



Assemblée générale

Distr.  
GÉNÉRALE

A/CN.9/472/Add.1  
22 mars 2000

FRANÇAIS  
Original: ANGLAIS/ARABE

COMMISSION DES NATIONS UNIES  
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL  
Trente-troisième session  
New York, 12 juin-7 juillet 2000

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES [À DES FINS  
DE FINANCEMENT] [DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL]

Compilation des commentaires de gouvernements  
et d'organisations internationales

Additif

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
<u>États</u>	
Suisse .....	2
Tunisie .....	4
<u>Organisations internationales</u>	
Commercial Finance Association .....	6
Fédération bancaire de l'Union européenne .....	9
Financial Markets Lawyers Group .....	16
Europafactoring .....	17
Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) .....	20

États

SUISSE

[Original: anglais]

## I. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Nous avons l'honneur de nous reporter à la note du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (29 novembre 1999) relative au projet de Convention sur la cession de créances. Nous félicitant de l'occasion qui nous est donnée de faire part de nos commentaires sur ce projet, nous notons avec satisfaction que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI a accompli un travail impressionnant. En particulier, on peut espérer que le projet de Convention éliminera les obstacles aux opérations internationales de financement par cession de créances et facilitera ainsi ces opérations. Les premières réactions du marché au projet de Convention ont été positives, ce qui indique que les règles uniformes répondent à des besoins pratiques.

Nous constatons aussi que le projet de Convention traite de façon exhaustive de tous les aspects de la cession internationale de créances. Cependant, l'absence de règle de forme concernant la cession pourrait avoir un sérieux effet fragilisant sur les pratiques commerciales internationales. Nous savons que la question a été longuement examinée, sans que le Groupe de travail ait pu parvenir à un compromis. Néanmoins, étant donné l'importance relative de la question, nous attendons avec intérêt toute proposition à son sujet, y compris des propositions offrant plusieurs options aux États contractants (ces options allant de l'absence de conditions de forme à des exigences de forme écrite).

Nous limiterons nos commentaires aux questions qui restent à régler à la session de la Commission et dont le Secrétaire général a dressé la liste dans la note susmentionnée.

### *Titre/Préambule*

S'agissant du titre, de bons arguments militent en faveur des trois options, mais aucune d'elles n'est sans faille. Il est essentiel de retenir un titre qui reflète le large champ d'application du projet de Convention à la cession de créances dans le commerce international. Ce titre ne devrait pas donner l'impression que d'importantes pratiques en sont exclues. Nous préférons donc un titre qui évite de faire penser que le champ d'application du projet de Convention est limité à la cession de créances aux seules fins de financement, un titre qui se lirait: "Convention sur la cession de créances".

Il est au demeurant souhaitable d'appeler l'attention sur l'un des objectifs les plus importants du projet de Convention, qui est de faciliter le crédit par mobilisation de créances. L'endroit qui convient à cette fin est le préambule, et peut-être aussi le commentaire relatif au projet de Convention. Nous préférons donc maintenir les références au financement par cession de créances dans le préambule, y compris les exemples de pratiques correspondantes qui figurent dans le troisième alinéa. De plus, un texte relatif à cet important aspect du projet pourrait être ajouté dans le commentaire.

Le terme "financement par cession de créances" n'apparaît plus dans les parties normatives de la Convention, c'est-à-dire ailleurs que dans le préambule. Il conviendrait donc de supprimer la définition de ce terme à l'article 6 c).

*Champ d'application du chapitre V (article premier, par. 3)*

La nécessité et le champ d'application du chapitre V sur le droit international privé ont fait l'objet d'un débat très controversé. Cependant, une majorité de délégations s'est déclarée favorable à l'idée d'inclure ces règles dans le projet de Convention en raison de l'absence dans de nombreux systèmes juridiques de règles de droit international privé relatives aux cessions. Il s'ensuit obligatoirement que le chapitre V doit s'appliquer, que le cédant ou le débiteur soit situé ou non dans un État contractant. Il serait en effet difficile de justifier le maintien de ce chapitre exclusivement pour combler des lacunes, en application du paragraphe 2 de l'article 8.

Pour ces raisons, nous souhaiterions, en principe, que les crochets qui entourent le paragraphe 3 de l'article premier soient supprimés. Néanmoins, il conviendrait de tenir compte de la nature quelque peu distincte du chapitre V qui est en réalité une convention dans le projet de Convention. Pour le chapitre V, un mécanisme d'option positive rendrait mieux compte de la situation que le mécanisme d'option négative prévu au paragraphe 3 de l'article premier et à l'article 37.

*Créances financières (article 5)*

Il est essentiel de répondre aux besoins spécifiques de l'ensemble des services financiers en matière de cessions dans la pratique bancaire internationale. La question est de savoir s'il conviendrait d'exclure entièrement les pratiques bancaires du champ d'application du projet de Convention ou de prévoir des règles spécifiques. Alors qu'au début des travaux du Groupe de travail, le projet de Convention était censé porter principalement sur les créances commerciales, nous nous trouvons maintenant devant un texte qui est susceptible de régir tous les types d'opérations commerciales et qui répond dans une large mesure aux intérêts de l'ensemble des services financiers. Il y aurait donc lieu d'inclure une série spécifique de règles inspirées de l'article 5 dans la mesure où, dans la pratique bancaire, les cessions diffèrent des cessions de créances commerciales. Dans un souci de cohérence, les exceptions aux règles générales devraient être aussi limitées que possible, et claires. La variante B paraît mieux répondre à ces critères. La variante A, assez peu claire dans ses termes, pourrait donner lieu à un plus grand nombre de problèmes d'interprétation que la variante B, même si elle prévoit moins d'exceptions que cette dernière aux règles du projet de Convention. Tout en nous déclarant favorable à l'article 5 en général et à la variante B en particulier, nous jugeons préférable de donner une définition positive des créances non commerciales, et pas seulement négative comme celle qui figure à l'alinéa 1) de l'article 6. Nous sommes conscients du fait qu'il est difficile de rédiger une définition suffisamment large pour englober non seulement les pratiques actuelles, mais aussi celles qui sont à venir. De ce fait, nous pensons que la question mérite d'être approfondie par la Commission.

*Définition du terme "situé" (article 6, i)*

La définition du facteur de rattachement "lieu de situation" ("location") a suscité de grandes divergences de vues et un débat sans fin entre les délégations. Cela semble indiquer qu'aucune solution n'est parfaite. Toutefois, un certain nombre d'éléments se sont dégagés, qui devraient permettre à la Commission de parvenir à un consensus. L'un d'eux est la nécessité d'utiliser des critères objectifs pour déterminer le lieu de situation aux fins de la priorité. Dans les systèmes juridiques qui, pour fonctionner efficacement, exigent qu'une publicité soit faite par voie d'enregistrement, il faut que les tiers puissent déterminer facilement le lieu où ils doivent présenter une demande ou faire des recherches. Un autre élément est la souplesse à prévoir pour déterminer le lieu où est situé le débiteur aux fins d'application du projet de Convention. Un autre élément encore est la nécessité de ne pas s'écarter plus que nécessaire des autres textes uniformes.

L'alinéa i) de l'article 6 répond à la plupart de ces exigences et constitue donc une bonne base pour poursuivre le débat. Cependant, nous avons des doutes quant aux règles spéciales qui permettraient de définir le lieu de situation des succursales bancaires. Premièrement, il n'est pas évident que de telles règles soient nécessaires. Deuxièmement, en tout cas, toute règle spéciale doit respecter les principes ci-dessus, en particulier le fait qu'aux fins des dispositions du projet de Convention relatives à la priorité, toute définition du lieu de situation doit être établie à partir d'un critère objectif. Une définition qui repose sur une inscription dans les livres d'une banque ne répond pas à ce critère.

