



Assemblée générale

Distr.: Limitée
16 mai 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-neuvième session
New York, 19 juin-7 juillet 2006

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Sûretés réelles mobilières sur des créances

Note du secrétariat*

Table des matières

	<i>Page</i>
Sûretés réelles mobilières sur des créances	2

* Le présent document est soumis après le délai, fixé à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu inclure les modifications décidées à la dixième session du Groupe de travail, qui s'est tenue à New York du 1^{er} au 5 mai 2006.



Sûretés réelles mobilières sur des créances

[*Note à l'intention de la Commission: Lorsqu'elle discutera de la question des sûretés réelles mobilières sur des créances, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions a) ("sûreté réelle mobilière"), d) ("créancier garanti"), f) ("constituant"), p) ("créance de somme d'argent", ci-après "créance"), q) ("cession"), r) ("cédant"), s) (cessionnaire), t) ("cession subséquente"), u) ("débiteur de la créance de somme d'argent"), v) ("notification de la cession") et w) ("contrat initial") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).]*

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu'elle s'applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les obligations non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, le produit d'engagements de garantie indépendants et les droits de propriété intellectuelle;

[*Note à l'intention de la Commission: Pour ce qui est des créances non contractuelles, la Commission voudra peut-être se référer à la note qui suit la définition p) ("créance de somme d'argent") dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1. En ce qui concerne les obligations non monétaires contractuelles, le commentaire expliquera que les recommandations générales s'appliquent à ces obligations mais aussi que la législation générale autre que celle recommandée dans le projet de guide s'applique aux droits des débiteurs de ces obligations.]*

...

f) En général, aux transferts purs et simples de créances;

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, étant donné que la définition du terme "créance de somme d'argent" exclut les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire, la recommandation 3 f) ne s'applique pas au transfert pur et simple d'un instrument négociable, du produit d'un engagement de garantie indépendant et d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. En revanche, les recommandations s'appliquent aux transferts de ces biens à titre de garantie car ils sont traités comme des opérations garanties. Par exemple, le transfert à titre de garantie d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est considéré comme une méthode de prise de contrôle (voir la définition du terme "contrôle" dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1, par. 21 ee) et gg)). Le commentaire expliquera que les transferts purs et simples d'instruments négociables, du produit d'engagements de garantie indépendants et de fonds crédités sur un compte bancaire ont été exclus car: i) ils soulèvent des questions différentes et nécessiteraient des règles spéciales, ii) à la différence des créances où un conflit de priorité entre un transfert à titre de garantie et un transfert pur et simple se*

réglerait en fonction de l'ordre d'inscription, dans le cas des instruments négociables, un créancier garanti pourrait toujours obtenir un rang supérieur en prenant possession de l'instrument, tandis que, dans le cas du produit d'un engagement de garantie indépendant et de fonds crédités sur un compte bancaire, il pourrait obtenir un rang supérieur par contrôle. Le commentaire examinera aussi les questions soulevées par les transferts purs et simples d'instruments négociables autres que les chèques à l'intention des États qui souhaiteraient les traiter dans la loi.]

4. Sauf dans la mesure limitée prévue dans les recommandations 16 et 37 relatives à une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou une autre obligation qui entre dans le champ d'application du Guide, la loi ne devrait pas s'appliquer aux sûretés réelles mobilières portant sur [voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7].

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des créances

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales s'appliquent sauf si elles sont modifiées par des recommandations relatives à des biens particuliers.]

Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

13. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures, les obligations conditionnelles et les obligations dont le montant fluctue. Elle devrait également prévoir qu'une telle sûreté peut être octroyée sur tous les types de biens, y compris des fractions de biens, des droits indivis sur des biens et des biens dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne peut pas encore disposer ou qui n'existent pas encore au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, ainsi que sur le produit. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement décrites dans la loi.

Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances

14. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession; et

b) Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances [voir l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur la cession].

Efficacité d'une cession faite en dépit d'une clause d'incessibilité

15. La loi devrait prévoir que:

a) Une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout

cédant subséquent et le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que l'alinéa a) de la recommandation 15 prive d'effet uniquement une convention entre un débiteur et un créancier qui limite le droit du second de céder la créance qu'il détient sur le preneur. Si la créance est cédée, le débiteur est appelé "débiteur de la créance" et le créancier "cédant".

