

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Aspects juridiques du financement par cession de créances : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/397) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-2
I. PORTÉE DES TRAVAUX	3-19
A. Cession de créances	3-5
B. Cession-vente et cession à titre de garantie	6-9
C. Cession sans notification	10
D. Affacturage	11-12
E. Forfaitage	13
F. Titrisation	14-15
G. Financement de projets	16
H. Créances commerciales ou créances de consommateurs	17
I. Créances internationales ou nationales	18-19
II. QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE EXAMINÉES	20-51
A. Cessibilité des créances	20-25
1. Clauses de non-cession	21-23
2. Cessions globales	24-25
B. Conditions de forme	26-27
C. Effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire	28
D. Effets de la cession à l'égard du débiteur	29-35
E. Effets de la cession à l'égard de tiers : priorités	36-42
F. Enregistrement	43-51
III. CONCLUSIONS	52-56

INTRODUCTION

1. A sa vingt-sixième session, en 1993, la Commission a examiné une note du Secrétariat présentant brièvement certains problèmes juridiques dans le domaine de la cession de créances et les travaux antérieurs et actuels sur la cession et sur des questions connexes¹. Après avoir examiné cette note, la Commission a prié le Secrétariat de réaliser, en coopération avec UNIDROIT et d'autres organisations internationales, une étude sur la faisabilité de travaux d'unification dans le domaine de la cession de créances, afin de lui permettre de décider à sa vingt-septième session si elle devrait ou non entreprendre des travaux dans ce domaine du droit².

¹A/CN.9/378/Add.3.

²Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 301.

Le présent rapport a été établi comme suite à cette demande. Il est axé sur la cession de créances en tant que technique juridique utilisée à des fins de financement.

2. Afin de déterminer s'il serait possible d'entreprendre des travaux sur le financement par cession de créances, la première partie du rapport traite de la portée éventuelle de ces travaux et définit à cette fin les notions utilisées dans le rapport; la deuxième partie du rapport traite de certains problèmes que pose la cession de créances et présente des solutions qui pourraient être adoptées dans d'éventuelles règles uniformes, qu'il s'agisse d'une convention ou d'une loi type. Ayant été prié d'établir ce rapport en coopération avec UNIDROIT et d'autres organisations internationales, le Secrétariat a soumis à UNIDROIT, à la Conférence de La Haye de droit international privé et à la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) une ver-

sion préliminaire du rapport, pour observations. En outre, le Secrétariat devait présenter oralement ce rapport au Conseil de direction d'UNIDROIT à sa prochaine session (Rome, 9-14 mai 1994).

I. PORTÉE DES TRAVAUX

A. Cession de créances

3. On utilise dans la pratique l'expression "financement par cession de créances" pour décrire une large gamme d'opérations ayant pour objet d'obtenir un financement sur la base de créances. Ce financement peut être lié à des opérations complexes, telles que les coentreprises, d'autres arrangements contractuels ou l'émission de garanties³. Dans le cas de la cession de créances, une partie ("le cédant") transfère à une autre partie ("le cessionnaire") des créances qu'il a à l'encontre d'un tiers ("le débiteur") au titre d'une opération distincte de vente ou de location de biens, de mise à disposition d'installations ou de fourniture de services ("l'opération initiale"). La cession est effectuée en exécution d'une opération de vente ou de crédit dans laquelle le cédant est le débiteur et le cessionnaire le créancier ("l'opération sous-jacente"). En anglais, on utilise souvent le mot "receivables" pour décrire ce type de créances, bien qu'il ne semble pas y avoir de définition généralement acceptée de ce mot. Le financement par cession de créances peut faire intervenir une cession-vente ou une cession à titre de garantie (voir par. 6 à 9), une cession sans notification (voir par. 10), l'affacturage (voir par. 11 et 12), le forfaitage (voir par. 13), voire des techniques plus complexes telles que des formes particulières de titrisation et de financement des projets (voir par. 14 à 16).

4. Il semblerait à la fois souhaitable et possible d'entreprendre des travaux d'unification dans le domaine du financement par cession de créances. Les divergences des systèmes juridiques sur cette question et le fait que les États exigent en général que l'on se conforme à leurs conditions et formalités pour qu'une cession soit valide et opposable au débiteur et à des tiers peuvent avoir pour conséquence qu'une cession soit valide dans l'État où elle est conclue et ne soit pas opposable au débiteur dans un autre État. En outre, les incertitudes du droit résultant de l'absence de règles modernes appropriées sur la cession de créances peuvent empêcher de recourir à cette technique dans un cadre transfrontalier. Ainsi, les parties sont souvent contraintes d'abandonner ce mode de financement dans le commerce international et de recourir à d'autres modes de financement sans doute plus onéreux tels que les découverts, les lettres de crédit ou les garanties à l'exportation, ou de garantir des créances au moyen de garanties bancaires ou de lettres de crédit, ou encore d'accepter que des créances soient cédées pour une valeur sensiblement moins importante que leur valeur nominale, étant donné que le cessionnaire court le risque de ne pouvoir encaisser une partie, voire la totalité, de cette valeur.

5. Les récents travaux d'unification relatifs à un aspect de ce domaine du droit semblent indiquer qu'une unification dans le domaine du financement par cession de créances

serait possible. Les conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988) ont été ratifiées par deux États, et une ratification ou adhésion supplémentaire permettra leur entrée en vigueur. En outre, un certain nombre de pays dans lesquels opère la BERD sont sur le point d'adopter une législation fondée sur la loi type relative aux opérations assorties de sûretés élaborée par la BERD, ou envisagent d'adopter une telle législation.

B. Cession-vente et cession à titre de garantie

6. Les créances peuvent être soit vendues, soit utilisées à titre de garantie; en termes commerciaux, elles peuvent être cédées afin de générer des revenus (lorsqu'elles sont vendues) ou de faciliter l'accès au crédit (lorsqu'elles sont utilisées à titre de garantie). La cession-vente de créances peut être définie comme une opération par laquelle le cessionnaire acquiert un droit de propriété sans réserve sur la créance cédée et avance la totalité ou une partie de sa valeur au cédant. La cession-vente peut être avec ou sans recours, c'est-à-dire que le cédant garantit ou non le cessionnaire contre toute défaillance du débiteur. Cette cession est également appelée dans la pratique "escompte de facture" (*invoice discounting*) ou "escompte global" (*block discounting*) (voir par. 10). Dans certaines circonstances, on la désigne aussi sous le nom d'"affacturage" (voir par. 11 et 12). La cession de créances à titre de garantie consiste en une opération par laquelle le cessionnaire acquiert des droits de propriété limités sur la créance cédée, en ce sens qu'il n'est habilité à la recouvrer que si le cédant ne s'acquitte pas de ses obligations envers lui au titre de l'opération de crédit sous-jacente. On notera que, dans certaines juridictions, le cessionnaire, dans le cas d'une cession à titre de garantie, acquiert la propriété de la créance et seule l'opération sous-jacente peut limiter ses pouvoirs s'il s'agit d'une opération de crédit. Si, dans une large mesure, les mêmes questions se posent dans ces deux types de cession, il existe certaines différences. Par exemple, lorsque le cédant ne s'acquitte pas de son obligation en vertu de l'opération sous-jacente, s'il s'agit d'une cession-vente, le cessionnaire peut conserver tout excédent provenant de la créance recouvrée, alors que, dans le cas d'une cession à titre de garantie, tout excédent doit être retourné au cédant. En outre, dans le cas d'une cession à titre de garantie, si le cessionnaire recouvre la créance auprès du débiteur sans que le cédant ait manqué à ses obligations en vertu de l'opération sous-jacente, ce dernier peut exercer un recours pour rupture de contrat.

