



Assemblée générale

D/CN.9/170
DISP. GÉNÉRALE

23 mars 2000

FRANÇAIS

Original: ANGLAIS

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

FINANCEMENT PAR CESSIION DE CRÉANCES

Commentaire analytique sur le projet de Convention sur la cession de créances

[à des fins de financement][dans le commerce international]

Note du Secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
INTRODUCTION	1-3	4
COMMENTAIRE ANALYTIQUE	4-235	5
Titre et préambule	4-12	5
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION	13-54	9
Structure du chapitre premier	13	9
Article 1. Champ d'application	14-23	9
Article 2. Cession de créances	24-37	13
Article 3. Internationalité	38-40	18
Article 4. Exclusions	41-49	19
Article 5. Limitations concernant les cessions de créances autres que les créances commerciales	50-54	22
CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	55-79	23
Article 6. Définitions et principes d'interprétation	55-73	23

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Article 7. Autonomie des parties	74-75	29
Article 8. Principes d'interprétation	76-79	30
CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION	80-108	32
Forme de la cession	80-82	32
Article 9. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances	83-95	33
Article 10. Date de la cession	96-97	37
Article 11. Limitations contractuelles à la cession	98-104	38
Article 12. Transfert de sûretés	105-108	40
CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS	109-186	42
Section I. Cédant et cessionnaire	109-127	42
Objet de la section I	109	42
Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire	110-112	43
Article 14. Garanties dues par le cédant	113-120	44
Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur	121-124	47
Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement	125-127	49
Section II. Débiteur	128-160	50
Article 17. Principe de la protection du débiteur	128-129	50
Article 18. Notification de la cession au débiteur	130-132	51
Article 19. Paiement libératoire du débiteur	133-142	53
Article 20. Exceptions et droits à compensation du débiteur	143-147	56
Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation	148-153	58
Article 22. Modification du contrat initial	154-158	60
Article 23. Recouvrement des paiements	159-160	62
Section III. Autres parties	161-186	63
Structure de la section III	161	63
Article 24. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties	162-178	63
Article 25. Ordre public et droits préférentiels	179-182	69
Article 26. Règles spéciales relatives au produit	183-185	70
Article 27. Renonciation	186	71
CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS	187-199	72
Champ d'application et objet du chapitre V	187-199	72
Article 28. Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire	190-193	73

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Article 29. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur	194-196	75
Article 30. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties	197	76
Article 31. Règles impératives	198	77
Article 32. Ordre public	199	78
CHAPITRE VI. CLAUSES FINALES	200-223	79
Article 33. Dépositaire	200	79
Article 34. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion ..	201	79
Article 35. Application aux unités territoriales	202	80
Article 36. Conflits avec d'autres accords internationaux	203-211	80
Article 37. Application du chapitre V	212	84
Article 38. Limitations concernant les personnes publiques	213-214	84
Article 39. Autres exclusions	215	85
Article 40. Application de l'annexe	216	86
Article 41. Effets des déclarations	217-219	87
Article 42. Réserves	220	88
Article 43. Entrée en vigueur	221	89
Article 44. Dénonciation	222	89
Clauses finales supplémentaires	223	90
ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION	224-235	90
Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement	226-228	91
Article 1. Priorité entre plusieurs cessionnaires	226-227	91
Article 2. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité	228	92
Section II. Enregistrement	229-233	92
Article 3. Création d'un système d'enregistrement	229-230	92
Article 4. Enregistrement	231-232	93
Article 5. Recherches dans le registre	233	94
Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession	234-235	95
Article 6. Priorité entre plusieurs cessionnaires	234	95
Article 7. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant	235	96

INTRODUCTION

1. À sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé de confier au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux le soin d'élaborer une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement. 1/ À cette même session, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général intitulé "La cession dans le cadre du financement par cession de créances: examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). Il a été convenu que ce rapport, qui exposait les préoccupations et les objectifs sous-tendant le projet ainsi que le contenu que pourrait avoir la loi uniforme, offrirait une base utile au Groupe de travail pour ses délibérations. 2/

2. Le Groupe de travail a entamé ses travaux à sa vingt-quatrième session, en novembre 1995, par l'examen du rapport du Secrétaire général. 3/ De sa vingt-cinquième à sa trente et unième sessions, il a examiné des projets d'articles révisés établis par le secrétariat 4/ et, de sa vingt-neuvième à sa trente et unième sessions, il a adopté un projet de Convention dont le titre exact reste à déterminer. 5/ À sa trente et unième session, il était saisi d'un commentaire préliminaire sur le projet de Convention établi par le secrétariat. 6/ À cette session, il a été convenu que le secrétariat finaliserait et distribuerait le commentaire en vue d'aider la Commission à examiner et finaliser le projet de Convention à sa trente-troisième session, qui se tiendra à New York, 12 juin-7 juillet 2000. 7/

3. La présente note a été établie en conséquence. Elle vise à fournir un résumé des raisons de l'adoption de telle ou telle disposition et de ses principaux objectifs, ainsi que des explications et interprétations de certains termes, sans toutefois rendre complètement compte des travaux préparatoires ou de toutes les propositions et dispositions qui n'ont pas été retenues. Pour les personnes souhaitant avoir de plus amples informations sur l'évolution de telle ou telle disposition, le commentaire énumère les renvois aux parties pertinentes des rapports

1/ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 374 à 381.

2/ Ibid., par. 379. À ses vingt-sixième et vingt-septième sessions, la Commission était saisie de deux autres rapports du Secrétaire général (A/CN.9/378/Add.3 et A/CN.9/397). Pour l'examen de ces rapports, voir ibid. quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 297 à 301 et quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 208 à 214.

3/ Le rapport du Groupe de travail a été publié sous la cote A/CN.9/420.

4/ Les projets d'articles établis par le secrétariat figurent dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.93, A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.102 et A/CN.9/WG.II/WP.104. Les rapports du Groupe de travail sont publiés sous les cotes A/CN.9/420, A/CN.9/432, A/CN.9/434, A/CN.9/445, A/CN.9/447, A/CN.9/455, A/CN.9/456 et A/CN.9/466.

5/ A/CN.9/455, par. 17; A/CN.9/456, par. 18; et A/CN.9/466, par. 19.

6/ A/CN.9/WG.II/WP.105 et A/CN.9/WG.II/WP.106.

7/ A/CN.9/466, par. 215.

des huit sessions du Groupe de travail. 8/ Une fois rédigé le texte définitif du projet de Convention, la Commission souhaitera peut-être prier le secrétariat d'établir une version finale du commentaire, qui servirait de guide législatif officieux et d'outil d'interprétation.

COMMENTAIRE ANALYTIQUE

Projet de Convention sur la cession de créances [à des fins de financement] [dans le commerce international]]

Préambule

Les États contractants,

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Considérant [que] les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable aux cessions [de créances] dans le commerce international [constituent un obstacle aux opérations de financement],

Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles [relatifs à la cession de créances] qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative [aux cessions de créances] [au financement par cession de créances,] [notamment aux cessions effectuées à l'occasion d'opérations d'affacturage, de forfaitage, de titrisation, de financement de projets et de refinancement,] tout en préservant les pratiques [de financement] [de cession] actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,

Souhaitant aussi dûment protéger les intérêts du débiteur en cas de cession de créances,

Estimant que l'adoption de règles uniformes régissant la cession de créances [à des fins de financement] faciliterait le développement du commerce international et favoriserait l'offre de [capitaux et de] crédit à des taux plus favorables,

Sont convenus de ce qui suit:

Références

A/CN.9/420, par. 14 à 18
A/CN.9/434, par. 14 à 16
A/CN.9/445, par. 120 à 124

A/CN.9/455, par. 157 à 159
A/CN.9/456, par. 19 à 21 et 60 à 65

Commentaire

8/ Pour éviter toute confusion, les anciens numéros des articles, qui ont été plusieurs fois changés au cours de l'élaboration du projet de Convention, ne sont pas mentionnés. Toutefois, tout ancien numéro ressortira du débat consigné dans les différents rapports du Groupe de travail. L'annexe II du document A/CN.9/466 indique la renumérotation finale des articles.

Titre

4. La Commission voudra peut-être déterminer s'il convient de conserver dans le titre du projet de Convention les termes "à des fins de financement" ou "dans le commerce international" (pour une liste non exhaustive et une brève description des pratiques visées par le projet de Convention, voir par. 6 à 12). Les termes "à des fins de financement" pourraient induire en erreur en donnant l'impression que le champ d'application du projet de Convention est limité aux opérations purement financières, à l'exclusion d'importantes opérations de service (par exemple, les cessions dans les opérations internationales d'affacturage, qui comprennent une assurance contre la défaillance des débiteurs, ou des services de comptabilité et de recouvrement; le chapitre premier n'exclut pas de telles opérations dans la mesure où il ne mentionne pas l'objectif de financement ou le contexte de la cession; voir par. 26). Les termes "dans le commerce international" peuvent traduire suffisamment bien l'objet général du projet de Convention, qui est de faciliter le mouvement des biens et des services entre les pays, et faire clairement ressortir que ledit projet s'applique aux cessions ayant un élément international et commercial, sans tenter de réglementer les cessions de créances sur consommateurs ou les cessions nationales de créances nationales. D'un autre côté, ces termes pourraient involontairement donner l'impression que le projet de Convention ne s'applique qu'aux cessions de créances s'inscrivant dans le commerce international et non aux cessions de créances sur consommateurs, aux cessions internationales de créances nationales ou aux cessions de créances nées de prêts ou d'autres opérations qui peuvent ne pas impliquer la vente de marchandises ou la fourniture de services. En outre, ces termes risquent de ne pas rendre compte du fait que le projet de Convention pourrait avoir une incidence sur les cessions nationales de créances nationales dans la mesure, par exemple, où il est censé prévoir la loi applicable à un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales (pour cette question, voir également les paragraphes 21 et 169). Somme toute, il pourrait être préférable d'inclure une référence au commerce international dans le titre et d'expliquer ce point dans le commentaire.

Préambule

5. L'objet du préambule est d'exposer les principes généraux sur lesquels se fonde le projet de Convention et qui, en vertu de l'article 8, peuvent être utilisés pour combler les lacunes laissées dans le texte. Ces principes sont notamment les suivants: faciliter l'octroi de crédits à des fins commerciales et de consommation à des taux plus favorables, et ce dans l'intérêt de toutes les parties, cédants, cessionnaires et débiteurs; protéger le débiteur, principe selon lequel la situation juridique de ce dernier n'est pas affectée à moins que cela ne soit expressément prévu dans le projet de Convention; promouvoir la circulation transfrontière des marchandises et des services; améliorer le degré de sécurité et de prévisibilité des droits des parties à des opérations liées à des cessions; moderniser et harmoniser les législations nationales et internationales relatives à la cession au niveau tant des règles de droit matériel que des règles de droit international privé; faciliter de nouvelles pratiques et éviter d'entraver les pratiques existantes; prévenir les entraves à la concurrence. Quant à la référence au financement, qui apparaît entre crochets dans le préambule, la Commission voudra peut-être envisager de la conserver, dans la mesure où l'on pourrait ainsi utilement préciser les principaux objectifs du projet de Convention, sans en limiter le champ d'application, point qui pourrait être expliqué plus en détail dans le commentaire.

Opérations visées

6. Compte tenu du sens large donné au terme "créance" à l'article 2 a) ("droit contractuel au paiement d'une somme d'argent"), le projet de Convention s'applique à un large éventail d'opérations. Il vise en particulier la cession de créances commerciales (nées de la vente de marchandises ou de services entre entreprises), de créances sur consommateurs (nées d'opérations impliquant des consommateurs), de créances financières (nées d'opérations financières telles que des prêts, des comptes de dépôt, des swaps ainsi que des produits dérivés) et des créances souveraines (nées d'opérations avec une personne publique). Afin de préciser le contexte de l'application du projet de Convention, ces pratiques sont brièvement décrites dans les paragraphes qui suivent.

La liste ne saurait être exhaustive étant donné, en particulier, que de nouvelles pratiques se développent rapidement, dont le projet de Convention ne peut pas ne pas tenir compte.

7. Sont tout d'abord incluses les méthodes de financement traditionnelles liées aux créances commerciales, telles que l'affacturage (vente simple d'un grand nombre de créances avec ou sans recours) et le forfaitage (vente simple et sans recours de créances uniques portant sur des montants élevés, qu'elles soient documentaires ou non). Dans ces types d'opérations, les cédants cèdent à des financiers leurs droits sur des créances découlant de la vente de biens ou de services. La cession constitue alors normalement un transfert pur et simple mais peut aussi, pour diverses raisons (droit de timbre, par exemple), être effectuée à des fins de garantie. Le prix d'achat est ajusté en fonction du risque et du temps requis pour le recouvrement de la créance sous-jacente. Aux formes traditionnelles de ces opérations se sont ajoutées plusieurs variantes adaptées aux divers besoins des parties aux opérations commerciales internationales. Par exemple, dans l'escompte de factures, il y a vente simple d'un grand nombre de créances sans notification au débiteur mais avec pleine possibilité de recours contre le cédant en cas de défaillance du débiteur; dans l'affacturage à échéance, il y a entière gestion du livre des ventes, recouvrement auprès des débiteurs et protection contre les créances douteuses, mais sans aucune facilité financière; dans l'affacturage international, les créances sont cédées à un facteur situé dans le pays du cédant ("facteur exportateur"), puis cédées de nouveau par le facteur exportateur à un autre facteur dans le pays du débiteur ("facteur importateur") à des fins de recouvrement, les facteurs n'ayant pas de recours contre le cédant en cas de défaillance du débiteur (affacturage sans recours). Toutes ces opérations sont visées par le projet de Convention, indépendamment de leur forme.

8. Le projet de Convention couvre également des méthodes de financement novatrices telles que la titrisation et le financement de projet qui peuvent impliquer des créances très diverses, y compris des créances sur consommateurs. Dans une opération de titrisation, un cédant, qui crée des créances de sa propre initiative ("initiateur"), les cède généralement par transfert pur et simple à une entité ad hoc ("special purpose vehicle" ou "fonds commun de créances") lui appartenant entièrement et créée spécialement dans le but d'acheter les créances et d'en payer le prix avec l'argent reçu des investisseurs auxquels le fonds commun de créances vend les créances ou les titres garantis par les créances. Étant donné que ces créances sont séparées des autres actifs de l'initiateur, le prix que paient les investisseurs (ou l'argent prêté) est lié à la solidité financière des créances cédées, et non à la solvabilité du cédant. L'initiateur peut ainsi obtenir des crédits plus importants que ne le justifierait sa propre cote de crédit. En outre, en accédant aux marchés internationaux des valeurs mobilières, l'initiateur peut obtenir un crédit à un taux inférieur au taux moyen des crédits accordés par les banques commerciales. Dans les grands projets d'infrastructure générateurs de recettes, les promoteurs mobilisent les capitaux d'investissement initiaux grâce à des emprunts garantis par les recettes futures du projet. Ainsi, les barrages hydroélectriques sont financés sur la base de la garantie de recettes provenant des redevances payées pour l'électricité, les systèmes téléphoniques sont financés par les recettes futures provenant des redevances de télécommunication et les autoroutes sont construites à l'aide des fonds obtenus par la cession des recettes qui seront générées par les péages. Étant donné que le projet de Convention s'applique aux créances futures, ces types de financement de projet peuvent se ramener à des transferts, généralement à titre de garantie, des futures créances que produira le projet en cours de financement. Dans ce contexte, il convient de souligner que l'exclusion, dans le projet de Convention, des cessions effectuées à des fins personnelles, familiales et domestiques n'entraînera pas l'exclusion des créances sur consommateurs.

9. De nombreuses autres formes d'opérations classiques relatives à la cession d'une créance créée dans le cadre d'une transaction financière seront également visées. Il s'agit notamment des suivantes: ouverture de crédits fondée sur la garantie que représente le solde d'un compte de dépôt; refinancement de prêts pour améliorer le rapport capital-obligations ou pour diversifier un portefeuille; cession de l'obligation éventuelle de la compagnie d'assurance de payer au moment du préjudice; et cession des droits découlant d'une lettre de crédit. Sont aussi visées des opérations moins traditionnelles, telles que les crédits consortiaux, les swaps et autres produits dérivés, les conventions de rachat, ("repo") et les paiements interbancaires.

10. Un swap est une opération par laquelle deux parties conviennent d'échanger un ensemble d'obligations pour un autre. Les premiers swaps portant sur les paiements d'intérêts englobaient les monnaies, les produits de base, l'énergie et les obligations liées aux crédits et l'éventail continue de s'élargir. L'idée maîtresse d'un swap est de transférer les risques que comporte une obligation à une autre partie mieux à même ou acceptant de les gérer. Dans un swap traditionnel de taux d'intérêts, une entité solvable qui emprunte de l'argent à un taux fixe, échange ce taux contre un taux variable auquel une autre entité moins solvable emprunte un montant analogue. Ainsi, la deuxième entité emprunte en fait de l'argent à un taux fixe moyennant un droit. Aucun paiement de capital n'a lieu entre les parties au swap (qui découle des opérations de prêt sous-jacentes). Seuls sont payés les intérêts. Dans la pratique, les paiements d'intérêts se trouvent mutuellement compensés et ne reste qu'un paiement net effectué par la partie qui doit le montant le plus élevé. Ce solde constitue un droit contractuel à une somme d'argent et rentre, par conséquent, dans la définition, large, de l'article 2. Le swap simple de taux d'intérêts connaît plusieurs variantes. Par exemple, un investisseur peut acheter une obligation à taux fixe et échanger ce taux fixe contre le taux d'intérêt variable d'une banque; la banque peut prendre une garantie sur l'obligation de manière à s'assurer que l'investisseur paiera des montants équivalents au taux fixe.

11. Les opérations dérivées constituent une catégorie plus générale d'opérations dont les swaps sont un exemple. Elles ont pour caractéristique commune de créer des obligations de paiement déterminées par le prix d'une opération sous-jacente (c'est la raison pour laquelle elles sont qualifiées de "dérivées"). À l'exception des swaps d'intérêts, la plupart des contrats dérivés portent sur la différence entre le prix futur convenu d'un actif à une date future et le prix effectif du marché à cette date. Par exemple, dans un contrat à terme, une partie convient de livrer à une autre partie à une date future donnée ("date d'échéance") un bien donné (par exemple une marchandise, une monnaie, une dette, un titre participatif ou un panier d'actions, un dépôt bancaire ou toute autre catégorie de biens) à un prix convenu au moment de la conclusion du contrat et payable à la date d'échéance. Les contrats à terme sont généralement exécutés par le paiement de la différence entre le prix convenu au moment de la conclusion du contrat et le prix du marché à la date d'échéance et non par la livraison matérielle et le paiement intégral à cette date (ces opérations sont appelées dérivées parce que le règlement ne se fait pas par exécution effective du contrat de vente ou de dépôt mais par le paiement de la différence entre le prix d'un bien effectif et un prix effectif; le contrat dérive d'un contrat commercial ordinaire). Dans les options, l'acheteur a le droit (mais non l'obligation) d'acquérir ("option d'achat") ou de vendre ("option de vente") à une date ultérieure un actif dont le prix est fixé au moment de l'option. Les conventions de rachat (ou *repo*) sont des contrats au titre desquels une partie vend à une autre partie une garantie (généralement à taux fixe) et s'engage simultanément à racheter cette garantie à une date ultérieure et à un prix convenu qui comprend une provision pour les intérêts sur la contrepartie en espèces et les intérêts accumulés sur la garantie. Les paiements dépendent de la remise ou rétrocession de la garantie. Dans les systèmes de paiements interbancaires et de règlement des opérations sur titres, les participants ont l'obligation de procéder à un grand nombre de paiements individuels et ont aussi le droit de recevoir un nombre analogue de paiements d'autres participants. Ces obligations et droits reviennent à des paiements dus au ou par l'ensemble du système (avec recours généralement à une contrepartie centrale) ou dus entre chaque paire de participants.

12. Les produits dérivés, y compris les swaps et les conventions de rachat, s'intègrent généralement dans un accord-cadre de compensation (par exemple la Convention-cadre de compensation établie par l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA)), qui prévoit le règlement net des paiements dus dans la même monnaie et à la même date. La convention peut également prévoir, en cas de violation par une partie, la résiliation de toutes les opérations en cours à leur coût de remplacement ou à leur valeur loyale et marchande, la conversion des sommes en une seule monnaie et la compensation en un seul paiement effectué par une seule partie au profit de l'autre (les questions relatives à la compensation sont traitées dans la loi type de l'ISDA en la matière adoptée par 21 États). La compensation (à savoir le règlement de créances réciproques jusqu'à la créance la moins élevée) et la compensation globale (soit, sous sa forme la plus simple, la capacité de compenser des créances réciproques sur les actifs d'une contrepartie insolvable) peuvent entrer dans le champ d'application

du projet de Convention dans la mesure où l'obligation nette découlant d'un contrat portant sur des opérations dérivées peut être cédée.

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Commentaire

Structure du chapitre premier

13. Au chapitre premier, les questions relatives au champ d'application sont traitées dans différentes dispositions par souci de clarté et de simplicité. L'article premier définit le champ d'application matérielle, uniquement en termes généraux, ainsi que le champ d'application territoriale du projet de Convention. Les articles 2 et 3 définissent le champ d'application matérielle de façon plus détaillée (définition de la cession, de la créance et de l'internationalité d'une cession ou d'une créance). Les articles 4 et 5 portent sur les opérations exclues et celles qui sont traitées de façon différente. L'article 6 se trouve au chapitre II du projet de Convention car les termes qui y sont définis ne se rapportent pas essentiellement, ou pas uniquement, à des questions de champ d'application. Cependant, la Commission souhaitera peut-être examiner la question de savoir si, compte tenu de l'importance du terme "situé", sa définition, qui figure à l'article 6 i), devrait être déplacée à l'article 2 ou 3 ou dans un nouvel article du chapitre premier.

Article premier. Champ d'application

1. La présente Convention s'applique:
 - a) aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre si, au moment de la conclusion du contrat de cession, le cédant est situé dans un État contractant;
 - b) aux cessions subséquentes, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente Convention; et
 - c) aux cessions subséquentes qui sont régies par la présente Convention en vertu de l'alinéa a) du présent paragraphe, même si une cession antérieure n'est pas régie par la présente Convention.
2. La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations du débiteur, à moins que ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant la créance soit la loi d'un État contractant.
- [3. Les dispositions du chapitre V s'appliquent aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre indépendamment des paragraphes 1 et 2 du présent article. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 37.]
4. L'annexe de la présente Convention s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 40.

Références

A/CN.9/420, par. 19 à 32
A/CN.9/432, par. 13 à 38
A/CN.9/434, par. 17 à 41
A/CN.9/445, par. 45 à 48 et 125 à 145

A/CN.9/447, par. 143 à 146
A/CN.9/455, par. 41 à 46 et 160 à 173
A/CN.9/456, par. 22 à 37
A/CN.9/466, par. 145 à 149

Commentaire

Champ d'application matérielle et territoriale

14. En vertu de l'article premier, le projet de Convention s'applique aux cessions de créances (pour une définition des termes "cession" et "créance", voir les paragraphes 26, 27, 29 et 30). Toutefois, cette application est subordonnée à l'existence, d'une part, d'un élément d'internationalité (pour une exception, voir par. 18) et, d'autre part, d'un lien territorial entre certaines parties et l'État contractant. L'internationalité peut se rapporter à la cession ou à la créance. En conséquence, le projet de Convention s'applique aux cessions de créances internationales, que les cessions soient internationales ou nationales, et aux cessions internationales de créances, même si les créances sont nationales. En d'autres termes, peu importe que les créances naissent dans le contexte du commerce national ou international, aussi longtemps que la cession elle-même est internationale (pour les commentaires sur l'internationalité, voir les paragraphes 38 à 40). Le lien territorial peut se rapporter uniquement au cédant ou à ce dernier et au débiteur. Pour l'application des dispositions du projet de Convention autres que les dispositions relatives au débiteur (par exemple la section II du chapitre IV), seul le cédant doit être situé dans un État contractant. Pour l'application de l'intégralité du projet de Convention, le débiteur doit lui aussi être situé dans l'État contractant (ou la loi régissant la créance doit être la loi d'un État contractant; pour un examen de la question de la localisation, voir les paragraphes 66 à 70).

15. Cette approche de l'application territoriale du projet de Convention repose sur l'hypothèse selon laquelle les principaux litiges que le projet de Convention serait appelé à trancher seraient pris en compte si le cédant (et, uniquement dans le cadre de l'application des dispositions intéressant le débiteur, ce dernier également) était situé dans un État contractant. Ces litiges pourraient surgir dans les cas suivants: droits du cessionnaire opposés au cédant pour manquement à une garantie; exécution des créances par le cessionnaire contre le débiteur; libération du débiteur; exceptions opposées par le débiteur au cessionnaire; droits relatifs du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant; droits de priorité relatifs du cessionnaire et d'un cessionnaire concurrent; et efficacité des cessions subséquentes. Le Groupe de travail a aussi estimé que l'exécution interviendrait normalement là où est situé le cédant ou le débiteur, et qu'il n'était donc pas nécessaire de faire référence au lieu où est situé le cessionnaire; et que l'application des dispositions du projet de Convention autres que celles énoncées à la section II du chapitre IV n'aurait pas d'incidence sur le débiteur, et qu'il n'était donc pas nécessaire d'exclure l'application de toutes les dispositions du projet de Convention si le débiteur n'était pas situé dans un État contractant.

16. Grâce à cette approche, le champ d'application territoriale du projet de Convention est suffisamment large et il n'est donc pas nécessaire de l'étendre aux cas où aucune partie ne serait située dans un État contractant mais où la loi d'un État contractant serait applicable en vertu des règles de droit international privé du for. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle approche pourrait donner lieu à des incertitudes, tout au moins dans la mesure où le droit international privé relatif à la cession n'était pas uniforme et, en tout état de cause, parce que les parties ne sauraient pas au moment de la conclusion d'une opération où un conflit risquerait de surgir et, partant, quelles règles de droit international privé pourraient s'appliquer. Toutefois, si le for est situé dans un État non contractant, les tribunaux ne sont pas liés par le projet de Convention. Par conséquent, bien que l'article premier ne fasse pas référence à l'application du projet de Convention en vertu des règles de droit international privé, les tribunaux d'un État non contractant ne peuvent être empêchés d'appliquer le projet de Convention dans le cadre de la loi désignée par leurs règles de droit international privé. Pour ce qui est de l'application du projet de Convention en tant que loi applicable en vertu des règles de droit international privé d'un État non

contractant, il conviendra de savoir si les tribunaux d'un État non contractant appliqueraient le projet de Convention uniquement si les tribunaux d'un État contractant le faisaient (à savoir si les critères d'application matérielle et territoriale sont satisfaits) ou même si les tribunaux d'un État contractant ne l'appliquaient pas (c'est-à-dire si les conditions du chapitre premier ne sont pas satisfaites). La Commission voudra peut-être se pencher sur cette question.

17. Au titre du paragraphe 2 de l'article premier, les dispositions du projet de Convention relatives au débiteur peuvent s'appliquer aux cas dans lesquels le débiteur n'est pas situé dans un État contractant mais où la loi d'un État contractant régit la créance cédée. Dans ce cas de figure, une approche différente est adoptée pour le champ d'application territoriale du projet de Convention, car le Groupe de travail a estimé que la certitude quant à l'application du projet de Convention ne se trouverait pas indûment compromise. En outre, contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 2 de l'article premier ne précise pas le moment où le débiteur doit être situé dans un État contractant ou celui où la créance doit être régie par la loi d'un État contractant (pour cette question, voir également les paragraphes 202 et 219). La Commission pourrait souhaiter préciser ce moment. Le moment de la conclusion du contrat initial pourrait être préférable du point de vue de la protection du débiteur puisque la prévisibilité de l'application du projet de Convention aux questions relatives au débiteur s'en trouverait améliorée. Un tel choix serait également compatible avec l'article 39, qui mentionne le lieu où est situé le débiteur dans un État faisant une déclaration au moment du contrat initial. Toutefois, le cédant, le cessionnaire et les tiers ne seraient alors pas en mesure de déterminer, dans le cas de créances futures, si le projet de Convention s'applique aux droits et obligations du débiteur (pour un problème connexe concernant les créances futures faisant l'objet d'une cession nationale, voir les paragraphes 39 et 40).

Cessions subséquentes

18. Conformément au principe de *continuatio juris*, le projet de Convention s'applique également aux cessions subséquentes effectuées, par exemple, dans le contexte d'opérations internationales d'affacturage, de titrisation et de refinancement, sous réserve que toute cession antérieure soit régie par le projet de Convention (et indépendamment du fait qu'il existe ou non un élément d'internationalité). En conséquence, même une cession nationale de créances nationales peut entrer dans le champ d'application du projet de Convention s'il s'agit d'une cession subséquent à une cession internationale. La raison d'une telle approche est la suivante: à moins que toutes les cessions d'une série de cessions ne soient soumises à un seul et même régime juridique, il serait très difficile d'aborder les questions associées aux cessions de façon uniforme. La Commission voudra peut-être se demander si le projet de Convention devrait s'appliquer aux cessions subséquentes uniquement si le cédant est situé dans un État contractant.

19. Le projet de Convention s'applique aussi aux cessions subséquentes qui en soi relèvent de l'alinéa a) de l'article premier, qu'une cession antérieure soit régie ou non par le projet de Convention (comme il ne s'agit pas d'un type distinct de cession, la Commission voudra peut-être réexaminer où devrait se situer le paragraphe 1 c) de l'article premier). Il s'ensuit que, dans une série de cessions, le projet de Convention ne peut s'appliquer qu'à certaines d'entre elles. D'où une rupture avec le principe de *continuatio juris*. Toutefois, le Groupe de travail a jugé nécessaire de suivre cette approche, étant entendu que les parties à des cessions dans des opérations de titrisation, où la première cession est une cession nationale et porte sur des créances nationales, ne devraient pas être privées des avantages que pourrait dégager l'application du projet de Convention. Cette approche repose sur l'hypothèse qu'il ne serait pas indûment porté atteinte à certaines pratiques nationales (à ce sujet, voir le paragraphe 20).