### *Produit (article 26)*

Au sujet de l'article 26 sur les règles relatives au produit, nous souscrivons à l'idée que le projet de Convention doit régler la question du produit, car il s'agit d'un concept rationnel sur le plan commercial. Cependant, les articles 24 et 26, sous leur forme actuelle, pourraient entraîner confusion et incertitude. En particulier, il faudrait clarifier le rapport entre l'alinéa b) de l'article 24 et l'article 26. L'alinéa b) de l'article 24 traite la question du produit et celle de la priorité de droits sur le produit au moyen d'une règle de conflit de loi, en soumettant "l'existence et l'étendue des droits ... sur le produit ..., et la priorité ... sur ce produit" à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. L'article 26, à première vue, traite les mêmes questions au moyen d'une règle de droit matériel. En effet, l'article 26 établit une règle uniforme relative à une question qui, aux termes de l'alinéa b) de l'article 24, est laissée à la loi nationale de l'État où est situé le cédant. Ainsi, ces règles abordent la même question d'une manière conflictuelle et, par conséquent, doivent être clarifiées. L'un des moyens d'y parvenir consisterait à faire relever l'existence et l'étendue des droits sur le produit de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant, tout en exigeant que l'État en question reconnaisse les droits sur le produit au moins comme le prévoit l'article 26, autrement dit qu'il considère cet article comme une règle minimale. De cette manière, il ne serait pas porté atteinte aux systèmes juridiques qui reconnaissent avec plus de libéralité les droits sur le produit.

De plus, même si le concept de produit est rationnel du point de vue de la pratique commerciale, nous suggérons vivement d'éviter le terme "produit". Ce terme est tiré à l'évidence des systèmes de common law. En tant que principe, il ne faudrait jamais utiliser dans une loi uniforme une terminologie dont le sens est dépourvu d'ambiguïté dans un système juridique donné parce que les utilisateurs relevant de ce système ne se préoccupent normalement pas du caractère uniforme de la règle, alors que ceux qui dépendent d'autres systèmes pourraient avoir des difficultés à la comprendre. Le terme "produit" pourrait être remplacé par exemple par les termes "paiement" ou "remplacement".

TUNISIE

[Original: arabe]

### *Titre*

Comme l'indique son champ d'application, le projet de Convention régit la cession par vente (à des fins de financement, pour obtenir une contrepartie) et la cession à titre de garantie (pour obtenir un crédit). Le titre dans lequel il est fait référence au "financement" ne reflète pas bien le champ d'application du projet de Convention, puisqu'il ne fait état que de la cession aux fins de financement (de contrepartie). Par conséquent, le titre "Cession de créances dans le commerce international" serait préférable, en particulier parce qu'il donne une indication complète du champ d'application et des objectifs du projet de Convention. Il serait souhaitable de l'adopter et d'en exclure toute référence au financement par cession de créances. À noter, toutefois, qu'au cas où la référence au financement serait retenue, il serait préférable de modifier le titre anglais comme suit: "Assignment

of Receivables for Financing Purposes". Cette formulation serait plus satisfaisante et plus proche du titre français ("Cession de créances à des fins de financement").

### *Preamble*

Au deuxième alinéa, il serait souhaitable de remplacer les mots "les incertitudes" par les mots "le manque de clarté". Au troisième alinéa, deux expressions ont été proposées, l'une se rapportant à la "cession de créances" et l'autre au "financement par cession de créances". La première serait préférable parce qu'il s'agit d'une cession de créances visant à obtenir aussi bien une contrepartie qu'un crédit. Au cinquième alinéa, il conviendrait de remplacer les termes "à des taux plus favorables" par les termes "à des coûts plus favorables" et d'éviter la répétition causée par les termes "facilitate" et "affordable" de la version anglaise (ne s'applique qu'à la version arabe). La modification proposée préciserait le sens de cet alinéa.

### *Champ d'application (articles premier, 2 et 3)*

Au paragraphe 2, il conviendrait de remplacer dans la version anglaise le mot "unless" par le mot "if" dans le membre de phrase "unless the debtor is located". Au paragraphe 4, il semble que l'article auquel il est fait référence ne soit pas le bon. Il s'agit de l'article 40 et non de l'article 36.

Les articles 2 et 3 contiennent des définitions, le premier, de la cession de créances et, le second, de l'internationalité. Ils sont sans rapport avec le champ d'application. Il serait donc souhaitable de les insérer dans l'article 6 qui est consacré aux définitions. L'alinéa a) de l'article 2 devrait être simplifié comme suit: "La création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation est considérée comme une cession".

### *Définitions (article 6)*

À l'alinéa e), conformément à l'évolution récente des législations qui autorisent l'utilisation des moyens de communication modernes, il serait bon de remplacer les termes "une communication par écrit" par les termes "des informations par écrit susceptibles d'être retrouvées". L'alinéa j) de la version anglaise devrait être modifié comme suit: "Law' means the law in force in a State, with the exception of the rules of private international law.". Le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de droit international privé.

### *Date de la cession (article 10)*

Il conviendrait de remplacer dans la version anglaise les termes "at the time of the conclusion of the contract of assignment" par les termes "on the date of the conclusion of the contract of assignment".

### *Garanties dues par le cédant (article 14)*

Il y aurait lieu de modifier le paragraphe 2 comme suit: "Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne peut pas se porter garant quant au paiement libératoire du débiteur ou à ses moyens financiers d'effectuer le paiement".

*Ordre public (article 25)*

Au paragraphe 1, il conviendrait de remplacer dans la version anglaise les termes "the public policy of the forum State" par les termes "the public order of the forum State". À noter que les termes "ordre public" sont utilisés dans la version française.

*Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire (article 28)*

Le paragraphe 3 devrait être modifié comme suit: "Si la cession ne se rattache qu'à un seul État, le choix par le cédant et le cessionnaire de la loi d'un autre État ne porte pas atteinte à l'application de la loi de l'État auquel la cession se rattache, lorsque les règles de sa juridiction [ne permettent pas de convenir du choix de la loi applicable] [ne permettent pas d'exclure l'application de sa loi par convention entre les parties]."

*Loi applicable à la priorité (article 30)*

Cet article qui reprend, dans sa forme et son contenu, les dispositions des articles 24 et 25 devrait être supprimé.

*Application de l'annexe (article 40)*

Une erreur semble s'être glissée dans la version arabe de cet article. Une référence devrait y être faite aux sections I et II ou à la section III de l'annexe, et non au projet de Convention. Aligner cette version sur la version anglaise où figurent les termes "of this annex" avant les termes "to this Convention".

*Article 43*

Au paragraphe 3, il conviendrait de remplacer les termes "effectuées à la date de son entrée en vigueur" par les termes "effectuées dès la date de son entrée en vigueur".

Organisations internationales

COMMERCIAL FINANCE ASSOCIATION

[Original: anglais]

I. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

La Commercial Finance Association ("CFA") saisit l'occasion qui lui est donnée de féliciter formellement le Groupe de travail pour la dure tâche qu'il accomplit et son attachement indéfectible à ce projet. L'objectif de la CNUDCI qui est de faciliter le développement du commerce international par l'offre de financements commerciaux à des taux plus favorables sera très certainement servi par la plus grande clarté et la plus grande cohérence que le projet de Convention sur la cession de créances ("le projet de Convention") apportera à la pratique de la cession de créances.

Le texte actuel du projet de Convention (A/CN.9/466, annexe I) qui représente un grand progrès sur le plan de la clarté et de la cohérence, maintient par ailleurs l'équilibre entre les nombreux systèmes juridiques et ordres publics différents des participants. Les commentaires présentés par la CFA sur des points particuliers visent à améliorer ce projet de manière à le rendre conforme aux intentions de ces participants.

En outre, nous aimerions souligner qu'après l'achèvement et l'adoption du projet de Convention, il restera à progresser vers la mise en place d'un registre public de dépôt des notifications. La démarche, actuellement suivie dans l'annexe du projet de Convention, qui laisse aux États la possibilité d'opter pour une forme de système d'enregistrement des notifications peut être vue comme un compromis nécessaire pour que le projet de Convention soit accepté à l'échelle mondiale. Toutefois, nous restons fermement convaincus que la transparence d'un système d'enregistrement public et la certitude qu'un tel système offre pour déterminer l'existence de créances concurrentes et la priorité entre elles sont absolument indispensables à l'expansion du financement par cession de créances.

## II. COMMENTAIRES SUR DES POINTS PARTICULIERS

### *Cessions subséquentes (article premier, par. 1 b))*

À l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier, il convient de soumettre les cessions subséquentes au même critère que les cessions initiales visées à l'alinéa a) du même paragraphe. Pour assurer la cohérence dans l'application du régime juridique dont relèvent plusieurs cessions, pour que toutes les cessions subséquentes entrent dans le champ d'application du projet de Convention, il faut indiquer clairement que le cédant doit être situé dans un État contractant. Nous sommes convaincus que cela a toujours été dans les intentions du Groupe de travail.