7. Il y a plusieurs moyens possibles de traiter de la cession de créances dans le contexte de règles uniformes. Il est par exemple possible, en se fondant sur une approche retenue dans certaines juridictions, de traiter de la cession en termes généraux, les questions particulières de la cession-vente étant alors régies par la législation nationale sur les ventes et les questions liées à la cession à titre de garantie l'étant par la législation nationale sur les opérations de crédit. Cette approche présenterait un inconvénient majeur : elle ne permettrait qu'une uniformisation dans une large mesure insuffisante. Une autre approche, adoptée dans d'autres juridictions, consisterait à traiter la cession essentiellement comme une opération de vente. Cela n'interdirait pas aux États d'appliquer les règles uniformes à la cession à titre de garan-

³Fidelis Odithab, *Legal aspects of receivables financing* (Londres, Sweet and Maxwell, 1991), p. 19.

tie également, mais cette approche ne permettrait pas de réglementer une partie importante des techniques de financement par cession de créances qui pourrait bénéficier de l'adoption de règles uniformes. En outre, on négligerait ainsi le fait que, dans une large mesure, les questions liées à la cession-vente et à la cession à titre de garantie sont identiques. De plus, cette approche aurait pour inconvénient de déboucher sur une dualité de régimes. Selon une autre approche encore, retenue dans certaines juridictions et recommandée dans le présent document, il faudrait traiter des deux types de cession dans un ensemble unique de règles, ce qui aurait pour avantage de mettre en lumière l'aspect "financement" de ces deux types de cession. La vente de créances à des fins autres que le financement — par exemple une vente uniquement pour recouvrement, une vente dans laquelle le cessionnaire doit s'acquitter des obligations du cédant en vertu de l'opération initiale, la vente de créances en paiement de dettes antérieures et la vente dans le cadre de la vente d'une entreprise — devrait sans doute être exclue. Si la plupart des questions pourront être traitées par des règles communes applicables aux deux types de cession, d'autres devront être traitées différemment, par exemple la question de la défaillance du cédant.

8. Dans certaines juridictions, la cession à titre de garantie est désignée sous le nom d'"opération assortie d'une sûreté", à savoir une opération créant une sûreté sur une créance, c'est-à-dire, pour le cessionnaire, un droit de propriété limité lui permettant de recouvrer la créance au cas où le cessionnaire ne s'acquitterait pas de ses obligations en vertu de l'opération sous-jacente. Dans ces juridictions, même les cessions-ventes sont considérées comme des opérations assorties d'une sûreté, à condition qu'elles soient effectuées à des fins de financement. Dans le même temps, ces opérations sont réglementées de manière détaillée, en ce sens qu'un ensemble unique de règles régit les opérations assorties d'une sûreté sur des biens personnels, y compris des marchandises, des équipements mobiles, des stocks, des créances et des biens incorporels. On notera que cette approche globale sera examinée par le secrétariat d'UNIDROIT qui a été autorisé par son Conseil de direction à sa soixante-douzième session, en juin 1993, à établir une étude sur le point de savoir s'il serait possible et souhaitable d'élaborer une loi type sur les opérations assorties d'une sûreté⁴. Il semblerait souhaitable que la Commission et UNIDROIT coopèrent étroitement dans le cadre de l'établissement de cette étude et de l'élaboration éventuelle de projets de règles (voir également ci-après le paragraphe 55).

9. Si l'étude d'UNIDROIT permettait d'établir s'il serait possible d'adopter une telle approche globale, il faudrait déterminer concrètement les relations entre cette activité et le projet proposé sur le financement par cession de créances et notamment déterminer si d'éventuels projets de dispositions légales sur un tel financement devraient être incorporés dans une loi type de portée considérablement plus large; il faudrait pour le moins s'efforcer de prévenir toute incompatibilité quant au fond entre des textes portant sur des opérations ayant des caractéristiques communes. On ajoutera qu'UNIDROIT risque de se heurter à ce problème sous une forme plus aiguë, étant donné qu'il a adopté lui aussi pour le moment une approche sectorielle en élaborant un projet

de convention sur certains aspects des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre, considérant que ce travail ne pourra aboutir que si son champ d'application est étroitement limité⁵.

C. Cession sans notification

10. La "cession sans notification" désigne un type de cession dans lequel le débiteur n'est pas avisé de la cession. Cette pratique est avant tout justifiée par le fait que la cession peut être considérée comme un signe de faiblesse financière ou gestionnaire du cédant. Le débiteur ne peut être avisé que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple en cas d'insolvabilité du cédant, lorsque le cessionnaire peut éprouver le besoin de recouvrer ses créances auprès du débiteur. La cession sans notification est en soi plus risquée pour le cessionnaire, car le débiteur peut payer le cédant et être libéré de ses obligations. En outre, si l'ordre de priorité entre plusieurs cessionnaires se fonde sur la notification du débiteur ou sur l'enregistrement de la cession, un cessionnaire ultérieur avisant le débiteur en premier ou enregistrant la cession en premier aura la priorité. Parmi les types de cession sans notification, on notera l'"escompte global" (*block discounting*) et l'"escompte de facture" (*invoice discounting*). L'escompte global désigne une vente de créances sans notification dans laquelle le cessionnaire retient, outre une garantie consistant en une partie de la valeur nominale de la créance, un montant calculé en fonction de la période moyenne durant laquelle il ne disposera pas de son argent. Le cessionnaire s'engage normalement à recouvrer la créance en tant qu'agent du cédant et à garantir le paiement par les débiteurs. L'escompte de facture désigne une vente de créance sans notification dans laquelle le cédant continue d'être responsable du recouvrement en tant qu'agent du cessionnaire, qui est le donneur d'ordre occulte⁶.

D. Affacturage

11. L'affacturage est souvent compris dans la pratique comme la vente de créances à des fins de financement et à d'autres fins. Toutefois, la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (ci-après dénommée la "Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage") régit à la fois les cessions-ventes et les cessions à titre de garantie. Au sens de la Convention, les mots "contrat d'affacturage" désignent "un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage, ci-après dénommée le cessionnaire) en vertu duquel : a) le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique; b) le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes : le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé; la tenue des comptes relatifs aux créances; l'encaissement de créances; la protection contre la défaillance des débiteurs; c) la cession des créances doit être notifiée aux débiteurs" (art. 1^{er}). La Convention dispose en outre que le

⁴UNIDROIT 1992, Étude LXXII — Doc. 5, par. 6.

⁶Roy M. Goode, *Commercial Law* (Harmondsworth, Penguin Books, 1982), p. 856.

terme "marchandises" englobe les services (par. 3 de l'article premier) et que la Convention s'applique lorsque les créances cédées naissent d'un contrat de vente internationale de marchandises (c'est-à-dire lorsque le fournisseur et le débiteur ont leur établissement dans des États différents) et que le cessionnaire a son établissement dans un pays tiers ou lorsque le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un État contractant (art. 2).

12. Ainsi, la Convention régit un nombre considérable d'opérations d'affacturage, mais pas la totalité, et un certain nombre de questions liées à l'affacturage demeurent régies par la loi nationale applicable (le titre initialement retenu pour la Convention, "projet de convention sur certains aspects du factoring international", fait clairement apparaître que cet instrument ne se voulait pas exhaustif). En particulier, la Convention ne régit pas l'affacturage dans les cas où seul est offert un financement, ou uniquement un service supplémentaire parmi ceux qui sont énumérés à l'article premier. Elle ne régit pas la cession de créances domestiques ou de créances provenant d'un crédit-bail ou d'opérations ayant pour objet de mettre à disposition des équipements ou installations. En outre, elle ne s'applique pas à la cession sans notification, par exemple à l'escompte global ou à l'escompte de factures. Dans le même temps, elle ne régit pas certaines questions liées à la cession de créances, notamment les effets de la cession à l'égard de tiers.

