for any party entering into a contract as it would not be possible to know the extent or scope of the burden of the obligations in advance. It may also encourage an undesirable practice of an assignee 'rebating' part of the higher rate to the assignor as payment for the transfer. This would serve no useful economic purpose. It would only expose the debtor to a higher rate it could not have foreseen when it entered into the contract.

75. Moreover, even if one would consider that the disputed rate is a rate the beneficiary of the payment may claim for itself, the beneficiary of the payment to take into account must be the assignor and not the assignee

⁶¹ See questions 3 and 4, issue 23, *supra*.

⁶² See questions 3 and 4, issue 23, *supra*.

because the beneficiary of the payment was invested with rights under a *cession de créance* and not by virtue of a *cession de contrat*. The beneficiary of the payment is not vested with the status of party following a *cession de créance*. It only has rights over an "asset" (*bien*) - in this case a claim - which already exists and which has been transferred without alteration or addition to the transferee⁶³; such transferee may have no greater rights than the transferor.

Issue 24

7. To what extent, if at all, when the parties have not specified a rate in the schedule negotiated between themselves in respect of a French master agreement or have not modified the rates already provided in the standard provisions of a French master agreement (such as in the financial parameters section), would the French court, in construing the clauses referred to above, have regards to a rate published in the inter-bank market in contractual currency chosen by the parties, either EONIA (in the case of a Euro selection by the parties) or to a rate charged by the European Central Bank for supplying liquidity (in the case of a Euro selection by the parties) or a rate equivalent to such rate (in the case of a non-Euro selection by the parties) or a rate equivalent to Eonia (in the case of a non-Euro selection by the parties) or other rates such as a refinancing rate of a party/payee?

76. I am instructed that Question 7 is no longer relevant to the Application.

77. As to the AFTI Master Agreement, I am instructed that the parties now agree that the relevant agreement specified that the late payment interest would be EONIA plus one per cent (1%). Accordingly, I am no longer instructed to address the SCG's case on late payment interest claims under the AFTI Master Agreement.

⁶³ About the absence of novation, see questions 3 and 4, issue 23, paragraph 62, *supra*.

78. As to the AFTB Master Agreements, I am instructed that, in view of the very low value of the proved claims under these agreements, the SCG no longer contends, for the purpose of the Application, that the late payment interest should be calculated by reference to the rate of the transferee of a claim transferred pursuant to a *cession de créance*. Accordingly, I do not address this issue in my report, save to note that, as set out above, the transferee pursuant to a *cession de créance* is unable to make any greater claim than that which could have been made by the transferor.
79. As to the FBF and AFB Master Agreements, I am instructed that (i) the SCG accepts that transferee of a claim under these agreements transferred pursuant to a *cession de créance* cannot recover a greater sum in respect of late payment interest than that which could have been recovered by the transferor as the original contracting party; (ii) the SCG contends that the late payment interest claim of the original contracting party is the overnight rate which would have been offered to the Party by prime market participants at the relevant time for borrowing a sum equivalent to the termination balance; (iii) in view of these matters, Wentworth no longer believes that it is economically important to advance a case in the framework of the Application that the late payment interest rate under these agreements should be construed as a reference to EONIA. Accordingly, I do not address this issue in my report.
80. Finally, I am instructed that it has recently become apparent that there is only one non-euro denominated claim under the French master agreements and that this is a very small claim which renders non-euro claims of no economic significance to the Lehman insolvency. Accordingly, I am instructed that I am no longer required to give evidence in support of this part of Wentworth's case for the purpose of the Application.

Issue 26

8. What principles of French law and applicable standards, if any, constrain the right or power of a party to state or certify any of the rates mentioned in Issue 26?
81. By the clauses that provide indemnities in case of delay or failure to perform agreements, the parties agree in advance the indemnities or an indemnification method (applying an index or an interest rate for example) allowing the amount to be determined. These clauses, which in principle avoid recourse to the judge, set a fixed amount or a method that leads to calculations that can be made objectively since, at the time of conclusion of the agreement, it is not possible to know in advance the amount of damage one party may incur. The interest rate clauses are examples of what might be termed "indemnity clauses".
82. The party which has recourse to the indemnifying clause which provides a late payment interest shall, according to article 1134 *paragraph 3* of the Civil Code, act in good faith, with loyalty and honesty. If it acts in bad faith, the judge may refuse to apply the invoked clause. Such a solution has in particular been admitted in relation to an automatic termination clause (*résolution de plein droit*)⁶⁴ and a waiver of liability clause (*irresponsabilité*)⁶⁵.
83. This solution can naturally be applied to an indemnifying clause which provides an indemnity to be fixed by reference to a rate that a third party would implement. The clause that provides for the use of a third party for the purposes of the calculations arising from the contractually agreed rate will be equally rendered ineffective.
84. Good faith is a question of fact which is left to the discretionary

⁶⁴ Cass. Civ. 3, 15 December 1976, Bull. civ. III n° 465.

⁶⁵ Cass. Com. 15 June 1959, D. 1960. 97, note R. Rodière.

determination of the judges. As a fact, it can be proved by any means, including by witnesses⁶⁶. The burden of proof is on the party which claims that the other party acts in bad faith⁶⁷.

85. The third party in charge of applying the contractual rates and performing the calculations must follow the provisions of the existing agreements between the parties. The agreements can provide that the calculations and the amount determined by the third party are binding on the parties, absent manifest error. This type of clause is consistent with case law which decides, although the legal texts do not refer to this limit, that the selling price determined by a third party in accordance with article 1592 of the Civil Code can be reconsidered only in case of gross error⁶⁸ (*erreur grossière*) and which establishes that the transfer price of equity rights (*droits sociaux*) determined by an expert in accordance with article 1843-4 of the Civil Code is binding on the parties and on the judge, except in the event of deceit (*dol*) or violence (*violence*)⁶⁹ or gross error⁷⁰ (*erreur grossière*). Such limits must be stressed because; as it was already mentioned, they are not set out in the above-mentioned legal texts.