Relation avec le droit national

20. La prise en compte dans le projet de Convention des cessions internationales de créances nationales ou même de cessions nationales de créances nationales effectuées dans le cadre de cessions subséquentes

permettrait aux parties commerciales à des opérations nationales d'avoir un accès plus large aux marchés financiers internationaux et, de ce fait, à un crédit potentiellement meilleur marché. Les intérêts de cédants, protégés, par exemple, par les dispositions du droit national interdisant les cessions de créances futures ou les cessions globales, ne seraient pas indûment lésés dans la mesure où le projet de Convention n'empêche pas le cédant d'offrir ses créances à différents prêteurs à des fins de crédit (par exemple à un fournisseur de matériel à crédit ou à une institution de financement en contrepartie de fonds de roulement), étant entendu qu'il ne donne pas la priorité à l'un par rapport aux autres. Les intérêts des débiteurs, protégés par le droit national, ne seraient pas non plus indûment lésés, du moins dans la mesure où le projet de Convention exige que le débiteur soit situé dans un État contractant et limite les effets d'une cession sur le débiteur essentiellement à un paiement à un autre créancier dans le pays et dans la monnaie stipulés dans le contrat initial. Les intérêts des cessionnaires nationaux ne seraient pas non plus indûment lésés, car le projet de Convention ne donne pas la priorité à un cessionnaire étranger sur un cessionnaire national. Il indique simplement la législation nationale qui régirait la priorité. En outre, pour qu'un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger soit visé par le projet de Convention (alinéa a i) de l'article 24), le cédant devrait être situé dans un État contractant (alinéa a) de l'article premier) et cet État, selon la définition retenue dans le cas d'une cession nationale d'une créance nationale (art. 3), serait l'État dans lequel le débiteur national et le cessionnaire national sont situés. Toutefois, en raison de la règle de localisation de l'administration centrale, différentes lois pourraient s'appliquer à un conflit entre une cession effectuée par une succursale et une cession effectuée par le siège, si la succursale ou le siège n'est pas situé dans un État contractant.

Champ d'application du chapitre V

21. En vertu du paragraphe 3 de l'article premier, les règles de droit international privé du chapitre V s'appliquent aux cessions comportant un élément international tel que défini à l'article 3, que le cédant ou le débiteur soit situé ou non dans un État contractant. Le fait de limiter le champ d'application du chapitre V se justifie par le désir de réduire toute possibilité de conflit avec d'autres Conventions traitant de questions de droit international privé relatives à la cession (par exemple avec la Convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome, 1980 (la "Convention de Rome"), et la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, Mexico, 1994 (la "Convention de Mexico")). La Commission voudra peut-être revoir cette approche. Il ne semblerait pas judicieux de définir le champ d'application des règles du droit international privé en faisant référence à des notions fondamentales, voire à des notions artificielles, de l'internationalité. En tout état de cause, la question des conflits avec d'autres textes de droit international privé est déjà suffisamment traitée à l'article 36 (qui donne la priorité à tout autre texte législatif international portant sur les mêmes questions) et à l'article 37 (qui autorise les États à exclure l'application du chapitre V).

22. La Commission voudra peut-être également aborder la question de la hiérarchie entre les dispositions de droit matériel et les dispositions de droit international privé du projet de Convention pour faire en sorte que les dispositions de droit matériel s'appliquent en premier lieu (la question est traitée à l'article 24 par le membre de phrase: "À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention"). On pourrait, au début du chapitre V, insérer une nouvelle disposition qui porterait sur le champ d'application du chapitre V, la question de la hiérarchie entre le chapitre V et le reste du projet de Convention et le droit des États d'exclure l'application du chapitre V. Une telle disposition pourrait être libellée comme suit: "Le chapitre V s'applique aux cessions indépendamment des dispositions du chapitre premier. Dans le cas d'une cession à laquelle s'applique la présente Convention conformément au chapitre premier, le chapitre V s'applique aux questions qui ne sont pas réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention. Si un État fait une déclaration en vertu de l'article 37, le chapitre V ne s'applique pas". L'article 37 servirait à expliquer l'effet d'une telle déclaration (pour d'autres observations sur le champ d'application et l'objet du chapitre V, voir par. 187 à 189). Si une telle approche était retenue, le paragraphe 3 de l'article premier pourrait être supprimé

ou il pourrait simplement mentionner que les États peuvent faire une réserve au sujet de l'application du chapitre V.

Application de l'annexe

23. L'article 24 du projet de Convention soumet les questions de priorité à la législation du lieu dans lequel le cédant est situé (pour la définition de l'expression "est situé", voir l'alinéa i) de l'article 6). Considérant que certains États ont peut-être besoin de moderniser ou d'adapter leurs règles de priorité, le paragraphe 4 de l'article premier autorise les États à opter pour l'une des deux règles de priorité de droit matériel énoncées à l'annexe. Le paragraphe 2 de l'article 40 précise l'effet d'une déclaration faite au titre du paragraphe 4 de l'article premier, à savoir que, aux fins de l'article 24, la loi du lieu de situation du cédant est la règle de priorité énoncée à l'annexe, choisie par l'État contractant dans lequel est situé le cédant (pour les choix accordés aux États et les effets des déclarations, voir le paragraphe 216). Lorsque l'article 40 aura été finalisé, la Commission voudra peut-être revoir la formulation du paragraphe 4 de l'article premier et déterminer la place à lui donner dans le projet de Convention.

Article 2. Cession de créances

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme "cession" désigne le transfert qu'effectue par convention une personne ("cédant") à une autre personne ("cessionnaire") du droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent ("créance") due par une troisième personne ("débiteur"). La création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation est considérée comme un transfert;

b) En cas de cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire ("cession subséquente"), la personne qui effectue cette cession est le cédant et la personne en faveur de qui cette cession est effectuée est le cessionnaire.

Références

A/CN.9/420, par. 33 à 44

A/CN.9/432, par. 39 à 69 et 257

A/CN.9/434, par. 62 à 77

A/CN.9/445, par. 146 à 153

A/CN.9/456, par. 38 à 43

A/CN.9/466, par. 87 à 91

Commentaire

Cession et contrat de cession ou contrat de financement

24. Comme la plupart des systèmes juridiques, le projet de Convention établit une distinction entre la cession proprement dite en tant que transfert de biens et le contrat de cession en tant qu'opération créant une obligation personnelle (en d'autres termes, entre la cession et sa cause, à savoir une vente, un accord de garantie, un don ou un paiement). Cette distinction peut être évidente lorsque le contrat de cession et la cession interviennent à des moments différents et relèvent d'accords distincts (comme, par exemple, dans les opérations de titrisation et de financement de projet). Mais elle peut être moins évidente lorsque les deux opérations interviennent simultanément et relèvent d'un seul et même contrat (comme, par exemple, dans les opérations d'affacturage). Si le projet de Convention porte principalement sur la cession en tant que transfert de droits de propriété sur des créances, il traite aussi de questions contractuelles aux articles 13 à 16 et 28. Toutefois, il n'aborde pas la question de la relation entre la cession et le contrat de cession. Cette relation est traitée différemment d'un système juridique à l'autre. Dans certains systèmes, l'efficacité d'une cession est subordonnée à la validité du

contrat. Dans d'autres, la cession est considérée comme une "opération abstraite", à savoir indépendante juridiquement du contrat sous-jacent, en ce sens que tout vice dans ce dernier n'influe pas automatiquement sur la validité de la cession et vice versa. Dans d'autres encore, la cession est un acte distinct mais peut être compromise par l'invalidité du contrat. Dans la pratique, un vice dans le contrat de cession entraîne souvent l'annulation de la cession proprement dite. Toutefois, dans les quelques cas où seul le contrat peut être non valide, le cédant ne pourra faire valoir qu'un droit personnel à l'encontre du cessionnaire, limité à la restitution des montants constituant un enrichissement sans cause, et il ne pourra pas obtenir que les créances cédées soient séparées des biens du cessionnaire insolvable ni s'opposer à la saisie des créances cédées dont dispose ce dernier.

25. En particulier le projet de Convention ne mentionne pas l'objet de la cession, à savoir si une cession est effectuée à des fins purement financières ou à des fins de comptabilité, de recouvrement, d'assurance, de gestion des risques, de diversification de portefeuille, ou autres. Ces restrictions iraient à l'encontre de l'objet du contrat de cession ou du contrat de financement et auraient pour effet: de limiter inopportunément le champ d'application du projet de Convention aux opérations purement financières et de créer un régime spécial pour les cessions à des fins de financement, même si un tel régime n'est pas nécessaire; de donner lieu à des incertitudes dans la mesure où les termes "de financement" et "commerciales" ne font pas l'objet d'une interprétation universelle, et qu'une définition uniforme de ces termes n'est ni possible ni souhaitable; et d'exclure inutilement du champ d'application de la Convention des opérations importantes où seuls des services peuvent être fournis (s'agissant de l'incidence que pourrait avoir une telle approche sur le droit national, voir le paragraphe 20; quant aux conflits potentiels avec la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international, 1980 (la "Convention d'Ottawa"), voir les paragraphes 204 à 206).

"Transfert par convention"

26. Afin de faire entrer dans le champ d'application du projet de Convention, outre les cessions, d'autres pratiques portant sur le transfert de droits de propriété sur des créances, comme la subrogation contractuelle ou le nantissement, l'article 2 définit la "cession" comme un transfert. Cette approche tient compte du fait que d'importantes opérations de financement par cession de créances, comme l'affacturage, se font, dans certains systèmes juridiques, par le biais d'une subrogation contractuelle ou d'un nantissement. Le projet de Convention a pour objet non pas tant de créer un nouveau type de cession qu'à offrir des règles uniformes sur les cessions et sur les pratiques liées aux cessions comportant un élément international, qui, bien que visées en théorie par la législation nationale en vigueur, ne sont peut-être pas suffisamment développées vu les limitations à l'application de la législation nationale aux questions de droit impératif dans un contexte international. L'emploi des mots "par convention" a pour objet d'exclure les transferts de plein droit (par exemple, la subrogation légale).

27. Il est prévu de prendre en compte à la fois les transferts purs et simples, y compris ceux effectués à des fins de garantie, et les cessions à titre de garantie, qu'une contrepartie, un crédit ou des services connexes soient fournis ou promis au moment de la cession ou antérieurement (la contrepartie n'est pas mentionnée à l'article 2, car cette question relève du contrat de cession ou du contrat de financement). Afin d'éviter toute ambiguïté quant au point de savoir si une cession à titre de garantie est visée, cette question est expressément traitée à l'alinéa a) du projet d'article 2 qui crée la fiction juridique selon laquelle, aux fins du projet de Convention, la création de droits sur des créances à titre de garantie est considérée comme un transfert. Toutefois, le projet de Convention ne définit pas les cessions pures et simples et les cessions à titre de garantie. Cette question est régie par d'autres lois applicables en dehors du projet de Convention car, compte tenu des grandes divergences existant entre les systèmes juridiques dans la classification des transferts, une cession à titre de garantie pourrait en fait posséder les attributs d'une vente, alors qu'une vente pourrait être utilisée à titre de garantie.

“Une personne à une autre personne”

28. Le cédant et le cessionnaire peuvent être des personnes morales ou des particuliers, commerçants ou consommateurs. En particulier, la cession entre particuliers est visée, à moins que le cessionnaire ne soit un consommateur et que la cession ne soit effectuée pour ses propres besoins de consommation (par. 1 a) de l'article 4). De ce fait, la cession de créances sur cartes de crédit ou de prêts garantis par des biens immobiliers dans les opérations de tritisation et la cession de recettes provenant de routes à péage dans les accords de financement de projet entrent dans le champ d'application du projet de Convention. Compte tenu du fait que dans ce dernier, le singulier englobe le pluriel et réciproquement, une cession effectuée par de nombreuses personnes (par exemple, les propriétaires conjoints de créances) ou à de nombreuses personnes (par exemple, un consortium de financiers) est également prise en compte (de même que la cession de plus d'une créance). Toutefois, dans la détermination du champ d'application territoriale ou de l'internationalité, chaque cession devrait être considérée comme une cession distincte et satisfaire aux conditions du chapitre premier pour que le projet de Convention s'applique (pour les cas mettant en jeu plusieurs débiteurs, voir le paragraphe 38). Dans le cas d'une cession à un mandataire agissant au nom de plusieurs personnes, le point de savoir s'il y a un ou plusieurs cessionnaires est subordonné au pouvoir exact que détient le mandataire: ce dernier est-il un simple agent ou a-t-il le pouvoir de prendre des décisions de fond. Cette question est régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention.

“Droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent”

29. Il est prévu de prendre en compte les créances nées de tout type de contrat, que celui-ci existe au moment de la cession ou non. Le transfert de créances nées de l'application de la loi, comme les créances extracontractuelles, les créances nées d'un enrichissement sans cause, les créances fiscales ou les créances fixées par décision de justice ou découlant de sentences arbitrales, sont exclues, à moins qu'elles ne soient confirmées dans un règlement conventionnel. Ce qu'on entend par droit “contractuel” est une question d'interprétation conformément à la loi régissant ce droit. Toutefois, les créances contractuelles, dont la cession est visée par le projet de Convention incluent: les créances nées en vertu de contrats de vente de marchandises ou de fourniture de services, que ces contrats soient des opérations commerciales ou à des fins de consommation; et les créances sous forme de redevances découlant de l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle; les dommages-intérêts pour contravention au contrat; les intérêts s'ils étaient dus en vertu du contrat initial; les dividendes provenant d'actions, qu'ils aient été déclarés au moment de la cession ou qu'ils soient nés après la cession; le droit de recevoir le paiement du produit d'une garantie indépendante ou d'une lettre de crédit; les créances sous forme de soldes créditeurs sur des comptes de dépôt ou d'opérations sur valeurs mobilières.

30. Si, dans le principe, le droit du cédant/vendeur sur toute marchandise restituée par l'acquéreur (débitteur), n'est pas une créance en vertu du projet de Convention, dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, il est traité comme une créance dans la mesure où toute marchandise restituée par l'acquéreur remplace la créance cédée (art. 16; mais, à l'égard de tiers, le cessionnaire n'a pas de droit sur des marchandises restituées, dans la mesure où elles sont exclues de la définition du mot “produit” à l'alinéa k) de l'article 6). En outre, les droits non monétaires convertibles en une somme d'argent (par exemple la cession de droits découlant d'un swap de produits de base), sont des créances dont la cession est prise en compte. Dans la mesure où la conversion est prévue dans le contrat initial, ce résultat est implicite à l'article 2. Si toutefois elle n'est pas prévue dans le contrat initial, il est envisagé, conformément à la décision du Groupe de travail, de prendre en compte la cession de droits non monétaires convertis en dommages-intérêts pour contravention au contrat. Ce résultat est également implicite à l'article 5 qui a trait aux swaps et aux opérations dérivées. La Commission tiendra peut-être à formuler explicitement cette interprétation dans le projet de Convention. Elle voudra peut-être également envisager s'il convient de prendre en considération les cessions unilatérales, bien que de telles cessions soient rares dans la pratique. En outre, après acceptation du produit de la créance cédée, une cession existerait de facto.

Toutefois, dans les rares cas où une cession unilatérale est effectuée et qu'un conflit surgit à propos d'une cession visée par la Convention avant que n'intervienne un accord implicite sous forme d'une acceptation de paiement par le cessionnaire, il pourrait être souhaitable de faire en sorte que le conflit soit réglé conformément à l'article 24, en vertu de la loi du lieu où est situé le cédant.

Droits à exécution non monétaires

31. La cession d'autres droits contractuels, non monétaires (par exemple le droit à exécution, le droit de déclarer la résolution du contrat ou le droit de demander la livraison d'un produit ou la remise d'une sûreté en vertu d'un accord de swap ou de rachat), ou de droits mixtes (par exemple, le droit de présenter des documents et de demander paiement au titre d'une garantie indépendante ou d'une lettre de crédit) n'est pas visée. La Commission voudra peut-être réexaminer la question de l'exclusion de la cession de droits contractuels à exécution non monétaires. Le résultat serait que des éléments d'une seule et même opération de cession pourraient être soumis à différents régimes juridiques, car dans la pratique les cessions portent souvent sur tous les droits nés d'un contrat et les cessionnaires se fondent également sur les droits à exécution non monétaires (le projet d'article 12.101 des Principes du droit européen des contrats mentionne les droits à paiement ou à une autre forme d'exécution ^{9/}; toutefois, le paragraphe 1 du projet d'article premier des principes régissant les cessions, établi par l'Institut international pour l'unification du droit privé ("UNIDROIT"), s'inspire de l'article 2) ^{10/}. La cession de contrat, qui implique la cession de droits contractuels et la délégation d'obligations, n'est pas visée non plus. Si de telles opérations peuvent faire partie d'arrangements financiers, en principe le financier ferait fond essentiellement sur les créances. S'agissant de la délégation d'obligations, le Groupe de travail a estimé qu'elle ne devrait pas être prise en compte car elle soulevait des questions allant bien au-delà du champ d'application souhaitable du projet de Convention.

Fractions de créances ou droits indivis sur des créances

32. Parmi les pratiques importantes qu'il est prévu de prendre en compte dans le projet de Convention figure la cession de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances (par exemple titrisation, prêts consortiaux et participation). L'efficacité de ces cessions partielles n'est pas admise dans tous les systèmes juridiques. L'article 9 valide donc ces cessions. Toutefois, compte tenu du fait qu'elles ne sont pas explicitement mentionnées au chapitre premier, on ne sait pas précisément si le projet de Convention dans son ensemble s'y applique (y compris les dispositions relatives à la protection du débiteur, dont l'application est importante si la créance est partiellement cédée à plusieurs cessionnaires et que le débiteur doit supporter les dépenses afférentes au paiement à plus d'une personne). La Commission entendra peut-être préciser cette question à l'alinéa a) de l'article 2 en ajoutant, par exemple, avant les mots "du droit contractuel du cédant", les mots "de tout ou partie" (cette question est abordée au projet d'article 12.103 des Principes du droit européen des contrats et au paragraphe 3 du projet d'article premier des principes d'UNIDROIT sur les cessions).

33. S'agissant des droits monétaires qui sont fractionnables, le débiteur pourra normalement effectuer un paiement partiel. Cela ne sera peut-être pas le cas pour les droits à exécution non monétaires, dans la mesure où la division des droits à exécution pourrait modifier la relation entre l'exécution et l'exécution en contrepartie

^{9/} Il est fait référence au projet communiqué en décembre 1999, établi par M. Roy Goode pour la Commission du droit européen des contrats.

^{10/} Il est fait référence au document d'UNIDROIT, study L - Document.65 de décembre 1999; Groupe de travail chargé de la préparation des principes relatifs aux contrats du commerce international, chap. [...], cession de droits, transfert d'obligations et cession de contrats, sect. I: cession de droits (projets et notes explicatives rédigés par M. Marcel Fontaine).

et nuire à la situation juridique du débiteur. De ce fait, si la Commission décide d'inclure les cessions de droits à exécution non monétaires dans le champ d'application du projet de Convention, elle voudra peut-être préciser qu'une cession partielle de tels droits n'est autorisée que si ces derniers peuvent être fractionnés (par exemple, si le débiteur est habilité à effectuer un paiement distinct correspondant à la part du droit à exécution cédé; voir le projet d'article 12.103 2) des Principes du droit européen des contrats). En outre, la Commission voudra peut-être examiner la situation du débiteur dans le cas d'une cession partielle d'une créance monétaire. Dans la pratique, les créanciers cherchent à obtenir un flux normal de paiements et il est donc peu probable qu'il soit demandé à un débiteur d'effectuer des versements à plus d'un cessionnaire. En outre, en vertu de l'article 17, une telle demande ne pourrait viser que des bénéficiaires différents dans le même pays, sans majoration de coût pour le débiteur.

34. Toutefois, il pourrait être nécessaire d'aborder expressément la question. La Commission estimera peut-être, par exemple, qu'à la discrétion du débiteur, une notification devrait être considérée comme non valide si, dans les instructions de paiement, il est demandé au débiteur d'effectuer à un bénéficiaire désigné un paiement inférieur au montant dû en vertu du contrat initial. De cette façon, seraient prises en compte toutes les combinaisons de cessions uniques ou multiples de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances, que les paiements correspondants soient forfaitaires ou périodiques. Par ailleurs, le débiteur serait protégé de façon suffisante, mais avec souplesse, sans qu'il soit nécessaire de prescrire, sous forme de règle, ce que le cédant, le débiteur ou le cessionnaire devraient faire, et sans créer d'obligation. Si le débiteur est disposé à se conformer à une instruction de payer plusieurs cessionnaires, il n'y a pas de raison d'empêcher les parties de faire ce qu'elles souhaitent toutes faire. En revanche, si le débiteur paie sans avoir connaissance de son droit de ne pas tenir compte d'une telle instruction de paiement, le caractère optionnel de la non-validité de la notification préserverait la libération *pro tanto* du débiteur, du fait du paiement effectué conformément aux instructions données. Ou encore, dans le cas d'une cession partielle, l'identification d'un seul bénéficiaire pourrait être la condition de la validité d'une notification et de l'instruction de paiement y relative. Dans ce cas, si le débiteur reçoit pour instruction de payer à plus d'un cessionnaire des fractions d'une créance, il pourrait être autorisé à effectuer un paiement libératoire au cédant ou au premier cessionnaire à aviser (il sera peut-être nécessaire d'ajouter un libellé pertinent aux articles 18 et 19). Une troisième solution consisterait à établir le droit du débiteur de demander réparation au cédant pour tout frais supplémentaire qu'il devrait supporter du fait d'une cession partielle, ou même un droit à compensation à opposer au cessionnaire. Lorsqu'un droit à compensation ne peut suffisamment protéger le débiteur contre le risque d'une procédure distincte ouverte par le cédant et par un ou plusieurs cessionnaires, le débiteur peut avoir le droit de demander que tous les ayants droit soient regroupés dans une même procédure au sein de laquelle sera prise une décision qui aura force exécutoire pour tous (projet d'article 12.103 3) et 4) des Principes du droit européen des contrats).

Droits personnels/cessibilité légale

35. L'article 2 ne mentionne pas les droits personnels qui ne sont pas légalement cessibles (par exemple, salaires, pensions, polices d'assurance et créances souveraines). Toutefois, il est admis que les limitations légales à la cession, autres que celles de l'article 9, ne devraient pas être visées (voir les paragraphes 84 et 85). La Commission voudra peut-être mentionner expressément cette interprétation à l'article 2 (le projet d'article 12.302 des Principes du droit européen des contrats fait état de l'exécution d'une obligation qui, en raison de la nature de cette exécution ou de la relation entre le débiteur et le cédant, ne peut être raisonnablement exigée du débiteur envers quiconque, à l'exception du cédant; le paragraphe 3 du projet d'article premier des Principes d'UNIDROIT sur les cessions mentionne les droits qui ont un caractère personnel ou dont la cession est interdite par la loi applicable).

“[due par] une troisième personne”

36. Hormis le cédant et le cessionnaire, le débiteur également pourrait être une personne morale ou un particulier, un commerçant ou un consommateur, une personne publique ou une institution financière (ou encore une multiplicité de débiteurs). Contrairement à la Convention d'Ottawa, le projet de Convention n'exclut pas les pratiques commerciales impliquant la cession de créances contractuelles dues par des consommateurs, à moins que la cession ne soit faite à un consommateur pour ses besoins de consommation (par. 1 a) de l'article 4). Les cessions de créances sur consommateurs font partie de pratiques importantes telles que la titrisation de créances sur cartes de crédit, dont la facilitation peut permettre aux fabricants, détaillants et consommateurs d'accéder plus facilement à un crédit moins onéreux et peut, par conséquent, favoriser le commerce international de biens de consommation. Toutefois, s'il couvre la cession de créances sur consommateurs, le projet de Convention n'a pas pour objet de déroger à la législation sur la protection des consommateurs. Ce principe découle du principe général de protection du débiteur énoncé au paragraphe 1 de l'article 17. Il reflète également un certain nombre de dispositions du projet de Convention comme, par exemple, celles figurant au paragraphe 1 de l'article 21 et à l'article 23, en vertu desquelles un consommateur débiteur ne peut renoncer à invoquer des exceptions et droits à compensation, et il a le droit de recouvrer des paiements auprès du cessionnaire, si la législation sur la protection des consommateurs applicable dans le pays du débiteur le prévoit (pour les clauses de non-cession dans le cas de consommateurs, voir le paragraphe 100).

37. La cession de créances due par une collectivité ou une entité publiques est prise en compte, à moins que ces créances ne soient pas légalement cessibles (il faudrait peut-être expliciter cette question; s'agissant des limitations légales, voir les paragraphes 84 et 85). Toutefois, l'État dans lequel le débiteur souverain est situé peut formuler une réserve à propos de la règle énoncée à l'article 11 selon laquelle la cession d'une créance a effet nonobstant toute limitation contractuelle à la cession (voir les paragraphes 213 et 214). Les créances dues par des débiteurs dans le cadre de contrats financiers, comme des prêts, des comptes de dépôt, des swaps et des produits dérivés sont également visés par le projet de Convention. Toutefois, l'efficacité d'une cession en général ou seulement en ce qui concerne le débiteur visé peut être régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention (art. 5). En outre, la cession d'une ou de plusieurs créances, en totalité ou par fractions, dues conjointement (à savoir intégralement) et solidairement (à savoir indépendamment) par plusieurs débiteurs est également visée, sous réserve que le contrat dont découlent les créances cédées (ci-après dénommé le "contrat initial") soit régi par la loi d'un État contractant. Si, toutefois, le contrat initial n'était pas régi par la loi d'un État contractant et qu'un ou plusieurs débiteurs, mais pas tous, étaient situés dans un État contractant, chaque opération devrait être considérée comme une opération indépendante et, de ce fait, les débiteurs qui ne sont pas situés dans un État contractant ne devraient pas être touchés par le projet de Convention. Sinon la prévisibilité concernant l'application du projet de Convention aux droits et obligations des débiteurs, qui est l'un des principaux objectifs du projet, pourrait être compromise.

Article 3. Internationalité

Une créance est internationale si, au moment de la conclusion du contrat initial, le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, au moment de la conclusion du contrat de cession, le cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents.

Références

A/CN.9/420, par. 26 à 29
A/CN.9/432, par. 19 à 25
A/CN.9/445, par. 154 à 167

A/CN.9/456, par. 44, 45, 227 et 228
A/CN.9/466, par. 92 et 93

Commentaire

38. Pour assurer un certain degré de certitude dans l'application du projet de Convention, l'article 3, à l'exemple d'autres textes établis par la CNUDCI ou par d'autres organisations, définit l'internationalité par référence au lieu où sont situées les parties (en vertu de l'alinéa i) de l'article 6, il s'agit de l'établissement, ou dans le cas où le cédant et le cessionnaire ont plus d'un établissement, du lieu de l'administration centrale ou, si une personne n'a pas d'établissement, de sa résidence habituelle). Dans le cas où il y a plus d'un cédant, d'un cessionnaire ou d'un débiteur, l'internationalité doit être déterminée pour chacune de ces parties séparément (voir les paragraphes 28 et 37). Il résulte de l'article 3 que lorsqu'une créance est internationale, sa cession est visée par le projet de Convention, que la créance soit cédée à un cessionnaire national ou à un cessionnaire étranger. Cependant, même lorsqu'une créance est nationale, sa cession peut être visée par le projet de Convention si elle est internationale ou si elle fait partie d'une série de cessions qui comprend une cession internationale antérieure (voir le paragraphe 19).

39. Le caractère international d'une cession est déterminé au moment où celle-ci est effectuée, tandis que l'internationalité d'une créance est déterminée au moment de la conclusion du contrat initial ("au moment où elle naît"). Le besoin de déterminer l'internationalité d'une créance au moment où elle naît se justifie par le fait qu'il faut qu'un cédant éventuel puisse savoir, au moment de la conclusion du contrat initial, quelle loi pourra s'appliquer à une cession éventuelle. Une telle information est importante pour qu'un cédant éventuel puisse déterminer si et à quel coût il peut obtenir un crédit et, à partir de là, décider de l'opportunité d'accorder un crédit au débiteur et dans quelles conditions. Toutefois, en fixant de cette manière à quel moment il convient de déterminer l'internationalité, dans le cas d'une cession nationale d'un ensemble de créances nationales et internationales futures, les parties ne pourront peut-être pas prévoir, au moment de la cession, si le projet de Convention s'appliquera (cependant, ce problème ne se poserait pas dans le cas de cessions internationales de créances nationales ou internationales, dans la mesure où l'internationalité d'une cession pourrait être déterminée au moment où celle-ci est effectuée). En outre, dans le cas d'une cession nationale de créances nationales et internationales, le projet de Convention s'appliquerait à la cession des créances internationales mais non à la cession des créances nationales. Cela signifie que, selon que le projet de Convention s'applique ou non, les garanties implicites entre le cédant et le cessionnaire, ainsi que la situation juridique du débiteur peuvent être différentes (par exemple en ce qui concerne les exceptions et les droits à compensation, mais pas la libération, dans la mesure où le débiteur peut se libérer en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention). Toutefois, les règles de priorité applicables ne seraient pas différentes, étant entendu que le projet de Convention viserait, en tout état de cause, tous les conflits possibles de priorité, y compris les conflits avec un cessionnaire national de créances nationales.

40. Les parties à des cessions nationales devront donc structurer leurs transactions d'une certaine manière pour éviter ce problème (par exemple en s'abstenant de céder dans une même transaction des créances à la fois nationales et internationales). Toutefois, si elles ne sont pas en mesure de le faire, un problème risque de se poser en ce sens qu'une loi pourrait s'appliquer aux créances nationales et une autre, le projet de Convention, aux créances internationales. Ce problème, cependant, n'est pas dû au projet de Convention, il existe déjà en dehors de ce dernier, dans le cas où des créances nationales et internationales sont cédées. En outre, la structuration d'une transaction conformément au projet de Convention serait plus facile qu'en vertu d'une autre loi, du moins dans la mesure où les parties à une cession nationale auraient affaire à deux lois seulement susceptibles de s'appliquer à leur cession, à savoir la loi du pays où seraient situés le cédant et le cessionnaire et le projet de Convention. En outre, la situation juridique du débiteur ne serait pas modifiée, à moins que celui-ci ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant la créance soit la loi d'un État contractant.

Article 4. Exclusions

1. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions:

- a) faites à une personne pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques;
- b) dans la mesure où elles ont été effectuées par remise d'un effet de commerce accompagné de tout endossement nécessaire;
- c) effectuées dans le cadre de la vente, ou de la modification du régime de propriété ou du statut juridique de l'entreprise commerciale à laquelle sont liées les créances cédées.