### *Cession de créances autres que les créances commerciales (article 5)*

Étant donné les questions importantes qui entourent encore l'application possible des variantes A ou B, ou de toute autre variante, la CFA n'est pas en mesure de faire part de son opinion à ce stade. Il faut encore en débattre pour mieux comprendre les préoccupations d'autres branches d'activité ou les pratiques sur lesquelles le projet de Convention pourrait avoir des répercussions.

### *Définition du terme "situé" (article 6 i))*

Pendant la session du Groupe de travail qui a eu lieu en octobre 1999, la question s'est posée de savoir s'il ne fallait pas faire preuve de plus de précision pour déterminer le lieu de situation de la succursale locale d'une banque étrangère. En l'absence de modification, le lieu pertinent serait celui où s'exerce l'administration centrale de la banque elle-même, ce qui pourrait avoir des conséquences peu pratiques. La délégation des États-Unis a proposé de retenir le lieu où est situé l'entité qui tient les livres sur lesquels la créance est inscrite. Cette solution semble pouvoir être acceptée puisqu'elle correspond à la pratique normale des succursales étrangères. En outre, elle pourrait facilement figurer dans des garanties de cession normalisées et rendrait moins nécessaire le lourd devoir de diligence du cessionnaire [l'effort de recherche].

*Efficacité et date de la cession (articles 9 et 10)*

Il faudrait que la Commission élimine l'anomalie qui touche, dans ces articles, à la date à laquelle la cession de créances futures a effet. Dans le cas de la cession d'une créance future, cette date doit être liée à la conclusion du contrat de cession, indépendamment du fait que la créance elle-même ne "naît" qu'à une date ultérieure. Cette fiction juridique est nécessaire pour régler les questions de priorité entre cessionnaires concurrents et, de plus, elle est essentielle à toute analyse de faillite.

*Limitations contractuelles à la cession (article 11)*

Il faudrait aussi que la Commission règle la question de la possibilité dont le débiteur peut se prévaloir d'annuler le contrat principal. Cette annulation qui pourrait paralyser le droit à encaissement du cessionnaire nuirait sérieusement à l'objectif du projet de Convention. Les cessionnaires comprennent qu'ils doivent accepter une cession sous réserve des exceptions qui peuvent découler de l'exécution du contrat principal. Néanmoins, étant donné que les articles 11 et 12 ont pour objectif important d'atténuer les conséquences des clauses contractuelles d'incessibilité, permettre au débiteur d'invoquer la violation d'une telle clause dans une action contre le cédant pour annuler le contrat lui-même serait totalement contraire à la protection que le paragraphe 2 de l'article 11 est censée offrir au cessionnaire qui, en ayant simplement connaissance de la clause, a décidé d'accepter la cession.

*Garanties dues par le cédant (article 14)*

L'article 14 n'indique pas clairement si les garanties sont données uniquement au cessionnaire immédiat ou également à tout cessionnaire subséquent. De ce fait, on ne voit pas très bien si un cessionnaire subséquent peut se retourner contre le cédant pour inexécution de garanties. Nous pensons qu'il faudrait laisser les parties déterminer qui a le droit de compter sur les garanties données. En l'absence de convention contraire expresse, les conséquences économiques de la décision des parties ne devraient retomber que sur le cessionnaire immédiat.

*Droit à paiement (article 15)*

En cherchant à éviter qu'un avantage indu échoie à un cessionnaire qui contrevient à une convention passée avec un cédant, le paragraphe 2 de l'article 15 risque d'offrir un profit inattendu au débiteur, ou à une autre partie, si une notification faite en violation d'une convention entre le cessionnaire et le cédant n'a pas d'effet aux fins des articles 20, 22 ou 24 à 26. Le cessionnaire qui adresse une notification abusive au débiteur ne devrait pas en tirer parti, mais il ne devrait pas en subir les graves conséquences sans qu'il soit tenu compte du type ou de la gravité de la violation. Il faudrait au minimum limiter la disposition en liant la violation à la sanction. Le membre de phrase suivant pourrait être ajouté au paragraphe 2 de l'article 15: "si les dispositions de la convention qui ont été violées étaient censées avoir un effet contraire."

*Loi applicable aux droits concurrents (article 24)*

Il y a vraisemblablement une anomalie importante entre le texte de l'alinéa a) i) de l'article et la manière dont le Groupe de travail entend déterminer l'étendue et la priorité du droit d'un cessionnaire au regard des cessionnaires qui ont des droits concurrents. Cet alinéa ne s'applique que si les cessionnaires ont obtenu leurs cessions de la même créance du même cédant. Dans une chaîne de cessions subséquentes (très probable dans le cas des prêts syndiqués et des opérations de titrisation d'actifs où les coprêteurs et les investisseurs acquièrent

leurs droits indivis par voie de cession séparée), du point de vue technique, le dernier cessionnaire n'obtient pas sa cession du même cédant. Par conséquent, s'il était interprété littéralement, le projet de Convention ne contiendrait aucune règle de fond régissant les droits de ce cessionnaire en concurrence avec celui qui, par exemple, détient ses droits d'une cession faite par le cédant initial.

Nous sommes convaincus que le Groupe de travail entendait régler cette situation, en partant de l'idée que toutes les cessions subséquentes découlent de la cession initiale et proviennent, dans l'esprit du Groupe de travail, du "même" cédant. Pourtant, nulle part dans le projet de Convention, on ne trouve de qualificatif attaché au terme "cédant", qui permettrait de faire une distinction entre le cédant initial et les cédants subséquents. En fait, c'est même le contraire, l'alinéa b) de l'article 2 a été inclus dans le projet pour indiquer clairement que le terme peut désigner le cédant initial ou tout cédant subséquent. Pour résoudre ce problème, on pourrait peut-être donner des éclaircissements dans le commentaire, ou revoir le texte de l'alinéa a) i) de l'article 24 pour montrer que la cession vient, directement ou indirectement, même cédant "initial".

#### Article 36

La CFA est fermement persuadée qu'aucune exception ne devrait être faite pour les créances nées de la vente ou de la location des matériels d'équipement mobiles auxquels sera consacré le projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles qu'Unidroit est en train d'élaborer. La nature plus complète et plus générale du projet de Convention exige que priorité lui soit donnée.

### FÉDÉRATION BANCAIRE DE L'UNION EUROPÉENNE\*

[Original: anglais]

#### I. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI, chargé d'élaborer une loi uniforme sur la cession de créances, a adopté à sa dernière session à Vienne en octobre 1999 un projet de Convention à soumettre à la session de la Commission à New York en juin 2000. Dans ce projet, il reste à résoudre, entre autres questions, celle du traitement des créances financières et celle du sens à donner au "lieu de situation" ("location") sur lesquelles la Fédération bancaire de l'Union européenne est heureuse d'avoir l'occasion de faire part de ses vues.

Nous nous félicitons de l'initiative prise par la CNUDCI d'élaborer ce projet de Convention et pensons que l'harmonisation du droit relatif à la cession de créances améliorera beaucoup l'offre de crédit destiné à financer le commerce mondial. À notre avis, cependant, il importe que les dispositions du projet de Convention ne risquent pas de fragiliser la base juridique sur laquelle reposent les contrats financiers qui sont très courants et l'offre de crédit de financement du commerce. Nous proposons donc que ces questions, laissées en suspens par le Groupe de travail, soient réglées comme suit:

1. *L'efficacité des conventions d'incessibilité relatives aux créances financières devrait être préservée quand ces conventions font partie inhérente de la structure de l'opération, d'où une exception de portée plus limitée que celle qui est prévue dans le projet actuel.*

---

\* Représente les intérêts de plus de 3 000 banques de l'Union européenne ainsi que de la Suisse, de la Norvège et de l'Islande.