E. Forfaitage

13. Le forfaitage peut être décrit comme la vente de créances documentaires, c'est-à-dire de créances incorporées dans des effets de commerce, tels que des lettres de change ou billets à ordre, ou dans des lettres de crédit et garanties bancaires. Toutefois, ce terme peut être utilisé pour désigner la vente de créances non documentaires qui peuvent être garanties par une garantie bancaire ou une lettre de crédit. Il ne serait peut-être pas souhaitable d'entreprendre une unification dans le domaine du forfaitage de créances documentaires, étant donné que la cession de telles créances est déjà régie par des dispositions législatives uniformes (notamment les Lois uniformes de Genève sur les lettres de change, les billets à ordre et les chèques), ou par des règles uniformes de caractère contractuel (par exemple, la cession du produit de lettres de crédit en vertu des Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires, ou la cession du produit de garanties bancaires soumises aux Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande), ou fait actuellement l'objet d'autres travaux d'unification (par exemple, le projet de convention de la CNUDCI sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by). En outre, on notera que les questions découlant de la cession de créances devraient être traitées différemment dans le cas de créances documentaires. Par exemple, le débiteur ne pourrait dans ce cas opposer au cessionnaire que des exceptions fondées sur le document incorporant les créances, et la priorité entre plusieurs cessionnaires devrait se fonder sur la possession du document en temps voulu. Toutefois, les travaux futurs d'unification pourraient englober le forfaitage de créances non documentaires.

F. Titrisation

14. Les travaux d'unification pourraient s'étendre à un large éventail d'opérations décrites sous le nom de "titrisa-

tion" (*securitization*) pouvant consister en la cession de créances, non entre un négociant et un établissement financier, mais entre deux établissements financiers. La titrisation peut avoir différents objets et englober une large gamme d'actifs. S'il ne semble pas y avoir de définition ou de pratique uniformes en la matière, on peut décrire la titrisation comme la transformation d'actifs non commercialisés, tels que des crédits hypothécaires, en des actifs négociables, tels que des obligations hypothécaires. Dans ses grandes lignes, la titrisation, qui peut faire intervenir la cession de créances commerciales entre deux établissements financiers à des fins de refinancement, peut être décrite comme suit : dans un premier temps, la société ou les sociétés ayant constitué un ensemble d'actifs financiers (le donneur d'ordre) peuvent les transférer à une autre société, en échange de capital-actions ou d'espèces. Dans un deuxième temps, le cessionnaire initial transfère les actifs à un organisme de placement en échange d'espèces et de titres, c'est-à-dire des actions ou des titres d'emprunt du type que l'organisme émet et vend à des investisseurs (titres garantis par des actifs). Le cessionnaire initial peut supporter tout le risque de perte sur les actifs et ne pas avoir de moyens de recours contre le donneur d'ordre. Les détenteurs des titres émis par l'organisme de placement peuvent recevoir mensuellement des intérêts à un taux donné.

15. La titrisation est une technique de financement relativement nouvelle, qui se répand à l'échelon international et peut avoir divers objets, tels que l'amélioration de la situation comptable (le remplacement sur les bilans d'actifs non disponibles par des espèces, l'amélioration du rendement des actifs et du rapport capital-actifs, ce qui peut renforcer la position du donneur d'ordre par rapport à ses créanciers), la mobilisation de capitaux (cote de crédit plus élevée pour les sûretés que celle du donneur d'ordre lui-même et réduction des frais de financement) et le respect d'une réglementation (par exemple, respect des limites en matière de crédit et du rapport capitaux permanents-actifs engagés).

G. Financement de projets

16. Les travaux dans le domaine du financement par cession de créances pourraient avoir des incidences sur le financement des projets, lorsque les recettes futures d'un projet générateur de recettes sont utilisées pour obtenir un financement. Le financement des projets peut se fonder sur une structure complexe d'opérations, faisant notamment appel à la cession de créances. Il s'agit d'une technique souvent utilisée dans les projets liés à l'exploitation de ressources naturelles ou à l'amélioration des infrastructures, par exemple la construction de centrales électriques, de ponts, d'autoroutes et d'équipements similaires. Ce type de financement des projets semble être jugé de plus en plus intéressant, notamment par les pays en développement et les pays en transition.

H. Créances commerciales ou créances de consommateurs

17. Les travaux futurs pourraient se limiter aux opérations commerciales, ou englober les opérations de consumma-

teurs. Une des raisons justifiant l'exclusion éventuelle des opérations de consommateurs est la suivante : la législation relative aux consommateurs fait en général intervenir des considérations de politique sociale que les États souhaitent en général régir eux-mêmes; aussi n'est-elle pas facile à unifier. Un autre argument peut également être avancé : à l'heure actuelle tout du moins, le volume des opérations de consommateurs à l'échelon international est sans doute trop peu important pour justifier leur examen dans un contexte international. Il serait donc sans doute préférable de limiter les travaux futurs aux créances commerciales. Par contre, la notion de "créance commerciale" peut poser quelques problèmes car, dans certaines juridictions, il n'existe pas de corpus distinct de règles commerciales. Dans d'autres juridictions, la notion de "commercial" est définie sur la base de la nature de l'opération, ou de la capacité des parties en tant que "commerçants". On notera que la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes, est axée sur les opérations commerciales et exclut les opérations portant sur des marchandises achetées pour un "usage personnel, familial ou domestique".

I. Créances internationales ou nationales

18. Une autre question se pose quant à la portée des travaux futurs : une loi uniforme éventuelle devrait-elle régir uniquement les créances résultant d'opérations internationales ou aussi les créances nationales ? Le critère retenu dans les conventions modernes, telles que la Convention des Nations Unies sur les ventes et la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, en tant que critère unique permettant de déterminer le caractère international de l'opération, est l'établissement des parties intéressées. Une telle approche est jugée préférable par souci de simplicité et afin de maximiser la portée des travaux⁷. On pourrait arguer, en faveur d'une inclusion des créances nationales, que la certitude juridique est aussi importante à l'échelon national qu'à l'échelon international. En outre, une dualité de régimes, un régime national pour les créances nationales et un régime uniforme pour les créances internationales, pourrait constituer un obstacle au commerce en accentuant encore la diversité des régimes applicables. Par contre, une limitation de la portée des travaux futurs aux créances internationales serait conforme à l'objectif de la facilitation du commerce international. En outre, les États pourraient répugner à accepter des modifications de leurs lois nationales relatives à la cession de créances dans un contexte purement national. De plus, un ensemble de règles applicables uniquement aux opérations internationales pourrait exercer un effet unificateur même sur les opérations nationales, car les États seraient libres d'appliquer ces règles également aux opérations nationales. Il serait donc sans doute plus approprié de se limiter aux créances internationales.

19. Toutefois, il semblerait injustifié d'aller jusqu'à limiter les travaux futurs aux cessions internationales de créances internationales, c'est-à-dire lorsque le cédant et le débiteur ont leur établissement dans des pays différents. Une telle limitation reviendrait sans doute à exclure la majorité des cessions, car celles-ci sont en général nationales. En outre, le

problème essentiel, qui est l'éventuelle inopposabilité d'une créance internationale, se pose, que la cession soit nationale ou internationale. De plus, si les travaux futurs se limitaient aux cessions internationales, il y aurait deux régimes juridiques régissant la cession, l'un applicable aux cessions nationales, l'autre aux cessions internationales. On notera que la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage s'applique à l'affacturage national et international de créances internationales.

II. QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE EXAMINÉES

A. Cessibilité des créances

20. En général, toutes les créances sont cessibles, à moins que leur cession ne soit interdite par convention, par la loi, ou en raison de considérations d'ordre public. Les interdictions légales en la matière, par exemple l'interdiction de la cession de salaires, ne seront pas examinées ici; il ne serait en effet ni possible, ni approprié de tenter d'élaborer des règles uniformes régissant tous les types d'interdictions légales. Toutefois, les interdictions par convention et les interdictions fondées sur des considérations d'ordre public seront mentionnées ci-après, vu leur importance pratique (voir par. 21 à 25).

1. Clauses de non-cession

21. Les parties incluent souvent dans leur contrat une clause interdisant au créancier de céder les droits découlant dudit contrat. Les systèmes juridiques divergent quant à la validité d'une telle clause. Les cessions conclues en violation de ces clauses sont en général valides dans certaines juridictions; dans d'autres, elles ne le sont qu'entre le créancier/cédant initial et le cessionnaire; dans d'autres encore, elles ne sont dans l'ensemble pas valides.

22. Dans un texte uniforme, on pourrait par exemple envisager de ne considérer comme valide une cession conclue en violation d'une clause de non-cession que si certaines conditions sont réunies. Une telle approche aurait l'avantage de protéger le débiteur d'un certain nombre de conséquences pouvant découler d'un changement d'identité du créancier, notamment : la charge de devoir suivre la trace d'une ou plusieurs cessions; le risque de négliger un avis de cession et d'avoir à payer une deuxième fois; et le risque de ne pas pouvoir opposer au cessionnaire toutes les exceptions, qu'elles soient apparues avant ou après l'avis de cession. On pourrait par exemple imposer comme condition que, dans un certain délai, le débiteur ne s'oppose pas ou consente à une cession conclue en violation d'une clause de non-cession. Toutefois, il pourrait être difficile d'énoncer une méthode pour déterminer ce délai. En outre, le débiteur pourrait alors décider lui-même lequel des cessionnaires aurait la priorité en acceptant une cession et en s'opposant à une autre. Un tel résultat ne serait pas conforme à l'objet de la clause de non-cession, qui est de protéger les intérêts du débiteur et non de déterminer qui aura la priorité parmi plusieurs demandeurs. On pourrait également exiger que le créancier/cédant initial accepte expressément par écrit la clause de non-cession.

⁷Roy M. Goode, "Reflections on the harmonization of law", *Uniform Law Review*, vol. I (1991), p. 64.

Toutefois, cela ne serait peut-être pas aisément applicable dans le cas du financement par cession de créances, car le cessionnaire devrait alors vérifier de manière approfondie chaque opération initiale, afin de s'assurer que le cédant a expressément accepté la clause de non-cession.

23. On pourrait également disposer, comme le fait la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, que la cession peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession. Une telle règle faciliterait la pratique du financement par cession de créances, car la cessibilité serait alors illimitée. En outre, on pourrait considérer que les débiteurs n'ont pas besoin de la protection supplémentaire que veut leur offrir la clause de non-cession, car ils ont dans une large mesure la possibilité d'invoquer des exceptions, y compris un droit à compensation contre les cessionnaires. Le débiteur devra sans doute engager des dépenses pour suivre la trace des cessions et éviter des erreurs comptables et autres, mais cela peut être considéré comme une dépense normale dans le cadre de ses activités. On notera que, pour tenir compte des exigences des États qui se sont fermement prononcés en faveur de la validité des clauses de non-cession, une exception à la règle ci-dessus a été incluse à l'article 6 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage. Cette disposition permet aux États de faire une déclaration aux termes de laquelle une cession contraire à la clause de non-cession n'aura pas d'effet à l'égard du débiteur qui, lors de la conclusion de l'opération initiale, a son établissement dans l'État faisant la déclaration.

2. Cessions globales

24. Les cessions globales de créances futures ne sont pas valides, dans certaines juridictions, parce que contraires à l'ordre public, notamment si lesdites créances découlent de contrats n'existant pas au moment de la cession. Dans ces juridictions, les tribunaux s'efforcent d'aplanir les obstacles au financement par cession de créances en reconnaissant la validité des cessions globales de créances futures, à condition que les détails (c'est-à-dire le montant et l'identité du débiteur) soient déterminés "ou déterminables" au moment où naissent lesdites créances⁸.

25. Selon une approche qui a été retenue à l'article 5 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, on pourrait disposer que les cessions globales de créances existantes ou futures ne sont valides qu'entre le cédant et le cessionnaire, la question de la validité de la cession à l'égard de tiers étant régie par la loi nationale applicable. Une telle règle présenterait un inconvénient : une seule et même cession globale pourra être valide entre les parties à la cession et ne pas l'être pour le débiteur et les tiers. De fait, le débiteur pourra affirmer que la cession n'était pas valide pour lui, payer le cédant et être libéré de son obligation. De même, si la cession n'est valide qu'entre le cédant et le cessionnaire, les créanciers du cédant pourront saisir les créances au motif que la cession n'était pas valide pour eux; ainsi, les créances seraient perdues pour le cessionnaire. Selon une autre ap-

proche, largement adoptée dans les systèmes juridiques nationaux, on pourrait reconnaître en général la validité des cessions globales de créances futures. Une telle approche faciliterait le financement par cession de créances. Les intérêts du débiteur seraient protégés, dans la mesure où il ne serait pas tenu de payer le cessionnaire avant d'avoir reçu notification de la cession (pour ce qui est des intérêts des tiers, voir par. 36 à 42).

B. Conditions de forme

26. Les systèmes juridiques divergent largement quant aux conditions de forme. Dans certaines juridictions, la cession doit être écrite, alors que, dans d'autres, une cession purement orale suffit. De ce fait, une seule et même cession peut être considérée comme valide dans un pays et non valide dans un autre. Un autre problème peut se poser : dans une même juridiction, il peut être difficile de déterminer quelles sont les conditions de forme d'une cession particulière, car ces conditions peuvent différer selon le type de cession (par exemple, cessions-ventes et cessions à titre de garantie).

27. Il semblerait que l'"écrit", défini avec souplesse, constituerait une condition de forme appropriée car, même dans les juridictions où les cessions orales sont valides, les parties tendent à établir un écrit. Aucune autre condition de forme ne sera sans doute nécessaire pour que la cession soit valide entre les parties. Outre l'écrit, on pourra exiger la notification du débiteur. Toutefois, en imposant une telle condition, on risque de créer des obstacles à la cession, notamment à la cession sans notification, sans pour cela offrir une protection supplémentaire au débiteur, car de toute façon ce dernier, en l'absence de notification, ou s'il n'a pas connaissance de la cession, pourra refuser de payer le cessionnaire.

C. Effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire

28. Les effets de la cession sur le cédant et le cessionnaire, pour ce qui est de leurs relations entre eux, sont en général régis par le contrat de cession qu'ils ont conclu; pour ce qui est du débiteur, ils sont fonction des dispositions de l'opération initiale. Dans la pratique, les parties à un financement par cession de créances tendent à être très précises quant à leurs droits et obligations. En outre, en vertu des principes généraux du droit contractuel, le cédant et le cessionnaire doivent s'abstenir de tout acte qui pourrait faire obstacle ou nuire à l'objet de la cession. En l'absence d'une convention suffisamment détaillée, la question sera régie par les dispositions de la loi. Ces dispositions traitent en général de la mesure dans laquelle le cédant garantit l'existence et l'opposabilité des créances et la solvabilité du débiteur. Il semble y avoir peu de différences entre les systèmes juridiques sur ce point. En général, le cédant qui reçoit un montant pour ses créances est réputé en garantir l'existence. Cette garantie serait nulle si le cessionnaire acquérait les créances sans en payer le prix, à moins que le cédant ne donne explicitement une garantie. En outre, le cédant ne garantit en général pas la solvabilité du débiteur, sauf convention contraire expresse.