Par exemple, si une convention pour la location de biens meubles corporels limite le droit du bailleur de céder les loyers qui lui sont dus en vertu du bail, l'alinéa a) de la recommandation 15 prive d'effet cette restriction car la convention est passée entre le débiteur (le preneur) et le créancier (le bailleur) de la créance (le loyer dû en vertu du bail). À l'inverse, si la convention de location entre le bailleur et le preneur limite le droit de ce dernier de céder une créance prenant la forme de loyers qui lui sont dus par le sous-locataire en vertu d'un contrat de sous-location, l'alinéa a) de la recommandation 15 ne s'applique pas et aucune disposition du présent Guide ne prive d'effet la restriction. Il en est ainsi parce que la convention limitant le droit du preneur de céder les loyers qui lui sont dus par le sous-locataire dans le cadre de la sous-location n'est pas une convention entre le preneur (bailleur et créancier dans la sous-location) et le sous-locataire (débiteur dans la sous-location). La question de savoir si la restriction dans le contrat de location peut être opposée au preneur serait tranchée par une loi autre que celle recommandée dans le présent Guide.

La même analyse serait valable si la restriction était contenue dans une licence de propriété intellectuelle. L'alinéa a) de la recommandation 15 priverait d'effet une clause du contrat de licence qui empêcherait le donneur de licence de céder les redevances dues par le titulaire de la licence. En revanche, elle ne priverait pas d'effet une clause du contrat de licence empêchant ce dernier de céder les redevances d'une sous-licence. L'efficacité ou non de cette dernière clause serait déterminée par une loi autre que celle recommandée dans le projet de guide.]

b) Si une autre loi impose une obligation ou une responsabilité quelconque au cédant pour la violation d'une telle convention, l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naissent les créances cédées ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

c) La présente recommandation s'applique uniquement aux cessions de créances:

i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit;

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

[Note à l'intention de la Commission: la Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la "résolution" du contrat mentionnée à l'alinéa b) désigne le fait de mettre fin au contrat en général.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance cédée, un instrument négociable ou toute autre obligation

16. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé par la présente loi s'étend automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, à toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou l'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation;

b) Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, la sûreté réelle mobilière s'étend automatiquement au produit de l'engagement, mais non au droit de tirer l'engagement;

c) La présente recommandation ne s'applique pas à une sûreté sur un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'elle garantit;

d) Une sûreté réelle mobilière est constituée en vertu de l'alinéa a) de la présente recommandation sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation nonobstant toute convention entre le constituant et le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument ou le débiteur de l'obligation limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une sûreté réelle mobilière sur cette créance, cet instrument ou cette obligation, ou sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant cette créance, cet instrument ou cette obligation;

e) Si une autre loi impose une obligation ou une responsabilité quelconque au constituant pour la violation de la convention mentionnée à l'alinéa d) de la présente recommandation, l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation, ou la convention constitutive de sûreté créant la sûreté personnelle ou réelle. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

f) Les alinéas d) et e) de la présente recommandation s'appliquent uniquement aux sûretés réelles mobilières sur des créances, des instruments négociables ou d'autres obligations:

i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit;

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

g) La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté réelle avec dépossession au titre de l'alinéa a) de la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations que le constituant a envers le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou le débiteur de toute autre obligation concernant le bien en question en vertu de la loi régissant cette sûreté avec dépossession;

h) À condition que la constitution automatique d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, prévue à l'alinéa a) de la présente recommandation, et son opposabilité automatique, prévue dans la recommandation 37, ne soient pas compromises, la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les exigences d'une loi autre que la présente loi relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution de sûretés réelles mobilières sur des biens quelconques, garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, qui sortent du champ d'application de la présente loi.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 16 a pour objet de faciliter les opérations de financement, telles que les titrisations de portefeuilles de prêts garantis par des sûretés réelles mobilières ou immobilières. Dans de tels cas, l'acheteur des prêts voudra pouvoir se prévaloir des sûretés garantissant les prêts mais sans avoir à supporter, dès l'achat, la dépense supplémentaire d'un acte de transfert séparé (si une loi autre que celle recommandée dans le projet de guide exige un tel acte) pour chaque prêt du portefeuille, qui pourrait en contenir des centaines ou des milliers. Des actes de transfert séparés seraient éventuellement nécessaires (si l'autre loi l'exige) uniquement pour le recouvrement des prêts non remboursés par la suite, lesquels représentent généralement une petite partie des prêts du portefeuille. L'acheteur pourrait décider d'accepter le coût de ces actes de transfert lors du recouvrement, qu'il soit effectué volontairement par le vendeur ou avec l'assistance d'une juridiction. Cependant, pour décider de l'achat ou non des prêts et de leur prix, l'acheteur tiendrait compte du coût des actes de transfert séparés uniquement pour la petite partie des prêts dont il prévoit qu'ils ne seront pas remboursés mais non pour l'ensemble des prêts du portefeuille. L'acheteur réduisant ainsi ses dépenses, le vendeur devrait être en mesure d'obtenir un prix de vente plus élevé, ce qui augmenterait les fonds à sa disposition.]

Le commentaire précisera également que la recommandation 16 s'applique aux transferts purs et simples de créances (mais non d'instruments négociables ou d'autres obligations) puisque le projet de guide ne s'applique, d'une manière générale, qu'aux transferts purs et simples de créances.