- Il faudrait donner la préférence à la variante B de l'article 5, mais la portée de l'exception devrait être limitée aux articles 11 et 12, et uniquement aux cas où le débiteur n'a pas consenti à la cession.
- Il conviendrait de modifier la définition du terme "créance commerciale" donnée à l'alinéa l) de l'article 6 afin d'en exclure les créances nées de règlements dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et les créances nées de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale. Il y aurait alors lieu d'ajouter des définitions des termes "système de paiement ou de règlement des opérations sur titres", "contrat financier" et "convention de compensation globale".
- Il faudrait donner au terme "contrat financier" une définition suffisamment large pour que l'exclusion s'applique à la pratique courante des institutions financières qui offrent des facilités de crédit garanties par un compte de dépôt ou de titres, mais non à ces comptes en général.

2. *La définition du terme "situé" devrait être cohérente pour toutes les parties – cédant, cessionnaire ou débiteur – et s'appliquer aux succursales.*

- À l'alinéa i) de l'article 6, la définition du lieu de situation ("situé") devrait être harmonisée de manière à s'appliquer à la fois au cédant, au cessionnaire et au débiteur – et pas uniquement au débiteur – et correspondre à "l'établissement qui a la relation la plus étroite" avec le contrat.

3. *L'importance primordiale de l'action internationale de lutte contre le blanchiment de capitaux devrait être expressément reconnue dans les dispositions relatives au paiement.*

- L'article 19 ne devrait s'appliquer aux comptes de dépôt cédés que dans la mesure où le preneur du dépôt est en mesure de répondre aux conditions d'identification pertinentes.

## II. PROPOSITIONS RELATIVES À LA FORME

### *Limitations concernant les créances autres que les créances commerciales (article 5)*

Nous proposons de retenir la variante B à laquelle seraient ajoutés les termes "À moins du consentement du débiteur", et supprimés les termes "... et la section II du chapitre IV", pour que le texte se lise comme suit (modification soulignée):

"À moins du consentement du débiteur, les articles 11 et 12 ne s'appliquent qu'aux cessions de créances commerciales. Pour ce qui est des cessions de créances autres que des créances commerciales, les questions traitées par ces articles doivent être réglées conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé."

### *Définitions et principes d'interprétation (article 6)*

Nous proposons de modifier l'alinéa i) de l'article 6 pour que la définition du lieu de situation soit cohérente pour toutes les parties – cédant, cessionnaire ou débiteur –, cette définition se lisant comme suit (modifications soulignées):

- "i) Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement;

- ii) Si le cédant ou le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial;
- iii) Si le cessionnaire a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat de cession;
- iv) Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu."

Nous proposons de modifier l'alinéa l) de l'article 6 pour clarifier les questions exclues de la définition du terme "créance commerciale", cette définition se lisant comme suit (modification soulignée):

- "l) Le terme 'créance commerciale' désigne une créance qui naît d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autre que les créances nées de règlements dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres et les créances nées de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale ou utilisées à titre de garantie."

Nous proposons également d'ajouter trois définitions à l'article 6:

- "m) Le terme 'système de paiement ou de règlement des opérations sur titres' désigne tout arrangement contractuel conclu entre trois participants ou plus, stipulant des règles communes pour le règlement d'ordres de paiement ou de transfert de titres, ainsi que les garanties qui y sont liées, qu'il soit supporté ou non par une contrepartie centrale, un agent de règlement ou un organisme de compensation.
- n) Le terme 'contrat financier' désigne toute opération au comptant, à terme, à option ou swap portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur titres, toute opération de dépôt et toute opération analogue à l'une des précédentes, effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison de ces opérations ainsi que toute garantie ou facilité de crédit liée à l'une ou l'autre des opérations visées ci-dessus.
- o) Le terme 'convention de compensation globale' désigne une convention prévoyant un ou plusieurs des modes de règlement suivants:
  - a) Le règlement net des paiements dûs dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;
  - b) Dès l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la résiliation de toutes les opérations en cours à leur valeur de remplacement ou à leur valeur loyale et marchande, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; et
  - c) La compensation des montants calculés comme prévu à l'alinéa b) précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus."

#### *Paiement libératoire du débiteur (article 19)*

Nous proposons de modifier le paragraphe 5 pour qu'il se lise comme suit (modification soulignée):

- “5) S’il reçoit du cessionnaire notification de la cession, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession a été effectuée et, lorsque la créance est un dépôt, de respecter toutes les conditions imposées pour prévenir le blanchiment de capitaux comme s’il était un dépositaire; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire en faveur du cédant. 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.”

### III. COMMENTAIRES SUR DES POINTS PARTICULIERS

#### 1. *Pourquoi les banques et les autres institutions financières se préoccupent-elles de préserver l’efficacité des conventions d’incessibilité dans les opérations financières?*

À première vue, on pourrait penser qu’une banque ou toute autre partie à une opération financière se trouve exactement dans la même situation que n’importe quel autre débiteur dans une autre opération. Mais ce n’est pas le cas. De nombreuses opérations financières comportent un risque de crédit, et la cession augmente non seulement ce risque, mais également ceux qui sont liés à la sécurité, aux litiges, à l’insolvabilité et à la réglementation.

Par exemple, une banque fournit, par l’intermédiaire de son correspondant, une lettre de crédit à un tiers exportateur pour le compte de son client importateur, lequel s’engage à rembourser la banque de tout montant payé sur la lettre de crédit, qui est garantie par un dépôt du client. La banque utilisera le dépôt en cas de défaut de paiement de son client. Si le client cède le dépôt à un cessionnaire avant le défaut de paiement, le cessionnaire peut réclamer paiement à la banque qui se trouve dans la situation de devoir se retourner contre son client et encourt un risque de crédit qu’elle n’avait pas contracté (c’était après tout la raison pour laquelle elle avait pris le dépôt à titre de garantie). Dans ce cas, une clause d’incessibilité du dépôt fait partie inhérente de l’opération et, si l’efficacité de la clause est mise en question, les banques n’offriront plus d’arrangement de ce genre à leurs clients.

Une autre opération classique est le swap de taux d’intérêt dans lequel les paiements indexés sur un taux fixe d’une partie sont compensés par les paiements indexés sur un taux variable de l’autre partie pour maintenir un flux dans les deux sens. Dans ce cas, le risque de crédit peut varier pendant la durée du swap car les taux d’intérêt fluctuent, et les différents paiements effectués avant la compensation globale sont souvent très importants par rapport au montant net effectivement payé.

Les conventions de compensation globale étendent ce mécanisme à toute une série d’opérations et réduisent par compensation la totalité des cash-flows et des obligations à un seul montant net par monnaie aux fins de règlement et à un seul montant en cas de défaillance, y compris la liquidation de l’une ou l’autre partie. Dans le cadre d’une telle convention, la cession d’une “créance” individuelle modifierait fondamentalement la structure de l’opération et, pour cette raison, une telle cession ne peut généralement pas être effectuée sans le consentement de l’autre partie à la convention. Violer une clause de consentement préalable constitue un manquement qui déclenche la liquidation de toute la convention. Sous l’effet des clauses dites de “cross-default” qui figurent dans de nombreuses conventions financières, l’inexécution de l’une de ces conventions entraînera la résiliation des autres et pourra avoir des conséquences fatales pour le client ainsi que pour l’institution financière qui court le gros risque de voir s’effondrer la structure de son portefeuille.

La réglementation relative aux conventions de compensation globale joue un rôle important dans la volonté des banques de conclure des opérations. Les organismes de réglementation tiennent compte de la réduction du risque de crédit en autorisant une réduction correspondante des capitaux requis, ce qui par la suite rend l’opération

moins onéreuse pour le client. Mais ces organismes n'admettront l'efficacité de la compensation que si la banque a obtenu un avis juridique indiquant clairement que la convention assurera la compensation avant, pendant et après l'insolvabilité. Si l'avis comporte des doutes en raison de l'incertitude qui entoure l'application du projet de Convention, la convention de compensation se sera pas jugée avoir effet au regard de la réglementation, l'avantage financier n'existera pas et l'opération sera plus coûteuse.