⁸Hein Kötz, "Rights of third parties. Third party beneficiaries and assignment", in *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1992), vol. VII, chap. 13, par. 82.

D. Effets de la cession à l'égard du débiteur

29. Toutes règles relatives à la cession doivent avoir pour premier objectif d'équilibrer deux considérations : d'une part, permettre aux parties de mobiliser des créances pour obtenir un financement, et, d'autre part, veiller à ce que la situation juridique du débiteur, qui n'est pas partie à la cession, ne soit pas affaiblie du fait du changement d'identité du créancier. Deux grandes questions se posent dans ce contexte, à savoir les conditions qui doivent être remplies pour que la cession produise ses effets à l'égard du débiteur et les exceptions que ce dernier peut opposer au cessionnaire.

30. Si une cession peut être valide et contraignante pour le cédant et le cessionnaire, elle n'a pas d'effet sur le débiteur si une autre condition n'est pas remplie. Pour que le débiteur soit tenu de payer le cessionnaire, il doit avoir connaissance de la cession, mais les systèmes juridiques diffèrent sur le point de savoir si le débiteur doit être avisé de la cession ou si tout autre acte a pour conséquence de lui faire prendre connaissance de la cession. En outre, les systèmes juridiques exigeant une notification divergent quant aux effets de la connaissance qu'a le débiteur de la cession au cas où aucune notification n'est donnée.

31. L'exigence d'une notification écrite complète protégerait le débiteur de toute ambiguïté imputable à l'absence de notification, par exemple lorsque le débiteur a obtenu des informations sur la cession, mais ne connaît ni l'identité du cessionnaire, ni la valeur exacte des créances cédées. Les questions liées à la notification écrite sont les suivantes : les moyens modernes de communication tels que le télécopieur ou l'échange de données informatisées seront-ils inclus ? Quelle sera la teneur minimum de la notification (par exemple une identification raisonnable des créances cédées et du cessionnaire) ? Quelle partie peut donner notification, le cédant ou le cessionnaire (par exemple, lorsque le cessionnaire est autorisé par le cédant à donner notification) ? La notification produit-elle ses effets lorsqu'elle est expédiée, reçue ou effectivement lue par le débiteur ? Une autre question devra également être traitée : le débiteur n'ayant pas été officiellement avisé de la cession, mais en ayant connaissance, peut-il payer le cédant et être libéré de son obligation ?

32. Les systèmes juridiques diffèrent quant aux exceptions que le débiteur peut opposer au cessionnaire. Selon une approche adoptée dans certaines juridictions, le débiteur est autorisé à opposer au cessionnaire toute exception découlant du contrat ayant donné naissance aux créances cédées, que ces exceptions précèdent ou non la cession ou sa notification. Selon une approche retenue dans certaines autres juridictions, le débiteur est autorisé à opposer des exceptions découlant d'un contrat distinct entre lui et le cédant, si lesdites exceptions précèdent la notification de la cession, quelle que soit la date à laquelle les créances sont devenues exigibles. Dans d'autres juridictions encore, les exceptions découlant d'un contrat séparé entre le débiteur et le cédant sont permises, à condition qu'elles portent sur des créances exigibles à la fois au moment de la notification et au moment où les créances cédées deviennent exigibles. Selon une approche plus libérale retenue dans certaines juridictions, ces exceptions sont autorisées quel que soit le moment où la notification a lieu, ou le moment où les créances cédées sont exigibles.

33. Les systèmes juridiques divergent sur deux autres questions intéressantes liées aux exceptions opposables par le débiteur au cessionnaire demandant le paiement des créances cédées : le type de preuve que le débiteur est habilité à demander, en cas de doute quant à la conclusion de la cession; et la question de savoir si le cessionnaire doit rembourser au débiteur toute avance, au cas où le cédant ne se serait pas acquitté de son obligation envers le débiteur au titre de l'opération initiale. Pour ce qui est de la première question, on peut par exemple, comme l'on fait certaines juridictions, disposer que le débiteur peut demander une preuve "raisonnable". Un des avantages de cette approche est que le terme "raisonnable" est bien connu; même dans les juridictions où il n'a pas de sens juridique technique, il est bien compris dans la pratique. Cette approche présente aussi un inconvénient : l'utilisation du terme "raisonnable" peut être source d'incertitude et d'imprévisibilité, car son sens sera fonction des circonstances dans lesquelles la cession a été conclue. On pourra également exiger une preuve écrite, afin de promouvoir la certitude et la prévisibilité. Pour ce qui est de la deuxième question, une des approches possibles, qui a été retenue à l'article 10 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, consiste à disposer que le cessionnaire n'a pas à rembourser toute avance qu'aura pu verser le débiteur, sauf en cas d'enrichissement sans cause ou de mauvaise foi de la part du cessionnaire. Il peut y avoir enrichissement sans cause lorsque le cessionnaire reçoit paiement du débiteur, mais n'a pas payé le cédant au moment où le débiteur demande le remboursement des avances qu'il a versées. Le cessionnaire peut être de mauvaise foi si, par exemple, il paie au cédant les créances cédées, alors qu'il sait que le cédant ne s'est pas acquitté de ses obligations envers le débiteur au titre de l'opération initiale.

34. D'autres questions peuvent se poser pour lesquelles une unification ne serait sans doute ni nécessaire ni réalisable : le débiteur peut-il opposer des exceptions découlant d'opérations distinctes entre lui et le cessionnaire, ou entre lui et d'autres cédants qui pourraient avoir cédé leurs créances au même cessionnaire ? En cas de cessions ultérieures, le débiteur peut-il opposer au dernier cessionnaire demandant paiement toute exception qu'il aurait pu opposer à un cessionnaire précédent ?

35. Les exceptions opposables au cessionnaire par le débiteur rendent incertaine la possibilité pour le cessionnaire d'obtenir paiement. Pour cette raison, dans la pratique, des clauses de renonciation aux exceptions sont souvent incluses dans les dispositions contractuelles de l'opération initiale. Dans la plupart des juridictions, de telles clauses convenues au moment de la conclusion de l'opération initiale sont en général confirmées dans un cadre commercial, mais pas nécessairement dans le cadre d'opérations de consommateurs⁹. Certaines juridictions reconnaissent les clauses de renonciation convenues entre le débiteur et le cessionnaire après que le débiteur a été avisé de la cession, dans la mesure où elles portent sur des exceptions dont le débiteur savait ou aurait dû savoir au moment de la renonciation qu'il pouvait les opposer. Dans d'autres juridictions, l'acceptation par le débiteur de la cession, oralement ou par écrit, peut être interprétée comme une renonciation à la totalité ou à une partie des exceptions qu'il aurait pu opposer au cessionnaire,

⁹*Ibid.*, par. 99.

à condition qu'il apparaisse clairement et sans aucun doute que le débiteur acceptant la cession avait l'intention de renoncer auxdites exceptions.