[2. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions visées dans une déclaration faite au titre de l'article 39 par l'État dans lequel est situé le cédant ou, pour ce qui est de ses dispositions traitant des droits et obligations du débiteur, par l'État dans lequel est situé le débiteur.]

Références

A/CN.9/432, par. 18, 47 à 52, 106 et 234 à 238
A/CN.9/434, par. 42 à 61
A/CN.9/445, par. 168 à 179

A/CN.9/456, par. 46 à 52
A/CN.9/466, par. 54 à 59, 78 à 86 et 192 à 195

Commentaire

41. Compte tenu du vaste champ d'application du projet de Convention, l'article 4 a pour objet d'exclure certaines pratiques qui sont soit distinctes des pratiques relatives aux cessions soit déjà suffisamment réglementées.

Cessions effectuées à des fins de consommation

42. L'alinéa a) a pour objet d'exclure du champ d'application du projet de Convention les cessions d'une entité commerciale ou d'un consommateur à un consommateur mais uniquement si elles sont effectuées pour les besoins personnels, familiaux ou domestiques du cessionnaire. Le Groupe de travail a estimé que ces cessions n'avaient aucune importance pratique. En conséquence, les cessions de créances sur consommateurs n'étaient pas exclues, à moins qu'elles ne soient faites à un consommateur pour ses besoins de consommation.

Cessions d'effets de commerce

43. L'alinéa b) vise à exclure les transferts d'effets de commerce. Ces transferts sont distincts des cessions et sont réglementés par des règles spécifiques du droit national et international (par exemple, il n'est pas exigé de notification de transfert; si le débiteur paie un bénéficiaire qui n'est pas le détenteur, il reste obligé envers ce dernier; une personne qui acquiert le titre comme ayant une cause initiale valable, sans avoir connaissance d'éventuelles exceptions cachées opposables au transférant, n'est pas soumise à ces exceptions). Plutôt que de faire référence à la nature documentaire d'une créance, l'alinéa b) met l'accent sur la forme du transfert. Une telle approche suffit à préserver la négociabilité d'un instrument tout en évitant d'avoir à définir l'expression "effet de commerce" qui ne fait pas l'objet d'une interprétation universelle. Sont exclus les transferts de créances effectués par endossement et remise, ou par simple remise, d'un instrument. Ces instruments sont notamment les suivants: lettres de change, billets à ordre, chèques et titres au porteur (par exemple, titres négociables).

44. Les créances nées d'un contrat sont souvent incorporées dans un effet de commerce au seul motif d'obtenir paiement selon une procédure en référé, si nécessaire. Dans ce cas, les créances nées en vertu d'un contrat et les créances incorporées dans un effet de commerce peuvent être transférées. Les mots "dans la mesure où elles ont été effectuées ... de tout endossement nécessaire" ont pour objet de faire en sorte que seul

le transfert de la créance sous forme d'un effet de commerce et non le transfert de la créance sous sa forme contractuelle soit exclu du champ d'application du projet de Convention. La Commission voudra peut-être se demander si l'alinéa b) de l'article 4 devrait mentionner les transferts des effets de commerce dématérialisés (à savoir électroniques).

Cessions de créances lors de l'achat d'entreprises

45. L'alinéa c) vise à exclure les cessions effectuées dans le cadre de la vente d'une entreprise en exploitation si elles s'effectuent du vendeur à l'acheteur. Ces cessions sont exclues car elles sont normalement régies différemment par les lois nationales traitant de l'achat d'entreprises et ne sont pas de nature financière. Cependant, les cessions effectuées en faveur d'une institution finançant la vente ne sont pas exclues.

Autres types de cessions ou de créances

46. Dans le cadre de ses travaux, le Groupe de travail a examiné l'exclusion d'autres types de cessions telles que les cessions naissant par l'effet de la loi, les cessions effectuées à titre de dons, les cessions de salaires, de droits contractuels en général, de primes d'assurance, de droits en vertu de garanties indépendantes et de lettres de crédit ("engagements indépendants"), les cessions de loyers provenant de biens immobiliers et de matériels et les cessions de soldes de comptes de dépôt. En ce qui concerne les cessions naissant par l'effet de la loi, on notera qu'elles sont exclues en vertu de la définition de la "cession" par référence à "un transfert par convention" (alinéa a) de l'article 2). Vu que la contrepartie était censée relever du contrat de cession qui, à l'exception des projets d'articles 13 à 16 et 28, n'est pas visé par le projet de Convention, le Groupe de travail a décidé de ne pas aborder les cessions effectuées à titre de dons.

47. Quant aux cessions de salaires (ou de pensions), le Groupe de travail a décidé qu'elles devraient être régies par une autre loi. Si de telles cessions sont interdites par la loi nationale, le projet de Convention ne modifie pas cette interdiction. Si, par contre, elles ne le sont pas, afin de préserver d'importantes pratiques telles que le financement des services d'emploi temporaire, le projet de Convention ne les invalide aucunement. Toutefois, ce résultat ne peut être obtenu que si des limitations légales visant les créances personnelles ou apparentées sont expressément mentionnées à l'article 9 qui valide les cessions de créances futures, sans exception quant aux droits personnels qui pourraient ne pas être cessibles en vertu du droit national (à ce sujet, voir également les paragraphes 84 et 85).

48. Il n'est pas prévu de prendre en compte dans le projet de Convention la cession du droit de présenter un engagement indépendant accompagné des documents nécessaires et de demander paiement (la Commission voudra peut-être formuler expressément ce point à l'article 4). Toutefois, la cession du produit du paiement d'un engagement indépendant est visée par le projet de Convention, compte tenu de la protection supplémentaire introduite à l'article 5 pour le garant/l'émetteur d'un engagement indépendant de ce type. S'agissant de la cession de créances nées de la vente ou de la location de matériels d'équipement mobiles, le Groupe de travail a décidé qu'elle ne devrait pas être exclue. L'article 36 était jugé suffisant pour traiter les conflits éventuels avec un avant-projet de convention actuellement en préparation (voir le paragraphe 211; s'agissant de la cession de créances autres que les créances commerciales, voir les paragraphes 50 à 54). Afin de limiter la possibilité de tels conflits, la Commission voudra peut-être se demander si la cession de créances nées de la vente ou de la location de matériels d'équipement mobiles de grande valeur devrait être traitée de la même manière que les cessions de créances autres que les créances commerciales (à savoir si les limitations contractuelles à la cession devraient produire leurs effets au point d'invalider la cession en général ou seulement à l'égard du débiteur). Le paragraphe 5 de l'article 12 suffirait à préserver les exigences de forme ou d'enregistrement concernant les sûretés et autres droits y afférents au sujet des matériels d'équipement mobiles de grande valeur; et l'article 24 suffirait à faire en sorte que tout conflit de priorité soit régi par l'avant-projet de convention si le cédant est situé dans l'État partie audit avant-projet.

49. Pour mieux faire accepter le projet de Convention, le paragraphe 2, qui figure entre crochets car il n'a pas encore été adopté par le Groupe de travail, vise à faire en sorte que les États aient la possibilité d'exclure d'autres pratiques. Cette démarche peut être nécessaire si l'on ne parvient pas à un accord sur les pratiques à exclure au paragraphe 1 ou pour lever les inquiétudes qui pourraient naître à l'avenir. Cependant, l'un des inconvénients possibles de cette démarche est que le champ d'application du projet de Convention pourrait varier d'un État à l'autre et pourrait être difficile à déterminer exactement étant donné la multiplicité des parties concernées et la possibilité qu'un ou plusieurs, mais pas la totalité des États éventuellement intéressés, aient fait une déclaration.

[Article 5. Limitations concernant les [cessions de] créances autres que les créances commerciales]

Variante A

1. Les articles 17, 18, 19, 20 et 22 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur en vertu d'une créance autre qu'une créance commerciale, sauf dans la mesure où le débiteur y consent.
2. Nonobstant les articles 11-2 et 12-3, le cédant qui cède une créance autre qu'une créance commerciale n'est pas responsable à l'égard du débiteur du chef de la violation d'une limitation à la cession décrite aux articles 11-1 et 12-2 et la violation n'a pas d'effet.

Variante B

Les articles 11 et 12 et la section II du chapitre IV 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.]

Référence

A/CN.9/466, par. 60 à 77

Commentaire

50. L'article 5, qui figure entre crochets car il n'a pas été adopté par le Groupe de travail, vise à répondre aux exigences particulières de certaines pratiques dont, par exemple, les swaps et les produits dérivés, les conventions de rachat, les créances nées d'opérations d'organismes de compensation, les comptes de dépôt, les comptes de titres ainsi que les créances résultant de polices d'assurance et d'engagements indépendants. Dans ces pratiques, il est essentiel de faire en sorte que la situation du débiteur ne soit pas modifiée à la suite d'une cession sans son consentement (à savoir que le débiteur peut ne pas tenir compte d'une notification, effectuer le paiement libératoire conformément au contrat initial, conserver la possibilité d'opposer toutes les exceptions ou droits à compensation et garder le droit de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire).

51. En ce qui concerne plus particulièrement les swaps et les produits dérivés, l'approche de l'article 5 semble se justifier par le fait que ce type d'opération financière suppose, par définition, qu'une partie peut être débiteur ou créancier et que les paiements se compensent mutuellement. De ce fait, si l'on retire un des maillons – un paiement – de la chaîne, cette dernière peut se rompre. En d'autres termes, une cession peut accroître le risque de crédit sur la base duquel une partie a pris part à l'opération. En raison de l'importance de ces opérations pour les marchés financiers internationaux et de leur volume, une telle situation peut engendrer un risque systémique

susceptible de nuire à l'ensemble du système financier. Les paiements peuvent revêtir le même caractère bilatéral et il peut être nécessaire d'en assurer la réciprocité dans les opérations des organismes de compensation. Pour ce qui est des conventions de rachat, il faudrait veiller à ce que l'obligation de payer incombant à une partie ne soit pas cédée à une autre partie qui en demande l'exécution alors que la contrepartie initiale refuse de restituer la garantie.

52. S'agissant d'autres types de créances (cession du solde d'un compte de dépôt, de créances nées de polices d'assurance et du produit d'engagements indépendants), une démarche comme celle adoptée à l'article 5 peut être nécessaire pour différentes raisons. En ce qui concerne, par exemple, les engagements indépendants, il convient de ne pas bouleverser des pratiques bien établies ou de ne pas contrevenir aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995, ci-après dénommée la "Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by"). Les articles 11-1 et 12-2 seraient contraires à l'article 10 de ladite Convention, aux termes duquel le bénéficiaire ne peut céder aucun produit sans le consentement du garant/émetteur. En ce qui concerne les comptes de dépôt et les comptes de titres, il est essentiel de veiller à ne pas porter atteinte aux droits à compensation de l'institution de dépôt ou du courtier en titres.

53. Dans la variante A comme dans la variante B, les créances sont définies par référence à la notion bien connue de "créance commerciale", ce qui permet de ne pas avoir à définir le terme "créance financière", qui n'est pas compris partout de la même manière et dont la signification ne cesse d'évoluer avec l'instauration de nouvelles pratiques. Toutefois, en parlant, à l'article 5, de créances autres que les créances commerciales, on risque involontairement d'exclure des opérations qui ne devraient pas l'être. Aussi la Commission souhaitera-t-elle peut-être indiquer de manière plus précise les pratiques qui sont exclues. La principale différence entre les deux variantes tient à ce que, dans la variante A, la cession peut être valide entre le cédant et le cessionnaire, alors que ses effets à l'égard du débiteur sont laissés à la loi applicable en dehors du projet de Convention. En revanche, dans la variante B, la validité et l'effet de la cession sont toutes deux laissées à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Par ailleurs, contrairement à la variante B, la variante A confère au débiteur le droit de consentir à ce que le projet de Convention s'applique à ses droits et obligations. Enfin, la variante A se distingue de la variante B en ce qu'elle n'autoriserait pas le débiteur à résilier le contrat initial en cas de violation d'une limitation contractuelle à une cession.

54. L'intérêt de préserver la validité de la cession entre le cédant et le cessionnaire réside dans le fait que cette validité est une condition à remplir pour obtenir la priorité. Si le débiteur paie le cédant, le cessionnaire a un droit de propriété sur la créance cédée. Une telle approche vise à faciliter les pratiques dans lesquelles le cédant reçoit des paiements pour le compte du cessionnaire mais en sépare le produit de ses autres actifs (par exemple, titrisation ou escompte de facture non divulgué). Cette approche vise en outre à permettre aux cédants, aux cessionnaires, aux autres créanciers et aux débiteurs consentants, dans le cadre de pratiques comportant une cession de créances financières ou encore de créances commerciales et financières, de bénéficier des principaux avantages du projet de Convention, ce qu'ils ne pourraient pas faire par voie contractuelle car ces avantages relèvent normalement des règles de droit impératives (par exemple validité des cessions de créances futures ou des cessions globales et règles de priorité du projet de Convention).

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 6. Définitions et principes d'interprétation

Aux fins de la présente Convention:

- a) le terme "contrat initial" désigne le contrat entre le cédant et le débiteur d'où naît la créance cédée;

b) le terme “créance existante” désigne une créance née avant ou au moment de la conclusion du contrat de cession; le terme “créance future” désigne une créance qui naît après la conclusion du contrat de cession;

[c) le terme “financement par cession de créances” désigne toute opération dans laquelle une contrepartie, un crédit ou des services connexes sont fournis en échange de créances. Ladite expression inclut l’affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement de projets et le refinancement;]

d) le terme “écrit” désigne toute forme d’information accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure. Lorsque la présente Convention exige qu’un écrit soit signé, cette exigence est remplie si, par des méthodes généralement acceptées ou suivant une procédure agréée par la personne dont la signature est requise, l’écrit identifie cette personne et indique que cette dernière en approuve le contenu;

e) le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire;

f) le terme “administrateur de l’insolvabilité” désigne une personne ou un organisme, même désigné(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d’insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des avoirs ou des activités du cédant;

g) le terme “procédure d’insolvabilité” désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les avoirs et les activités du cédant sont soumis à contrôle ou supervision d’un tribunal ou d’une autre autorité compétente aux fins de redressement ou de liquidation;

h) le terme “priorité” désigne la préférence donnée au droit d’une partie sur le droit d’une autre partie;

i) Une personne est située dans l’État dans lequel elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a plus d’un établissement, l’établissement pertinent est celui où s’exerce son administration centrale. Si le débiteur a plus d’un établissement, l’établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une personne n’a pas d’établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

j) le terme “loi” désigne la loi en vigueur dans un État à l’exclusion des règles de droit international privé;

k) le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu au titre d’une créance cédée, en tant que paiement total ou partiel ou autre forme d’exécution. Ce terme inclut tout ce qui est reçu au titre du droit sur le produit. Il n’inclut pas les marchandises restituées;

[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 autres que des services financiers.]

Références

A/CN.9/420, par. 52 à 60

A/CN.9/432, par. 70 à 72, 94 à 105

A/CN.9/434, par. 78 à 85, 109 à 114, 167 et 244

A/CN.9/445, par. 180 à 190

A/CN.9/456, par. 53 à 78

A/CN.9/466, par. 25 à 31, 46 à 49 et 94 à 100

Commentaire

“Contrat initial”

55. Le contrat initial, qui sert de point de référence dans les articles 5 i) iii), 17, 18-1, 19-1, 20-1, 22-2 b) et 23, est la source de la créance cédée. Sauf dans les dispositions où cela est expressément prévu (par exemple les articles 9 à 12 et 17 à 23), le projet de Convention ne doit pas avoir d'incidences sur le contrat initial.

Créance “existante” et créance “future”

56. Les termes “créance existante” et “créance future” sont mentionnés aux articles 9 (efficacité de la cession) et 10 (date de la cession). Le critère de distinction entre une créance existante et une créance future est le moment où le contrat initial a été conclu. Une créance née d'un contrat conclu au moment de la cession ou avant celle-ci est considérée comme existante bien qu'elle ne devienne pas exigible avant une date future ou le devienne à condition que soit exécutée une obligation en contrepartie ou que survienne tout autre événement déterminé. Toutes les créances futures sont couvertes dans la définition, y compris les créances conditionnelles (c'est-à-dire les créances qui pourraient naître en fonction d'un événement futur pouvant survenir ou non) et les créances purement hypothétiques (c'est-à-dire les créances qui pourraient naître d'une activité non commencée par le cédant à la date de la cession; pour la limitation introduite à l'article 9, voir par. 89). On laisse le soin à la loi applicable en dehors du projet de Convention de donner la signification exacte du terme “conclusion du contrat”. Quoiqu'il en soit, le terme “conclusion” ne renvoie pas à l'exécution du contrat.

“Financement par cession de créances”

57. Ce terme figure entre crochets dans le préambule et à l'article 13-3. La Commission souhaitera peut-être supprimer la définition et, éventuellement, faire mention du financement par cession de créances dans le préambule seulement (voir par. 5).

“Écrit”

58. Ce terme est mentionné aux articles 6 e), 19-1 et 5, 21-1 et 3, 41-2 et 4, 44-1 du projet de Convention de même qu'à l'article 5 de l'annexe. Sa définition vise à inclure les moyens de communication autres que le papier qui peuvent assumer la même fonction que la communication sur papier (par exemple donner des preuves tangibles, servir d'avertissement aux parties s'agissant des conséquences ou fournir une communication lisible, ainsi qu'une authentification et des assurances suffisantes quant à son intégrité). Elle s'inspire des articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et reflète les deux notions distinctes d'“écrit” et de “signature”.

59. Partant du principe que la nécessité d'assurances renforcées quant à l'authenticité des communications devrait être évaluée différemment en fonction du contexte dans lequel la communication s'effectue, le projet de Convention exige un écrit pour la notification de la cession et un écrit signé par le débiteur pour le renoncement de celui-ci à invoquer des exceptions. Un écrit est également exigé pour les déclarations faites par les États et pour certains actes liés à l'enregistrement. “Accessible” revient à dire que la communication est lisible et interprétable; “utilisable” renvoie à l'utilisation non seulement par une personne physique mais également par un ordinateur; et “référence ultérieure” établit une norme analogue à celle qu'implique la notion de durabilité (sans se référer à la stricte interprétation donnée à la notion de durabilité dans certains systèmes juridiques comme équivalent de non-altérabilité) mais plus objective que celle qu'impliquent des notions telles que lisibilité ou intelligibilité (voir le Guide pour l'incorporation de la Loi type, par. 50). La signature est définie par référence à l'identification du signataire et à l'indication de l'approbation, par le signataire, du contenu de la communication.

“Notification de la cession”

60. Ce terme est employé dans les articles 15, 16, 18, 19, 20-2 et 22. Une notification répond aux exigences du projet de Convention si elle s'effectue par écrit et identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire. Si une notification ne répond pas à ces exigences, elle est sans effet en vertu du projet de Convention (à savoir qu'elle ne modifie pas la manière dont le débiteur peut se libérer de son obligation ou n'a aucune incidence sur les droits à compensation du débiteur ni sur le droit du débiteur de modifier le contrat initial par convention avec le cédant). Toutefois, la question de savoir si une telle notification est valide au regard de la loi applicable en dehors du projet de Convention doit être tranchée par cette même loi. En particulier, si suite à une notification non conforme le débiteur effectue le paiement en faveur de la personne fondée à le recevoir (conformément au projet de Convention ou à toute autre loi applicable), il est libéré de son obligation en vertu de l'article 19-6 (voir par. 142).

61. On déterminera ce qu'est une description suffisante dans chaque cas particulier en fonction des circonstances. En règle générale, il ne serait pas nécessaire d'indiquer si la cession est une cession pure et simple ou une cession à titre de garantie; ni d'identifier précisément le débiteur ou le montant. Des descriptions du type "toutes mes créances procédant de mon entreprise automobile X" ou "toutes mes créances à l'égard de mes clients dans les pays A, B et C" seraient suffisantes. Néanmoins, dans le cas d'une cession de fractions de créances, il faudra peut-être indiquer dans la notification le montant cédé (pour les fractions de créances, voir par. 32 à 34 et 91). En outre, si la notification doit suffisamment identifier le cessionnaire, pour avoir effet en vertu du projet de Convention, elle ne doit pas indiquer le bénéficiaire (à savoir la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu de payer). En conséquence, une notification qui ne contient aucune instruction de paiement a effet conformément au projet de Convention (art. 19-2). Vu, cependant, qu'en vertu de ce dernier, une notification modifie la façon dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, les parties avisant le débiteur seraient encouragées à inclure dans leur notification une telle instruction de paiement. Le Groupe de travail a fondé la libération du débiteur sur la notification plutôt que sur les instructions de paiement afin d'éviter d'embrouiller le débiteur dans les cas où les deux communications seraient envoyées séparément ou lorsque plusieurs communications seraient envoyées au débiteur par plusieurs personnes.

“Administrateur de l’insolvabilité” et “procédure d’insolvabilité”

62. Le terme "administrateur de l'insolvabilité" est employé aux articles 24 a) iii) et 30-1 a) iii) du projet de Convention ainsi que dans les articles 2 et 7 de l'annexe. Le terme "procédure d'insolvabilité" est utilisé à l'article 25 du projet de Convention et aux articles 2 et 7 de l'annexe. Pour définir ces deux termes, on s'est inspiré des définitions de "procédure étrangère" et de "représentant étranger" figurant à l'article 2 a) et d) de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. On s'est également aligné sur l'article 1-1 ainsi que l'article 2 a) et b) du projet de règlement de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité. En se référant à l'objet d'une procédure ou à la fonction d'une personne, plutôt qu'en recourant à des expressions techniques qui pourraient avoir différentes significations dans différents systèmes juridiques, les définitions sont suffisamment larges pour englober une grande diversité de procédures d'insolvabilité, y compris les procédures provisoires. Cette démarche est destinée à éviter qu'un État contractant reconnaisse comme procédure ou administrateur de l'insolvabilité une procédure non appropriée ou une personne non habilitée en vertu de la *lex loci concursus*, ou ne soit pas en mesure de reconnaître comme procédure ou administrateur de l'insolvabilité une procédure appropriée ou une personne habilitée en vertu de la *lex loci concursus*.

“Priorité”

63. Le terme "priorité" est employé aux articles 16, 24, 25-2, 26, 27, 30 et 40 du projet de Convention ainsi qu'aux articles 1, 2, 6 et 7 de l'annexe. Dans le projet de Convention, on entend par priorité le fait qu'une partie a la préférence sur les autres ayants droit lorsqu'elle demande paiement de sa créance. Priorité ne veut pas dire validité (dans le projet de Convention, on emploie le terme "validité" pour évoquer les effets de la cession sur

la propriété). La priorité présuppose l'existence d'une cession valide (la validité quant au fond est traitée au chapitre III, tandis que la validité quant à la forme relève de la loi applicable en dehors du projet de Convention; pour une proposition du secrétariat tendant à traiter de la loi applicable à la validité quant à la forme, voir par. 80 à 82).

64. Par ailleurs, la priorité ne signifie pas qu'un créancier a un droit réel plutôt que personnel sur la créance cédée ou tout produit du paiement. Cette question est laissée à la loi du lieu où est situé le cédant (art. 24 et 26). En outre, la priorité ne préjuge pas de la question de savoir si le cessionnaire ayant la priorité conservera intégralement le produit du paiement ou en restituera le solde éventuel au cédant ou à l'ayant droit qui vient après lui dans l'ordre de priorité. Cela dépend de la nature de la cession, à savoir s'il s'agit d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie, question qui est du ressort de la loi applicable en dehors du projet de Convention (art. 24). La priorité n'a pas d'incidence non plus sur la libération du débiteur. Le débiteur qui paie conformément à l'article 19 (ou, si cet article n'est pas applicable, conformément à la loi applicable en vertu de l'article 29) est libéré même si le paiement est fait à un cessionnaire qui n'a pas la priorité (en vertu de l'article 24 ou, si celui-ci n'est pas applicable, en vertu de l'article 30). Savoir si le cessionnaire conservera le produit du paiement est une question de priorité qui doit être résolue entre les divers ayants droit conformément à la loi applicable en vertu de l'article 24 (ou de l'article 30).

65. La définition ne fait pas référence au droit à paiement dans la mesure où, si cette expression peut être appropriée pour les cessions à titre de garantie, elle risquerait d'être restrictive pour les cessions pures et simples dans lesquelles le cessionnaire peut, par exemple, avoir un droit à recevoir tout bien restitué par le débiteur au cédant. Suite à la décision du Groupe de travail d'exclure les marchandises restituées de la définition du "produit" aux fins des règles de priorité du projet de Convention, la Commission souhaitera peut-être revoir la définition du terme "priorité" pour y faire référence à un droit à paiement. Elle souhaitera peut-être également déterminer si l'application combinée des articles 6 h), 9 et 24 a) i) est suffisante pour faire en sorte que plusieurs cessions des mêmes créances, effectuées par le même cédant, puissent avoir effet. C'est ce que présume l'article 24 a) i), qui a trait au conflit de priorité entre plusieurs cessionnaires auxquels les mêmes créances auraient été cédées par le même cédant. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, il ne s'agit pas du tout d'une question de priorité mais plutôt d'un problème d'effet (*nemo dat quod non habet*). C'est pourquoi, dans ces systèmes, la première cession peut être considérée comme ayant effet en vertu de l'article 9 et toute cession subséquente comme n'ayant pas effet en vertu de la loi nationale, faute de droit de propriété (cette question n'est pas traitée à l'article 9, relatif aux effets de la cession sur la propriété, mais est abordée à l'article 14, concernant le contrat de cession). Dans ces cas, l'article 24 peut ne jamais s'appliquer.

"Situé"

66. Ce terme apparaît dans plusieurs dispositions du projet de Convention (à savoir les articles 1-1 a) et 2, 3, 4-2, 17-2, 21-1, 23, 24, 25, 30, 35-3, 36, 37 et 39). Les deux principaux sujets auxquels il se rapporte, toutefois, sont le champ d'application et la priorité. La définition vise à concilier souplesse et sécurité. Le terme "établissement" bien connu et couramment employé dans les textes de la CNUDCI et d'autres textes législatifs internationaux fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Il désigne le lieu où sont menées les activités professionnelles d'une personne physique ou morale. Aux fins de l'application de la loi d'un État, plusieurs établissements situés dans le même État sont considérés comme ne formant qu'un seul établissement. Pour assurer un degré de prévisibilité suffisant dans l'application du projet de Convention s'agissant du débiteur, lorsque ce dernier a plus d'un établissement, on se réfère à l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. En revanche, pour faire en sorte que les questions de priorité soient régies par la loi d'un seul et même État (dans lequel toute procédure principale d'insolvabilité sera très probablement engagée), on prévoit à l'article 6 i) que, si le cédant (ou le cessionnaire) a plus d'un établissement, ce dernier est celui où s'exerce son administration principale. La règle énoncée à l'article 6 i) s'applique dans tout le projet de Convention, ce

qui évite de donner une définition différente de la notion d'“établissement” pour différentes fins. Une telle démarche pourrait compliquer l'application du projet de Convention, voire aboutir à des résultats incohérents.

67. La notion de lieu de l'administration centrale s'apparente à celle de centre des intérêts principaux (terme employé dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale), de direction générale ou d'établissement principal. Tous ces termes sont censés désigner le centre de gestion et de contrôle, le véritable centre vital d'où, en fait – et non en apparence – sont contrôlées les activités essentielles d'une entité et où sont effectivement prises les décisions finales au plus haut niveau (indépendamment de l'endroit où se trouvent la plupart des actifs ou de celui où sont tenus les livres comptables), plutôt que le lieu où s'exerce la gestion quotidienne des affaires et des activités d'une telle entité. Toutefois, contrairement à la Loi type de la CNUDCI, qui établit la présomption réfragable selon laquelle le centre des intérêts principaux est le lieu d'immatriculation (art. 16-3), le projet de Convention ne prévoit pas une telle règle “refuge”. La raison en est que, contrairement à la Loi type de la CNUDCI, qui porte essentiellement sur l'insolvabilité, le projet de Convention est surtout axé sur la planification du financement d'un débiteur solvable et, pour faciliter une telle planification, il est indispensable de définir le lieu de situation en se référant à un seul État facile à déterminer.

68. Dans la plupart des cas, il serait aisé de déterminer le lieu de l'administration centrale, mais cette notion n'est peut-être pas aussi transparente que celle de lieu d'“incorporation” (lieu de situation officiel), par exemple lorsque l'exercice de l'autorité centrale est si également réparti entre plusieurs pays qu'il devient impossible d'en privilégier un par rapport à l'autre et, dans le cas des filiales, lorsque le contrôle administratif réel est exercé par la société mère. Toutefois, le lieu d'“incorporation” présente l'inconvénient d'être une notion inconnue dans de nombreux systèmes juridiques et son emploi poserait le problème de l'application de la loi d'un État sans relation étroite avec le contrat de cession, dont la législation ne serait peut-être pas très développée. En faisant référence au lieu de l'administration centrale et en créant une présomption réfragable en faveur du lieu d'“incorporation”, on pourrait résoudre ce problème mais, ce faisant, on réduirait involontairement le degré de certitude qu'offre une règle de localisation fondée sur le lieu de l'administration centrale. En tout état de cause, dans les cas exceptionnels où le lieu de l'administration centrale ne renverrait pas clairement à un seul État, les parties ne se trouveraient pas dans une situation pire que celle de départ et s'efforceraient de faire en sorte que leurs droits soient exécutoires dans chaque État où pourrait être situé le cédant.

69. Dans la définition du terme “situé” on ne traite pas le problème de la sujétion des opérations des succursales à la loi de l'État où se trouve le siège (en particulier les questions de priorité qui peuvent se poser lorsque les mêmes créances sont cédées par une ou plusieurs succursales et par le siège ou par différentes succursales à différents cessionnaires). Le Groupe de travail a donc examiné, à sa trente et unième session, la possibilité de prévoir une exception pour les succursales dans le secteur bancaire uniquement ou dans d'autres secteurs également, sans toutefois parvenir à un consensus (A/CN.9/466, par. 25 à 30 et 96 et 97). À la fin de la trente et unième session, un texte concernant les succursales des prestataires de services financiers a été proposé, texte que le Groupe de travail, faute de temps, n'a pas pu examiner (A/CN.9/466, par. 98 et 99). Une exception aussi restreinte se justifie par le fait que les institutions financières opèrent généralement à l'étranger par l'intermédiaire de succursales, ce qui leur permet d'utiliser la totalité de leurs capitaux (et pas seulement des capitaux déposés, par exemple, pour les activités d'une entité séparée, comme une filiale) et par le fait que leurs succursales sont généralement soumises à la loi de l'État dans lequel elles exercent leur activité.