En outre, la cession de certains types de créances sans le consentement du débiteur peut dans certaines circonstances aboutir à une violation non délibérée des réglementations nationales. Dans certaines situations, une telle violation peut engager la responsabilité civile et pénale du débiteur. Ainsi, le débiteur peut se trouver dans une situation où il contrevient, sur le plan technique, à la législation américaine sur les valeurs mobilières ou les produits de base (telle que celle qui concerne les appels publics à l'épargne) si le cédant peut céder à un cessionnaire situé aux États-Unis certains types d'opérations (cessions temporaires de titres contre espèces, prêts sur titres ou swaps de devises), initialement conclues hors de ce pays.

Tous ces facteurs d'incertitude feront certainement hésiter les opérateurs financiers à utiliser ces instruments financiers, d'où une réduction de l'offre de crédits commerciaux et, partant, une fragilisation du principal objectif du projet de Convention.

2. *Les dispositions relatives à la protection du débiteur de la section II du chapitre IV, ou le texte de la variante A proposé pour l'article 5 ne répondent-ils pas à ces préoccupations?*

Bien que, conformément à l'une des dispositions les plus importantes de la section II du chapitre IV (article 20) relative à la protection du débiteur, toute cession soit soumise aux droits existants à compensation, cette disposition telle qu'elle est conçue semble ne pas s'étendre aux mécanismes de compensation par liquidation généralement prévus dans les conventions de compensation globale, qui dépendent aussi d'une défaillance et portent sur toutes les opérations existantes et futures. De plus, dans la compensation par liquidation, la compensation n'intervient pas toujours en tant que mécanisme juridique.

La variante A de l'article 5 permettrait la cession de créances financières, mais l'absence de consentement du débiteur n'aurait pas d'incidence sur ses droits et obligations. Du fait de cette combinaison complexe, la cession serait valable entre le cédant et le cessionnaire, mais n'aurait visiblement aucune incidence pour le débiteur. En cas de liquidation du cédant, le débiteur serait aussi un créancier et le cessionnaire pourrait contester la priorité du droit du débiteur dans la liquidation. L'article 24 prévoit que le règlement du litige relèverait de la loi de l'État où est situé le cédant. Bien que le débiteur puisse éventuellement réussir à réfuter le droit du cessionnaire, cela entraînera des frais inutiles et les perspectives de litige possible décourageront les institutions financières de conclure de tels contrats. Il est également peu réaliste de donner une prétendue efficacité à une cession dans un contexte dans lequel une telle action n'a pas sa place.

Alors que le régime proposé dans la variante B est clair, celui qui est envisagé dans la variante A est certainement un facteur de grande incertitude pour les marchés financiers.

3. *Pourquoi supprimer dans la variante B de l'article 5 la référence à la section II du chapitre IV?*

Dans le cas d'une créance autre qu'une créance commerciale, la variante B de l'article 5, avec les modifications proposées, éliminerait l'application des articles 11 et 12. Si, en conséquence, une cession n'a pas d'effet parce qu'une convention interdisant la cession en l'absence de consentement du débiteur a été retenue, alors il n'y a pas de cession et le chapitre IV n'a pas d'application. Si, en revanche, le consentement du débiteur n'est pas nécessaire ou si ce consentement a été obtenu, les dispositions du chapitre IV s'appliqueront comme à toute autre créance. Nous ne voulons pas réduire le champ d'application du projet de Convention plus que nécessaire afin de protéger les opérations qui nous intéressent.

4. *Pourquoi modifier la définition du terme "créance commerciale" à l'article 6 l)?*

Les modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 6 sur les définitions visent à limiter la portée de l'exclusion des contrats financiers. Le texte initial de la définition du terme "créance commerciale" aurait exclu les "services financiers", terme à la fois extrêmement large et difficile à définir. En n'excluant que les créances nées de règlements dans des systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres ou de contrats financiers régis par des conventions de compensation ou utilisées comme garantie, nous proposons de réduire la portée de l'exclusion et de la limiter à certaines catégories de contrats ou de paiements qui dépendent d'arrangements de compensation ou de garantie rendus nécessaires pour des considérations tenant à l'insolvabilité, et imposés par les normes internationales en matière de contrôle financier (y compris les normes de fonds propres).

L'utilisation par les institutions financières de dépôts ou de titres comme garantie des crédits commerciaux qu'elles octroient est pratique courante. Dans ces cas, la cession du dépôt ou des titres est subordonnée au consentement du débiteur. Autoriser le titulaire du compte à céder le dépôt ou les titres sans limite diminuerait fortement leur valeur en tant que garantie, ce qui créerait par la suite autant de difficultés pour le financement du commerce que le projet de Convention est censé éviter.

5. *Les définitions supplémentaires sont-elles nécessaires?*

Nous pensons que les définitions m), n, et o) qu'il est proposé d'ajouter à l'article 6 rendent le projet de Convention beaucoup plus clair et assurent à l'exclusion qui touche aux créances financières une portée qui n'est pas plus large que nécessaire pour répondre à nos préoccupations.

6. *Comment les mesures de prévention du blanchiment de capitaux affectent-elles la cession?*

La communauté internationale a fait de la prévention du blanchiment de capitaux un élément clé de la lutte contre le trafic de drogues et d'autres crimes graves. Les institutions financières ont été soumises à des règles spécifiques parmi lesquelles l'identification du client et l'assurance que les fonds proviennent d'une source de bonne foi. Les établissements recevant des dépôts ne peuvent accepter la cession des dépôts à des tiers que s'ils sont en mesure de procéder aux vérifications requises en matière d'identification et de probité.

Ce qui nous préoccupe, c'est la fraude ou la malversation. Supposons que le déposant M. Smith cède le dépôt à M. Jones. Un individu se présente à la banque, déclare qu'il est M. Jones et produit une lettre signée par M. Smith confirmant la cession. Il demande à la banque de lui payer le dépôt en espèces ou par transfert international à un tiers. La banque risque d'être partie à une conversion illégale de fonds, tout comme elle le serait si elle procédait de cette manière avec un chèque de M. Smith. Les banques se protègent en insistant pour connaître l'identité exacte de M. Jones avant d'accepter des chèques à lui payer. Les vérifications d'identité font partie de l'élément "connaître votre client" des règles relatives au blanchiment de capitaux, et non de l'élément "opération douteuse".

L'article 19 paraît ne pas tenir compte du droit de la banque d'insister sur l'identification. Le paragraphe 5 de cet article assure une protection en ce sens que le débiteur peut demander de prouver au moyen d'un écrit que la cession a été effectuée, mais cela ne résout pas le problème de l'identification du cessionnaire. La modification qu'il est proposé d'apporter à l'article 19 préciserait que les dispositions du projet de Convention ne sont pas contraires aux mesures de prévention du blanchiment de capitaux.

Dans notre projet, les propositions ont des effets pratiques modestes.

- La plupart des dépôts ne font pas intervenir de clause d'incessibilité, si bien que la question du consentement du débiteur ne se pose pas. Si le dépôt est assorti d'une clause d'incessibilité parce qu'il sert

de garantie, les arguments avancés à propos des conventions de compensation globale valent aussi dans ce cas.

- Les banques insisteront généralement sur l'identification du cessionnaire, si bien que les termes ajoutés au paragraphe 5 de l'article 19 ne serviront qu'à protéger la banque et à éviter tout litige possible. De plus, la plupart des cessions sont généralement faites à d'autres institutions financières, si bien que le besoin d'identification sera rare.

7. *Pourquoi modifier la définition du terme "situé"?*

Les institutions financières sont parties à des cessions en tant que débitrices, cédantes ou cessionnaires et presque toutes fonctionnent par l'intermédiaire de succursales dont les activités relèvent généralement de la loi et de la juridiction locales. Nous nous intéressons donc en particulier aux dispositions applicables au lieu où est située la partie qui a plusieurs établissements. À notre avis, dans ce cas, le lieu où est situé l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat doit être retenu de préférence au lieu où s'exerce l'administration centrale, qui est actuellement prévu pour le cédant et le cessionnaire aux alinéas i) et ii) de l'article 6. "L'administration centrale" est un critère particulièrement contestable dans le cas du cédant, essentiellement pour trois raisons:

- Premièrement, dans les cas où le cédant est affilié à un groupe qui opère à l'échelle internationale, les étrangers ne peuvent pas savoir *ipso facto* si la relation contractuelle est établie avec une succursale dépendante ou une filiale indépendante;
- Deuxièmement, une référence à l'administration centrale (ou siège social) peut aboutir à une cession qui est effectuée par l'intermédiaire de la succursale d'une société hors du pays dans lequel cette administration est située (soit une "cession internationale"), même si cette succursale ainsi que le cessionnaire et le débiteur relèvent tous trois d'un même régime juridique, différent de celui du lieu où est située l'administration centrale. Cela entraînerait l'application d'un régime juridique qui n'a pas de lien réel avec le contrat.