E. Effets de la cession à l'égard de tiers : priorités

36. La cession étant considérée, dans la plupart des juridictions, comme un contrat entre le cédant et le cessionnaire, elle produit des effets entre eux. Toutefois, la cession étant également un mode de transfert de propriété, elle peut aussi avoir des effets à l'égard de tiers, par exemple plusieurs cessionnaires en conflit, les créanciers ou l'administrateur judiciaire du cédant. Les systèmes juridiques diffèrent quant au point de savoir si les effets de la cession à l'égard de tiers découlent de la cession elle-même ou d'un acte additionnel, tel que la notification au débiteur ou l'enregistrement de la cession. Autre question connexe, l'ordre de priorité entre plusieurs créanciers faisant valoir la même créance. La question de la priorité se pose essentiellement si les créances cédées sont les principaux actifs restant au cédant, notamment en cas de faillite de ce dernier; en effet, dans le cas contraire, le cédant pourra satisfaire ses créanciers avec d'autres éléments d'actif. Il peut notamment se produire un conflit de priorité entre plusieurs cessionnaires, du fait de cessions multiples de la même créance découlant d'un acte frauduleux ou d'un abus du cédant; entre le cessionnaire et l'administrateur judiciaire qui peut, par exemple, chercher à invalider la cession au motif qu'elle constitue une opération frauduleuse; entre le cessionnaire et les pouvoirs publics en tant que créanciers fiscaux du cédant. Comme les conflits de priorité avec un administrateur judiciaire ou les pouvoirs publics peuvent faire intervenir des considérations de politique générale touchant aux domaines social, économique et politique, il est sans doute mieux qu'ils soient régis par la loi nationale applicable; ils pourraient aussi être traités dans le cadre d'éventuels travaux d'unification sur l'insolvabilité internationale. Le présent rapport ne traitera que des conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires, ou entre le cessionnaire et les créanciers du cédant.

37. Si la question des effets à l'égard de tiers et la question connexe des priorités est importante pour certains types de cession, elle n'est pas d'une importance cruciale pour d'autres types de cession, notamment la titrisation dans laquelle le risque d'insolvabilité du cédant est en général réduit, étant donné qu'il s'agit le plus souvent d'une institution financière; le forfaitage, dans lequel les créances peuvent faire l'objet d'une garantie bancaire ou d'une lettre de crédit stand-by, le cessionnaire pouvant, en cas d'insolvabilité du cédant, être payé en vertu de la garantie bancaire ou de la lettre de crédit; et le financement des projets, dans lequel le cessionnaire peut obtenir diverses garanties, outre les ressources qui pourront découler du projet financé.

38. Selon une approche retenue dans certaines juridictions, la priorité est donnée au premier cessionnaire, au motif qu'une fois que le cédant a cédé une créance, elle ne lui appartient plus; aussi ne peut-il la céder une deuxième fois. Selon cette approche, les créanciers du cédant ne peuvent saisir la créance, puisque, à compter de la cession, elle ne lui appartient plus. Selon une approche similaire, adoptée récemment dans une juridiction afin de faciliter la cession de créances commerciales dans le contexte d'opérations finan-

cières, la priorité est donnée au cessionnaire détenant un document (bordereau) signé par le cédant, énumérant les créances, en fonction de la date dudit document (article 4 de la loi Dailly). Une telle approche présente l'avantage de la simplicité et de la certitude, car en aucun cas un cessionnaire ultérieur ne pourra prévaloir. Elle pose toutefois un problème, car elle n'offre aucune protection à des cessionnaires ultérieurs ou aux créanciers du cédant qui auront peut-être octroyé un crédit au cédant en acceptant les créances comme garantie et qui n'ont aucun moyen de savoir si ces créances ont déjà été cédées.

39. Il peut également être possible de donner la priorité au premier cessionnaire avisant le débiteur. En cas de saisie des créances par les créanciers du cédant, le cessionnaire prévaudra s'il a avisé le débiteur avant la saisie. Cette approche est notamment justifiée par le fait que, puisque la propriété d'un bien n'est en règle générale transférée que si le cessionnaire en prend possession, la propriété d'une créance ne devrait être transférée que s'il était donné notification au débiteur, ce qui peut être considéré comme l'équivalent le plus proche de la prise de possession. Cette règle offre une certaine protection aux diverses parties, notamment les créanciers éventuels du cédant, qui sont à même de déterminer si le débiteur a reçu un avis relatif à une cession précédente avant d'octroyer un crédit au cédant. Toutefois, l'application d'une telle règle sera peut-être difficile dans le domaine du financement par cession de créances car les tiers devront sans doute effectuer des vérifications auprès d'un grand nombre de débiteurs recevant de nombreux avis. En outre, les débiteurs ne pourraient être contraints de donner des informations à des tiers ou être tenus responsables en cas de fourniture d'informations inexacts ou fausses.

40. Selon une autre approche encore, on pourrait accorder la priorité au premier cessionnaire enregistrant la cession auprès d'un service public d'enregistrement. En cas de saisie des créances cédées, le cessionnaire prévaudrait si la date d'enregistrement était antérieure à la date de la saisie (pour un examen de la question de l'enregistrement, voir par. 43 à 51). Selon une autre approche fondée sur un type différent d'enregistrement, on accorderait la priorité au cessionnaire qui, le premier, ferait enregistrer la cession sur les livres commerciaux du cédant. Un tel système présente toutefois des inconvénients. Il pourra être considéré comme peu fiable, étant fondé sur l'hypothèse que le cédant enregistrera correctement toutes les cessions. Au cas où le cédant ne mettrait pas à jour ses livres ou ferait une erreur dans l'enregistrement, ou enregistrerait en premier une cession ultérieure, le premier cessionnaire perdrait sa priorité et n'aurait pas de recours contre le cédant si ce dernier devenait insolvable. Pour aplanir les difficultés liées à ce système, on pourrait par exemple exiger du cédant qu'il présente ses livres au cessionnaire, afin que ce dernier puisse vérifier l'enregistrement de la cession ou puisse lui-même l'enregistrer. Toutefois, l'utilité d'un tel système pourrait être mise en doute, étant donné les difficultés qui risquent de se poser et le temps et les dépenses qu'il faudra consacrer à l'enregistrement de cessions globales et à l'accès aux informations enregistrées.

41. Si l'on ne peut trouver une solution de droit positif au problème des priorités, on pourra envisager une solution fondée sur le droit international privé. Par exemple, on pourra

disposer que les effets de la cession à l'égard de tiers et la question connexe de la priorité seront régis par la loi de l'État où le cédant a son établissement. Cette approche présente certains avantages. Elle offre un point de référence unique pour les cessions globales dans le contexte du financement par cession de créances, même si les débiteurs résident dans des pays différents. De plus, la loi de l'établissement du cédant est déterminable au moment de la cession, même si les dettes n'existent pas encore. En outre, le choix de cette loi semble approprié lorsqu'un enregistrement de la cession est requis, car les cessionnaires potentiels se tourneront sans doute vers l'établissement du cédant lorsqu'ils souhaiteront déterminer si les créances ont déjà été cédées. Cette approche peut toutefois poser des problèmes : il peut, par exemple, ne pas être facile de déterminer l'établissement du cédant, notamment, lorsqu'une société est enregistrée dans un lieu donné, mais opère dans d'autres lieux. Il se peut aussi que la question de la priorité soit considérée comme une question relevant du droit contractuel ou préjudiciel, du droit de la propriété, du droit des faillites ou du droit de procédure, ce qui compliquerait l'élaboration d'une règle généralement acceptable de droit international privé.

42. Il est également possible de concevoir une règle combinant des éléments de droit positif et de droit international privé en disposant que le premier cessionnaire dans le temps, le premier cessionnaire à aviser le débiteur, ou le premier cessionnaire à enregistrer la cession auprès d'un service public d'enregistrement, auront la priorité, selon l'approche suivie par la loi de l'État où le cédant a son établissement. Cette approche présentera l'inconvénient de ne pas produire de résultats uniformes. Toutefois, elle réduirait les incertitudes dans une certaine mesure et pourrait être acceptable car elle ne modifierait pas les approches actuelles de la question des priorités.