70. Dans le texte proposé, s'agissant d'une succursale d'un prestataire de services financiers ayant plusieurs établissements, on entend par “établissement” du cédant et du cessionnaire le lieu où se trouve la succursale dans les livres de laquelle une créance a été inscrite immédiatement avant la cession. L'expression “prestataire de services financiers” est définie par renvoi aux termes “banque ou autre institution financière” (par exemple un courtier en valeurs mobilières) et “dépôts, prêts ou autres services financiers”, mais c'est à la loi applicable en dehors du projet de Convention de donner la signification exacte de ces termes. Le terme “succursale” est

défini comme étant un établissement autre que celui où s'exerce l'administration centrale. Pour la définition d'une créance "inscrite dans les livres", on renvoie aux "[normes comptables] [règlements]", dont la définition exacte est également laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Si l'on introduit, dans la règle de localisation, une exception concernant les succursales des institutions financières, il faudrait en faire autant pour d'autres secteurs d'activité organisés en succursales (par exemple, le secteur des assurances). Plus l'exception sera large, plus le bien-fondé de la règle de localisation axée sur le lieu de l'administration centrale sera mis en doute. Dans ses délibérations sur la question de la "localisation" des succursales, la Commission souhaitera peut-être tenir compte de l'article 1-3 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux ("Pour la détermination du champ d'application de la présente loi, les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des États différents sont considérés comme des banques distinctes"). La Commission souhaitera peut-être examiner l'emplacement de l'article 6 i) dans le projet de Convention (voir par.13).

"Loi"

71. Le terme "loi" figure dans le préambule ainsi qu'aux articles 1-2, 5 (variante B), 8-2, 12-1, 4 et 5, 21, 23 à 25, 28 à 32, 35 et 40-2. Sa définition vise à éviter tout renvoi. Si la notion de "loi" englobait les règles de droit international privé, toute question pourrait faire l'objet d'un renvoi à une loi autre que celle applicable en vertu des dispositions de droit international privé du projet de Convention, ce qui compromettrait la certitude quant à la loi applicable que visent à assurer ces dispositions. La Commission souhaitera peut-être définir la notion de "loi" dans le cas d'un État fédéral ayant plusieurs systèmes juridiques (pour l'application du projet de Convention dans le cas d'un État fédéral, voir le par. 202). Le libellé suivant pourrait être envisagé: "Dans le cas d'un État comprenant deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, le terme 'loi' désigne la loi de l'unité territoriale désignée dans les règles en vigueur dans cet État indiquant la loi de l'unité territoriale qui est applicable. En l'absence de telles règles, le terme 'loi' désigne la loi de l'unité territoriale ayant le lien pertinent". La Commission souhaitera peut être également déterminer si une autre disposition interprétative concernant les États fédéraux sera nécessaire (par exemple, en ce qui concerne le sens du terme "situé").

"Produit"

72. Le terme "produit" figure dans les articles 12-1, 16-1, 24 b) et 26. Sa définition englobe à la fois le produit de créances et le produit de produits (par exemple, si le paiement de la créance est effectué au moyen d'un chèque, ce dernier constitue un "produit" et l'argent reçu après encaissement du chèque est le "produit du produit"). Elle recouvre aussi le produit en espèces ("paiement") et en nature ("autre forme d'exécution"), reçu en paiement total ou partiel de la créance cédée. En particulier, elle englobe les marchandises reçues en paiement total ou partiel de la créance cédée mais non les marchandises restituées (par exemple, parce qu'elles étaient défectueuses et que le contrat de vente a été résilié ou parce que le contrat de vente autorisait l'acheteur à restituer les marchandises après une période d'essai). Toutefois, dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, ce dernier a un droit sur les marchandises restituées (voir par. 126).

"Créance commerciale"

73. La définition de "créance commerciale", terme qui figure à l'article 5, correspond au sens général donné à ce terme dans la Convention d'Ottawa. Toutefois, contrairement à cette dernière, l'alinéa l) exclut les créances nées de services financiers.

Le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent, par convention, déroger aux dispositions de la présente Convention relatives à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidences sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

Références

A/CN.9/432, par. 33 à 38
A/CN.9/434, par. 35 à 41

A/CN.9/445, par. 191 à 194
A/CN.9/456, par. 79 et 80

Commentaire

74. L'article 7, qui est inspiré de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980; dénommée ci-après la "Convention des Nations Unies sur les ventes"), reconnaît largement le principe de l'autonomie des parties. Le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent modifier les dispositions du projet de Convention ou y déroger. Toutefois, contrairement à l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, l'article 7 n'autorise pas les parties à modifier des dispositions ayant une incidence sur la situation juridique de tiers ou à y déroger ni à exclure l'ensemble du projet de Convention. C'est pourquoi le cédant et le cessionnaire peuvent uniquement modifier les articles 13 à 16 et 28 ou y déroger, alors que le cédant et le débiteur sont libres de modifier les articles 17 à 23 ou d'y déroger, à condition de ne pas porter atteinte aux droits de tiers. La raison de cette approche différente est que, si la Convention des Nations Unies sur les ventes traite des droits et obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur, le projet de Convention porte principalement sur les effets de la cession sur la propriété et peut, par conséquent, avoir une incidence sur la situation juridique du débiteur et d'autres tiers. Autoriser les parties à conclure un accord ayant une incidence sur les droits et obligations de tiers non seulement dépasserait toute notion acceptable de l'autonomie des parties mais introduirait en outre un degré d'incertitude non souhaitable et pourrait par conséquent aller à l'encontre de l'objet principal du projet de Convention, qui est de faciliter et d'accroître l'accès à des crédits moins onéreux tout en établissant un système adéquat de protection du débiteur.

75. Tout comme l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, l'article 7 exige une convention, c'est-à-dire deux déclarations d'intention correspondantes, pour que la dérogation au projet de Convention soit valable. Cette convention peut être explicite ou implicite. Un exemple type de dérogation implicite est le cas où les parties se réfèrent à la loi d'un État non contractant ou à la loi interne d'un État contractant. L'article 6 doit s'appliquer à une convention conclue entre le cédant et le cessionnaire (les "tiers" étant le débiteur, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité) ainsi qu'à une convention conclue entre le cédant et le débiteur (les "tiers" étant le cessionnaire, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité). La Commission souhaitera peut-être préciser si l'article 6 devrait s'appliquer également à une convention conclue entre le cessionnaire et le débiteur (par exemple une convention par laquelle le débiteur renoncerait à invoquer des exceptions à l'égard du cessionnaire en échange d'une concession, telle que la réduction du taux d'intérêt ou la prorogation du délai de paiement. Ce type de convention n'est pas traité à l'article 21 et, partant, n'est pas soumis aux restrictions prévues dans cet article (voir par. 150).

Article 8. Principes d'interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'application uniforme, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut, conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé.

Références

A/CN.9/432, par. 76 à 81

A/CN.9/445, par. 199 et 200

A/CN.9/434, par. 100 et 101

A/CN.9/456, par. 82 à 85

Commentaire

76. L'article 8, qui s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, porte sur la manière d'interpréter le projet de Convention et d'en combler les lacunes. En ce qui concerne l'interprétation du projet de Convention, le paragraphe 1 de l'article 7 énonce trois principes, à savoir le caractère international du texte, l'uniformité et le respect de la bonne foi dans le commerce international. Ces principes sont communs à la plupart des textes de la CNUDCI. La référence au caractère ou à l'origine internationale du texte devrait amener un tribunal à éviter d'interpréter le projet de Convention sur la base de notions de droit interne, sauf si le sens d'un mot qui y est employé est manifestement analogue au sens qui lui est donné dans une loi nationale particulière ou est clairement laissé à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Il est possible de satisfaire au besoin de préserver l'uniformité uniquement si les tribunaux judiciaires ou arbitraux appliquent le projet de Convention quant au fond et prennent en considération les décisions des tribunaux judiciaires et arbitraux d'autres pays. Le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, système qui consiste à recueillir des décisions judiciaires et des sentences arbitrales fondées sur les textes de la CNUDCI, a été établi par la Commission précisément dans le souci de préserver cette uniformité. Il est disponible sous forme papier dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et sur le site de la CNUDCI sur Internet (<http://www.uncitral.org>) en anglais, espagnol et français (les versions dans les autres langues seront ajoutées à l'avenir, en fonction des ressources disponibles).

77. La référence à la bonne foi ne concerne que l'interprétation du projet de Convention. Si, suite à une interprétation *contra legem*, elle s'applique à la conduite des parties, la prudence s'impose. Alors que le principe de la bonne foi pourrait s'appliquer à juste titre à la relation contractuelle entre le cédant et le cessionnaire ou entre le cédant et le débiteur, il risquerait de compromettre la certitude attachée au projet de Convention s'il était appliqué à la relation entre le cessionnaire et le débiteur ou le cessionnaire et tout autre ayant droit. Par exemple, si l'on appliquait le principe de la bonne foi prévalant dans l'État du for à la relation cessionnaire-débiteur ou cessionnaire-tiers: le débiteur, qui pourrait avoir payé le cessionnaire après notification, pourrait avoir à le faire de nouveau si, par exemple, il était au courant d'une cession antérieure; et la loi applicable au titre de l'article 24 pourrait ne pas être prise en considération si elle n'était pas compatible avec le principe de bonne foi tel qu'il peut être interprété dans l'État du for.

78. Pour ce qui est de combler les lacunes, la règle est la suivante: si les questions entrent dans le champ d'application du projet de Convention tel que défini au chapitre premier mais ne sont pas expressément tranchées par lui, elles doivent être réglées selon les principes généraux dont le projet s'inspire. Ces principes comprennent en particulier ceux qui sont expressément mentionnés dans le préambule ou consacrés dans un certain nombre de dispositions (par exemple le principe de facilitation d'un accès accru à un crédit moins onéreux et le principe de la protection du débiteur). Un recours aux règles du droit international privé n'est autorisé que dans les cas suivants: s'agissant d'une question régie mais non expressément réglée par le projet de Convention, s'il n'existe aucun principe sur la base duquel cette question particulière peut être résolue; ou si la question n'est pas du tout régie par le projet de Convention. Les lacunes demeurant dans les dispositions de droit international privé du projet de Convention doivent être comblées selon les principes du droit

international privé qui sous-tendent le projet. En l'absence de tels principes, ces lacunes seraient comblées conformément aux règles de droit international privé du for.

79. Les matières non régies par le projet de Convention et laissées à la loi applicable en dehors du projet en vertu des règles de droit international privé sont notamment les suivantes: les conditions ainsi que les conséquences juridiques d'une cession pure et simple, d'une cession pure et simple à des fins de garantie et d'une cession à titre de garantie; la question de la forme du contrat de cession; le caractère accessoire ou indépendant d'une sûreté, qui sert de base pour déterminer si cette sûreté est transférée automatiquement avec les créances dont elle garantit le paiement, ou si un nouvel acte de transfert est nécessaire; et les conséquences du non-respect des garanties données par le cédant. Le projet de Convention aborde la cessibilité légale puisqu'il précise un certain nombre de créances cessibles, y compris les créances futures et les créances non individualisées tout en laissant d'autres limitations légales (concernant notamment les pensions ou les salaires) à d'autres lois. Les matières devant être régies par la loi applicable en dehors du projet de Convention sont également les suivantes: la question de savoir si le cédant est responsable à l'égard du débiteur de la cession de créances commerciales en contravention d'une clause de non-cession; l'obligation du débiteur de payer (le projet de Convention ne porte que sur la libération du débiteur); la libération du débiteur dans les cas autres que ceux qui sont énoncés dans le projet de Convention (par exemple par le paiement à l'ayant droit si la notification reçue ne remplit pas les conditions du projet de Convention); les exceptions et les droits à compensation que le débiteur peut opposer au cessionnaire; et les conventions entre le débiteur et le cessionnaire en vertu desquelles le débiteur renonce aux exceptions et aux droits à compensation qu'il peut invoquer à l'encontre du cessionnaire. Pour d'autres questions (par exemple pour les questions de priorité), le projet de Convention renvoie expressément à la loi applicable en dehors de lui tout en précisant laquelle. Pour savoir s'il faut déterminer la loi applicable à toutes les questions énumérées ci-dessus ainsi qu'à d'autres questions non régies par le projet de Convention en se fondant sur les dispositions de droit international privé du projet ou sur celles du for, il faut d'abord savoir si le for se trouve dans un État contractant et si cet État contractant a exclu l'application du chapitre V.

CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION

Forme de la cession

Références

A/CN.9/420, par. 75 à 79
A/CN.9/432, par. 82 à 86
A/CN.9/434, par. 102 à 106

A/CN.9/445, par. 204 à 210
A/CN.9/456, par. 86 à 92
A/CN.9/466, par. 101 à 103

Commentaire

80. Le chapitre III traite des questions liées à la validité quant au fond d'une cession en vertu du projet de Convention. Toutefois, toutes les questions liées à cette validité quant au fond ne sont pas traitées dans le projet de Convention. Les questions suivantes, notamment, sont régies par le droit applicable en dehors du projet de Convention: les limitations légales à la cession autres que celles qui sont traitées aux articles 9, 11 et 12; et les questions liées à la capacité et au pouvoir. Les questions concernant la validité formelle (par exemple, le point de savoir si un écrit, une notification, une inscription dans un registre ou le paiement d'un droit de timbre sont requis pour qu'une cession soit valide et produise ses effets) ne sont pas du tout traitées dans le projet de Convention. Le Groupe de travail a examiné diverses conditions de forme, allant de la forme écrite, (avec ou sans exigence d'une signature) jusqu'à l'absence de toute forme. Selon l'avis qui a largement prévalu, la forme

écrite devrait être requise pour qu'une cession produise ses effets, du moins à l'encontre de tiers. Toutefois, afin d'éviter d'invalider des pratiques fondées sur la forme verbale dans certains pays, le Groupe de travail a décidé de ne pas introduire de condition de forme écrite. Il a également examiné la question de la loi applicable à la forme, mais n'a pu arriver à un consensus sur ce point. Les problèmes en la matière tiennent au fait que la forme a des fonctions diverses. Entre les parties, une condition de forme peut servir à appeler l'attention du cédant sur le sérieux de l'engagement ou constituer un élément de preuve visant à réduire le risque de litige. À l'encontre de tiers, notamment de créanciers tiers, une condition de forme peut constituer une protection contre le risque de collusion frauduleuse dans le cadre de cessions verbales (par exemple, collusion pour antidater une cession, ou collusion quand à la portée de la cession prévue).

81. Toutefois, le fait que le projet de Convention ne traite pas de la question de la forme sera source d'incertitude. L'absence de règles en la matière pourra être interprétée de diverses manières par les utilisateurs du texte. Elle pourra avoir pour conséquence, soit de renvoyer les questions de forme à la loi applicable en dehors du projet de Convention, soit de valider toute cession quelle que soit sa forme. Dans le premier cas, il y aura incertitude quant à la validité formelle d'une cession en vertu du projet de Convention, qui est une condition d'obtention de la priorité (pour ce qui est du sens du terme "priorité", voir les paragraphes 63 à 65; cela est d'autant plus vrai qu'à la différence de l'alinéa b) de l'article 24, l'alinéa a) ne traite pas de "l'existence" d'un droit; voir les paragraphes 165 et 170). Dans le second cas, le cédant, en échange d'une concession faite par un cessionnaire, en particulier avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, pourra accorder la priorité audit cessionnaire en antidatant la cession ou en élargissant la portée. La Commission voudra peut-être examiner la question de la forme. Une règle de droit matériel serait préférable. Toutefois, comme il ne semble pas possible d'arriver à un consensus sur une telle règle, une règle de droit international privé pourra aussi être envisagée.

82. La Commission voudra peut-être examiner les solutions possibles suivantes: soit introduire une règle souple, conforme à la pratique actuelle du droit international privé concernant la validité formelle du contrat entre le cédant et le cessionnaire (la loi même du contrat, la loi du pays où le contrat est conclu ou, dans le cas de contrats entre des personnes résidant dans des pays différents, la loi d'un de ces pays; voir l'article 9 de la Convention de Rome; ou l'article 13 de la Convention de Mexico), en la combinant à une règle différente concernant les effets à l'égard des tiers (la loi du lieu de situation du cédant); soit adopter une règle "refuge" qui pourrait être libellée comme suit: "Une cession produit ses effets à l'encontre de tiers si elle satisfait, *au moins*, aux conditions de forme énoncées par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant" (on trouvera au paragraphe 108 une règle spéciale applicable au cas où une créance est assortie d'une sûreté). Une règle renvoyant les questions de forme, pour ce qui est des tiers, à la loi de l'État où est situé le cédant ne serait pas nécessairement contraire à la pratique actuelle du droit international privé, car cette pratique vise le contrat de cession et non le transfert de propriété lui-même; et les conditions de forme exigeant qu'une cession soit par écrit, soit notifiée au débiteur ou inscrite dans un registre ont pour objet d'établir une chaîne chronologique en cas de créances concurrentes et ont donc des effets sur la question de la priorité. Quoiqu'il en soit, une règle "refuge" permettrait aux tiers d'évaluer l'efficacité formelle d'une cession en vue de la détermination de la priorité et serait conforme à l'approche suivie à l'article 24, sans entraver les tendances qui prévalent en droit international privé.

*Article 9. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures
et de fractions de créances*

1. La cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, en totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances a effet si ces créances sont désignées:

- a) individuellement en tant que créances faisant l'objet de la cession; ou

b) de toute autre manière, à condition qu'elles soient identifiables, au moment de la cession ou, dans le cas de créances futures, au moment de la conclusion du contrat initial, comme étant celles qui font l'objet de la cession.

2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet à la date de la conclusion du contrat initial sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances.

Références

A/CN.9/420, par. 45 à 60

A/CN.9/445, par. 211 à 214

A/CN.9/432, par. 93 à 112 et 254 à 258

A/CN.9/456, par. 93 à 97

A/CN.9/434, par. 122 et 124 à 127

Commentaire

83. Les cessions de créances futures, les cessions globales et les cessions de fractions de créances ou de tout droit indivis sur lesdites créances sont au cœur d'importantes pratiques de financement (par exemple l'affacturage, la titrisation, le financement de projet, les prêts consortiaux, les swaps et les produits dérivés). Pourtant, leur efficacité, du point de vue du droit de la propriété, n'est pas reconnue dans tous les systèmes juridiques. L'article 9 a pour objet de valider de tels transferts de droits de propriété sur les créances.

Cessibilité légale

84. Pour ce qui est de la validation des cessions auxquelles il est fait référence au paragraphe 1, l'article 9 peut écarter les interdictions légales pouvant être énoncées dans la loi nationale à propos de telles cessions. Ce faisant, le projet de Convention n'a pas pour objet d'entraver les politiques nationales. Ces politiques ont en effet pour objet de protéger le cédant en l'empêchant d'aliéner ses biens futurs et de se priver potentiellement de moyens de subsistance. Elles énoncent souvent une exigence de spécificité, ce qui peut entraver la cession de créances futures ou les cessions globales. Afin de préserver à la fois la nécessité de valider les cessions mentionnées au paragraphe 1 et celle de protéger le cédant, le paragraphe 1 de l'article 9 dispose que les créances doivent être identifiables au moment où elles naissent (c'est-à-dire lorsque le contrat initial est conclu), en tant que créances sur lesquelles porte la cession. En outre, afin de ne pas limiter le droit du cédant d'aliéner des créances futures, le projet de Convention ne donne pas la priorité à un créancier sur un autre (par exemple, à un cessionnaire global sur un petit fournisseur d'équipements à crédit avec réserve de propriété portant sur les créances découlant de la vente des produits finis du cédant, question qui est régie par la loi nationale), mais laisse la question de la priorité à la loi nationale. Pour ce qui est des limitations légales visant à protéger le débiteur dans les cessions mentionnées au paragraphe 1 (comme, par exemple, les limitations relatives aux cessions partielles), le projet de Convention n'entrave pas les politiques nationales qui sous-tendent de telles limitations, dans la mesure où le débiteur doit être situé dans un État contractant et, en vertu du projet de Convention, ne doit pas encourir de coût supplémentaire du fait de la cession (voir les paragraphes 32 à 34 et 128).

85. Le projet de Convention ne tente pas de modifier toute autre limitation légale, qu'elle vise à protéger le cédant (par exemple, salariés ou titulaires de pensions de retraite) ou des débiteurs (par exemple, des débiteurs souverains ou consommateurs). Cette question est laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Cela découle implicitement de l'article 11, qui ne traite que des limitations contractuelles à la cession (pour ce qui est des débiteurs souverains, voir les paragraphes 213 et 214; pour ce qui est des débiteurs consommateurs, voir le paragraphe 100). Comme ce résultat n'est pas énoncé explicitement dans le projet de Convention, c'est par interprétation que l'on pourra déterminer si ces questions sont régies, mais non explicitement réglées, par le projet de Convention, auquel cas le paragraphe 2 de l'article 8 serait applicable (c'est-à-dire que référence

serait faite d'abord aux principes généraux qui sous-tendent le projet de Convention, puis aux règles de droit international privé), ou non régies par le projet de Convention (c'est-à-dire qu'elles seraient soumises à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé du for). Quoi qu'il en soit, les incertitudes qui en découleraient pourraient avoir des incidences négatives sur l'offre et le coût du crédit. La Commission voudra donc peut-être étudier si la question de la cessibilité légale devrait être expressément traitée dans le projet de Convention. On pourrait à cette fin énoncer comme suit une nouvelle disposition sur les limitations légales: "La présente Convention ne porte atteinte à aucune limitation légale à la cession autre que celles visées à l'article 9". On pourrait également arriver à ce résultat en excluant certaines créances du champ d'application de l'article 4 ("les créances personnelles, telles que les salaires, les pensions, les créances découlant d'opérations à des fins personnelles, familiales ou domestiques et les créances souveraines, dans la mesure où elles ne sont pas cessibles en vertu de la loi les régissant").

Efficacité

86. Les mots "à effet" visent les effets d'une cession sur la propriété (le terme "est valide" n'aurait pas le même sens et, de toute façon, n'est pas interprété universellement de la même manière). Le sens exact de cette "efficacité", c'est-à-dire le fait de savoir si le cessionnaire peut retenir tout excédent et les conditions dans lesquelles il peut invoquer la créance à l'encontre du débiteur ou disposer d'un recours contre le cédant, dépend de la question suivante: s'agit-il d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie? Cette question est laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Quoi qu'il en soit, du fait de son droit de propriété (*in rem*) sur la créance cédée, le cessionnaire peut demander et (si le débiteur n'invoque pas l'absence de notification et paye) conserver le paiement. (Le débiteur peut être libéré valablement en vertu de l'article 9, qu'il ait ou non payé la personne ayant la priorité). Si le débiteur paye quelqu'un d'autre, la créance est éteinte et le caractère *in rem* ou *ad personam* du droit du cessionnaire et la priorité de son droit sur le produit sont laissés à la loi de du lieu de situation du cédant (art. 24 b); voir les paragraphes 165 et 170).

87. Si le cessionnaire acquiert un droit de propriété sur la créance cédée, l'effet de ce droit est limité à la relation entre le cédant et le cessionnaire et à l'encontre du débiteur. L'efficacité de la cession à l'encontre de tiers fait intervenir des questions de priorité et le projet de Convention traite de ces questions séparément, en les soumettant à la loi du lieu de situation du cédant (art. 24). De ce fait, l'article 9 devrait écarter une limitation légale, par exemple concernant la cession de créances futures ou de créances non expressément identifiées, mais non une règle traitant de la priorité entre des créances concurrentes (ou des exigences de forme légales). En outre, vu ce lien entre l'efficacité en vertu de l'article 9 et la priorité en vertu de l'article 24, l'article 9: ne validerait pas la première cession chronologique, tout en invalidant toute autre cession ultérieure des mêmes créances par le même cédant; ou ne ferait pas prévaloir le droit du cessionnaire sur un administrateur de l'insolvabilité au seul motif que la cession avait eu lieu avant la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, même si les créances étaient nées ou avaient été acquises après l'ouverture de cette procédure. Afin de tenir compte de cette interaction entre l'efficacité pour le cédant et le cessionnaire et à l'encontre du débiteur (en tant que condition d'établissement de la priorité) et l'efficacité à l'encontre de tiers autres que le débiteur (priorité) et d'éviter de laisser, sans le vouloir, la question de l'efficacité des cessions visées au paragraphe 1 à la loi applicable à la priorité, le Groupe de travail a décidé de supprimer à l'article 9 les mots qui auraient soumis cet article, de même que l'article 10, aux articles 24 à 27. Pour cette même raison, le Groupe de travail a décidé d'inclure à l'article 24 un libellé ("à l'exception des...") précisant que certaines questions, y compris l'efficacité d'une cession en tant que question de droit général, n'étaient pas laissées à la loi régissant la priorité (voir par. 163).

88. Toutefois, la distinction qu'établit le projet de Convention entre l'efficacité et la priorité peut être inconnue de la loi du lieu de situation du cédant, qui énoncera peut-être des limitations à la cession au moyen d'une règle relative à l'efficacité en général. De ce fait, il peut être difficile de déterminer, par exemple, si une règle de la loi du lieu où est situé le cédant limitant l'efficacité d'une cession de créances futures est une règle

relative à l'efficacité *inter partes*, ou à l'efficacité à l'encontre de tiers (priorité). La Commission voudra donc peut-être énoncer explicitement dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 9 qu'une cession a effet "entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur". Elle voudra peut-être également énoncer dans un nouveau paragraphe 3 que: "L'efficacité d'une cession des créances visées aux paragraphes 1 et 2 du présent article à l'égard de tiers autres que le débiteur est régie par la loi applicable en vertu de l'article 24. Toutefois, une telle cession n'est pas sans effet à l'égard de tels tiers au seul motif que la loi du lieu de situation du cédant n'en reconnaît pas l'efficacité." Une telle règle permettrait de garantir qu'une cession de créances futures ne serait pas invalidée au seul motif qu'elle porte sur des créances futures, sans toutefois porter atteinte à l'efficacité d'une telle cession pour ce qui est de la détermination de la priorité entre des créanciers concurrents.

"Créances existantes ou futures"

89. Ce terme est défini à l'alinéa b) de l'article 6 par référence au moment de la conclusion du contrat initial. Toutes les créances futures sont visées, y compris les créances conditionnelles et purement hypothétiques (voir par. 56). Afin de protéger les intérêts du cédant, le paragraphe 1 introduit un élément de spécificité (les créances doivent pouvoir être identifiées au moment où elles naissent).

"Une ou plusieurs"

90. Le projet de Convention est axé sur la cession globale d'un volume important de créances de faible valeur (comme, par exemple, dans le cas de l'affacturage de créances commerciales ou de la titrisation de créances sur cartes de crédit), vu leur importance et la pratique et compte tenu du fait que leur efficacité n'est pas reconnue par tous les systèmes juridiques. Pour des raisons de cohérence, la cession de créances uniques de grande valeur (comme, par exemple, la cession d'un prêt à des fins de refinancement ou de diversification de portefeuille) est également incluse.

"En totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances"

91. Les cessions partielles se rencontrent dans des opérations importantes, telles que la titrisation (dans laquelle l'organe ad hoc (*special purpose vehicle*) peut céder aux investisseurs des droits indivis sur les créances achetées à l'initiateur, à titre de garantie des obligations de l'organe ad hoc envers les investisseurs), ou les prêts consortiaux (dans lesquels le principal prêteur peut céder des droits indivis sur le prêt à certains autres prêteurs; pour ce qui est des cessions partielles, voir les paragraphes 32 à 34 et 61).

"Désignées"

92. Le terme "désignées" vise à énoncer une norme inférieure à celle qu'énoncerait le terme "spécifiées". Ainsi, une description générique de la créance, sans que soient spécifiés l'identité du débiteur ou le montant de la créance, serait suffisante (par exemple, "toutes les créances provenant de mon entreprise de vente de véhicules").

"Individuellement"/"de toute autre manière"

93. Ces mots ont pour objet de faire en sorte que la cession de créances existantes et futures ait effet, que les créances soient décrites individuellement, ou de toute autre manière qui suffise à les relier à la cession.

Moment de l'identification des créances

94. Les créances existantes doivent être identifiées comme faisant l'objet de la cession au moment de ladite cession. Les créances futures devraient être identifiables au moment où elles naissent (qui est, par définition,

postérieur à la cession). En vertu de l'article 7, qui consacre l'autonomie des parties, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir du moment où les créances futures devraient être identifiables comme faisant l'objet de la cession, dans la mesure où ils ne portent pas atteinte aux droits du débiteur et d'autres tiers.

Accords-cadres

95. Afin de diligenter le processus de prêt et de réduire le coût de l'opération, le paragraphe 2 dispose en fait qu'un accord-cadre suffit pour transférer des droits sur un ensemble de créances futures. Si un nouveau document était requis à chaque fois que naît une créance, le coût de l'administration d'un programme de prêts augmenterait considérablement et les délais requis pour obtenir des documents en bonne et due forme et les examiner ralentiraient le processus de prêt au détriment du cédant. En vertu du paragraphe 2, qui prévoit que l'accord-cadre suffit à transférer un ensemble de créances futures, et de l'article 10, qui dispose qu'une créance future est réputée transférée au moment de la conclusion du contrat de cession, les droits sur les créances futures sont transférés directement au cessionnaire sans passer par la masse des biens du cédant. De ce fait, le cessionnaire aurait un droit de propriété et, s'il avait également la priorité, son droit ne serait pas assujéti aux créances personnelles des créanciers du cédant ou à l'administrateur de l'insolvabilité. Dans son libelle initial, le paragraphe 2 faisait référence au moment où les créances futures "naissent", afin de préciser que la cession d'une créance future ne pouvait avoir effet que si cette créance naissait. Étant donné que la disposition expliquant le sens du mot "naissent" a été supprimé, le Groupe de travail a décidé à sa trente et unième session de remplacer ce mot par les mots "au moment de la conclusion du contrat initial". De ce fait, le paragraphe 2 traite du moment de la cession d'une manière qui n'est pas conforme à l'article 10, en vertu duquel la cession de créances futures a effet au moment de la conclusion du contrat de cession et les parties ne peuvent convenir que d'une date postérieure. La Commission voudra peut-être supprimer la référence au moment de la conclusion du contrat initial de cession et traiter cette question dans le commentaire relatif à l'article 10 (voir par. 96). Ou bien, le paragraphe 2 devrait être aligné sur l'article 10 et faire référence au moment de la conclusion du contrat de cession.