Par exemple, une société dont le siège social est établi en France cède une créance par l'intermédiaire d'une succursale en Allemagne, pays dans lequel sont également situés le cessionnaire et le débiteur. Toute référence au siège social (ou à l'administration centrale) entraînerait l'application de la loi française bien que la France n'ait pas de lien réel avec le contrat;

- Troisièmement, enfin, la référence au siège social revient à dire qu'en cas de lois concurrentes, l'application des régimes juridiques des sièges sociaux serait favorisée sans qu'il soit tenu compte d'un quelconque lien juridique naturel de ces régimes avec les opérations en cause.

Une définition cohérente du terme "situé" pour toutes les parties à une opération (cédant, cessionnaire et débiteur) sera plus conforme à la réalité des affaires et contribuera à prévenir les problèmes de concurrence entre les régimes juridiques.

FINANCIAL MARKETS LAWYERS GROUP\*

[Original: anglais]

Le Financial Markets Lawyers Group approuve les recommandations faites récemment par la Fédération bancaire de l'Union européenne pour améliorer le texte du projet de Convention de la CNUDCI sur les cessions que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux ("le Groupe de travail") a adopté à sa dernière session à Vienne en octobre 1999 ("le projet de Convention"). Nous louons la CNUDCI pour les efforts qu'elle met en oeuvre afin de faciliter le financement du commerce international et sommes convaincus que l'adoption du projet de Convention aboutira à une meilleure harmonisation des règles qui régissent actuellement la cession internationale de créances.

Toutefois, nous pensons que le projet de Convention ne devrait pas fragiliser la base juridique sur laquelle reposent les contrats actuellement conclus sur les marchés financiers hors cote et utilisés à titre de garantie. Comme le sait le Groupe de travail, les conventions standardisées que les participants sur ces marchés utilisent actuellement contiennent généralement une disposition qui interdit expressément la cession par une contrepartie de tous droits ou obligations sous-jacents sans le consentement préalable de l'autre contrepartie et prévoient certains droits et obligations des parties en ce qui concerne la garantie. C'est ainsi que sont assurées la certitude et la prévisibilité des dispositions de ces conventions relatives à la compensation et que les participants sont en mesure de mieux gérer les risques de crédit de leurs contreparties.

De ce fait, nous approuvons les modifications que la Fédération bancaire de l'Union européenne propose d'apporter au projet de Convention et encourageons la Commission à insérer dans ce projet les termes "contrat financier" et "convention de compensation globale" définis dans le sens indiqué par la Fédération. Dans un souci de clarification, toutefois, nous notons que la définition donnée par la Fédération pour le terme "convention de compensation globale", telle que nous la comprenons, est censée inclure les conventions cadres de compensation (telles que celles qui sont publiées actuellement par le FXC) qui permettent à une partie dans certaines situations de liquider certaines opérations sous-jacentes, mais pas nécessairement toutes.

Comme la Fédération bancaire de l'Union européenne, nous pensons que le projet de Convention ne devrait pas s'appliquer aux créances nées de règlements dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres. Permettre aux participants à un tel système de céder leur créance est à l'évidence de nature à compromettre la fluidité du fonctionnement de ces systèmes et à nuire à la certitude et à la finalité des règlements. Nous approuvons donc la recommandation de la Fédération qui tend à exclure plus clairement ces créances du champ d'application du projet de Convention.

En bref, nous demandons instamment à la Commission d'approuver les modifications de forme proposées par la Fédération bancaire de l'Union européenne dans ses commentaires. De nouveau, nous félicitons la Commission des efforts qu'elle met en oeuvre pour mettre en place un régime juridique qui permettra un meilleur

---

\* Le Financial Markets Lawyers Group ("FMLG"), organisme indépendant placé sous les auspices de la Federal Reserve Bank de New York ("FRBNY") est composé de représentants des différentes banques commerciales et banques d'investissement des États-Unis et d'Europe actives sur les marchés des changes hors cote. Il a pour principale responsabilité de coordonner différents projets juridiques entrepris par le Foreign Exchange Committee de New York ("FXC"). Le FXC, lui-même créé sous les auspices de la FRBNY représente un grand nombre des principaux participants aux opérations de change en devises. Le FMLG est également chargé d'élaborer la législation qui vise à renforcer l'intégrité des marchés financiers et d'établir des documents et des contrats types concernant des questions précises liées aux marchés.

développement du financement du commerce international. Nous restons prêts à fournir à la Commission tous autres renseignements dont elle pourrait avoir besoin.

## EUROPAFACTORING

[Original: anglais]

### *Le terme "situé" (article 6 i))*

La question du lieu de situation du cédant et du cessionnaire reste ouverte tandis que celle du lieu de situation du débiteur a été réglée de manière raisonnablement satisfaisante. La règle de l'administration centrale permettra de prévoir les résultats de l'application du projet de Convention. Cependant, si le cédant a un établissement (une succursale) dans un État contractant et une administration centrale dans un État non contractant, le projet de Convention ne s'appliquera pas. L'exception proposée pour les succursales des institutions financières vise à tenir compte de l'idée que le champ d'application du projet de Convention devrait être aussi large que possible et à assurer l'application de ce projet au cas qui vient d'être mentionné. Nous nous en félicitons. Néanmoins, l'exception proposée soulève deux problèmes. Premièrement, pour les succursales de certaines branches d'activité, l'exception serait difficile à définir (devrait-elle s'appliquer aux banques, ou aux financiers, ou aux financiers et aux compagnies d'assurance, et quelle serait la loi applicable pour déterminer si une entreprise est une entreprise bancaire). De ce fait, une incertitude surviendrait quant à l'application du projet de Convention.

Par ailleurs, l'intérêt de cette exception serait limité. Étant donné que la loi applicable aux questions de priorité doit être déterminée par référence au lieu de situation du cédant, l'exception aboutirait à l'application des règles de priorité du pays dans lequel est située la succursale. Il n'est pas certain que ces règles seraient reconnues dans le pays dans lequel est située l'administration centrale du cédant et où serait vraisemblablement ouverte la procédure d'insolvabilité. De ce fait, pour être protégé, le cessionnaire devrait aussi se conformer aux règles de priorité du pays dans lequel est située l'administration centrale.

Cela peut sembler étrange, mais une créance née d'un contrat conclu avec une succursale est, du point de vue juridique, une créance qui appartient à la personne morale dont le lieu de situation est celui de son administration centrale. S'agissant de l'affacturage, l'exception envisagée n'a qu'une importance mineure, car les sociétés d'affacturage et leurs clients ont des établissements dans des pays qui adopteront probablement le projet de Convention. Pour les banques dont l'administration centrale est située dans un paradis fiscal (qui normalement n'adoptera pas le projet de Convention) et qui ont des succursales dans des centres financiers, l'exception n'aurait pas non plus une grande importance, du moins dans la mesure où ces banques joueraient généralement le rôle de cessionnaire, et non de cédant (et le lieu de leur situation n'aurait aucun rôle dans la détermination de la loi applicable à la priorité).

Il pourrait sembler vain de déterminer les différentes possibilités qui peuvent se présenter quant à l'application de la règle relative au lieu de situation et à l'exception concernant les succursales. Cependant, nous avons cherché à trouver, au moins, un moyen de systématiser et de comprendre les solutions convenues jusqu'à présent. À cet égard, nous relèverons que, s'il importe que le cédant soit situé dans un État contractant pour déterminer le champ d'application ainsi que les règles de priorité applicables, en revanche le lieu de situation du cessionnaire ou du débiteur n'a aucune importance en ce qui concerne ces questions (exception faite de la question de l'internationalité).