86. Manifest error or gross error is an obvious error, an error that clearly leaps out⁷¹. The third party in charge of performing the calculations commits a manifest error if it performs using other processes or rates than the contractually agreed ones⁷².

87. If the judge admits the manifest error, he should either name a third party that would be in charge of performing the calculation again or undertake to evaluate the indemnity. In this case, the judge should, in accordance with

⁶⁶ Cass. Civ. 24 December 1919, DP 1920. 1. 12.

⁶⁷ Art. 1315, Civil Code.

⁶⁸ Cass. Com. 9 April 1991, Bull. civ. IV n° 139.

⁶⁹ Cass. Com. 6 June 1950, Bull. civ. III, n° 205.

⁷⁰ Cass. Com. 4 November 1987, Bull. civ. IV n° 226.

⁷¹ "Selon l'expression couramment employée en matière de garantie à première demande, la fraude et l'abus manifestes "crèvent les yeux": ils ne suscitent aucun doute; ils sont évidents" (Bonneau, Droit bancaire, op. cit. n° 800).

⁷² Cf. *Mémento sociétés commerciales* Francis Lefebvre 2015, n° 16795.

general principles of interpretation⁷³, look for the common intention of the parties on the date of the conclusion of the agreements. In no case could the judge take the situation of the transferee in consideration in order to proceed to the valuation of the indemnity.

88. The clause, which provides for the payment of indemnities in case of late payment provides a penalty that sanctions the non-performance of the contract. Therefore, it constitutes a penalty clause (*clause pénale*)⁷⁴, which allows the judge, in accordance with article 1152 of the Civil Code⁷⁵, to reduce the amount of the indemnity if it is manifestly excessive.

Article 1152 provides the judge with a simple option which he is not required to use. The judge does not have to specially justify his decision when he refuses, in simple and pure application of the agreement, to change the amount of the lump-sum indemnity that is provided in the agreement⁷⁶. However, if he decides to reduce the amount of the penalty clause and what should be paid, he must establish how the amount is excessive⁷⁷.

The clear disproportion is assessed by comparing the amount of the contractually agreed sanction to the prejudice effectively incurred⁷⁸. Grounds based on the behaviour of the debtor of the penalty are inappropriate to justify alone that the amount of the clause is manifestly excessive⁷⁹. However, the judge can take in consideration the purpose of the penalty clause (a way to force the parties to execute or contractual evaluate the

⁷³ See question 1, issue 23, *supra*.

⁷⁴ *Constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation* (Cass. Civ. 1, 10 October 1995, Bull. civ. 1, n° 347): A penalty clause is the clause of a contract by which the parties assess a fixed-rate sum in advance the compensation will result from the failure of the obligation.

⁷⁵ Art. 1152, Civil Code: "*When an agreement provides that the party that fails to perform it will pay a certain sum as damages, the other party may not be awarded a greater or lesser amount. Nevertheless, the judge may, even on his own motion, moderate or increase the penalty agreed upon when it is manifestly excessive or ridiculously low. Any stipulation to the contrary shall be deemed unwritten*".

See also, art. 1231, Civil Code: "*When an obligation has been performed in part, the judge may, even of his own motion, reduce the penalty agreed upon in proportion to the interest that the partial performance has provided the creditor, without prejudice to the application of Article 1152. Any stipulation to the contrary shall be deemed unwritten*".

⁷⁶ Cass. Civ. 1, 23 February 1982, Bull. civ. 1 n° 85.

⁷⁷ Cass. Chr. Mixte, 20 January 1978, Bull. civ. n° 1.

⁷⁸ Cass. Com. 11 February 1997, Bull. civ. IV n° 47.

⁷⁹ Cass. Com. 11 February 1997, aforementioned

future prejudice) to assess the excessiveness of the clause⁸⁰. When the clause is judged manifestly excessive by the judge, who is supreme in his assessment of the prejudice suffered by the creditor, the judge is free to set the amount of the indemnity arising from the application of the penalty clause⁸¹.

⁸⁰ Cass. Civ. 1, 3 January 1985, Bull. civ. I n° 4.

⁸¹ Cass. Civ. 1-24 July 1978, Bull. civ. I n° 280.

Statement of Duty and Statement of Truth

I understand my duty to the Court and have complied with that duty. I am aware of the requirements of the Civil Procedure Rules Part 35, the Practice Direction to Part 35 and the Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims 2014.

I confirm that I have made clear which facts and matters referred to in this report are within my own knowledge and which are not. Those that are within my own knowledge I confirm to be true. The opinions I have expressed represent my true and complete professional opinions on the matters to which they refer.

Thierry Bonneau

Dated: __ July 2015

SCHEDULE 1
ORIGINAL INSTRUCTIONS

SCHEDULE 2
ADDITIONAL INSTRUCTIONS

No 7942 of 2008
IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

CHANCERY DIVISION

COMPANIES COURT

IN THE MATTER OF LEHMAN
BROTHERS INTERNATIONAL
(EUROPE) (IN ADMINISTRATION)

AND IN THE MATTER OF THE
INSOLVENCY ACT 1986

ANTHONY VICTOR LOMAS &
OTHERS

- AND -

BURLINGTON LOAN
MANAGEMENT LIMITED &
OTHERS

**ENGLISH TRANSLATION OF
EXPERT OPINION OF THIERRY
BONNEAU AS TO MATTERS OF
FRENCH LAW**