Article 10. Date de la cession

Une créance existante est transférée, et une créance future est considérée comme transférée, à la date de la conclusion du contrat de cession, à moins que le cédant et le cessionnaire n'aient spécifié une date postérieure.

Références

A/CN.9/420, par. 51 et 57

A/CN.9/432, par. 109 à 112 et 254 à 258

A/CN.9/434, par. 107 et 108 et 115 à 121

A/CN.9/445, par. 221 à 226

A/CN.9/456, par. 76 à 78 et 98 à 103

Commentaire

96. L'article 10 a pour objet de reconnaître et, dans le même temps, limiter le droit du cédant et du cessionnaire de convenir du moment auquel une créance est transférée; d'énoncer une règle par défaut aux termes de laquelle, sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, la date à laquelle une créance est transférée est la date de la conclusion du contrat de cession; et de préciser le sens d'autres dispositions pertinentes, tels que les articles 7, 9, 19 et 24 à 27. La date de cession convenue entre le cédant et le cessionnaire lie les tiers, point qui n'est peut-être pas suffisamment clair à l'article 7. Toutefois, pour qu'une telle convention lie les tiers, elle doit fixer une date de cession qui ne soit pas antérieure à la date de conclusion du contrat de cession. Cette approche est conforme au principe de l'autonomie des parties consacré à l'article 7, car une

convention fixant une date de cession antérieure pourrait avoir des incidences sur l'ordre de priorité entre plusieurs créanciers (toutefois, ni l'article 7, ni l'article 10 n'empêchent les parties de convenir d'antidater l'entrée en vigueur de leurs obligations contractuelles mutuelles).

97. En l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire fixant la date du transfert des droits sur les créances cédées, la date de ce transfert est la date de la conclusion du contrat de cession, élément qui ne peut être modifié. Si cette approche est évidente pour ce qui est des créances existant à la date où elles sont cédées, une fiction juridique est créée pour ce qui concerne les créances futures (c'est-à-dire des créances naissant de contrats inexistantes au moment de la cession). En pratique, le cessionnaire n'acquerrait des droits sur les créances futures que si celles-ci étaient en fait créées mais, sur le plan juridique, la date du transfert remonterait à la date de la conclusion du contrat de cession. Le fait de donner au cessionnaire un droit de propriété sur la créance cédée à compter du moment de la conclusion du contrat de cession aurait pour conséquence de protéger un cessionnaire ayant la priorité en vertu de la loi du lieu où est situé le cédant. Sans ce droit de propriété, même le droit d'un cessionnaire ayant la priorité pourrait être assujéti aux droits de créanciers nantis et privilégiés en cas d'insolvabilité.

Article 11. Limitations contractuelles à la cession

1. La cession d'une créance a effet nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.
2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention.

Références

A/CN.9/420, par. 61 à 68	A/CN.9/447, par. 148 à 152
A/CN.9/432, par. 113 à 126	A/CN.9/455, par. 47 à 51
A/CN.9/434, par. 128 à 137	A/CN.9/456, par. 104 à 116
A/CN.9/445 par. 49 à 51 et 227 à 231	A/CN.9/466, par. 104 à 106

Commentaire

98. L'objet essentiel de l'article 11, qui s'inspire de l'article 6 de la Convention d'Ottawa, est d'établir un équilibre entre la nécessité de protéger le débiteur, d'une part, et celle de protéger le cédant et le cessionnaire, d'autre part. Le débiteur peut avoir de bonnes raisons commerciales de limiter l'aptitude du cédant à céder la créance (par exemple, s'il craint d'encourir des dépenses supplémentaires). Par ailleurs, le cédant peut avoir besoin de céder ses créances pour obtenir un financement ou un service et le cessionnaire peut n'avoir aucun moyen de savoir qu'il existe une limitation contractuelle à la cession (comme dans le cas des créances futures ou des cessions globales).

Champ d'application matérielle et territoriale

99. L'article 11 vise les limitations contractuelles, qu'elles figurent dans le contrat initial ou toute autre convention entre le cédant et le débiteur, ou dans le contrat de cession initial ou dans tout contrat de cession ultérieur. Il vise également toute clause contractuelle limitant la cession (par exemple en la soumettant au consentement du débiteur) et pas seulement les clauses interdisant la cession. Toutefois, il ne vise pas les

limitations légales à la cession ou les limitations relatives à la cession de droits autres que les créances (par exemple, clauses de confidentialité). De ce fait, si une cession est effectuée en violation d'une limitation légale ou d'une clause de confidentialité, l'article 11 ne peut être appliqué pour valider une telle cession ou limiter toute responsabilité en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention. Selon l'approche que la Commission décidera d'adopter à propos de la cession de créances financières, le champ d'application de la règle énoncée à l'article 11 pourra être différent et l'efficacité d'une cession, en général ou uniquement à l'encontre du débiteur, pourra être laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention (voir art. 5 et les par. 50 à 54).

100. L'article 5 devrait également être applicable aux cessions de créances dues par des débiteurs souverains, à moins que l'État dans lequel est situé le débiteur émette en vertu de l'article 38 une réserve à propos de l'article 11 (voir les paragraphes 213 et 214). Dans ce cas également, la question de savoir si une cession a effet à l'encontre d'un débiteur souverain serait également régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention. En outre, l'article 11 vise les cessions de créances dues par des débiteurs consommateurs. Il n'a toutefois pas pour objet de supplanter les lois relatives à la protection des consommateurs (bien que, dans la pratique, à l'exception de personnes très riches, qui n'ont sans doute pas besoin d'être protégées par la loi, les consommateurs n'aient pas le pouvoir de négociation voulu pour inclure de telles limitations dans leurs contrats; pour ce qui est des créances sur consommateurs et de la protection des consommateurs, voir les paragraphes 36, 128, 152, 160 et 196). Quoi qu'il en soit, les consommateurs, soit ne seraient même pas avisés de la cession, soit en seraient avisés et seraient invités à continuer de payer sur le même compte bancaire ou à la même boîte postale. Dans ce cas, un débiteur craignant de perdre des droits à compensation pouvant découler de contrats non liés au contrat initial pourrait rompre sa relation avec le cessionnaire.

101. En fait, vu son application limitée aux consommateurs et l'exclusion des prestataires de services financiers (art. 5), ainsi que l'exclusion possible des gouvernements et autres entités publiques (art. 38), l'article 11 s'appliquerait essentiellement lorsque le débiteur est un important fournisseur n'ayant sans doute pas besoin d'une protection légale. Quoi qu'il en soit, la Commission voudra peut-être envisager de limiter encore le champ de la règle énoncée à l'article 11 aux cessions de créances futures ou de aux cessions globales, car, dans ces cas, la validation des limitations contractuelles aurait un effet négatif pour le coût du crédit. Dans les autres cessions (par exemple, de créances uniques existantes), une limitation contractuelle rendrait la cession sans effet à l'encontre du débiteur (projet d'article 12.301 des Principes du droit européen des contrats). Une telle approche préserverait la libre transférabilité des créances dans les transactions financières importantes, tout en limitant les entraves indues à l'autonomie des parties. La Commission voudra peut-être également traiter des cessions qui ne sont pas véritablement des cessions, mais plutôt des offres publiques d'achat (c'est-à-dire, lorsqu'un concurrent obtient la cession des dettes d'une entité, afin d'avoir accès à des informations commerciales confidentielles; encore que, si de telles informations faisaient l'objet d'une clause de confidentialité et que la cession accordait au cessionnaire un accès aux informations confidentielles, l'article 11 ne serait pas applicable pour valider cette cession).

La règle

102. L'article 11 énonce pour l'essentiel la règle suivante: tant la limitation contractuelle de la cession que la cession elle-même ont effet. Toutefois, à la différence de la cession qui a effet à l'encontre du débiteur, la limitation contractuelle ne produit aucun effet à l'encontre du cessionnaire. Le principe sous-jacent est le suivant: il est plus utile pour tous de faciliter la cession de créances et de réduire le coût de l'opération, plutôt que de veiller à ce que le débiteur n'ait pas à payer une personne autre que le créancier initial (le cédant). En vertu du paragraphe 1 de l'article 11, le débiteur est lié par la cession. La question d'une éventuelle responsabilité pour contravention au contrat est laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. S'il existe une telle responsabilité, en vertu du paragraphe 2 de l'article 11, elle n'est pas étendue au cessionnaire et ne peut être fondée que sur la connaissance qu'avait le cessionnaire de la limitation contractuelle

(la connaissance peut être pertinente en cas de responsabilité extracontractuelle du cessionnaire, par exemple en cas d'entrave dolosive à des relations contractuelles avantageuses). Le fait de pénaliser le cessionnaire pour la simple raison qu'il avait connaissance de la clause de non-cession risquerait d'avoir pour résultat, non souhaité, de l'inciter, soit à éviter d'appliquer le critère de la diligence voulue, soit à appliquer ce critère et à refuser d'accepter des créances ou à les accepter à un prix très inférieur. Les autres droits que le débiteur peut avoir en dehors de la loi applicable en dehors du projet de Convention, par exemple le droit de résilier le contrat initial pour contravention, ne sont pas non plus modifiés, à moins qu'une créance financière ne soit en jeu (voir art. 5, variante A, par. 2; on trouvera au paragraphe 104 une suggestion du secrétariat visant à limiter les droits du débiteur à une demande de dommages-intérêts compensatoires).

Justification

103. Les limitations contractuelles ont un impact négatif sur la valeur des créances, qu'elles portent sur toutes les créances cédées globalement ou seulement sur certaines d'entre elles. Si les limitations contractuelles étaient opposables à tous les cessionnaires, ceux-ci devraient examiner les documents relatifs à chaque créance. De ce fait, un petit nombre de créances faisant l'objet de limitations contractuelles suffirait à augmenter le coût d'un grand nombre de créances non soumises à ces limitations. En outre, à moins qu'elles n'aient pour objet de préserver des intérêts légitimes, les limitations contractuelles peuvent constituer une entrave indue aux principes de l'économie de marché. Dans la mesure où l'obligation de paiement a le même effet sur le débiteur, quelle que soit l'identité du créancier, une limitation contractuelle serait contraire au principe de non-restriction de l'aliénation de biens. En outre, une économie dans laquelle les créances sont librement transférables offre des avantages substantiels aux débiteurs. Les économies réalisées par les créanciers grâce à la libre cessibilité de leurs créances peuvent avoir des retombées positives sur les débiteurs, sous la forme d'un coût moins élevé des biens et services ou du crédit.

104. En tout état de cause, le projet de Convention offre un niveau de protection élevé au débiteur (art. 17 à 22). En outre, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, le débiteur peut même déclarer résolu le contrat initial (à l'exception des débiteurs de créances financières; art. 5, variante A, par. 2). Toutefois, une telle résolution, qui pourrait priver le cessionnaire du droit contractuel à demander paiement au débiteur, ne devrait pouvoir être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles (le cédant peut avoir une créance fondée sur un enrichissement sans cause ou toute autre créance par l'effet de la loi à l'encontre du débiteur, mais la cession de tels droits ne serait pas régie par le projet de Convention). Sinon, le risque de résolution du contrat aurait en soi un effet négatif sur le coût du crédit. C'est pourquoi la Commission voudra peut-être envisager de préciser, à l'article 11, que tout recours dont dispose le débiteur à l'encontre du cédant pour contravention à la clause de non-cession sera limité à une demande de dommages-intérêts compensatoires (ou que le débiteur ne peut déclarer le contrat initial résolu au seul motif que le cédant a violé une clause de non-cession; voir l'article 5, variante A, par. 2). Les articles 11, 20-3 et 22 pourraient de toute façon être interprétés comme empêchant un moyen aussi radical, du moins après la notification de la cession. Le fait de permettre au débiteur de déclarer le contrat résolu du simple chef de la violation d'une clause de non-cession serait contraire au principe selon lequel la cession a effet, même si elle est effectuée en violation d'une clause de non-cession, ainsi qu'au principe selon lequel, dans ce cas, le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire le moyen de recours qu'il pourrait avoir à l'encontre du cédant pour contravention au contrat. En outre, si la solution minimum, c'est-à-dire une modification du contrat initial, n'est pas autorisée après notification de la cession au débiteur sans le consentement du cessionnaire, la solution maximum, à savoir l'annulation du contrat, ne devrait pas être non plus autorisée. Une telle limitation des droits d'annulation du débiteur peut être combinée à l'approche suggérée à l'article 5, variante A, par. 2. Si la cession est sans effet à l'encontre du débiteur, le débiteur n'aura pas besoin d'annuler le contrat initial du simple chef de la violation d'une limitation contractuelle de la cession (par. 104).

Article 12. Transfert de sûretés

1. Une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est transférée au cessionnaire sans un nouvel acte de transfert, sauf si, en vertu de la loi régissant la sûreté, celle-ci est transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert. Dans ce dernier cas, le cédant a l'obligation de la transférer, ainsi que son produit, au cessionnaire.
2. Une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée est transférée en vertu du paragraphe 1 du présent article nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur ou une autre personne constituant la sûreté, qui limite d'une manière quelconque le droit du cédant de céder la créance ou la sûreté en garantissant le paiement.
3. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou responsabilités du cédant découlant d'une violation d'une convention visée au paragraphe 2 du présent article. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention.
4. Le transfert d'un droit réel de garantie au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne qui accorde le droit réel de garantie sur le bien transféré en vertu de la loi régissant ce droit.
5. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les exigences des règles de droit, autres que la présente Convention, relatives à la forme ou à l'enregistrement du transfert de toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée.

Références

A/CN.9/420, par. 69 à 74
A/CN.9/432, par. 127 à 130
A/CN.9/434, par. 138 à 147

A/CN.9/445, par. 232 à 235
A/CN.9/456, par. 117 à 126

Commentaire

Sûretés accessoires et indépendantes

105. Le paragraphe 1 reflète le principe généralement accepté selon lequel les sûretés accessoires (par exemple, une garantie, un nantissement ou une hypothèque) sont transférées automatiquement, alors que les sûretés indépendantes (par exemple, une garantie indépendante ou une lettre de crédit stand-by ou une sûreté réelle de caractère abstrait) ne sont transférables que par un nouvel acte de transfert (les mots "garantissant le paiement" sont utilisés afin d'inclure les droits qui ne sont peut-être pas des sûretés en tant que telles, par exemple des droits découlant de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by). En vertu de l'article 7, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir qu'une sûreté accessoire n'est pas transférée au cessionnaire et donc éteinte, par exemple lorsque le cessionnaire ne souhaite pas accepter la responsabilité et le coût afférents à l'entretien et à la garde de la garantie (taxes et frais d'assurance dans le cas de biens immobiliers, ou frais d'entreposage et d'assurance dans le cas de matériel). La question du caractère accessoire ou indépendant de la sûreté et les conditions de fond ou de procédure à satisfaire pour la création d'une telle sûreté sont laissées à la loi régissant cette dernière. Vu le large éventail de sûretés régi par l'article 12 et les divergences entre les systèmes juridiques en la matière, cet article ne tente pas de spécifier la loi applicable à ces sûretés. Le paragraphe 1 donne également au cédant l'obligation de transférer au cessionnaire toute sûreté indépendante garantissant le paiement des créances cédées, ainsi que le produit de cette sûreté. De ce fait, si une sûreté indépendante et son produit sont cessibles, le cessionnaire pourra les obtenir. Si ces droits ne sont pas cessibles, ou ne sont pas cédés pour

quelque raison que ce soit, le cessionnaire aura une créance personnelle à l'encontre du cédant. Pour ce qui est de la formulation du paragraphe 1, la Commission voudra peut-être envisager de supprimer la deuxième partie de la première phrase (c'est-à-dire les mots "sauf si ... transfert") qui est superflue (la première partie de la première phrase est sans doute suffisante).

Limitations contractuelles

106. Le paragraphe 2 vise à faire en sorte que toute limitation convenue entre le cédant et le débiteur ou toute autre personne accordant une sûreté n'invalide pas la cession. Conformément au paragraphe 3, la responsabilité que le cédant peut avoir du fait d'une contravention au contrat, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, n'est pas affectée, mais elle ne s'étend pas au cessionnaire (cette approche est conforme à celle adoptée à l'article 11). Le principe sous-jacent est que les sûretés devraient être traitées, en ce qui concerne les limitations à la cession, de la même manière que les créances, car, souvent, la contrepartie sur laquelle compte le cessionnaire réside dans la sûreté et non dans la créance proprement dite. Toutefois, une limitation figurant dans un contrat avec un tiers garant souverain situé dans un État ayant fait une déclaration en vertu de l'article 38 rendrait la cession sans effet, mais uniquement à l'encontre dudit tiers. De même, une limitation figurant dans un contrat avec un tiers garant d'une créance financière peut invalider la cession en général, ou uniquement à l'encontre dudit tiers, selon que la Commission adopte la variante A ou la variante B de l'article 5.

Droits de possession

107. Que le transfert d'une sûreté soit ou non interdit par convention, si le transfert entraîne un transfert de possession de la garantie et si ce transfert cause des préjudices au débiteur ou à la personne accordant la sûreté, la responsabilité pouvant exister en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention n'est pas affectée. Le paragraphe 4 envisage, par exemple, un transfert d'actions nanties qui pourrait habiliter un cessionnaire étranger à exercer les droits d'un actionnaire au détriment du débiteur ou de toute autre personne qui aurait pu nantir les actions.

Conditions de forme

108. Aux termes du paragraphe 5, il n'est pas porté atteinte aux règles de droit applicable en dehors du projet de Convention à la forme du transfert des sûretés. En conséquence, un document authentifié et un enregistrement peuvent être nécessaires au transfert effectif d'une hypothèque, tandis qu'un transfert de possession ou un enregistrement peuvent être requis pour le transfert d'un gage. Le projet de Convention n'a pas non plus pour objet d'influer sur les conditions de forme d'une cession de créances garanties par un actif (enregistrement d'une cession garantie par un bien immobilier ou un aéronef, par exemple). Si la Commission incluait, cependant, une règle sur la forme de la cession, soumettant cette forme à la loi applicable là où est situé le cédant (voir les paragraphes 80 à 82), cette règle devrait s'aligner sur le paragraphe 5 (par exemple, en prévoyant que la loi applicable là où est situé le cédant régirait la forme, à moins que les créances ne soient garanties par une sûreté, auquel cas la loi régissant cette sûreté régirait la forme).

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

Section I. Cédant et cessionnaire

Commentaire

Objet de la section I

109. À la différence des autres dispositions du projet de Convention qui traitent des aspects de la cession liés à la propriété, les dispositions contenues dans la présente section traitent de questions contractuelles. Leur utilité réside dans le fait qu'elles reconnaissent l'autonomie des parties, principe énoncé de manière générale à l'article 7, et prévoient des règles par défaut applicables en l'absence de convention entre le cédant et le cessionnaire. Ces règles par défaut offrent d'importants avantages. Elles réduisent le coût des opérations en répartissant les risques et en évitant aux parties d'avoir à reproduire des clauses et conditions types dans leur contrat. Elles réduisent également le coût du règlement des litiges en offrant une règle claire à la fois pour les tribunaux et pour les parties, si ces dernières n'ont pas réglé une question particulière. Elles ont par ailleurs une fonction éducative utile dans la mesure où elles offrent une liste récapitulative des questions que les parties doivent examiner lorsqu'elles négocient le contrat initial. Mais surtout, elles renforcent l'uniformité et la sécurité en réduisant la nécessité, pour les tribunaux, de recourir aux solutions nationales offertes par la loi même du contrat. Toutefois, le rôle de la loi du contrat ne se trouve pas complètement supprimé à la section I du chapitre IV. C'est elle qui doit déterminer l'effet d'une erreur, d'une fraude ou d'une illégalité sur la validité du contrat, de même que les recours possibles en cas de contravention au contrat (dans la mesure où ils ne portent pas sur la forme et sont donc soumis à la loi du for).

Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées.
2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.
3. Dans une cession internationale, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés aux fins de la cession à tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les pays à ce type particulier d'opérations [de financement par des créances].

Références

A/CN.9/432, par. 131 à 144
A/CN.9/434, par. 148 à 151

A/CN.9/447, par. 17 à 24
A/CN.9/456, par. 127 et 128

Commentaire

110. L'article 13 a pour principal objet de réaffirmer, dans le contexte de la relation entre le cédant et le cessionnaire, le principe de l'autonomie des parties, principe déjà énoncé en termes généraux à l'article 7. Le cédant et le cessionnaire sont libres de structurer leurs droits et obligations réciproques de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Ils sont également libres d'incorporer dans leur convention toutes règles ou conditions par une référence générale plutôt qu'en les reproduisant. Les conditions auxquelles les parties peuvent exercer leur liberté et les conséquences juridiques correspondantes relèvent de la loi régissant leur convention. L'article 13, allant dans le même sens que l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, énonce également dans ses paragraphes 2 et 3 un principe qui n'est peut-être pas reconnu dans tous les systèmes juridiques, à savoir que, dans l'interprétation des contrats de cession, les usages et les habitudes en matière commerciale doivent être pris en considération. Le paragraphe 2 établit une distinction claire entre les usages commerciaux et les habitudes qui se sont établies entre le cédant et le cessionnaire. Ces usages et habitudes peuvent produire des droits et des obligations pour le cédant et le cessionnaire. Cependant, ils ne peuvent lier des tiers tels que le débiteur ou les créanciers du cédant, pas plus qu'ils ne peuvent lier des cédants ou des

cessionnaires subséquents. Toutes ces parties n'auraient pas nécessairement connaissance des usages convenus et des habitudes établies entre le cédant initial et le cessionnaire initial.

111. Puisque le paragraphe 1 reconnaît l'autonomie des parties, ces dernières auront toujours le droit de convenir du caractère contraignant ou facultatif des pratiques établies entre elles. Les mots "sauf convention contraire", figurant au paragraphe 2, peuvent donc ne pas être nécessaires. Ils n'apparaissent pas au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, mais avaient été inclus à l'origine au paragraphe 2 parce que, contrairement à la hiérarchie des règles juridiques établie dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, le projet de Convention prévaut sur toute convention des parties. Le paragraphe 1 étant limité désormais aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire, la règle concernant la prévalence du projet de Convention a été supprimée et l'écart par rapport au libellé du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes ne se justifie plus.

112. Le paragraphe 3 définit le champ d'application des questions couvertes par un usage international. En vertu de ce paragraphe, les usages internationaux lient uniquement les parties à des cessions internationales. Cette restriction n'a pas été jugée nécessaire dans l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes puisque cette convention ne s'applique qu'aux opérations internationales. Elle l'est en revanche dans l'article 13 du projet de Convention car ce dernier peut s'appliquer aux cessions nationales de créances internationales. En outre, en vertu du paragraphe 3, comme en vertu du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, les usages ne s'appliquent qu'au type particulier d'opération visée. Ainsi, un usage international pour l'affacturage ne peut s'appliquer à une cession effectuée dans le cadre d'une titrisation. Cependant, à la différence du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le paragraphe 3 ne fait pas référence à la connaissance subjective, effective ou implicite des parties, mais seulement à la condition objective que les usages doivent être largement connus et régulièrement observés. Le Groupe de travail a estimé que, si une telle référence à la connaissance subjective des parties pourrait être utile dans une relation bipartite, elle serait inappropriée dans une relation tripartite, car il serait extrêmement difficile pour des tiers de déterminer ce dont le cédant et le cessionnaire avaient ou auraient dû avoir connaissance. Étant donné que l'article 13 a été revu afin de bien préciser qu'il se rapporte aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire et que, en vertu de l'article 7, les conventions entre les parties n'ont pas d'incidences sur les tiers, la Commission voudra peut-être réexaminer cette question.

Article 14. Garanties dues par le cédant

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, au moment de la conclusion du contrat de cession, le cédant garantit que:

- a) il a le droit de céder la créance;
- b) il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et
- c) le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation.

2. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur a, ou aura, les moyens financiers d'effectuer le paiement.

Références

A/CN.9/434, par. 152 à 161

Commentaire

Autonomie des parties/règles par défaut

113. Les garanties données par le cédant ont pour objet de réduire le risque que court le cessionnaire de ne pas pouvoir recouvrer, en cas de besoin, ses créances auprès du débiteur. Étant donné leur but, elles constituent pour le cessionnaire un facteur important dans la détermination du crédit à octroyer au cédant et du coût de ce crédit. C'est pourquoi elles font l'objet de négociations très poussées et sont explicitement réglées entre le cédant et le cessionnaire. Reconnaisant cette réalité, l'article 14 consacre le principe de l'autonomie des parties concernant les garanties du cédant. Celles-ci peuvent découler du contrat de financement, du contrat de cession (s'il est séparé), ou de tout autre contrat entre le cédant et le cessionnaire. Conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 13, elles peuvent également découler d'habitudes et d'usages commerciaux. L'article 14 autorise les parties à modifier explicitement ou implicitement les garanties, y compris celles qui ont trait à l'existence même de la créance cédée.

114. Outre qu'il reconnaît le principe de l'autonomie des parties, l'article 14 énonce une règle par défaut répartissant les risques entre le cédant et le cessionnaire en l'absence de convention des parties sur cette question, avec pour objectif général de concilier la nécessité d'équité et la nécessité de faciliter un accès accru à des crédits moins onéreux. Il va dans le sens de la pratique habituelle selon laquelle le cédant garantit l'existence de la créance cédée mais non la solvabilité du débiteur. Si les parties ne se sont pas mises d'accord sur des garanties, le risque de non-paiement serait, en l'absence d'une règle analogue au libellé de l'article 14, plus élevé. Cette situation pourrait faire échouer une opération (si le risque est trop élevé) ou, du moins, réduire le montant du crédit octroyé et en accroître le coût. Par ailleurs, dans la mesure où le cédant doit supporter un certain risque, ses marchandises ou ses services seraient plus onéreux, voire inaccessibles, pour le débiteur.

Garanties concernant "l'existence" ou la cessibilité d'une créance

115. En vertu du paragraphe 1, le cédant garantit qu'il a le droit de céder la créance, qu'il ne l'a pas déjà cédée, et que le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception. Compte tenu de la nécessité pour le cessionnaire de pouvoir estimer le risque lié à une opération avant d'accorder un crédit, le paragraphe 1 dispose que les garanties doivent être données et prendre effet au moment de la conclusion du contrat de cession. Ces garanties sont considérées comme données non seulement au cessionnaire immédiat mais également à tout cessionnaire subséquent. En conséquence, tout cessionnaire subséquent peut se retourner contre le cédant pour violation des garanties. Si les garanties étaient considérées comme étant données uniquement au cessionnaire immédiat, tout cessionnaire subséquent n'aurait de recours que contre son cédant immédiat, ce qui accroîtrait le risque et, partant, le coût des opérations comprenant des cessions subséquentes. Les alinéas a) à c) énoncent des garanties que l'on pourrait globalement décrire comme des garanties se rapportant à "l'existence" de la créance (ou à sa cessibilité). Si le cédant n'est pas habilité à céder les créances, les a déjà cédées, ou les a dénuées de toute valeur en exécutant de façon incorrecte le contrat conclu avec le débiteur, la créance n'"existe" pas. La Commission voudra peut-être déterminer si d'autres garanties relatives à l'existence d'une créance, notamment sa base factuelle ainsi que sa validité quant à la forme et au fond et son opposabilité sont suffisamment traitées (voir le projet d'article 12.204 des Principes du droit européen des contrats).

116. Le cédant viole la garantie quant à son droit de céder, énoncée à l'alinéa a), s'il n'a pas la capacité ou l'autorité pour agir, ou s'il existe une quelconque limitation légale à la cession. Cette position se justifie par le fait que le cédant est mieux à même de savoir s'il a le droit de céder la créance. Toutefois, le cédant ne se rend pas coupable d'une violation de garantie si le contrat initial contient une clause limitative de cession. Le Groupe de travail a décidé qu'aucune référence explicite à cette règle n'était nécessaire à l'alinéa a), puisqu'elle était

implicite dans l'article 11, en vertu duquel la cession a effet même lorsqu'elle viole une convention limitant le droit du cédant de céder ses créances. La garantie énoncée à l'alinéa b), selon laquelle le cédant n'a pas déjà cédé la créance, a pour objet de tenir le cédant responsable envers le cessionnaire si, du fait d'une cession précédente effectuée par le cédant, le cessionnaire n'a pas la priorité. Cette situation peut se produire si le cessionnaire n'a pas de moyen objectif de déterminer si une cession a déjà eu lieu. Aux termes de l'alinéa b), cependant, le cédant n'est pas tenu de garantir qu'il ne cédera pas les créances à un autre cessionnaire après la première cession. Une telle garantie irait à l'encontre de la pratique moderne de financement, selon laquelle le droit qu'a le cédant de proposer à différents prêteurs des parties des mêmes créances à titre de garantie pour obtenir un crédit, est absolument essentiel. La Commission voudra peut-être déterminer si l'alinéa b) devrait aussi viser les cessions ou autres transferts de plein droit (voir le projet d'article 12.104 c) des Principes du droit européen des contrats).

117. L'alinéa c) fait supporter au cédant le risque d'exceptions ou de droits à compensation cachés opposables par le débiteur, qui peuvent empêcher le cessionnaire de recouvrer une partie ou la totalité de sa créance. Le principe sur lequel repose cette disposition est qu'en exécutant correctement son contrat avec le débiteur, le cédant pourra empêcher que de telles exceptions soient opposées. Dans le contexte de la vente de marchandises, en particulier, qui inclut des éléments de service et d'entretien, une telle démarche rendrait le cédant davantage responsable de la bonne exécution de son contrat avec le débiteur. Cette disposition part également de l'hypothèse que, dans tous les cas, le cédant sera mieux placé pour savoir si le contrat sera correctement exécuté, même s'il n'est que le vendeur de marchandises fabriquées par un tiers. (Il n'est pas nécessaire que le cédant ait une connaissance effective de l'existence d'exceptions). Un autre principe dont il a été tenu compte est que le fait de faire supporter le risque d'exceptions au cédant a normalement un impact positif sur le coût du crédit. L'alinéa c) a un champ d'application étendu qui englobe les exceptions et droits à compensation, qu'ils aient une origine contractuelle ou non contractuelle et qu'ils aient trait à des créances existantes ou futures. Il couvre également les droits à compensation, qu'ils découlent du contrat initial ou de tout contrat connexe ou encore de contrats sans rapport avec le contrat initial (à l'exception des droits à compensation découlant de contrats non connexes qui deviennent opposables après notification et que le débiteur ne peut, en vertu du paragraphe 2 de l'article 20, opposer au cessionnaire). S'agissant des garanties relatives à l'absence d'exceptions opposables à des créances futures cédées globalement à titre de garantie, le Groupe de travail a estimé que la garantie énoncée à l'alinéa c) reflétait correctement la pratique actuelle. Selon cette pratique, dans les cessions globales de créances exemptes ou frappées d'exceptions, les cédants ne reçoivent normalement qu'un crédit correspondant au montant des créances non susceptibles de faire l'objet d'exceptions et doivent rembourser un montant plus élevé. En outre, en cas de non-paiement par le débiteur, le cédant doit reprendre les créances que le cessionnaire ne parvient pas à recouvrer auprès du débiteur et les remplacer par d'autres créances ou rembourser le prix des créances impayées ("financement avec recours").