Le commentaire précisera aussi que les alinéas a) à c) suivent le libellé du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession auquel les modifications appropriées ont été apportées compte tenu du caractère national de la loi recommandée dans le projet de guide, alors que les alinéas d) à f) suivent le libellé de la recommandation 15 et des paragraphes 2 à 4 de l'article 10 de la Convention.

En outre, le commentaire précisera que l'alinéa g) suit le libellé du paragraphe 5 de l'article 10 de la Convention, selon lequel, si la sûreté implique la remise de la possession d'un bien et si cette remise cause un dommage au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou au débiteur de toute autre obligation, la responsabilité pouvant être encourue en vertu de la loi applicable en dehors de celle recommandée dans le projet de guide reste la même. Est visé ici, par exemple, le cas où, lors de la remise de la possession d'un bien meuble corporel de valeur, le créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert endommage ou perd ce bien.

Le commentaire expliquera enfin que l'alinéa h), qui suit le libellé du paragraphe 6 de l'article 10 de la Convention, indique clairement que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien n'entrant pas dans le champ d'application de la présente loi (par exemple, un immeuble) relève d'une autre loi, du moins à condition que la constitution et l'opposabilité automatiques de la sûreté ne soient pas compromises. Ainsi, un document authentique et une inscription peuvent être nécessaires pour que la personne à laquelle est transférée une hypothèque obtienne différents droits en vertu de la loi régissant les immeubles, comme celui de réaliser l'hypothèque. Le commentaire expliquera aussi que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien entrant dans le champ d'application de la présente loi relèvera de cette dernière.]

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire avant défaillance

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les recommandations suivantes, fondées sur les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession, seront insérées dans le nouveau chapitre sur les droits et obligations des parties avant défaillance.]

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

16 bis. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

Garanties dues par le cédant

16 *ter*. La loi devrait prévoir que:

- a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:
 - i) Il a le droit de céder la créance;
 - ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et
 - iii) Le débiteur de la créance ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation;
- b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur de la créance peut ou pourra payer.

Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

16 *quater*. La loi devrait prévoir que:

- a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur de la créance une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et
- b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa a) de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins de la recommandation 19 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

16 *quinquies*. La loi devrait prévoir que:

- a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:
 - i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;
 - ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et
 - iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.
- b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

Droits et obligations du débiteur de la créance et du cessionnaire

Protection du débiteur de la créance

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les recommandations 17 à 23, qui se fondent sur les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession, seront placées dans un chapitre séparé consacré aux droits et obligations des tiers débiteurs avec les recommandations sur les droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, de la banque dépositaire, de l'émetteur d'un document négociable, et du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant.]

17. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur de la créance n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial;

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé.

Notification de la cession au débiteur de la créance

18. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur de la créance, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial; et

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification et la notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur de la créance

19. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur de la créance est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont

communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur de la créance est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu;

h) La présente recommandation n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur de la créance à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance

20. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur de la créance une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur de la créance peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession;

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur de la créance peut, en vertu des recommandations 15 b) et 16 d), invoquer contre le

cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur de la créance contre le cessionnaire.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, conformément à la recommandation 3 a) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), le projet de guide s'applique aux consommateurs sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation régissant leur protection.]

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

21. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur de la créance peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 20. Une telle convention empêche le débiteur de la créance d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur de la créance ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité.

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur de la créance. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 22.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que la recommandation 21 se fonde sur l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur la cession, qui mentionne un écrit signé uniquement pour l'acte de renonciation au droit d'opposer des exceptions ou sa modification. Si la Commission décide de ne pas mentionner la signature dans la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7) mais plutôt les éléments prouvant que le constituant avait l'intention de constituer une sûreté, elle souhaitera peut-être reconsidérer la mention de la signature dans la recommandation 21. Si la référence à la signature est conservée dans la recommandation 8, une signature électronique devrait être suffisante (voir note à la suite de la définition v) ("notification de la cession") dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1.]

Modification du contrat initial

22. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat;

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

23. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur de la créance à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la recommandation 23 n'a pas d'incidences sur la responsabilité du cédant envers le débiteur de la créance pour violation de contrat.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances

37. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé par la présente loi est opposable, elle est automatiquement opposable en ce qui concerne toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou l'exécution de la créance, de l'instrument négociable ou de l'autre obligation, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un tel engagement est automatiquement opposable (mais, comme le prévoit la recommandation 16, la sûreté ne s'étend pas au droit de tirer l'engagement). La présente recommandation ne s'applique pas à une sûreté sur un bien immeuble qui, en vertu de la loi applicable, peut être transférée séparément d'une créance, d'instrument négociable ou de toute autre obligation qu'elle garantit.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales sur l'opposabilité s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur des créances ainsi qu'aux transferts purs et simples de créances. Le passage entre parenthèses dans la deuxième phrase explique que la sûreté ne s'étend pas au droit de tirage. La question de l'opposabilité ne se pose donc pas à cet égard.]