F. Enregistrement

43. L'enregistrement d'une cession peut être décrit comme l'inscription d'informations relatives à la cession sur un registre géré par un service public, afin d'attester la propriété des créances, d'aviser de la cession les tiers intéressés ou de permettre une détermination des priorités. L'enregistrement des cessions ou d'autres opérations similaires est déjà pratiqué dans certaines juridictions. Dans d'autres, il est actuellement envisagé par des commissions de réforme de la loi chargées de moderniser la législation des opérations assorties de sûretés, ou il est proposé comme solution possible au problème des priorités¹⁰. Dans les juridictions où l'enregistrement des cessions ou d'opérations similaires n'est pas pratiqué, la notion générale n'est pas nécessairement nouvelle, car d'autres types d'opérations ou de droits font déjà l'objet d'un enregistrement, par exemple les opérations assorties de sûretés relatives à des biens immobiliers et les opérations portant sur des droits liés à des navires, aéronefs, brevets, marques commerciales et droits d'auteur. On notera que l'enregistrement est déjà pratiqué dans un contexte international. Par exemple, l'Organisation mondiale de la

propriété intellectuelle (OMPI) tient des registres pour les marques commerciales et les modèles. L'OMPI fait également office de banque de données internationales centralisée pour les brevets, ce qui permet aux utilisateurs internationaux d'avoir accès à des informations portées sur des registres nationaux. L'utilité de l'enregistrement international a déjà été reconnue au sein du Groupe d'étude d'UNIDROIT chargé d'élaborer des règles uniformes sur certains aspects des sûretés revêtant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre¹¹.

44. L'enregistrement est une question importante qui ne se pose pas uniquement dans le domaine de la cession de créances, mais aussi dans le contexte d'autres sujets de travail possibles de la CNUDCI. L'enregistrement et le transfert des droits à l'échelon international sont une question importante dans le contexte de la négociabilité des droits sur des marchandises. Le Groupe de travail sur l'échange de données informatisées a adopté à sa vingt-septième session (New York, 28 février-11 mars 1994) une recommandation à la Commission aux termes de laquelle celle-ci devrait autoriser le Groupe de travail à entreprendre des travaux préliminaires sur la négociabilité des droits sur les marchandises dès qu'il aurait achevé l'élaboration des dispositions réglementaires types sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication de données¹². On notera également que l'enregistrement de sûretés dématérialisées ou non certifiées, c'est-à-dire de sûretés qui n'ont pas de forme tangible, est une question importante qui sera abordée dans une note préliminaire sur les travaux futurs que le Secrétariat compte soumettre à la Commission lors d'une session ultérieure. Nombre des questions juridiques que pose l'enregistrement dans ces différents domaines sont sans doute identiques, que les droits transférés concernent des marchandises, des créances ou des sûretés; d'autres questions pourront, par contre, être différentes, selon qu'il s'agira de droits sur des marchandises, des créances ou des sûretés.

45. Il semble qu'une solution fondée sur l'enregistrement permettrait de protéger les intérêts des tiers et offrirait un critère objectif sur la base duquel les conflits de priorité pourraient être réglés. En outre, les dépenses et délais nécessaires pour l'enregistrement ne seraient sans doute pas prohibitifs, car on pourrait recourir à un système d'enregistrement informatisé accessible par des systèmes modernes de communication. Pour ce qui est du caractère confidentiel des données relatives au cédant, qui peut être important pour son image sur le marché, on notera qu'il existe des moyens permettant de veiller à ce que l'accès à l'information enregistrée ne soit possible qu'à certaines conditions et uniquement pour les parties sur lesquelles l'enregistrement pourra produire des effets (voir le paragraphe 48). Dans ce contexte, on notera également que les données financières des sociétés, par exemple les actifs, les actifs gagés, le remboursement des emprunts, les défauts de paiement, les chèques refusés, sont, dans de nombreuses juridictions, déjà enregistrées par la banque centrale ou des banques commerciales ou d'autres institutions et sont mises à la disposition des institutions financières par le biais d'un système national ou international de télécommunications. Pour ce qui est du

¹⁰John Dullely, *A National Register of Personal Property Securities* (Australian Law Reform Commission, Personal Property Securities Research Paper 1); Lane H. Blumenfeld, "A hole in the bucket. The unavailability of financial credit due to the lack of a registry in Russian collateral law", *Law in Transition*, Winter/Spring 1994, p. 14.

¹¹Voir UNIDROIT 1993, Étude LXXII — Doc. 7, par. 11.

¹²A/CN.9/390, par. 154 à 158.

risque de voir une condition de publicité, même restreinte, porter atteinte à la confidentialité des renseignements relatifs au cédant, on notera que les éventuels effets néfastes d'un système d'enregistrement sur la confidentialité devront être évalués compte tenu de l'avantage qu'il y aurait à faciliter l'obtention, sur la base des créances, d'un crédit d'un montant plus proche de la valeur nominale desdites créances.

46. L'enregistrement peut être effectué auprès d'un service international d'enregistrement ou d'un service central national accessible par le biais d'une banque de données internationales centralisée. Un registre international faciliterait tant l'enregistrement que l'accès aux informations. En outre, le cadre juridique d'un tel registre international exigerait l'élaboration d'un ensemble de règles uniformes qui, selon toute vraisemblance, devraient prendre la forme d'une convention. Pour ce qui est des préoccupations liées au coût de la mise en place et du fonctionnement d'un registre international, à la simplicité et à la facilité de l'enregistrement et à l'accès aux informations enregistrées, on pourrait les atténuer, du moins partiellement, en mettant sur pied un système d'enregistrement international dans le cadre d'une institution des Nations Unies qui ferait office d'autorité d'enregistrement, utiliserait les moyens existant et serait accessible dans le monde entier du fait du caractère universel du système des Nations Unies. Au cas où il se révélerait impossible de créer un registre international, on pourrait établir une banque centrale de données internationales, afin que les informations déposées sur les registres nationaux puissent être disponibles aux utilisateurs internationaux par le biais des moyens modernes de communications. Un tel système d'enregistrement ne faciliterait pas nécessairement l'enregistrement pour les créanciers internationaux, mais il pourrait faciliter l'accès aux informations enregistrées. Un enregistrement central à l'échelon national, accessible par l'intermédiaire d'une banque de données internationales centralisée, aurait pour avantage d'être plus facile à mettre en œuvre et moins coûteux, car il pourrait bénéficier des registres et banques de données nationaux existants qui, avec quelques modifications, pourraient être intégrés au nouveau système. Toutefois, un tel système d'enregistrement ne permettrait pas véritablement d'obtenir des résultats uniformes : l'enregistrement et ses effets à l'égard de tiers seraient régis par la législation nationale, et les questions liées à l'accès aux informations enregistrées pourraient être traitées soit dans une convention, soit dans une loi type. Que l'on donne la préférence à un registre international ou à une banque de données internationales centralisée, l'exemple de l'OMPI qui fait office d'autorité internationale d'enregistrement pour les marques commerciales et les modèles et de banque de données internationales centralisée pour les brevets pourrait constituer un précédent (voir par. 43).

47. L'enregistrement pose un certain nombre de questions juridiques : effets juridiques, authentification du document à enregistrer, responsabilité de l'autorité d'enregistrement en cas de non-respect des procédures d'authentification ou d'erreur dans la copie émise par l'autorité d'enregistrement sur la demande de parties intéressées, valeur probante de cette copie et enregistrement d'une déclaration de libération du cédant en cas de cession à titre de garantie.