Garanties concernant la solvabilité du débiteur

118. Le paragraphe 2 reflète le principe généralement accepté selon lequel le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur. En conséquence, le risque de défaillance du débiteur est supporté par le cessionnaire, ce que ce dernier prend en compte lorsqu'il détermine s'il peut ou non accorder un crédit et à quelles conditions. Reconnaissant le droit qu'ont les parties à des opérations de financement de convenir d'une répartition différente des risques, le paragraphe 2 autorise le cédant et le cessionnaire à conclure une convention contraire. Ce paragraphe dispose également qu'une telle convention peut être implicite ou explicite. La question de savoir ce qui constitue une convention implicite doit être tranchée par les règles d'interprétation de la loi régissant le contrat.

Garanties supplémentaires

119. La Commission souhaitera peut-être envisager d'ajouter aux garanties énumérées au paragraphe 1 les garanties suivantes: le cédant ne modifie pas le contrat initial sans le consentement effectif ou implicite du cessionnaire (art. 22) et le cédant transfère au cessionnaire toute sûreté non accessoire ou tous autres droits adjoints (art. 12; voir également le projet d'article 12.204 d) et e) des Principes du droit européen des contrats).

Violation des garanties

120. Le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter les conséquences juridiques d'une violation des garanties, notamment pour les raisons suivantes: les questions relatives au contrat de financement sous-jacent sortent du champ d'application du projet de Convention, et, en tout état de cause, il serait très difficile de parvenir à un accord sur des questions telles que la responsabilité pour violation de garanties. La Commission voudra peut-être envisager d'examiner, tout au moins, les conséquences que pourrait avoir une violation des garanties sur la cession (les créances sont-elles automatiquement retransférées au cédant ou un nouvel acte de transfert est-il nécessaire?). Cette question revêt une importance particulière si le cédant devient insolvable après une violation des garanties.

Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur

1. Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer des instructions de paiement.

2. L'envoi d'une notification de cession ou d'instructions de paiement en violation d'une convention telle que celle mentionnée au paragraphe 1 du présent article n'invalide pas la notification ni les instructions de paiement aux fins de l'article 19. Toutefois, aucune disposition du présent article n'affecte une obligation ou responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Références

A/CN.9/420, par. 89 à 94 et 119 à 122
A/CN.9/432, par. 159 à 164 et 175
A/CN.9/434, par. 162 à 165

A/CN.9/447, par. 41 à 47
A/CN.9/456, par. 131 à 144 et 193
A/CN.9/466, par. 116 à 117

Commentaire

Droit indépendant du cessionnaire de notifier la cession au débiteur et de demander paiement

121. Le projet d'article 15 a principalement pour objet de reconnaître au cessionnaire le droit de notifier la cession au débiteur et de demander paiement, même sans la coopération ou l'autorisation du cédant. Il n'a pas pour objet de définir la notification (art. 6) ou de traiter les conditions d'opposabilité de la notification au débiteur (art. 18) ou les conséquences juridiques de la notification (art. 19, 20 et 22). Il est jugé important d'accorder au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur, en particulier dans la mesure où le cédant pourrait ne pas souhaiter ou, en cas d'insolvabilité, ne pas pouvoir coopérer avec le cessionnaire. De surcroît, du moins dans les systèmes juridiques où la priorité est déterminée par la date de la notification au débiteur, le cédant, agissant d'intelligence avec un ayant droit à l'encontre d'un autre ayant droit, pourrait déterminer l'ordre de priorité, à moins que chaque ayant droit ne soit autorisé à notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant. Le Groupe de travail a reconnu que selon certaines pratiques, il est normal que le cédant envoie des instructions de paiement au débiteur et lui notifie la cession (par exemple dans l'affacturage). Mais il était conscient, en même temps, que selon d'autres pratiques, il était important que le cessionnaire puisse

notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant, qu'il y ait défaillance ou non. Il a été jugé que la protection du débiteur contre le risque de se voir notifier une cession et de se voir demander de payer une personne potentiellement inconnue était une question différente qui pourrait être résolue en autorisant le débiteur, en cas de notification adressée par le cessionnaire, à demander des preuves suffisantes (par définition, une notification doit indiquer le cessionnaire; voir par. 60; voir aussi le projet d'article 12.303 des Principes du droit européen des contrats, selon lequel, dans un tel cas, la cession doit être effectuée par écrit et le débiteur doit pouvoir l'examiner.)

La notification comme droit, non comme obligation

122. Afin de tenir compte des pratiques de non-notification, la notification est formulée, au paragraphe 1, comme un droit et non comme une obligation. Dans ces pratiques, le débiteur ne reçoit normalement pas notification de la cession et le cédant reçoit le paiement au nom du cessionnaire. L'article 15 a également pour objet de reconnaître des pratiques dans lesquelles le débiteur continue de payer comme avant la cession, tandis que le cédant et le cessionnaire s'entendent sur le contrôle du compte bancaire ou de la boîte postale sur lesquels ou à laquelle le paiement s'effectue. Dans ces pratiques, afin d'éviter au débiteur tout inconvénient qui pourrait résulter d'une interruption du flux normal des paiements, le débiteur n'est soit pas avisé du tout, soit avisé et prié de continuer de payer le cédant (cette notification a normalement pour objet d'empêcher le débiteur d'acquiescer, après notification, un droit à compensation découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial). Il n'y a que dans des situations exceptionnelles (par exemple en cas de défaillance) que la cession est notifiée au débiteur, qui reçoit alors des instructions de paiement différentes (payer le cessionnaire ou une autre personne ou sur un compte différent ou à une adresse différente).

Notification et instruction de paiement

123. Conformément à l'approche suivie pour l'article 6 e) (qui définit la notification sans aucune référence aux instructions de paiement) le paragraphe 1 établit une distinction claire entre une notification et une instruction de paiement. Le but est de reconnaître la différence, tant dans l'objet que dans le temps, entre une notification et une instruction de paiement, et de valider des pratiques dans lesquelles une notification est adressée sans aucune instruction de paiement. En vertu de cette approche, la simple notification d'une cession suffit pour abolir le droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial, et pour changer la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial. Cependant, pour éviter de compliquer la libération du débiteur, le Groupe de travail a décidé de ne pas fonder cette libération sur la réception d'une instruction de paiement. En vertu du paragraphe 1, une instruction de paiement peut être envoyée soit par le cédant ou le cessionnaire avec la notification, soit, subséquentement à une notification, par le cessionnaire. Le paragraphe 1, à la différence de l'article 19, renvoie au moment où la notification est "envoyée" (et non "reçue"), car ni le cédant, ni le cessionnaire n'ont le moyen de déterminer le moment de la réception. Cette question peut être importante pour la libération du débiteur, traitée à l'article 19, mais non pour ce qui est de savoir qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit d'envoyer une instruction de paiement.

Conventions concernant la notification

124. Le paragraphe 1 accorde au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur et de demander paiement, mais le paragraphe 2 reconnaît également au cédant et au cessionnaire le droit de négocier et de s'entendre sur la question de la notification au débiteur de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Le cédant et le cessionnaire, par exemple, peuvent convenir qu'aucune notification ne sera envoyée au débiteur aussi longtemps que le flux des paiements n'est pas interrompu (comme, par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué). Pour bien préciser qu'une convention spécifique n'est pas nécessaire, le paragraphe 1 commence par une formulation négative ("Sauf convention contraire"). La règle, introduite dans la première phrase du paragraphe 2, est que, si une notification est envoyée en violation d'une telle convention et si le

débiteur paie, celui-ci est libéré. En effet, le débiteur devrait pouvoir se libérer en se conformant à la notification et ne devrait pas se préoccuper des arrangements privés existant entre le cédant et le cessionnaire. Le fait de savoir si la personne qui viole la convention est responsable d'une rupture de contrat en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention est une autre question et ne devrait pas remettre en cause la libération du débiteur, qui n'est pas partie à cette convention. Cependant, une notification envoyée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire n'abolit aucun droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial (art. 20); elle ne change pas la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial (art. 22); elle ne constitue pas une base pour déterminer la priorité en vertu de la loi applicable aux questions de priorité (art. 24 à 26). Le Groupe de travail a estimé que de tels résultats conférerait un avantage indu au cessionnaire qui notifierait de façon abusive la cession au débiteur. La formulation négative du paragraphe 2 ("n'invalide pas") a pour objet d'assurer que la simple violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire d'une part n'invalide pas la notification aux fins de la libération du débiteur et, d'autre part, ne porte pas atteinte au droit des contrats quant aux conditions exigées pour qu'une telle convention ait effet.

Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement

1. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, et qu'une notification de cession ait ou non été envoyée:

- a) si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur du cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les marchandises restituées au titre de cette créance;
- b) si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur du cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les marchandises restituées au cédant au titre de la créance cédée;
- c) si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur d'une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les marchandises restituées à cette personne au titre de la créance cédée.

2. Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

Références

A/CN.9/447, par. 48 à 68
A/CN.9/456, par. 145 à 159

A/CN.9/466, par. 118 à 123

Commentaire

Objet et champ d'application

125. L'article 16 a pour objet d'énoncer explicitement ce qui est déjà implicite aux articles 2 et 9, à savoir qu'entre le cédant et le cessionnaire, le cessionnaire a un droit de propriété sur la créance cédée et tout produit (la question de l'opposabilité aux tiers doit être réglée par la loi régissant la priorité au titre de l'article 24 b)). Le champ d'application de l'article 16 étant limité à la relation entre le cédant et le cessionnaire, cet article est soumis au principe général de l'autonomie des parties consacré à l'article 7, et doit fonctionner comme règle par défaut applicable en l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire. Il n'est pas censé influencer sur la situation juridique du débiteur ou les questions de priorité.

Droits au produit et aux marchandises restituées

126. Entre le cédant et le cessionnaire, le droit du cessionnaire s'étend au produit (qui, en vertu du projet d'article 6 k), comprend le produit des créances et le produit du produit), ainsi qu'aux marchandises restituées. À cet égard, le Groupe de travail a estimé qu'il n'y avait aucune raison de limiter la faculté du cédant et du cessionnaire de convenir que le cessionnaire pourrait revendiquer toute marchandise restituée. Il a aussi jugé que, même en l'absence de convention, une règle par défaut autorisant le cessionnaire à revendiquer toute marchandise restituée pourrait réduire les risques de non-recouvrement du débiteur et, partant, avoir un impact positif sur le coût du crédit. Le paragraphe 1 couvre les cas dans lesquels le paiement a été fait au cessionnaire, au cédant ou à une autre personne. Dans ce dernier cas, le droit du cessionnaire, en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1, est soumis à l'ordre de priorité. Le paragraphe 2 tient compte de la pratique courante dans les cessions effectuées à titre de garantie, selon laquelle le cessionnaire peut être fondé à recouvrer le montant total de la créance due auquel s'ajoutent les intérêts dus en vertu du droit des contrats, mais doit rendre compte et rendre au cédant ou à ses créanciers tout solde restant après paiement de la créance du cessionnaire. Le paragraphe 2 ne reprend pas la référence à une convention contraire des parties, qui figure dans le chapeau du paragraphe 1, puisque le droit du cessionnaire à la créance cédée découle du contrat de cession, et est, en vertu de l'article 13, soumis de toute manière à l'autonomie des parties. Quant à l'interaction entre les articles 16 et 38, il convient de noter qu'un débiteur souverain situé dans un État qui a fait une réserve conformément à l'article 38 pourrait se libérer en payant le cédant, le cessionnaire ayant le droit de réclamer à ce dernier le produit du paiement.

Notification de la cession du débiteur

127. Le droit du cessionnaire sur le produit est indépendant de toute notification de la cession. Cette démarche se justifie par la nécessité d'assurer que, si un paiement est effectué en faveur du cessionnaire avant la notification, ce dernier pourra conserver le produit du paiement; et que si un paiement est effectué en faveur du cédant après la notification (ce qui ne libère pas le débiteur), le cessionnaire aura un droit sur ces paiements. Ce droit revêt une importance particulière si le cédant ou le débiteur deviennent insolubles. Si le paiement est effectué en faveur du cédant après la notification, le cessionnaire est en principe fondé, en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 16, à se faire payer par le cédant ou, en vertu du paragraphe 2 de l'article 19, par le débiteur. Ce résultat est approprié dans la mesure où le débiteur, qui paie le cédant après la notification, prend le risque d'avoir à payer deux fois. Dans la pratique, cependant, le cessionnaire ne réclamerait pas un second paiement du débiteur, à moins que le cédant soit devenu insolvable. Dans ce cas, toute demande que le débiteur pourrait former contre le patrimoine du cédant insolvable (par exemple, sur la base du principe d'enrichissement sans cause) n'aurait normalement pas grand sens, puisqu'il est improbable que des ayants droit formant des demandes personnelles puissent obtenir paiement.

Section II. Débiteur

Article 17. Principe de la protection du débiteur

1. Sauf disposition contraire de la Convention et à moins que le débiteur n'y consente, une cession de créances est sans incidences sur ses droits et obligations, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial.
2. Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:
 - a) la monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial, ou

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

Références

A/CN.9/420, par. 101

A/CN.9/432 par. 33 à 38, 89, 90, 206 et 244

A/CN.9/434, par. 86 à 95

A/CN.9/445, par. 195 à 198

A/CN.9/456, par. 21, 81 et 168 à 176

Commentaire

Principe de la protection du débiteur

128. Le principe de la protection du débiteur est l'un des grands principes du projet de Convention. Il est évoqué en termes généraux dans le préambule et à l'article 17. Un certain nombre d'autres dispositions (par exemple, les articles 1-3, 5, 7, 19 à 23, 28 et 38) y font également allusion. L'idée maîtresse de la règle énoncée au paragraphe 1 est que le projet de Convention n'a aucune incidence sur la situation juridique du débiteur (lorsque se pose la question de savoir si une cession modifie la situation juridique du débiteur, il faut trancher en faveur de ce dernier). Le projet de Convention n'a pas pour objet, en particulier, de modifier, sans le consentement du débiteur, les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial (par exemple, le montant dû, qu'il s'agisse du principal ou des intérêts; la date de paiement; et toute condition régissant l'obligation de paiement du débiteur) ni les exceptions ou droits à compensation que le débiteur peut invoquer en vertu du contrat initial et ne devrait pas non plus avoir pour effet d'augmenter les frais de paiement. Un principe découlant de l'article 17 est que le projet de Convention n'a pas pour objet de porter atteinte aux droits des consommateurs débiteurs et, en particulier, de déroger à la législation sur la protection des consommateurs (art. 21-1 et 23; en ce qui concerne les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir par. 36, 100, 152, 160 et 196).

Pays et risque de change

129. Quelque changement que puisse connaître la situation juridique du débiteur en raison d'une cession effectuée en vertu du projet de Convention, aux termes du paragraphe 2, une instruction de paiement, qu'elle soit donnée en même temps que la notification ou postérieurement, ne peut modifier la monnaie de paiement. Elle ne peut pas non plus modifier le pays où le paiement doit être fait, sauf si cette modification est à l'avantage du débiteur et permet que le paiement soit effectué dans le pays où est situé ce dernier. Une telle modification du pays de paiement est souvent autorisée dans les contrats d'affacturage afin de faciliter le paiement par les débiteurs. La Commission souhaitera peut-être soumettre cette modification également au consentement du débiteur de sorte qu'il soit tenu compte des cas exceptionnels dans lesquels le débiteur peut avoir un intérêt à payer dans le pays indiqué dans le contrat initial et non dans son propre pays.

Article 18. Notification de la cession au débiteur

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

2. La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification.

3. La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Références

A/CN.9/420, par. 124 et 125

A/CN.9/432, par. 176, 177 et 187

A/CN.9/434, par. 172 à 175

A/CN.9/447, par. 45 à 47, 158 et 159

A/CN.9/455, par. 59 à 66

A/CN.9/456, par. 177 à 180

Commentaire

Date d'effet de la notification: règle de la réception

130. L'objectif premier de l'article 18 est de réaffirmer la "règle de la réception" en ce qui concerne la date d'effet d'une notification, à savoir qu'une notification et des instructions de paiement ont effet lorsqu'elles sont reçues par le débiteur. Une notification, qu'elle soit accompagnée ou non d'instructions de paiement, a des conséquences importantes pour la situation juridique du débiteur (elle change la manière dont ce dernier peut s'acquitter de sa dette, supprime les droits à compensation découlant des contrats qui n'ont pas de lien avec le contrat initial et modifie la façon dont le débiteur peut changer le contrat initial par convention avec le cédant). De telles conséquences peuvent se produire uniquement lorsqu'une notification ou des instructions de paiement sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet au débiteur d'en comprendre le contenu. Par exemple, lorsque la notification se présente sous forme électronique et n'est pas immédiatement lisible, le débiteur devrait être en mesure de la décoder facilement. Pour éviter de créer des incertitudes, le paragraphe 1 prévoit une règle "refuge", selon laquelle l'emploi de la langue du contrat initial est conforme aux exigences.

Notification concernant des créances n'existant pas au moment où elle est adressée

131. Contrairement au paragraphe 1 c) de l'article 8 de la Convention d'Ottawa, en vertu duquel une notification ne peut concerner que des créances existantes (et qui reflète la pratique actuelle en matière d'affacturage), le paragraphe 2 autorise la notification d'une cession de créances qui n'existent pas au moment où celle-ci est adressée. Une telle notification ne peut pas avoir d'incidences sur la libération du débiteur tant que le contrat initial n'est pas conclu et que le paiement ne devient pas exigible. Toutefois, elle simplifie les choses et réduit le coût de la notification en ce qu'elle évite au cessionnaire d'avoir à adresser une notification chaque fois que naît une créance. Elle empêche également que le débiteur, une fois que naît une créance, n'accumule des droits à compensation découlant de contrats séparés conclus avec le cédant ou ne modifie le contrat initial sans le consentement du cessionnaire. Chose plus importante encore, cette notification permet au cessionnaire d'obtenir la priorité, une fois que naît la créance, à compter du moment où la notification est reçue par le débiteur, si, conformément à la loi du lieu de situation du cédant, la priorité est déterminée en fonction de la date de la notification (à cette fin, le projet d'article 24 prévoit que les questions réglées par le projet de Convention, y compris celles relatives à la notification, sont exclues de la loi du lieu où est situé le cédant; voir par. 163). Le moment où naît une créance est une question qui relève de loi applicable en dehors du projet de Convention.

Notification en cas de cessions subséquentes

132. Le paragraphe 3, qui s'inspire du paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention d'Ottawa, est l'une des dispositions les plus importantes du projet de Convention, en particulier pour les opérations internationales d'affacturage. Dans ce type d'opérations, le cédant cède normalement les créances à un cessionnaire se trouvant dans son propre pays (le facteur exportateur) et ce dernier les cède ensuite à un cessionnaire dans le pays du débiteur (le facteur importateur). Ce type d'arrangement facilite le recouvrement auprès du débiteur dans la

mesure où le facteur importateur peut prendre toutes les mesures nécessaires pour que la deuxième cession ait effet à l'encontre du débiteur. Le bon fonctionnement de telles opérations est fondé sur le principe selon lequel la première cession a également effet à l'encontre du débiteur. Étant donné qu'en règle générale le débiteur est avisé uniquement de la deuxième cession, il est essentiel de veiller à ce que cette notification couvre aussi la première cession. Dans le cas contraire, la première cession pourrait ne pas avoir effet à l'encontre du débiteur, ce qui pourrait avoir des répercussions sur l'efficacité de la deuxième cession également. Afin de traiter les cas dans lesquels il y a plus d'une cession subséquente, le paragraphe 3 prévoit qu'une notification couvre toutes les cessions précédentes et pas seulement la cession immédiatement antérieure (pour ce qui est de la question de la libération du débiteur en cas de notifications multiples relatives à des cessions subséquentes, voir par. 138). La Commission souhaitera peut-être déterminer s'il faudrait indiquer dans la notification que celle-ci se rapporte à une cession subséquente, même si toutes les cessions subséquentes n'y sont pas énumérées. Une telle approche permettrait au débiteur de déterminer, en cas de notifications multiples, s'il doit payer conformément à la première notification reçue (art. 19-2) ou conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes (art. 19-4).

Article 19. Paiement libératoire du débiteur

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 2 à 6 du présent article, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire seulement en faveur du cessionnaire ou, si d'autres instructions lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.
2. S'il reçoit notification de plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue.
3. S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement.
4. S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes.
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; 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.
6. Le présent article n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur en faveur de la personne fondée à le recevoir, d'une autorité judiciaire ou autre autorité compétente, ou d'un organisme public de consignation.

Références

A/CN.9/420, par. 98 à 117, 127 à 131, 169 à 173 et 179
A/CN.9/432, par. 165 à 174 et 178 à 204
A/CN.9/434, par. 176 à 191
A/CN.9/447, par. 69 à 93 et 153 à 157

A/CN.9/455, par. 52 à 58
A/CN.9/456, par. 181 à 193
A/CN.9/466, par. 124 à 132

Commentaire

133. L'article 19 a un double objectif, à savoir établir un mécanisme clair pour le paiement libératoire du débiteur et garantir le paiement de la dette. Il ne traite pas de la libération du débiteur en général ni de l'obligation de paiement en tant que telle, puisque cette obligation est subordonnée au contrat initial et à la loi régissant ce contrat. Il ne traite pas non plus des questions de priorité. La règle fondamentale est la suivante: tant que le débiteur n'a pas reçu notification d'une cession, il peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial mais, une fois qu'il a reçu notification, il ne peut se libérer qu'en se conformant aux instructions données par le cédant ou par le cessionnaire avec la notification ou encore par le cessionnaire postérieurement. L'article 19 vise également un certain nombre de cas particuliers: cas où il y a plusieurs notifications; cas où le débiteur reçoit une notification du cessionnaire et n'est pas sûr que ce dernier soit le créancier légitime; cas où le paiement libératoire est effectué conformément à la loi applicable en dehors du projet de Convention.

Paiement libératoire du débiteur avant et après la notification

134. En vertu du paragraphe 1, tant qu'il n'a pas reçu notification d'une cession, le débiteur est en droit d'effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial (c'est-à-dire en effectuant un paiement en faveur du cédant ou d'une autre personne ou à un compte ou une adresse indiqués dans le contrat initial). Étant donné que la cession a effet à compter de la conclusion du contrat de cession, le débiteur, ayant connaissance de la cession, peut choisir d'effectuer un paiement libératoire au cessionnaire. Toutefois, en pareil cas, il prend le risque d'avoir à payer deux fois, s'il est prouvé ultérieurement qu'aucune cession n'a eu lieu. Le Groupe de travail a décidé de ne pas faire explicitement référence à la possibilité pour le débiteur de payer soit le cédant soit le cessionnaire afin d'éviter de porter préjudice à des pratiques telles que la titrisation, dans laquelle le débiteur est normalement censé continuer de payer le cédant. En parlant de paiement "conformément au contrat initial" plutôt que de paiement au cédant, on entend protéger le droit du cédant et du débiteur de convenir de tout type de paiement susceptible de répondre à leurs besoins (par exemple paiement à un compte bancaire sans identification du détenteur du compte ou paiement à un tiers).

135. Après la notification, le débiteur ne peut pas choisir la façon de s'acquitter de sa dette. Il peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou conformément aux instructions de ce dernier. La référence aux instructions de paiement vise à tenir compte des exigences de diverses pratiques. Le cessionnaire peut, par exemple, adresser une notification au débiteur de manière à geler les droits à compensation de ce dernier, sans demander paiement ou en demandant au débiteur de continuer à payer le cédant (c'est le cas, par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué ou dans la titrisation). Afin que ne subsiste aucune incertitude, le paragraphe 1 répète ce qui a déjà été énoncé au paragraphe 1 de l'article 15, à savoir que les instructions peuvent être données par le cédant ou le cessionnaire en même temps que la notification ou uniquement par le cessionnaire après la notification.

Connaissance/bonne foi

136. La connaissance d'une cession ne doit pas être considérée comme une notification et entraîner un changement dans la façon dont le débiteur peut s'acquitter de son obligation. Il est certes important de vouloir rendre la pratique commerciale conforme aux normes de bonne foi mais il ne faudrait pas le faire au détriment de la certitude. Or, la certitude se trouverait réduite si la connaissance d'une cession devait entraîner un changement dans la manière dont le débiteur peut se libérer de son obligation. La connaissance ne devrait pas être considérée comme une notification car, dans certains cas où le cessionnaire n'a pas la structure commerciale voulue pour recevoir les paiements (par exemple dans la titrisation), il est courant dans la pratique commerciale que le débiteur continue de payer le cédant même s'il a connaissance de la cession. Pour ce qui est de savoir si la nullité (par exemple pour fraude, contrainte ou incapacité) ou la connaissance de la nullité d'une cession

devrait être prise en considération dans la libération du débiteur, le Groupe de travail a conclu que la question du paiement à une personne au profit de laquelle a été faite une cession nulle et non avenue ne se posait que dans des cas exceptionnels et pouvait être régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention. La Commission souhaitera peut-être reconsidérer cette question. Même si les notifications frauduleuses ne posent pas problème dans la pratique, le fait qu'un débiteur ne puisse se fier à une notification à première vue légitime peut compromettre la certitude nécessaire à sa libération. Une règle qui protégerait un débiteur payant de bonne foi dans le cas d'une "cession supposée" serait conforme à la politique générale de protection du débiteur (le projet d'article 12.308 des Principes du droit européen des contrats parle d'un débiteur qui exécute son obligation de bonne foi et qui n'a connaissance ni ne devrait avoir connaissance de la nullité).

Libération du débiteur et priorité/connaissance de droits supérieurs

137. Contrairement au paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention d'Ottawa, l'article 19 ne fait pas obligation au débiteur de payer la personne ayant la priorité afin d'obtenir une libération valable. Étant convenu que la cession ne devrait pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur, le Groupe de travail a établi une distinction claire entre la question de la libération du débiteur et celle de la priorité. Ainsi, le paiement au titre de l'article 19 libère le débiteur même si la personne qui le reçoit n'a pas priorité. Il serait en effet injuste et contraire à la politique de protection du débiteur de demander à ce dernier de déterminer lequel des différents créanciers a la priorité et de le faire payer de nouveau si, la première fois, il a effectué le paiement à la mauvaise personne. Le débiteur aurait très probablement un motif d'action en justice contre cette personne, mais il risquerait de ne pas pouvoir exercer ses droits si cette dernière devenait insolvable. Le risque d'insolvabilité de la personne recevant un paiement devrait être supporté par les divers créanciers et non par le débiteur. Ces créanciers devraient déterminer entre eux leurs droits respectifs sur le produit du paiement conformément à la loi régissant la priorité en vertu du projet de Convention.

Notifications multiples

138. Les paragraphes 2 et 4 visent à fournir des règles simples et claires sur la libération en cas de notifications multiples. Le paragraphe 2 traite des cas où le débiteur reçoit plusieurs notifications relatives à plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant ("cessions multiples"), pratique qui n'implique pas nécessairement une fraude. Il peut s'agir, par exemple, de plusieurs cessions pures et simples à titre de garantie pour l'obtention d'un crédit ne dépassant pas la valeur des créances. Dans de telles cessions, la principale question est de savoir qui sera payé en premier (en d'autres termes, qui a la priorité). Le paragraphe 4 traite des notifications relatives à plusieurs cessions subséquentes. De tels cas sont rares dans la pratique, puisque normalement seul le dernier d'une série de cessionnaires adresse une notification au débiteur et lui demande paiement. Quoi qu'il en soit, pour éviter toute incertitude quant à la façon dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, le paragraphe 4 prévoit que celui-ci doit se conformer aux instructions figurant dans la notification de la dernière d'une série de cessions. Pour que cette règle s'applique, il faut que le débiteur puisse facilement déterminer que les notifications reçues se rapportent à des cessions subséquentes, faute de quoi c'est la règle énoncée au paragraphe 2 qui s'appliquerait et le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue (pour une suggestion du secrétariat à cet égard, voir par. 132). En tout état de cause, en vertu du paragraphe 5, le débiteur pourrait, en cas de doute, demander aux cessionnaires lui ayant adressé une notification de lui fournir une preuve adéquate. Si le débiteur reçoit plusieurs notifications relatives à plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant et à des cessions subséquentes, en vertu de l'application combinée des paragraphes 2 et 4, il peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification de la dernière cession (en ce qui concerne la libération du débiteur dans le cas des cessions subséquentes de fractions de créances, voir par. 32 à 34).

Modification ou correction des instructions de paiement

139. Le paragraphe 3 vise à garantir que le cessionnaire peut modifier ou corriger ses instructions de paiement. Qu'une notification émane du cédant ou du cessionnaire, en cas de réception d'une nouvelle instruction de paiement concernant une même cession, le débiteur ne peut s'acquitter de sa dette qu'en se conformant à cette instruction. La seule condition est, conformément au principe sur lequel repose l'article 15-1, qu'après la notification, cette instruction de paiement émane du cessionnaire. Afin de protéger le débiteur contre le risque d'avoir à payer deux fois, le paragraphe 3 prévoit expressément que celui-ci ne doit pas tenir compte d'une instruction de paiement reçue après le paiement.