Priorité des sûretés réelles mobilières sur des créances

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur des créances ainsi qu'aux transferts purs et simples de créances.]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des créances

Application du présent chapitre aux transferts purs et simples de créances

88. La loi devrait prévoir que le présent chapitre ne s'applique pas à un transfert pur et simple de créances, à l'exception:

- a) De la recommandation 89 en cas de transfert pur et simple avec recours; et
- b) Des recommandations 102 et 103.

Règle générale de conduite

89. La loi devrait prévoir que toutes les parties doivent exercer leurs droits et exécuter leurs obligations conformément aux recommandations du présent chapitre de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Recouvrement de créances

102. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'un transfert pur et simple d'une créance, le cessionnaire est en droit de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière cette créance. En cas de transfert d'une créance à titre de garantie, le cessionnaire est en droit, sous réserve des recommandations 17 à 23, de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière cette créance uniquement après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du cédant.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti a la possibilité, outre de procéder au recouvrement, de disposer de la créance, ou de la conserver, conformément aux recommandations 93 d), e), 110 et 113 (voir A/CN.9/611/Add.2). Le commentaire expliquera également que le cessionnaire peut envoyer une notification et des instructions de paiement, même en violation d'une convention avec le cédant (voir recommandation 16 quater ci-dessus).]

103. La loi devrait prévoir que le droit du cessionnaire de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance l'autorise aussi à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire discutera de la manière dont d'autres recommandations du chapitre sur la réalisation sont susceptibles de s'appliquer à la réalisation d'une sûreté garantissant le paiement d'une créance cédée.]

Loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des biens meubles incorporels

137. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant. [Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur des biens meubles incorporels qui sont soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où [...].]

137 bis. La loi devrait prévoir que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance née de la vente ou de la location d'un immeuble, ou d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble, ainsi que son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents. Toutefois, un conflit de priorité avec les droits d'un tiers concurrent inscrits dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble est régi par la loi de cet État.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 137 bis traite de la loi applicable aux cessions de créances dues au constituant en vertu d'une convention de vente ou de location d'un immeuble ou en vertu d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble. Dans un certain nombre d'États, il n'est pas possible de constituer de droits sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, en conséquence de quoi l'efficacité entre les parties, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur les créances sont régies par la loi (et, en particulier, le régime du registre) qui s'applique à l'immeuble concerné. Dans d'autres États, il est possible de constituer une sûreté sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, mais le créancier garanti a un rang inférieur à celui des tiers qui ont inscrit un droit sur l'immeuble concerné dans le registre immobilier. La deuxième phrase de la recommandation 137 bis est destinée à préserver l'application de la loi de l'État dans lequel l'immeuble concerné est situé afin de protéger les tiers qui se fient à l'inscription sur le registre immobilier de cet État. Il est fait référence aux droits d'un tiers concurrent puisque le terme "réclamant concurrent" est défini par rapport aux sûretés sur des biens meubles. Il est également fait référence aux "droits" de ces tiers, étant donné que ces tiers pourraient être non seulement des créanciers hypothécaires, mais également des cessionnaires ou des acquéreurs de l'immeuble ou du bien meuble incorporel concerné et, en fait, toute catégorie de tiers pour lesquels le régime relatif aux immeubles prévoit une inscription. De plus, il est fait référence à un droit "inscrit dans le registre immobilier" et non "rendu opposable par inscription" étant donné que: i) certains registres immobiliers ne distinguent pas l'efficacité entre les parties de l'opposabilité aux tiers, et ii) les registres immobiliers n'imposent pas nécessairement une inscription pour rendre le droit généralement opposable mais uniquement pour le rendre opposable aux tiers dont les droits peuvent également être inscrits dans le registre (par exemple, l'inscription peut ne pas être nécessaire pour l'opposabilité à l'encontre d'un administrateur de l'insolvabilité ou d'un créancier judiciaire).]

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté réelle mobilière, qu'ils découlent de la convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur de la créance et du cessionnaire, du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti

147. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance cédée, un instrument négociable ou un document négociable sur lesquels une sûreté réelle mobilière a été constituée:

a) Les rapports entre un débiteur et un cessionnaire de la créance, entre le débiteur dans le cadre d'un instrument négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur cet instrument, ou entre un émetteur d'un document négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur ce document;

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance, le transfert de l'instrument négociable ou le transfert du document négociable peuvent être opposés au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur une créance (A/CN.9/WG.VI/WP.24), et ii) que les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des créances.]