48. On peut supposer que l'enregistrement aura un certain nombre d'effets juridiques : preuve de la propriété ou

d'autres droits sur les créances; notification de la cession aux tiers; et détermination de la priorité lorsqu'il y a plusieurs demandes opposées. Une question devra être examinée : la notification pourra-t-elle produire ses effets à l'égard de tous les tiers, ou à l'égard de certaines catégories de tiers seulement, par exemple des tiers dont on pourra raisonnablement attendre qu'ils recherchent dans un registre ? Les institutions financières, notamment, qui fournissent un crédit sur la base de créances dans le cadre normal de leurs activités pourront raisonnablement être supposées rechercher dans un registre. Toutefois, pour les petits ou moyens fournisseurs de matériaux à crédit, qui conservent la propriété des matériaux jusqu'à ce qu'ils soient intégralement payés et obtiennent en tant que cessionnaires des droits sur les créances découlant de la revente du produit final, il sera sans doute difficile de faire de telles recherches. Une autre question se posera si l'enregistrement fait office de système d'établissement des priorités : le premier cessionnaire à enregistrer sera-t-il réputé avoir la priorité sur les cessionnaires n'ayant pas procédé à l'enregistrement ou l'ayant fait ultérieurement, ainsi que sur les créanciers du cédant qui auraient tenté de saisir les créances cédées après l'enregistrement ? Si une telle règle est adoptée, il faudrait l'assortir d'exceptions.

49. Le document à enregistrer, c'est-à-dire le contrat de cession dans son intégralité ou un résumé, devra être authentifié. L'authentification sera nécessaire pour confirmer notamment si le cédant et le cessionnaire mentionnés dans le document enregistré sont effectivement parties à la cession et approuvent la teneur dudit document. Une question se pose à propos de la procédure d'authentification à laquelle devra se conformer l'autorité d'enregistrement : s'agira-t-il d'une méthode d'authentification convenue ou, faute de convention en la matière, d'une méthode raisonnable ou de toute méthode d'authentification ? D'autres questions connexes se posent à ce propos : la responsabilité de l'autorité en cas de non-application d'une méthode d'authentification ayant pour résultat l'enregistrement d'informations inexactes ou fausses entraînant un préjudice pour les parties, et la responsabilité des parties habilitées à enregistrer en cas de dépôt d'informations inexactes ou fausses. Il faudrait peut-être veiller à ce que le cessionnaire qui a déposé un avis inexact ou faux ne puisse en tirer parti et que ce cessionnaire soit tenu de verser des dommages-intérêts au cédant au cas où ce dernier subirait un préjudice de ce fait. La répartition de la responsabilité en cas de dépôt d'informations inexactes ou fausses ne sera sans doute pas la même si l'enregistrement est un acte commun du cédant et du cessionnaire.

50. Sur la demande des parties habilitées à obtenir accès aux informations déposées, l'autorité d'enregistrement devra émettre un document donnant l'information demandée. Ce document pourra être requis par le cédant ou ses créanciers potentiels cherchant à déterminer sa situation financière sur la base de ses créances. Une question importante se pose à ce propos : quelle est la valeur probante d'un tel document, notamment s'il prend la forme d'une télécopie ou d'une communication électronique ? Question connexe, la responsabilité éventuelle de l'autorité d'enregistrement en cas d'erreur, résultant de disparités entre l'information portée au registre et l'information donnée dans ledit document. Cette responsabilité pourrait être limitée aux préjudices directs imputables à une faute lourde et une intention délibérée, ou être

élargie à la perte de profit imputable à cette faute. Dans ce contexte, il faudra peut-être prévoir un mécanisme de dédommagement en cas d'erreur de l'autorité d'enregistrement. Par exemple, une partie des frais d'enregistrement ou d'autres recettes de l'autorité d'enregistrement pourrait être déposée dans un fonds, et les demandes de dédommagement adressées à l'autorité d'enregistrement pourraient être payées au moyen de ce fonds.

51. En cas de cession à titre de garantie, lorsque le cédant s'est acquitté de ses obligations en vertu de l'opération de crédit sous-jacente ou a fourni une autre garantie, une déclaration de libération du cédant devra être enregistrée entraînant la renonciation par le cessionnaire à son droit sur les créances. Une telle déclaration pourra être déposée par le cessionnaire, de sa propre initiative ou sur demande écrite du cédant. Au cas où le cessionnaire ne déposerait pas une telle déclaration de libération en temps voulu, le cédant ne serait pas à même d'utiliser ses créances pour obtenir un nouveau crédit. A ce propos, la question des moyens de recours du cédant se pose. L'un de ces recours pourrait consister à établir le droit du cédant à demander et obtenir de l'autorité d'enregistrement, sur présentation de certains documents, une déclaration de libération. Une telle approche présenterait l'inconvénient d'imposer une charge excessive à l'autorité d'enregistrement qui devrait vérifier la teneur des documents soumis. En outre, elle risquerait d'engager sa responsabilité en cas d'erreur lors de l'évaluation desdits documents. Un autre moyen de recours pourrait consister à donner au cédant le droit d'obtenir une mesure conservatoire sous la forme d'une ordonnance imposant à l'autorité d'enregistrement ou au cessionnaire d'émettre une déclaration de libération.

III. CONCLUSIONS

52. Sur la base de l'exposé ci-dessus, on peut conclure que la disparité des lois relatives à la cession nuit à la disponibilité et au fonctionnement du financement par cession de créances à l'échelon international. On peut en outre conclure qu'il pourrait être remédié à cette situation par l'élaboration d'un texte juridique uniforme qui tiendrait compte de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, mais irait beaucoup plus loin, notamment pour ce qui est de son champ d'application.

53. Comme il est indiqué aux paragraphes 11 à 16, ce champ d'application pourrait inclure non seulement les cas d'affacturage non régis par la Convention d'UNIDROIT, mais aussi de nombreuses autres opérations effectuées dans des contextes financiers tels que la titrisation, le financement des projets et le forfaitage de créances non documentaires. Avant qu'une décision précise ne soit prise sur les types de cession de créances qui devraient être pris en compte, il semble qu'une nouvelle étude serait nécessaire qui traiterait, dans ces divers contextes financiers, des autres questions liées au champ d'application mentionnées dans la première partie (par. 3 à 10 et 17 à 19) et, de manière très détaillée, peut-être avec un avant-projet de règles, des diverses questions de fond recensées et examinées dans la deuxième partie.

54. Parmi toutes les questions de fond traitées dans la deuxième partie, les effets de la cession à l'égard de tiers et la question connexe des priorités constituent sans doute le problème le plus complexe et le plus difficile. Comme on peut conclure des paragraphes 36 à 51, il semble que le traitement de cette question de manière appropriée et universellement acceptable dépende, du moins en partie, de la possibilité de mettre sur pied un système d'enregistrement fiable. Un tel système pourrait être utile également dans les domaines autres que les créances (par exemple, les titres de propriété, les sûretés, les garanties); aussi est-il proposé qu'une étude distincte soit entreprise qui traiterait en détail des questions pertinentes, notamment des aspects juridiques de la création et du fonctionnement d'un registre central international.

55. Une autre conclusion encore peut être tirée du présent rapport : il est souhaitable de coopérer le plus étroitement possible avec UNIDROIT. De fait, il faudrait explorer tous les modes possibles de coopération, y compris ceux auxquels il n'a pas encore été fait appel. Pour chaque étape des travaux préparatoires, il faudrait choisir le mode le plus approprié, selon l'attitude d'UNIDROIT envers le projet et compte tenu de ses propres travaux dans des domaines connexes.

56. Si la Commission partage les conclusions ci-dessus, elle voudra peut-être prier le Secrétariat d'établir les deux études mentionnées aux paragraphes 53 et 54. Sur la base desdites études, elle voudra peut-être décider de la marche à suivre et notamment déterminer si, à ce stade, un groupe de travail devrait être chargé d'élaborer un texte juridique uniforme sur le financement par cession de créances.