Droit du débiteur de demander des informations supplémentaires

140. En vertu de l'article 15, la notification peut être adressée non seulement par le cédant mais également par le cessionnaire indépendamment du cédant. Par conséquent, le débiteur peut recevoir une notification de la cession d'une personne qu'il ne connaît peut-être pas et se demander si cette personne est un créancier légitime à qui il peut effectuer un paiement libératoire. Afin de lui éviter toute incertitude concernant la façon de s'acquitter de sa dette dans ce type de situation, le paragraphe 5 lui donne le droit de demander au cessionnaire de donner une preuve appropriée de la cession dans un délai raisonnable. Le paragraphe 5 n'impose pas d'obligation au débiteur, car le fait de demander des preuves supplémentaires dans tous les cas retarderait inutilement le paiement et augmenterait le coût de la notification. C'est aux tribunaux judiciaires ou arbitraux qu'il incombe de déterminer ce qui constitue une preuve "appropriée" et un délai "raisonnable" en tenant compte des circonstances de l'espèce. Le Groupe de travail a estimé que la souplesse introduite par ces termes était nécessaire car il a été impossible de trouver une règle qui soit adaptée à tous les cas de figure possibles. En outre, pour éviter toute incertitude que l'emploi de ces termes pourrait créer, il a décidé d'inclure une règle "refuge", en vertu de laquelle une confirmation écrite émanant du cédant constitue une preuve appropriée (dans ce cas, en vertu du projet d'article 12.303 des Principes du droit européen des contrats, la cession doit être faite au moyen d'un écrit que le débiteur devrait avoir la possibilité d'examiner).

141. La notification n'entraîne pas automatiquement l'obligation de payer, qui demeure soumise au contrat initial et à la loi qui s'y applique. En d'autres termes, le débiteur n'a pas à payer à réception de la notification et ne doit pas verser d'intérêts pour retard de paiement pendant qu'il attend la preuve appropriée qu'il a demandée. Si, toutefois, la créance devient exigible entre-temps conformément au contrat initial, se pose alors la question de savoir si l'obligation de paiement est suspendue jusqu'à ce que le débiteur ait reçu la preuve demandée et si le débiteur dispose d'un délai raisonnable pour évaluer cette preuve et agir en conséquence. Si l'obligation de paiement n'est pas suspendue, la protection que le paragraphe 5 accorde au débiteur peut se trouver réduite, dans la mesure où le débiteur qui retarde le paiement, même pour de bonnes raisons, aurait à payer des intérêts. Le Groupe de travail est parti du principe que l'obligation de paiement serait suspendue dans ces cas de figure, mais a choisi de ne pas inclure au paragraphe 5 de libellé explicite, puisque l'on pourrait de toute façon parvenir à ce résultat sans ajouter un tel libellé, qui pourrait indirectement empiéter sur la législation nationale relative aux intérêts.

Libération du débiteur en vertu d'une autre loi

142. Le paragraphe 6 vise à garantir que l'article 19 n'exclue pas d'autres moyens de libération du débiteur pouvant exister dans la loi nationale applicable en dehors du projet de Convention (par exemple une notification ne répondant pas aux exigences énoncées aux articles 6 f), 15 ou 18).

Article 20. Exceptions et droits à compensation du débiteur

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions ou tous les droits à compensation qu'il pourrait invoquer si la demande

était formée par le cédant, et qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même transaction.

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

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, les exceptions et droits à compensation que le débiteur peut, conformément à l'article 11, invoquer contre le cédant pour violation de conventions limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à céder ses créances ne peuvent être invoqués par le débiteur contre le cessionnaire.

Références

A/CN.9/420, par. 66 à 68 et 132 à 135

A/CN.9/432, par. 205 à 209

A/CN.9/434, par. 194 à 197

A/CN.9/447, par. 94 à 102

A/CN.9/456, par. 194 à 199

A/CN.9/466, par. 133 à 136

Commentaire

143. L'article 20 constitue une autre application particulière du principe général selon lequel la cession ne doit pas indûment modifier la situation juridique du débiteur. Ce dernier peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les droits à compensation qu'il pourrait invoquer à l'encontre du cédant (pour une exception, voir art. 20-3). Le projet de Convention ne précise pas quels sont ces exceptions et droits à compensation, question qui devra être régie par une autre loi. Néanmoins, comme le cessionnaire n'est pas partie au contrat initial, il n'assume aucune responsabilité contractuelle en cas d'inexécution de la part du cédant. Dans ce cas, le débiteur peut invoquer l'inexécution afin que la demande du cessionnaire soit rejetée mais doit intenter une action séparée contre le cédant afin d'obtenir, par exemple, une indemnité pour toute perte subie en raison du manquement de ce dernier.

Absence de limitations concernant les exceptions et droits à compensation découlant du contrat initial et des contrats connexes

144. En vertu du paragraphe 1, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions découlant du contrat initial, sans aucune limitation, à savoir: les droits contractuels qui, dans certains systèmes juridiques, peuvent ne pas être considérés comme des "exceptions"; les droits à résolution du contrat, par exemple, pour erreur, fraude ou contrainte; l'exonération de responsabilité pour inexécution, par exemple, en raison d'un empêchement imprévu indépendant de la volonté des parties; et les contre-crédances au titre du contrat initial. Le débiteur peut également opposer des exceptions et des droits à compensation découlant de contrats conclus entre le cédant et lui-même en rapport étroit avec le contrat initial (par exemple un accord de maintenance ou autre accord de service associé au contrat de vente initial), ces droits devant être traités de la même façon que les droits à compensation découlant du contrat initial. Ces exceptions et droits à compensation peuvent être invoqués qu'ils soient opposables au moment de la notification de la cession ou qu'ils le deviennent uniquement après cette dernière.

Autres droits à compensation pouvant être invoqués jusqu'à la notification de la cession au débiteur

145. Le paragraphe 2 prévoit un délai pour les droits à compensation découlant de toute source autre que le contrat initial, c'est-à-dire un contrat séparé entre le cédant et le débiteur, une règle de droit (par exemple une règle extracontractuelle) ou encore une décision judiciaire ou autre. De tels droits ne peuvent pas être invoqués à l'encontre du cessionnaire s'ils deviennent opposables après notification de la cession. Le principe qui

sous-tend cette règle est que les droits d'un cessionnaire diligent qui adresse une notification au débiteur ne devraient pas être subordonnés aux droits à compensation découlant à tout moment de transactions séparées entre le cédant et le débiteur ou d'autres événements dont on peut raisonnablement penser que le cessionnaire n'en a pas connaissance. D'un autre côté, il n'est pas porté indûment atteinte aux intérêts du débiteur puisque, si le fait de ne pas pouvoir accumuler des droits à compensation constitue pour lui une difficulté inacceptable, le débiteur peut éviter d'effectuer de nouvelles transactions avec le cédant (s'agissant de savoir si le débiteur pourrait résoudre le contrat initial, voir par. 102 et 104). Compte tenu du principe susmentionné, les droits à compensation découlant de contrats séparés conclus entre le débiteur et le cessionnaire demeurent intacts. Ces droits peuvent être opposés au cessionnaire même après notification de la cession, tout comme les droits à compensation découlant du contrat initial. Il convient aussi de noter qu'une notification, qu'elle contienne ou non une instruction de paiement, entraîne un gel des droits à compensation du débiteur. Cette approche vise à tenir compte des pratiques dans lesquelles une simple notification est adressée précisément afin d'empêcher que le débiteur n'acquière des droits à compensation en raison d'actes ou d'omissions du cédant non imputables au cessionnaire, alors que le débiteur est censé continuer de payer le cédant.

“Droits pouvant être invoqués”

146. On laisse le soin à une autre loi de donner la signification exacte de la notion de droits à compensation “pouvant être invoqués” (s'agissant, par exemple, de savoir si le droit à compensation doit être “effectif et avéré” au moment où le débiteur reçoit la notification). Le Groupe de travail n'est pas parvenu à se mettre d'accord sur l'introduction d'une telle précision dans le texte de l'article 20, considérant que celle-ci limiterait indûment les droits à compensation pouvant être invoqués par le débiteur à ceux qui sont quantifiés au moment de la notification. Le Groupe de travail n'est pas non plus parvenu à s'entendre sur la loi régissant les questions relatives aux droits à compensation (voir toutefois par. 195). La Commission souhaitera peut-être envisager de préciser, au moins, que la contre-crédance du débiteur ne doit pas nécessairement être venue à échéance au moment de la notification, sinon une contre-crédance potentielle du débiteur, devant échoir en même temps que la créance du créancier, serait éteinte du fait de la cession par le créancier de sa créance. Une telle conséquence serait contraire au principe selon lequel une cession ne doit pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur.

Exceptions et droits à compensation en cas de violation d'une limitation contractuelle

147. Le paragraphe 3 a pour objet de garantir que le débiteur ne peut pas invoquer à l'encontre du cessionnaire, à titre d'exception ou de compensation, la violation d'une limitation contractuelle par le cédant. Le débiteur peut avoir un motif d'action en justice contre le cédant si, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, la cession constitue une contravention au contrat qui entraîne pour lui une perte. Toutefois, la simple existence d'une limitation contractuelle ne constitue pas une violation de la garantie énoncée au paragraphe 1 a) de l'article 14. En l'absence d'une disposition allant dans le sens du paragraphe 3, le paragraphe 2 de l'article 11, selon lequel le cessionnaire n'est pas tenu responsable d'une contravention au contrat par le cédant, pourrait être privé de toute signification.

Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

1. Sans préjudice des lois de l'État dans lequel le débiteur est situé concernant la protection de celui-ci dans les transactions à des fins personnelles, familiales ou domestiques, le débiteur peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 20. Une telle convention empêche le débiteur d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation.

2. Le débiteur ne peut renoncer à invoquer:
 - a) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire;
 - b) Les exceptions fondées sur son incapacité.
3. Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application du paragraphe 2 de l'article 22.

Références

A/CN.9/420, par. 136 à 144
A/CN.9/432, par. 218 à 238
A/CN.9/434, par. 205 à 212

A/CN.9/447, par. 103 à 121
A/CN.9/456, par. 200 à 204
A/CN.9/466, par. 137 à 140

Commentaire

Renonciation aux exceptions convenue entre le cédant et le débiteur

148. Afin d'obtenir, à moindre coût, un prix plus élevé pour leurs créances, les cédants garantissent généralement aux cessionnaires que le débiteur ne leur opposera pas d'exceptions et de droits à compensation. Tenant compte de cette pratique, le paragraphe 1 c) de l'article 14 prévoit qu'une telle garantie existe même en l'absence d'une convention à cet égard entre les parties. Dans la pratique, si de telles garanties ne peuvent être données et si les créances sont susceptibles de faire l'objet d'exceptions, ces créances sont soit refusées par les cessionnaires soit acceptées à un prix considérablement réduit ou avec possibilité de recours (c'est-à-dire que si le cessionnaire ne peut pas se faire payer par les débiteurs, il a le droit de retourner les créances et de recouvrer les sommes dues auprès du cédant). Afin d'éviter ces effets néfastes, les cédants, dans la pratique, négocient avec les débiteurs une renonciation aux exceptions et aux droits à compensation que les débiteurs pourraient opposer à tout futur cessionnaire. En fonction de cette renonciation, les cessionnaires déterminent les conditions du crédit offertes aux cédants, conditions qui peuvent influencer à leur tour sur celles proposées par les cédants aux débiteurs.

149. Pour permettre aux cédants d'obtenir un crédit à coût réduit, l'article 21 valide cette renonciation aux exceptions et aux droits à compensation. En outre, pour lever toute incertitude quant aux conséquences juridiques d'une renonciation et pour éviter qu'un tribunal ne l'annule au motif qu'elle est inéquitable pour le débiteur ou n'a force exécutoire qu'entre le cédant et le débiteur, le paragraphe 1 énonce ce qui peut sembler évident dans certains systèmes juridiques, à savoir qu'une renonciation convenue entre le cédant et le débiteur peut profiter au cessionnaire. Compte tenu du fait que, dans la pratique, une renonciation peut être convenue au moment de la conclusion du contrat initial ainsi qu'à une date antérieure ou postérieure, le paragraphe 1 ne fait pas spécifiquement référence au moment auquel une renonciation peut être convenue. Il n'exige pas non plus que les exceptions soient connues du débiteur ou qu'elles soient explicitement énoncées dans la convention de renonciation. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle exigence introduirait un élément d'incertitude dans la mesure où le cessionnaire devrait établir ce que le débiteur savait ou aurait dû savoir dans chaque cas particulier. La question de savoir si l'acceptation d'une cession par le débiteur devrait être interprétée comme une renonciation ou comme la confirmation d'une renonciation ou si une renonciation aux exceptions doit être interprétée comme un consentement ou une confirmation du consentement du débiteur à la cession doit être tranchée par une autre loi.

Renonciation aux exceptions convenue entre le cessionnaire et le débiteur

150. Le paragraphe 1 ne porte que sur les renonciations convenues par le cédant et le débiteur. En conséquence, les restrictions prévues au paragraphe 2 ne s'appliquent pas aux renonciations convenues par le débiteur et le cessionnaire. Le Groupe de travail a estimé que le projet de Convention ne devrait pas limiter la capacité qu'a le débiteur de négocier avec le cessionnaire afin d'obtenir un avantage tel qu'une réduction du taux d'intérêt ou une prorogation du délai de paiement. Dans le même temps, le Groupe de travail a également estimé que, du fait que les conventions entre cessionnaires et débiteurs sortaient du champ d'application du projet de Convention, ce dernier ne devrait pas habiliter le débiteur à négocier des renonciations avec les cessionnaires si, en vertu de la loi applicable, il n'avait pas ce pouvoir (voir par. 75).

Limitations concernant les renonciations

151. Bien qu'ayant pour objet de faciliter l'accès à un crédit à coût réduit, ce qui est dans l'intérêt du commerce en général, l'article 21 n'en néglige pas pour autant la protection du débiteur. Afin de protéger les débiteurs contre toute pression excessive qu'exerceraient des créanciers pour les faire renoncer à leurs exceptions, les paragraphes 1 et 2 introduisent des limitations raisonnables concernant ces renonciations. Ces limitations ont trait à la forme que peuvent prendre ces renonciations, à certains types de débiteurs et à certains types d'exceptions.

152. En vertu du paragraphe 1, une renonciation ne peut être un acte unilatéral ou une convention orale; elle doit prendre la forme d'une convention écrite signée par le débiteur, de façon à garantir que les deux parties, en particulier le débiteur qui renonce à ses droits, sont bien informées de la renonciation et de ses conséquences, y compris les avantages offerts en retour au débiteur, et à faciliter la production de preuves. En outre, une renonciation ne peut déroger à la loi sur la protection des consommateurs en vigueur dans le pays dans lequel le débiteur a son établissement (pour les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir par. 36, 100, 128 et 196). Dans les cas où le projet de Convention s'applique, cette disposition, en renvoyant expressément à la loi applicable dans le lieu de situation du débiteur, se substitue à la règle générale énoncée à l'article 29. Afin d'éviter toute divergence terminologique ou autre existant entre les différents systèmes juridiques, le paragraphe 1 se réfère aux débiteurs dans des transactions "à des fins personnelles, familiales ou domestiques". De surcroît, aux termes du paragraphe 2, une renonciation ne peut porter sur des exceptions découlant d'actes frauduleux commis par le cessionnaire. Un tel résultat irait à l'encontre des règles fondamentales de la bonne foi. Afin de protéger un cessionnaire qui accepte une cession de bonne foi, le Groupe de travail a décidé de ne pas appliquer la même restriction aux exceptions concernant des actes frauduleux commis par le cédant. Si le débiteur ne pouvait renoncer à ces exceptions, le cessionnaire devrait s'assurer qu'aucun acte frauduleux n'a été commis par le cédant dans le cadre du contrat initial. La limitation énoncée au paragraphe 2, cependant, s'applique non seulement aux exceptions relatives à un acte frauduleux commis par le cessionnaire seul mais aussi à celles relatives à un acte frauduleux du cessionnaire agissant en collusion avec le cédant.

Modifications des renonciations

153. Comme le paragraphe 1, le paragraphe 3 exige une convention écrite signée par le débiteur pour la modification d'une renonciation. Les parties doivent être prévenues des conséquences juridiques d'une telle modification, qui devrait être facilement prouvée, en cas de besoin. Afin qu'une modification, qui peut être convenue par le cédant et le débiteur, n'ait aucune incidence sur les droits du cessionnaire, le paragraphe 3 la subordonne à la procédure prévue à l'article 22-2 concernant la modification du contrat initial après notification de la cession (à savoir au consentement explicite ou implicite du cessionnaire, voir par. 157).

Article 22. Modification du contrat initial

1. Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur, qui a des incidences sur les droits du cessionnaire, produit effet à l'égard de ce dernier qui acquiert les droits correspondants.
2. Après notification de la cession, une convention entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, à moins que:
 - a) Celui-ci n'y consente; ou que
 - b) La créance ne soit pas encore acquise en totalité, le contrat initial n'étant pas complètement exécuté, et que la modification y ait été prévue ou que, dans le contexte dudit contrat, tout cessionnaire raisonnable y consentirait.
3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Références

A/CN.9/420, par. 109

A/CN.9/432, par. 210 à 217

A/CN.9/434, par. 198 à 204

A/CN.9/447, par. 122 à 135

A/CN.9/456, par. 205 et 206

A/CN.9/466, par. 141 et 142

Commentaire

154. Dans la pratique il arrive souvent que le contrat initial doive être modifié, ceci pour diverses raisons (des équipements ou des matériaux différents de ceux qui avaient été convenus peuvent être nécessaires pour exécuter un projet). Les effets de ces modifications entre le cédant et le débiteur, ou entre le cédant et le cessionnaire, sont traités dans le contrat pertinent. Reconnaisant l'autonomie des parties à cet égard, l'article 22 est sans incidences sur la relation entre le cédant et le débiteur ou entre le cédant et le cessionnaire. En conséquence, les conditions et les conséquences juridiques d'une modification de la convention ayant effet entre le cédant et le débiteur demeurent soumises à la loi qui régit cette convention et il n'est porté atteinte à aucun des droits que le cessionnaire peut invoquer à l'encontre du cédant en cas de contravention au contrat (voir par. 158). En revanche, l'article 22 considère les conséquences pour les tiers de telles modifications au contrat qui ne peuvent être traitées que dans des textes législatifs et qui sont réglementées uniquement dans quelques États. Pour ce faire, il dispose d'une part que le débiteur a, à l'égard du cessionnaire, le droit de modifier le contrat initial et, d'autre part, que le cessionnaire acquiert des droits à l'égard du débiteur au titre du contrat initial modifié. En conséquence, en cas de modification du prix des marchandises ou des services offerts dans le cadre du contrat initial, le débiteur ne peut pas invoquer la modification du contrat à titre d'exception, en affirmant que le cessionnaire n'a aucun droit au titre du nouveau contrat modifié, ni refuser de payer même le prix réduit. De même, le paiement du prix réduit libérerait le débiteur.

155. La règle fondamentale à l'article 22 est la suivante: avant notification, le cédant et le débiteur peuvent librement modifier leur contrat. Ils n'ont pas besoin du consentement du cessionnaire, même si le cédant s'est engagé, dans le contrat de cession, à n'y apporter aucune modification sans le consentement du cessionnaire ou s'il doit de bonne foi informer le cessionnaire de toute modification du contrat. La violation d'un tel engagement peut engager la responsabilité du cédant à l'égard du cessionnaire, sans toutefois invalider une convention modifiant le contrat initial, ce qui porterait indûment atteinte aux droits du débiteur. Après notification, une modification du contrat initial n'a effet à l'égard du cessionnaire que sous réserve du consentement explicite

ou implicite de ce dernier. L'idée maîtresse est que, après notification, le cessionnaire devient partie à une relation triangulaire et aucune modification de cette relation qui a des incidences sur ses droits ne devrait le lier contre son gré. Cela va d'ailleurs dans le sens de l'article 19 selon lequel, avant notification, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.

Modification avant la notification de la cession au débiteur

156. Le paragraphe 1 vise une convention entre le cédant et le débiteur, qui est conclue avant la notification de la cession et qui a des incidences sur les droits du cessionnaire. Si la convention n'a pas d'incidence sur les droits du cessionnaire, le paragraphe 1 ne s'applique pas. Si elle est conclue après la notification, c'est le paragraphe 2 qui s'applique. En vertu de l'article 18, le moment à considérer est celui où la notification est reçue par le débiteur, puisque c'est à partir de ce moment que le débiteur peut effectuer un paiement libératoire uniquement en se conformant aux instructions de paiement du cessionnaire.

Modification après la notification de la cession au débiteur

157. La formulation du paragraphe 2 est négative, car la règle est que, après la notification, une modification est sans effet à l'égard du cessionnaire, à moins qu'une condition supplémentaire soit remplie. Les termes "sans effet" signifient que le cessionnaire peut exiger la créance initiale et que le débiteur n'est pas entièrement libéré s'il effectue un paiement inférieur à la valeur de cette créance. Le paragraphe 2 exige le consentement explicite ou implicite du cessionnaire. Le consentement explicite est exigé si la créance a été acquise en totalité par exécution, le cessionnaire pouvant alors raisonnablement s'attendre à recevoir paiement de la créance initiale. Aux fins du projet de Convention, une créance est considérée comme acquise en totalité dès lors qu'une facture est émise, même si le contrat correspondant n'a que partiellement été exécuté. Il s'ensuit que la modification des contrats partiellement exécutés est subordonnée au consentement explicite du cessionnaire. Il y a consentement implicite lorsque la modification est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par un cessionnaire raisonnable. Ce consentement est suffisant si la créance n'est pas acquise en totalité et si la modification est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par un cessionnaire raisonnable. En exigeant un consentement explicite ou implicite, le Groupe de travail voulait associer certitude et souplesse. Si une créance est acquise en totalité, sa modification a des incidences sur les attentes raisonnables du cessionnaire et doit donc être subordonnée à son consentement. Si, en revanche, une créance n'est pas acquise en totalité, il n'est pas nécessaire de faire peser sur les parties des exigences de nature à nuire à la bonne exécution d'un contrat. En particulier, dans le cas des contrats à long terme, tels que les accords de financement de projet ou de restructuration de la dette (dans lesquels les créances sont offertes à titre de garantie en contrepartie d'une réduction du taux d'intérêt ou d'un report de la date d'échéance), exiger du cédant qu'il obtienne le consentement du cessionnaire pour la moindre modification apportée au contrat pourrait ralentir les opérations tout en faisant peser une charge inutile sur le cessionnaire. Normalement, ce problème ne devrait pas se poser puisque, dans la pratique, les parties règlent généralement ces questions dans une convention établissant les types de modifications qui exigent le consentement du cessionnaire. En l'absence d'une telle convention ou en cas de violation de la convention par le cédant, le paragraphe 2 offrirait un degré de protection suffisant au débiteur.

Responsabilité du cédant pour contravention au contrat

158. Le paragraphe 3 vise à préserver tous les droits que le cessionnaire peut opposer au cédant au titre d'une autre loi si une modification du contrat initial viole une convention conclue entre eux. Autrement dit si, en vertu de l'article 22, une modification a effet à l'égard du cessionnaire sans le consentement de celui-ci, le paiement effectué par le débiteur conformément au contrat modifié est libératoire. Le cessionnaire, toutefois, peut se retourner contre le cédant pour exiger le solde de la créance initiale et demander réparation pour tout préjudice

supplémentaire subi, si la modification porte atteinte à une convention conclue entre le cédant et le cessionnaire au titre de la loi applicable à la convention.

Article 23. Recouvrement des paiements

Sans préjudice des lois de l'État dans lequel est situé le débiteur concernant la protection de celui-ci dans les transactions à des fins personnelles, familiales ou domestiques ni des droits du débiteur en vertu de l'article 20, la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme payée par lui au cédant ou au cessionnaire.

Références

A/CN.9/420, par. 145 à 148

A/CN.9/432, par. 239 à 244

A/CN.9/434, par. 94 et 213 à 215

A/CN.9/447, par. 136 à 139

A/CN.9/456, par. 207 et 208

A/CN.9/466, par. 143 et 144

Commentaire

La règle: aucune restitution des paiements par le cessionnaire

159. Dans la pratique, le débiteur peut payer le cessionnaire avant que le cédant n'exécute ses obligations au titre du contrat initial. En cas d'inexécution par le cédant, se pose la question de savoir si le débiteur peut se faire restituer par le cessionnaire les sommes déjà payées. Cette question est particulièrement importante si le cédant devient insolvable, rendant impossible tout recouvrement des paiements auprès de lui. L'article 23 prévoit que, si le débiteur paie le cessionnaire et si le cédant n'exécute pas correctement le contrat initial, le débiteur ne peut se retourner contre le cessionnaire; il lui reste tout motif d'action en justice qu'il peut avoir à l'encontre du cédant en vertu du contrat initial et de la loi régissant ce contrat. Le débiteur supporte donc le risque de l'insolvabilité de son partenaire contractuel, ce qui serait le cas de toute façon en l'absence de cession. Ayant noté que l'article 10 de la Convention d'Ottawa ne suit cette approche que si le débiteur a un motif d'action en justice contre le cédant et prévoit des exceptions en cas d'enrichissement sans cause ou de mauvaise foi du cessionnaire, le Groupe de travail a estimé que la différence était justifiée. Un droit du débiteur de se faire restituer des paiements du cessionnaire équivaut à une garantie donnée par le cessionnaire que le cédant exécutera le contrat initial. Une telle garantie peut être appropriée dans les cas précis d'affacturage visés dans la Convention d'Ottawa, mais a été jugée inadéquate dans le grand nombre d'opérations de financement ou de service visé par le projet de Convention.

Les exceptions

160. Conformément au principe selon lequel le projet de Convention n'a pas pour objet de supplanter la loi régissant la protection des consommateurs, l'article 23 protège tout droit que le débiteur consommateur peut avoir, en vertu de la loi du pays dans lequel il est situé, de déclarer le contrat initial résolu et de se faire restituer par le cessionnaire tout paiement versé à ce dernier (pour les créances sur consommateur et la protection des consommateurs, voir les paragraphes 36, 100, 128, 152 et 196). La référence à l'article 20 semble introduire une nouvelle exception. Dans le cas de paiements échelonnés, les exceptions et les droits à compensation du débiteur concernant les paiements restants à faire sont préservés. La Commission voudra peut-être déterminer si ce résultat ressort déjà de façon suffisamment claire de l'article 20.

Commentaire

Structure de la section III

161. Les articles 24 (loi applicable aux questions de priorité) et 25 (ordre public) sont des règles de droit international privé. L'article 26 (règles spéciales relatives au produit) est une règle associant le droit international privé et le droit matériel et l'article 27 (renonciation) est une règle de droit matériel. Les articles 25, 26 et 27 ont pour objet d'assortir l'application de l'article 24 de certaines réserves. L'article 25 a été placé avant l'article 26, non pas parce qu'il ne s'applique pas de la même manière aux cas traités dans l'article 26, mais parce que ce dernier renvoie, en ce qui concerne les questions de droit international privé, à l'article 24 et, pour les questions de droit matériel, constitue une règle autonome. L'article 25 n'a pas pour objet de limiter l'application de la règle spéciale de droit matériel relative à la priorité énoncée à l'article 27.

Article 24. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties

À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention, et sous réserve des articles 25 et 26, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant:

- a) Régit l'étendue des droits d'un cessionnaire sur la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire par rapport aux droits concurrents sur la créance cédée:
 - i) D'un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale;
 - ii) D'un créancier du cédant; et
 - iii) De l'administrateur de l'insolvabilité;
- b) Régit l'existence et l'étendue des droits des personnes énumérées aux sous-alinéas i) à iii) de l'alinéa a) ci-dessus sur le produit de la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire sur ce produit par rapport aux droits concurrents de telles personnes; et
- c) Détermine si, par l'effet de la loi, un créancier a des droits sur la créance cédée résultant de ses droits sur d'autres biens du cédant, et régit l'étendue de tels droits sur la créance cédée.

Références

A/CN.9/420, par. 149 à 164
A/CN.9/432, par. 245 à 260
A/CN.9/434, par. 238 à 258
A/CN.9/445, par. 18 à 29 et 30 à 40

A/CN.9/455, par. 18 à 34
A/CN.9/456, par. 209 à 213
A/CN.9/466, par. 20 à 24 et 32 à 35

Commentaire

162. L'article 24 est l'une des dispositions les plus importantes du projet de Convention. Il a pour objet d'en réaliser le principal objectif, à savoir faciliter un accès accru à un crédit moins onéreux en améliorant la certitude concernant les droits relatifs des ayants droit en concurrence. Ce but est atteint non pas grâce à une règle de droit matériel relative à la priorité (pour le sens du terme "priorité" voir les paragraphes 63 à 65),

puisque le Groupe de travail n'a pas pu parvenir à un consensus sur une telle règle (pour les règles de droit matériel relatives à la priorité voir, cependant, les articles 26 et 27, l'annexe et l'article 40), mais par le biais d'une règle de droit international privée soumettant les conflits de priorité à la loi d'un lieu unique et aisément déterminable (la loi du lieu où est situé le cédant; pour le sens du terme "situé" voir les paragraphes 66 à 70). Une telle règle constitue une amélioration importante par rapport à la situation actuelle dans laquelle les cessionnaires tendent soit à refuser les créances internationales comme garanties pour l'obtention d'un crédit ou à les accepter à une moindre valeur ou uniquement associées à une autre garantie, parce que, soit ils ne peuvent pas déterminer la loi qui régit la priorité, soit ils doivent respecter les conditions imposées par plusieurs juridictions pour assurer la priorité.

"À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention"

163. Les premiers mots de l'article 24 visent à faire en sorte que cet article s'applique uniquement aux questions qui ne sont pas régies par une règle de droit matériel du projet de Convention. Par exemple, l'efficacité générale d'une cession de créances futures ou de la notification de la cession est abordée à l'article 9. Dans le cas de créances nées ou acquises après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard du cédant, la question de savoir si le cessionnaire a la priorité est régie par la loi du lieu de situation du cédant. De ce fait, la cession d'une créance n'existant pas au moment de la notification a effet entre le cédant et le cessionnaire. De même, une cession a effet à l'égard du débiteur, même en l'absence d'une notification et, si la loi nationale exige une notification pour des raisons de priorité, cette notification doit être donnée conformément au projet de Convention (elle peut donc porter sur des créances n'existant pas au moment de la notification, même si la loi nationale ne permet pas que ces créances fassent l'objet d'une notification). En outre, une cession a effet en l'absence d'enregistrement (même si la loi nationale fait de l'enregistrement une condition de l'efficacité et requiert une description précise de la créance cédée). Toutefois, la priorité sera déterminée en fonction de l'enregistrement si la loi du lieu de situation du cédant le prévoit (la question de savoir si la créance doit être expressément décrite pour obtenir la priorité par l'enregistrement est régie par la loi du lieu de situation du cédant). Les questions de validité quant à la forme (à savoir s'il est besoin d'un écrit, d'une notification ou d'un enregistrement pour que la cession ait effet *inter partes*) sont laissées à la loi applicable en dehors du projet de Convention (voir le paragraphe 82 qui renferme une proposition du secrétariat à ce sujet), de même que les questions de validité quant au fond, autres que celles abordées aux articles 9 à 12.