Si c'est essentiellement le lieu de situation du cédant qui importe, il serait judicieux de déterminer d'abord à quel point la règle affecte les activités et de décider en conséquence des exceptions éventuelles. La Commission

voudra peut-être ne se concentrer que sur un petit nombre de cas portant sur des créances nées dans le pays dans lequel est situé le cédant et laisser de côté les cessions subséquentes auxquelles, conformément aux règles relatives à ces cessions, le projet de Convention s'appliquerait du fait qu'une cession internationale aurait été effectuée antérieurement.

Cédant	Succursale	Cessionnaire	Succursale	Application	Priorité selon la Convention	
dans État contractant (dans)	dans	dans État contractant	aucune	oui	oui	opération à partir du siège social
	hors aucune			oui	oui	
dans État non contractant (hors)	dans			non	non	
	hors			non	non	
dans	dans	dans	aucune	oui	oui	opération à partir de la succursale
	hors			à débattre (oui)	à débattre (non)	
hors	dans			à débattre (oui)	à débattre (non)	
	hors			non	non	
dans	dans	hors	aucune	oui	oui	opération à partir du siège social
	hors aucune		dans	oui	oui	
hors	dans		hors	oui	oui	
	hors		hors	non	non	
	hors		hors	non	non	
dans	dans	hors	dans	oui	oui	opération à partir de la succursale
	hors		hors	à débattre (oui)	à débattre (non)	
	dans		dans	à débattre (oui)	à débattre (non)	
hors	hors		hors	non	non	

### Forme de la cession

Le projet de Convention ne contient aucune règle de fond relative à la forme de la cession. Dans un souci de certitude, du moins quant à la loi applicable à la forme, le projet de Convention devrait préciser que la loi du pays dans lequel est situé le cédant régit les conditions de forme. Cette approche correspondrait à celle qui a été suivie dans le cas de la loi applicable aux questions de priorité. Dans le projet de Convention, il faudrait aussi

clarifier le fait que, si la cession doit être effectuée par écrit, le terme "écrit" serait entendu conformément au projet de Convention, et comprendrait les moyens électroniques de communication, même si ces moyens ne sont pas reconnus dans le pays où est situé le cédant.

#### *Créances financières (article 5)*

Nous nous sommes toujours félicités de l'idée que le projet de Convention devrait faciliter l'octroi de crédits à un coût plus faible, sans pour autant porter atteinte aux pratiques déjà en vigueur sur le marché. Si ces pratiques peuvent être définies correctement et séparées des pratiques touchant au financement de créances commerciales, telles que l'affacturage, nous ne nous élèverons contre aucune règle concernant ces pratiques. À ce propos, il convient d'examiner si le projet de Convention, ou seulement certaines de ses dispositions (par exemple, les articles 11 et 12) ne devraient pas s'appliquer à ces pratiques. Un groupe de branches d'activité peut s'opposer à l'adoption du projet de Convention au motif que certaines exceptions sont accordées à un groupe et non à l'autre. Cependant, en nous fondant sur l'expérience acquise lors de l'adoption de la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa") en Allemagne, à laquelle certains groupes se sont opposés uniquement à cause des règles relatives aux clauses d'incessibilité, nous noterons qu'exclure entièrement certaines pratiques financières du champ d'application du projet de Convention peut rendre le projet plus facile à accepter.

#### *Rapports avec d'autres textes internationaux (article 36)*

Pour des raisons d'ordre politique, il pourrait être judicieux de subordonner le projet de Convention à d'autres conventions et, en particulier, à la Convention d'Ottawa. Le champ d'application de la Convention d'Ottawa est très étroit (il ne couvre même pas toutes les opérations d'affacturage) et les règles des deux conventions peuvent être presque identiques. Cependant, cette approche serait source d'incertitude. Les parties peuvent exclure l'application de la Convention d'Ottawa dans sa totalité (le projet de Convention de la CNUDCI ne prévoit pas cette exclusion totale). Si les parties excluent l'application de la Convention d'Ottawa, la question se pose de savoir si le projet de Convention de la CNUDCI ou la loi nationale s'appliquera pour combler le vide. De plus, la Convention d'Ottawa prévoit la possibilité de faire certaines réserves à la règle relative aux clauses d'incessibilité, et deux États ont fait une réserve.

Un régime comportant des règles et des exceptions nationales et internationales concernant l'incessibilité et des règles internationales qui n'ont pas la même teneur ni le même champ d'application ne favoriserait pas la certitude juridique et ne serait pas conforme aux principaux objectifs du projet de Convention. Cela étant, en louant les rédacteurs du projet de Convention pour leur modestie, nous proposons, sans nullement manquer au respect dû à la Convention d'Ottawa, que le projet de Convention ait la primauté sur cette Convention. Dans la mesure où le projet de Convention sera adopté par un grand nombre, cette démarche assurera la certitude de toutes les opérations d'affacturage à l'échelle mondiale. Nous nous réservons la possibilité de formuler d'autres commentaires lorsque nous aurons pris connaissance de ceux des gouvernements et d'autres organisations. Sous réserve de l'invitation de la CNUDCI, nous serons représentés à la session de la Commission en juin 2000 et attendons avec intérêt tous commentaires portant sur les idées avancées ci-dessus.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ  
(Unidroit)

[Original: anglais]

I. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Le Secrétariat d'Unidroit saisit l'occasion qui lui est donnée de féliciter le Groupe de travail pour l'excellent travail qu'il a accompli dans ce domaine délicat. En général, il note que le Groupe de travail a reconnu indirectement ce que la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international a apporté au projet de Convention (A/CN.9/466, par. 193) et suggère de faire état plus explicitement de cet apport dans le préambule du projet de Convention, par exemple, en y insérant une clause indiquant que le projet de Convention s'inspire des résultats de la Convention d'Unidroit. Il relève en outre la déclaration selon laquelle "suivant les principes généraux du droit conventionnel, le projet de Convention ne prévaudrait pas sur la Convention d'Ottawa parce que cette dernière est plus spécifique". Nous suggérons qu'il en soit fait état dans un mémorandum explicatif qui pourra être établi en temps opportun une fois le projet de Convention adopté.

II. COMMENTAIRES SUR DES POINTS PARTICULIERS

*Relations entre le projet de Convention et l'avant-projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("l'avant-projet de Convention") et les avant-projets de protocoles s'y rapportant.*

S'agissant des relations entre, d'une part, le projet de Convention et, d'autre part, l'avant-projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("l'avant-projet de Convention") et les différents avant-projets de protocoles s'y rapportant qui sont en cours d'élaboration, à savoir un avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement ferroviaires roulants et un avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement spatiaux, le Secrétariat d'Unidroit fera tout d'abord observer que la question a été renvoyée au Groupe de travail sur le droit public international créé à la deuxième session conjointe du Comité d'Unidroit d'experts gouvernementaux et du Sous-Comité du Comité juridique de l'OACI chargé d'examiner l'avant-projet de Convention et l'avant-projet de protocole aéronautique, qui a eu lieu à Montréal du 24 août au 3 septembre 1999. Le Groupe de travail sur le droit international public a tenu sa première session à Cape Town et dans le Blue Train en route vers Prétoria du 8 au 11 décembre 1999. Il tiendra une autre session pendant la troisième session conjointe qui aura lieu à Rome du 20 au 31 mars 2000, et son rapport sera ensuite examiné en plénière.

Lors des travaux d'élaboration de l'avant-projet de Convention et des différents avant-projets de protocoles s'y rapportant, les auteurs de ces textes ont constamment cherché à éviter d'entrer en conflit avec le projet de Convention. Preuve en est la délimitation de l'avant-projet de Convention par référence aux garanties portant sur les matériels d'équipement mobiles protégées par enregistrement fondé sur des actifs identifiés. Très vite, il a été décidé de ne pas opter pour un système d'enregistrement fondé sur le débiteur et de ne pas traiter des conditions relatives à la constitution de garanties définitives ni des règles de priorité relatives au financement par cession de créances séparée de l'actif principal.

Le champ d'application de l'avant-projet de Convention a été dès le départ délimité par référence aux catégories de matériels d'équipement mobiles de forte valeur qui, par nature, font généralement l'objet de déplacements transfrontières ou internationaux sur une base régulière dans le cadre normal des activités et qui sont susceptibles d'individualisation. L'idée était qu'un champ ainsi limité permettrait raisonnablement de rendre le

nouveau régime international plus facile à accepter par les États pour lesquels ses innovations risquaient de soulever les plus grandes difficultés. Jusqu'à la première session conjointe, tenue à Rome du 1<sup>er</sup> au 12 février 1999, l'avant-projet de Convention contenait par conséquent une liste des catégories spécifiques de matériels d'équipement mobiles auxquelles ses dispositions devaient s'appliquer (cellules d'aéronefs, moteurs d'aéronefs, hélicoptères, navires immatriculés – couverture provisoire – plates-formes de forage, conteneurs, matériels ferroviaires roulants, biens spatiaux) et un groupe résiduel des "catégories de biens susceptibles d'individualisation" (cf. Étude LXXII-Doc. 42, article 3 a) à i)).

Il est vrai que cette liste ne caractérise plus l'avant-projet de Convention et, de l'avis mûrement pesé du Secrétariat d'Unidroit, c'est ce qui explique certaines des difficultés que des membres du Groupe de travail de la CNUDCI ont rencontrées dans le passé pour envisager d'exclure du projet de Convention la cession des créances qui deviennent des droits liés au financement des catégories de matériels d'équipement mobiles relevant de l'avant-projet de Convention. Le paragraphe 85 du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/466) donne nettement l'impression que c'est essentiellement la perspective d'une exception dont la portée pouvait être indéterminée, ouverte à la suite de la décision de la première session conjointe de supprimer la liste susmentionnée de l'avant-projet de Convention, qui a rendu cette exception des plus difficile à accepter pour le Groupe de travail. Pour cette raison, le Secrétariat d'Unidroit entend proposer à la troisième session qui se tiendra prochainement de réinsérer la liste qui avait été supprimée à la première session conjointe.

Dans ces circonstances et sur cette base, la solution privilégiée par le Secrétariat d'Unidroit serait que le projet de Convention exclue expressément de son champ d'application la cession des créances qui deviennent des droits liés au financement des catégories de matériels d'équipement mobiles visés par l'avant-projet de Convention. Les différentes catégories de matériels d'équipement mobiles envisagées sont de nature à bénéficier depuis toujours d'un statut spécial. Différents aspects de la structure du nouveau régime international correspondent à la spécificité des catégories de matériels visés. Premièrement, chaque catégorie de matériels entrant dans le champ d'application de l'avant-projet de Convention fera l'objet d'un protocole séparé contenant les dispositions nécessaires à l'adaptation des règles générales de l'avant-projet de Convention aux caractéristiques particulières du financement des matériels de chacune des catégories. Deuxièmement, pour l'enregistrement de chaque catégorie de matériels et l'établissement d'un ordre de priorité entre chacun des enregistrements, un registre international distinct sera créé. L'accent mis sur la spécificité des actifs couverts par le nouveau régime international est une particularité sur laquelle Unidroit a insisté dans tout le travail qu'il a consacré au projet jusqu'ici.

Indépendamment de ce qui précède, le groupe de travail aéronautique, le groupe de travail ferroviaire et le groupe de travail spatial ont chacun demandé d'exclure du champ d'application du projet de Convention la cession des créances qui deviennent des droits liés au financement des catégories de matériels aéronautiques, ferroviaires roulants et spatiaux visés par l'avant-projet de Convention et les protocoles d'application s'y rapportant. Ces groupes qui relèvent d'Unidroit ont été chargés de suivre l'application de l'avant-projet de Convention aux matériels aéronautiques, aux matériels ferroviaires roulants et aux biens spatiaux et de centraliser les connaissances dans chaque secteur. Ils sont composés de représentants des fabricants, des utilisateurs et des financiers ainsi que des organisations internationales compétentes.

Ces trois groupes ont clairement souhaité que les cessions de créances à titre de garantie dans les opérations de financement aéronautique, ferroviaire et spatial soient régies par des instruments spécifiques aux différents matériels d'équipement – à savoir l'avant-projet de Convention et les différents protocoles d'application s'y rapportant – et non par le projet de Convention. Le groupe de travail aéronautique en particulier a insisté sur le vif intérêt manifesté par l'industrie aéronautique pour un régime unique tenant compte des pratiques et structures de financement dans ce secteur.

La valeur d'actifs tels que les matériels aéronautiques, les matériels ferroviaires roulants et les biens spatiaux réside dans le profit qui peut être tiré de leur vente ou de leur location. Permettre au débiteur de céder des créances découlant d'un tel actif en application d'un système autre que celui qui s'applique au nantissement de l'actif ou à toute autre forme d'hypothèque sur cet actif porterait atteinte au concept de base de l'avant-projet de Convention. L'indivisibilité de l'actif et le profit qui peut être tiré de sa vente ou de sa location sont clairement consacrés au paragraphe 1 de l'article 8 et à l'article 10 de l'avant-projet de Convention, relatifs aux droits en cas de défaillance, et à l'article 14, relatif aux mesures provisoires.

Dans le cas des montages financiers touchant aux secteurs aéronautique, ferroviaire et spatial, il existe un lien inextricable entre, d'une part, les matériels d'équipement aéronautiques, les matériels ferroviaires roulants et les biens spatiaux et, d'autre part, les créances liées à ces matériels ou à ces biens. Dans le secteur spatial, par exemple, une grande partie de la valeur d'un satellite découle des différents droits liés à l'exploitation de ce satellite, en particulier les créances s'y rattachant. Ces droits constituent un élément essentiel de la valeur commerciale du satellite et, sans eux, cette valeur est très faible. Il est donc indiqué que les sûretés attachées à la fois à l'actif et aux créances qui y sont liées soient soumises à un régime commun, dans le souci d'éviter non seulement les problèmes de conflit de lois, mais aussi le manque de prévisibilité commerciale qui en résulterait et l'augmentation du coût des opérations.

Eu égard à la solution qui consisterait à laisser l'avant-projet de Convention et les différents avant-projets de protocoles s'y rapportant prévaloir sur le projet de Convention, le groupe de travail aéronautique fait valoir ce qui suit:

- “1) De nombreux systèmes juridiques nationaux, y compris la législation propre à l'aéronautique, régissent actuellement les cessions au moyen de règles qui sont plus conformes aux pratiques en matière de financement dans ce secteur que celles qui sont proposées dans [le projet de Convention] la Convention. Il est inutile de bouleverser ces systèmes qui servent bien le financement dans l'aéronautique à moins de concevoir les changements qui en résulteront en fonction des exigences du financement dans ce secteur.
- 2) Comme il se peut que [l'avant-projet de Convention] soit adopté ultérieurement, des règles peu satisfaisantes risquent d'être applicables aux opérations qui interviendront dans l'intervalle. Dans ce cas, les processus de mise au point et de ratification [du projet de Convention] de la Convention risquent d'être compliqués/retardés en raison des objections soulevées par l'aéronautique et/ou de la nécessité de procéder à d'autres consultations nationales et internationales.
- 3) Au lieu de les résoudre, l'approche proposée soulève des problèmes possibles liés au champ d'application et à l'application dans le temps des deux instruments. La prévisibilité commerciale s'en trouvera diminuée, d'où des coûts d'opération plus élevés.
- 4) Cette approche ne règlera pas le conflit qui peut survenir entre [le projet de Convention] la Convention et la Convention de Genève [relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs].”

À ce propos, il convient de noter que l'avant-projet de Convention et l'avant-projet de protocole aéronautique contiennent des dispositions détaillées relatives à la coordination entre ces deux textes et la Convention de Genève. Les trois premiers inconvénients valent également pour les matériels ferroviaires roulants et les biens spatiaux.

Au cas où la Commission ne s'estimerait pas en mesure de souscrire à la solution privilégiée par le Secrétariat d'Unidroit qui tend à exclure du champ d'application du projet de Convention la cession de créances qui deviennent des droits liés au financement de toutes les catégories de matériels d'équipement mobiles entrant

dans le champ d'application de l'avant-projet de Convention, le Secrétariat d'Unidroit propose qu'elle réponde néanmoins au désir clairement exprimé par les groupes de travail aéronautique, ferroviaire et spatial de voir exclue du projet de Convention la cession des créances qui deviennent des droits liés au financement des matériels aéronautiques, des matériels ferroviaires roulants et des biens spatiaux visés par la future Convention d'Unidroit, appliquée conformément aux protocoles s'y rapportant.

\* \* \*