"Sous réserve des articles 25 et 26"

164. Les questions mentionnées à l'article 24 sont soumises à la loi du lieu de situation du cédant à moins qu'une disposition de cette loi soit manifestement contraire à l'ordre public du for ou qu'il existe un superprivilège en vertu de la loi du for. Dans le premier cas, c'est la loi du lieu de situation du cédant qui prévaut. Dans le deuxième cas, le superprivilège qui en vertu de la loi du for a la priorité, est prioritaire. La Commission voudra peut-être examiner si l'application de l'article 24 devrait également être subordonnée à l'absence d'une convention de renonciation (art. 27). Ou encore, elle voudra peut-être se demander si, compte tenu du fait que l'article 27 énonce une règle de droit matériel, les premiers mots de l'article 24 ("À l'exception des questions") suffisent pour prendre en compte les questions réglées à l'article 27 (bien que l'article 26 énonce également une règle de droit matériel et que l'application de l'article 24 soit subordonnée à l'article 26).

Étendue des droits et priorité sur les créances

165. L'alinéa a) de l'article 24 établit une nette distinction entre la priorité et l'étendue des droits du cessionnaire. Les mots "étendue des droits" sont employés pour indiquer s'il s'agit d'une cession à titre de garantie ou d'une cession pure et simple et pour préciser le caractère, réel ou personnel, d'un droit à l'encontre de tiers (la question des effets réels d'une cession entre le cédant et le cessionnaire est réglée à l'article 9). La priorité, en revanche, a trait au point de savoir qui obtient paiement en premier. Dans un conflit entre un ayant

droit prioritaire, possédant un droit personnel, et un ayant droit possédant un droit réel, l'ayant droit prioritaire l'emportera. Toutefois, en cas d'insolvabilité, ce dernier serait payé sur un pied d'égalité avec d'autres créanciers possédant un droit personnel, alors qu'il serait payé avant ces créanciers s'il possédait un droit réel.

Conflits entre les cessionnaires en cas de cessions multiples

166. Des conflits entre cessionnaires des mêmes créances provenant du même cédant peuvent surgir en cas de "cessions multiples". Ces dernières correspondent à une pratique courante dans le cas des cessions à titre de garantie où les mêmes créances sont offertes à différents prêteurs aux fins de garantie pour des crédits de montants divers. Toutefois, les cessions multiples pures et simples peuvent constituer un acte frauduleux ou déraisonnable. Si la fraude est rare, en revanche, une simple négligence de la part du cédant ou la méconnaissance des effets juridiques d'une cession antérieure sont fréquentes. Un exemple classique en est la cession de créances à un financier en contrepartie de fonds de roulement et à un tiers accordant un financement sur stocks ou un fournisseur de matériel à crédit avec réserve de propriété ou autre sûreté jusqu'au paiement total du prix des stocks ou du matériel. Dans ce cas, il peut y avoir conflit entre une cession globale (cession de toutes les créances actuelles et futures) au financier des fonds de roulement et une cession au tiers accordant un financement sur stocks ou au fournisseur du produit de la vente des stocks ou du matériel.

Conflits entre un cessionnaire visé par la Convention et un cessionnaire qui ne l'est pas

167. Le sous-alinéa a) i) de l'article 24 dispose expressément qu'un conflit entre un cessionnaire visé par la Convention et un cessionnaire qui ne l'est pas (par exemple, entre un cessionnaire étranger et un cessionnaire national de créances nationales) est visé par le projet de Convention (toutefois, un conflit entre un cessionnaire dans un État contractant et un cessionnaire dans un État non contractant n'est pas visé). Une telle approche évite toute incidence négative sur la pratique et le droit nationaux. En fait, une des raisons pour lesquelles le Groupe de travail a décidé de transformer les règles de priorité en règles de droit international privé est que ces règles ne porteraient pas préjudice aux pratiques nationales. Le projet de Convention ne donne pas la priorité à un cessionnaire étranger sur un cessionnaire national. Il soumet simplement les conflits de priorité à la loi du lieu de situation du cédant. À une éventuelle exception près (voir le paragraphe 20), cette loi serait la loi aux dispositions de laquelle le cessionnaire national d'une créance nationale devrait se conformer pour obtenir la priorité, que le projet de Convention s'applique ou non.

Conflits avec les créanciers du cessionnaire ou l'administrateur de l'insolvabilité

168. Un créancier du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité peut avoir un droit concurrent avec le cessionnaire, si, après la cession, ce créancier obtient par décision de justice la saisie des créances qui sont entre les mains du cédant (si la cession est effectuée après la saisie ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, il n'y a pas de conflit; tout droit que le cessionnaire peut obtenir est subordonné aux droits des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité). Si la priorité dépend de la date de la cession, le fait que la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité suffit pour établir que les créances n'entrent pas dans le patrimoine du cédant (s'il s'agit d'une cession pure et simple) ou pour permettre au cessionnaire de faire valoir sa créance de préférence aux créanciers n'ayant pas de sûretés (s'il s'agit d'une cession à titre de garantie). Si, en revanche, la priorité est fonction de la notification envoyée au débiteur ou de l'enregistrement public de certaines informations sur la cession, le fait que la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'est pas suffisant pour établir la priorité. La notification au débiteur ou l'enregistrement doivent également avoir lieu avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Insolvabilité du cessionnaire ou du débiteur

169. Les problèmes qui se posent en cas d'insolvabilité du cessionnaire n'entrent pas dans le champ d'application du projet de Convention et ne sont pas abordés à moins que le cessionnaire fasse une cession subséquente et devienne cédant. Il n'est pas prévu non plus que le projet de Convention traite des problèmes découlant de l'insolvabilité du débiteur. L'hypothèse est que le cessionnaire aurait sur les créances les mêmes droits que le cédant si le débiteur était insolvable.

“régit l'existence et l'étendue des droits... et la priorité des droits” sur le produit

170. Allant dans le même sens que l'alinéa a), l'alinéa b) dispose que la législation du lieu de situation du cédant régit l'étendue des droits des personnes énumérées à l'alinéa a) et la priorité de ces droits sur le produit. En vertu de l'alinéa k) de l'article 6, le produit comprend le produit des créances et le produit du produit. Ainsi, il conviendrait peut-être de supprimer les mots “de la créance cédée” afin d'éviter de créer l'impression que seul le produit des créances est visé à l'alinéa b) de l'article 24. Les mots “l'étendue des droits” vise le caractère, réel ou personnel, des droits du cessionnaire sur le produit. La Commission voudra peut-être se demander si le mot “existence”, qui a été ajouté sans débat à la trente-unième session du Groupe de travail, devrait être conservé (voir le document A/CN.9/466, par. 212). Il semblerait que l'alinéa b) aille très au-delà de l'alinéa a), en ce sens qu'il vise, au sujet du produit, des questions que le projet de Convention n'aborde pas même en ce qui concerne les créances, à savoir les questions de validité quant au fond et de validité quant à la forme. Si l'alinéa b) reste inchangé, il conviendrait peut-être alors de modifier le titre de l'article.

L'existence et l'étendue de droits sur des créances qui sont le produit d'autres biens

171. L'étendue de tous droits et la priorité de ces droits sur des créances qui sont le produit d'autres créances sont soumises à la loi du lieu de situation du cédant en vertu du sous-alinéa a) i) de l'article 24, si ces droits sont créés par convention, ou en vertu du sous-alinéa a) ii), si ces droits sont créés par l'effet de la loi. Selon que la Commission décide de maintenir ou non la référence à l'“existence” de ces droits, elle voudra peut-être intégrer l'alinéa c) au sous-alinéa a) ii) ou supprimer complètement l'alinéa c) et préciser la question dans le commentaire (pour le sens des mots “l'étendue des droits”, voir le paragraphe 165).

Loi applicable

172. S'écartant de l'approche traditionnellement suivie dans de nombreux systèmes juridiques, qui soumettent les questions de priorité à la *lex situs* (la loi du pays où le paiement est dû ou celle du pays où le débiteur est situé), le Groupe de travail a décidé de faire relever les questions de priorité de la loi du lieu de situation du cédant. S'il a adopté cette formule, c'est parce qu'il a estimé que la règle traditionnelle n'était plus utilisable ni efficace. Dans le cas de plus en plus fréquent de cessions globales de créances existantes et futures, la *lex situs* ne permet pas d'avoir une seule loi applicable. De surcroît, les éventuels cessionnaires se trouvent devant la tâche d'avoir à déterminer le lieu virtuel de chaque créance. L'application de la loi régissant la créance ou de la loi choisie par les parties produit des résultats analogues. Des règles de priorité différentes régiraient la priorité au regard des différentes créances d'un groupe de créances et, dans le cas de créances futures, les parties ne seraient pas en mesure de déterminer avec certitude la loi applicable aux questions de priorité, ce qui pourrait faire échouer une transaction ou, pour le moins, augmenter le coût du crédit. L'application de la loi choisie par le cédant et le cessionnaire, en particulier, pourrait permettre au cédant, agissant en collusion avec un ayant droit pour obtenir un avantage particulier, de déterminer la priorité entre plusieurs ayants droit. En outre, cette loi serait totalement inopérante dans le cas de plusieurs cessions des mêmes créances soit par le même cessionnaire, soit par des cessionnaires différents, car des lois différentes pourraient s'appliquer aux mêmes conflits de priorité.

173. Si le Groupe de travail a décidé de s'écarter de l'approche traditionnelle afin de tenir compte des pratiques les plus courantes en matière de cessions globales de toutes les créances existantes et futures, il a aussi décidé de ne faire aucune exception pour les cessions de créances existantes, uniques, à valeur élevée. Il a été largement admis que le fait d'appliquer une règle de priorité différente à la cession de ces créances porterait atteinte à la prévisibilité assurée à l'article 24. En outre, il serait très difficile de définir clairement les créances "de valeur élevée". De surcroît, lors d'une cession globale comprenant à la fois des créances "de valeur élevée" et des créances "de faible valeur", la priorité serait déterminée par des lois différentes.

174. Compte tenu du fait que, dans le cas où il existe plus d'un lieu d'établissement, le lieu de situation est défini par référence au lieu de l'administration centrale d'une personne morale, l'application de la loi du lieu de situation du cédant aboutira à l'application de la loi d'un seul lieu, facile à déterminer au moment de la cession. Les difficultés exposées plus haut seront ainsi éliminées. En particulier, le lieu de situation du cédant en tant que facteur de rattachement offre l'avantage de fournir un point de référence unique; il peut être déterminé à la date de la cession, même quand il s'agit d'une cession globale de créances futures; il conviendrait même dans le cas des systèmes juridiques qui pratiquent l'enregistrement; et il entraînerait l'application de la loi de la juridiction dans laquelle il ne fait guère de doute qu'une importante procédure d'insolvabilité à l'égard du cédant sera ouverte. Ce dernier aspect de l'application de la loi du lieu de situation du cédant est essentiel car il règle comme il convient la question de la relation entre le projet de Convention et la loi sur l'insolvabilité applicable.

175. S'agissant de l'insolvabilité, l'idée maîtresse de l'article 24 est de faire en sorte que, dans la plupart des cas, la loi régissant les questions de priorité en vertu de cet article et la loi régissant l'insolvabilité du cédant soient les lois d'une seule et même juridiction (la juridiction principale du cédant). En pareil cas, tout conflit entre le projet de Convention et la loi applicable à l'insolvabilité serait réglé par les règles de droit de cette juridiction. Dans tous les autres cas où une procédure d'insolvabilité portant sur les biens et les affaires du cédant est ouverte dans un État autre que celui de la principale juridiction du cédant (par exemple, une juridiction dans laquelle le cédant a des biens), le projet de Convention cède le pas aux règles de droit qui donnent expression à l'ordre public de l'État dans lequel un différend est tranché (art. 25). Il n'est pas porté atteinte à d'autres droits spéciaux des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité (voir par. 182).

176. La Commission voudra peut-être se demander si l'application de la loi du lieu de situation du cédant aux questions de priorité dans le cas de créances nées de comptes de dépôt, de comptes titres ou de comptes matières serait appropriée. Dans le cadre de ces pratiques, les questions de priorité sont normalement subordonnées à la loi du lieu de situation du prestataire de services financiers. Appliquer une règle de priorité différente à de telles pratiques serait peut-être conforme aux attentes des parties. Toutefois, une telle approche risque d'introduire des incertitudes, du moins dans la mesure où les parties, pour déterminer la règle de priorité qui s'applique, devraient rechercher la source des créances cédées, ce qui ne serait pas possible pour des créances futures et ce qui ne serait réalisable qu'à un certain prix pour les créances cédées globalement.

Limites des règles de droit applicables

177. En tant que disposition de droit international privé, l'article 24 ne règle pas les conflits de priorité. Il les renvoie simplement à la loi du lieu de situation du cédant. Si, en vertu de cette loi, la priorité est fonction du moment de la cession, le cessionnaire qui envisage de financer certaines créances doit se fier aux garanties du cédant et, éventuellement, à celles d'autres parties ou aux informations disponibles sur un marché donné. Si la loi applicable définit la priorité en fonction de la priorité quant à l'envoi de la notification au débiteur, le cessionnaire éventuel doit là aussi se fier aux garanties du cédant et du débiteur, ainsi qu'aux informations émanant d'autres sources. Dans ces cas, la priorité en ce qui concerne les créances futures ne pourra pas être obtenue au moment de la cession (l'identité des débiteurs n'étant pas connue) et la priorité en ce qui concerne

les créances cédées globalement ne pourra être obtenue qu'au prix de l'envoi d'une notification à tous les débiteurs. Si, en revanche, en vertu de la loi applicable, outre les garanties du cédant ou d'autres parties, la priorité s'obtenait par enregistrement public de certaines informations, les éventuels cessionnaires pourraient se reporter à cet enregistrement. En outre, les cessionnaires qui enregistreraient les informations requises disposeraient d'un moyen objectif d'acquérir la priorité (pour d'autres limites à l'application des règles de priorité du projet de Convention, voir les paragraphes 179 à 182).

Moment approprié pour déterminer le lieu de situation du cédant

178. Pour que le projet de Convention, y compris l'article 24, s'applique, le cédant doit être situé dans un État contractant au moment de la conclusion du contrat de cession. Cette approche renforce le degré de prévisibilité quant à l'application du projet de Convention et facilite les décisions à prendre sur l'opportunité de conclure une transaction et l'établissement de son coût. Toutefois, si le cédant effectue une cession dans un pays et une autre cession dans un autre pays dans lequel il s'établit, le projet de Convention risque de ne pas s'appliquer si le nouveau lieu de situation du cédant n'est pas dans un État contractant (le sous-alinéa a) i) de l'article 24 ne vise pas de tels cas), et même s'il s'applique, l'application de l'article 24 soulèverait des difficultés car il y aurait deux lois pour le lieu de situation du cédant. De ce fait la Commission estimera peut-être, qu'en cas de changement de lieu du cédant ou de la créance, un délai de grâce devrait être adopté pendant lequel le cessionnaire ayant la priorité en vertu de la loi du lieu initial ne perdrait pas cette priorité. Ainsi, les droits des ayants droit dans le nouveau lieu ne seraient pas indéfiniment subordonnés aux droits des ayants droit d'autres lieux. Cette règle de transition serait nécessaire car, compte tenu du rythme actuel des fusions, le fait de déplacer l'administration centrale d'une entité risque de ne pas être un phénomène rare. Il serait nécessaire d'aborder la question du changement de lieu en particulier si le lieu de situation d'une entité est défini par référence au lieu où une créance est enregistrée. Il est certainement plus facile de transférer des créances que le lieu de l'administration centrale.

Article 25. Ordre public et droits préférentiels

1. L'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant ne peut être refusée par un tribunal ou une autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.
2. Dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est reconnu par la loi de l'État du for et qui se voit accorder la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant l'article 24. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.

Références

A/CN.9/434, par. 216 à 237
A/CN.9/445, par. 41 à 44
A/CN.9/455, par. 35 à 40

A/CN.9/456, par. 214 à 222
A/CN.9/466, par. 36 à 41

Commentaire

Ordre public

179. Le principe qui sous-tend l'article 25 est d'établir un équilibre entre la nécessité d'assurer la certitude quant à l'application de la loi du lieu de situation du cédant et celle de préserver les principes fondamentaux de la loi de l'État du for. En conséquence, le paragraphe 1 reconnaît le droit d'un tribunal ou d'une autre autorité, que ce soit ou non dans le contexte d'une insolvabilité, d'écarter une disposition de la loi du lieu de situation du cédant et, dans le même temps, limite ce droit aux cas où cette disposition est "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État du for. Au paragraphe 1, il faut entendre par ordre public, l'ordre public international de l'État du for. Le recours à l'ordre public a un effet négatif uniquement en ce sens qu'il peut exclure l'application d'une disposition de la loi applicable en vertu de l'article 24, qui est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for (par exemple, une règle donnant la priorité à un État étranger en matière fiscale). Il s'ensuit qu'une personne donnée peut être écartée lors de la détermination du rang de priorité, la priorité étant déterminée par d'autres dispositions de la loi applicable.

180. Pour qu'une règle de priorité soit écartée en application du paragraphe 1, elle doit être "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État du for. On part ici du principe que deux États sont en jeu (à savoir que l'État du for est différent de celui où est situé le cédant). Si un seul État était en jeu, les règles de ce dernier permettraient de trancher la question. La notion "manifestement contraire" est utilisée dans des textes internationaux pour qualifier l'ordre public (voir, par exemple, l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, l'article 16 de la Convention de Rome et l'article 18 de la Convention de Mexico). L'idée est d'insister sur le fait que les exceptions d'ordre public doivent être interprétées de façon restrictive et que le paragraphe 3 ne devrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles touchant à des questions d'importance fondamentale pour l'État du for. Autrement, la certitude offerte par l'article 24 pourrait être sérieusement compromise, ce qui aurait une incidence négative sur l'offre et le coût du crédit fondé sur des créances (l'expression "manifestement contraire" est aussi utilisée à l'article 32; voir le paragraphe 199).

181. Comme mentionné ci-dessus, l'ordre public évoqué à l'article 25 ne peut pas avoir d'effet positif. Il ne peut pas aboutir à l'application positive d'une règle de priorité de l'État du for qui est l'expression de l'ordre public (par exemple, une règle donnant la priorité aux salariés dans l'État du for). Pour cette raison, le paragraphe 2 permet à l'État du for d'appliquer son propre régime de priorité, si une règle de priorité applicable au titre des paragraphes 1 et 2 est manifestement contraire à l'ordre public du for, et de donner la priorité aux superprivilèges, qui donnent expression à l'ordre public du for (par exemple, les droits de l'État en matière fiscale ou des salariés en matière salariale mais pas les sûretés nées de contrats ou d'autres droits de propriété reconnus par décision judiciaire). Le paragraphe 2 va encore plus loin. Il permet à l'État (sans créer d'obligation) d'énumérer dans une déclaration les superprivilèges qui devraient prévaloir sur les droits du cessionnaire en vertu du projet de Convention. La possibilité de faire une déclaration doit renforcer la certitude en ce sens qu'elle offre aux cessionnaires un moyen de connaître les superprivilèges qui auraient la priorité sur leurs droits. La Commission voudra peut-être revoir l'emploi du mot "préférentiels" (il peut avoir un sens plus large que prévu et être confondu avec la priorité normale qui est définie à l'alinéa h) de l'article 6 comme une préférence).

Droits spéciaux en matière d'insolvabilité

182. L'article 25 ne mentionne pas les droits spéciaux des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité qui pourraient prévaloir sur les droits du cessionnaire en vertu de la loi régissant l'insolvabilité. La raison en est que la priorité établie en vertu du projet de Convention ne porte pas atteinte à ces droits spéciaux. Ceux-ci comprennent, entre autres, le droit des créanciers du cédant d'annuler ou de rendre sans effet de toute autre manière une cession, en tant que transfert frauduleux ou préférentiel, ou d'engager une action à cette fin. Ils comprennent aussi le droit de l'administrateur de l'insolvabilité d'agir de la même façon lorsqu'il juge également qu'une cession constitue un transfert frauduleux ou préférentiel, ou en cas de cession de créances qui n'étaient pas nées au moment de l'ouverture de la procédure; de grever les créances cédées des dépenses encourues par lui pour exécuter le contrat initial, ou de grever les créances cédées des dépenses encourues par

lui pour préserver ou exécuter les créances à la demande et au profit du cessionnaire. Si les créances cédées constituent des garanties de dettes ou d'autres obligations, les droits spéciaux protégés comprennent tous les droits existants en vertu des règles ou procédures d'insolvabilité qui régissent généralement l'insolvabilité du cédant et qui permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de grever les créances cédées; prévoient la suspension du droit des cessionnaires ou créanciers individuels du cédant de recouvrer les créances pendant la procédure d'insolvabilité; permettent de remplacer les créances cédées par de nouvelles créances de valeur au moins égale; ou permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de faire des emprunts garantis par les créances cédées dans la mesure où la valeur des créances dépasse celle des obligations garanties.

Article 26. Règles spéciales relatives au produit

1. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cessionnaire, ce dernier a le droit de conserver ce produit, dans la mesure où son droit sur la créance cédée a la priorité sur des droits concurrents sur la créance cédée des personnes énumérées à l'alinéa a) i) à iii) de l'article 24.

2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, les droits du cessionnaire sur ce produit ont la priorité sur des droits concurrents sur ce produit des personnes énumérées à l'alinéa a) i) à iii) de l'article 24, de la même manière que les droits du cessionnaire avaient la priorité sur les droits desdites personnes sur la créance cédée si:

- a) Le cédant a reçu le produit et le détient sur instructions du cessionnaire pour le compte de ce dernier; et
- b) Le produit est détenu séparément par le cédant pour le compte du cessionnaire et est raisonnablement identifiable par rapport aux actifs du cédant, par exemple dans un compte de dépôt distinct ne contenant que les fonds provenant des créances cédées au cessionnaire.

Références

A/CN.9/447, par. 63 à 68
A/CN.9/456, par. 160 à 167

A/CN.9/466, par. 42 à 53

Commentaire

183. L'article 26 a pour objet d'introduire une règle de priorité de droit matériel limitée au sujet du produit. Le produit comprend le produit du produit (il faudrait donc peut-être supprimer les mots "de la créance cédée"), mais non les marchandises restituées (dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, les droits sur le produit et les marchandises restituées sont traités au paragraphe 1 c) de l'article 16).

Produit reçu par le cessionnaire

184. En vertu du paragraphe 1, le cessionnaire peut conserver tout produit qu'il reçoit (en d'autres termes, il a un droit réel), s'il a la priorité sur la créance cédée. La limite implicite, qu'il conviendrait peut-être d'exprimer explicitement (comme au paragraphe 3 de l'article 16), est que le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de sa créance. Le paragraphe 1, toutefois, pourrait avoir involontairement pour effet qu'une priorité sur le produit du produit serait accordée à un cessionnaire, même si une autre personne avait la priorité sur le produit de la créance cédée en vertu de la loi du lieu de situation du cédant. Par exemple, si le débiteur paie le cédant par chèque, que le cédant dépose ce chèque sur son compte bancaire puis paie le cessionnaire, en vertu du paragraphe 1, le premier cessionnaire a le droit de conserver les espèces (le produit du produit) même si

l'institution dépositaire a priorité sur le solde dans le compte de dépôt (le produit de la créance cédée). On peut de façon tout aussi involontaire parvenir au même résultat si le cédant reçoit paiement à titre de garantie (par exemple, un cautionnement), que la garantie est donnée en nantissement à un deuxième cessionnaire puis que son produit est versé au premier cessionnaire. Ce dernier pourrait conserver le produit du produit, même si le deuxième cessionnaire a normalement la priorité sur le produit de la créance cédée en vertu de la loi du lieu de situation du cédant. La Commission voudra donc peut être formuler un nouveau libellé à l'article 26 pour faire en sorte que le droit du cessionnaire sur le produit du produit ne porte pas préjudice aux droits d'une autre personne sur le produit de la créance cédée en vertu de la loi du lieu de situation du cédant.

Produit reçu par le cédant

185. En vertu du paragraphe 2, le cessionnaire a la priorité sur le produit reçu par le cédant s'il a la priorité sur la créance cédée et si le cédant a encaissé un paiement pour le compte du cessionnaire et le détient séparément de ses propres actifs. Cette disposition limitée a pour but de faciliter certaines pratiques, tels que l'escompte de factures non divulgué et la titrisation, dans la mesure où une telle priorité sur le produit renforcera la certitude quant au paiement au cessionnaire, notamment en cas d'insolvabilité. La Commission voudra peut être se demander si le paragraphe 2 est suffisant pour atteindre ses objectifs, car il ne soumet pas clairement l'étendue d'un droit (à savoir s'il s'agit d'un droit réel ou personnel) à la loi du lieu de situation du cédant, comme le fait l'article 24 (la nature et la priorité d'un droit sont deux questions distinctes; voir le paragraphe 165).

Article 27. Renonciation

Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout cessionnaire existant ou futur.

Références

A/CN.9/445 par. 29
A/CN.9/455, par. 31

A/CN.9/456, par. 210

Commentaire

186. L'article 27 a pour objet de tenir compte de l'intérêt que les parties à un conflit ont à négocier et à renoncer à la priorité en faveur d'un autre ayant droit lorsque des considérations commerciales le justifient. Afin d'assurer le maximum de souplesse et de tenir compte des pratiques commerciales en vigueur, l'article 27 indique clairement qu'une renonciation est valable même si elle n'est pas faite sous forme de convention directe entre le cessionnaire qui a la priorité et le bénéficiaire de la renonciation. La renonciation peut aussi se faire unilatéralement, par exemple sous forme d'un engagement pris à l'égard du cédant par le cessionnaire de premier rang (dans le contrat de cession ou dans une convention séparée, conclue par écrit ou oralement) qui habilite le cédant à effectuer une deuxième cession venant au premier rang dans l'ordre de priorité. Le terme "unilatéralement" précise que le bénéficiaire de la renonciation (le deuxième cessionnaire) n'a pas de contrepartie à offrir en échange de la priorité qui lui revient à la suite de la renonciation unilatérale. En outre, l'article 27 montre clairement qu'une renonciation a effet sans qu'il soit nécessaire d'identifier expressément le ou les bénéficiaires prévus ("tout cessionnaire existant ou futur") et qu'il est possible d'employer des termes généraux. Une telle renonciation unilatérale peut intervenir dans une cession entre entités relevant du même groupe de sociétés ou elle peut se présenter sous forme d'un service offert par un prêteur à un emprunteur pour des considérations commerciales.

CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

Références

A/CN.9/420, par. 185 à 187
A/CN.9/445, par. 52 à 55

A/CN.9/455, par. 67 à 73
A/CN.9/466, par. 145 à 149

Champ d'application et objet du chapitre V

Commentaire

187. Le chapitre V vise à énoncer quelques principes généraux largement adoptés mais non reconnus dans tous les systèmes juridiques. Il n'a pour objet ni de traiter de manière exhaustive toutes les questions relatives à la cession, ni d'aller à l'encontre des textes législatifs internationaux existants ou de s'y substituer. Les articles 28, 29, 31 et 32 reprennent des principes généralement admis (par exemple, dans la Convention de Mexico ou à l'article 12 de la Convention de Rome, à l'exception de l'exigence d'un choix exprès au paragraphe 1 de l'article 28 et la présomption réfragable en faveur du lieu de situation du cédant au paragraphe 2 de ce même article). Le fait que ces principes puissent être déjà reconnus dans le droit de certains États, ne les rend pas moins utiles pour d'autres. En outre, en l'absence de telles dispositions, beaucoup d'incertitudes demeureraient quant à la loi applicable à toutes les matières qui, par nécessité, ne sont pas régies par le projet de Convention (pour une liste non exhaustive voir par. 79).

188. L'article 30, qui vise à étendre le champ d'application des principes énoncés dans les articles 24 à 26 aux opérations n'entrant pas dans le cadre du projet de Convention, innove en traitant une question à laquelle le droit actuel n'apporte pas de réponse claire ou satisfaisante. À cet égard, le Groupe de travail a soigneusement examiné l'article 12 de la Convention de Rome et a conclu que, faute de pouvoir déterminer avec certitude si cet article s'applique aux questions de priorité et, dans l'affirmative, quelle est alors la loi applicable, il fallait régler cette question dans le projet de Convention. Le principe sur lequel repose l'article 30, à savoir que les questions de priorité doivent être régies par la loi du lieu de situation du cédant, a été adopté par consensus dans les articles 24 à 26. Il reste à déterminer la portée exacte de cette règle. Si le chapitre V paraît plus ou moins acceptable sur le fond, certains États cependant émettent des objections pour des raisons de politique législative générale (ces États se demandant par exemple s'il est bon d'insérer des règles générales de droit international privé dans un texte essentiellement de droit matériel, si la CNUDCI est l'organe approprié pour élaborer des règles de droit international privé ou si la question devrait être examinée par d'autres organisations internationales ou régionales). Pour tenir compte de ces préoccupations, on a soumis le chapitre V à une clause d'option négative. En effet, en supprimant ce chapitre ou en restreignant son champ d'application, on réduirait les avantages que pourraient en tirer les États qui en ont besoin sans pour autant protéger davantage ceux qui n'en ont pas besoin. De même, une clause d'option positive pourrait indirectement en limiter le champ d'application en risquant de dissuader les États de l'adopter.

189. Pour ce qui est de la forme, la Commission souhaitera peut-être déterminer si le paragraphe 3 de l'article premier, qui définit le champ d'application du chapitre V et prévoit une possibilité d'exclusion pour les États, devrait figurer au début de ce même chapitre, et y être assorti d'une disposition traitant de la hiérarchie entre les règles de droit matériel et les règles de droit international privé du projet de Convention (voir par. 22). La Commission souhaitera peut-être également examiner s'il conviendrait de reformuler le titre du chapitre V comme suit: "Autres règles de conflit de lois" (car les articles 24 à 26 sont également des règles de conflit de lois). Elle peut toutefois aussi souhaiter regrouper toutes les règles de conflit de lois dans un seul chapitre. Si cette dernière solution était adoptée, l'article 30 pourrait être supprimé et les articles 24 à 26 devraient faire

l'objet d'une clause d'option négative mais ce uniquement dans la mesure où ils s'appliqueraient, que le cédant soit ou non situé dans un État contractant.

Article 28. Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire

1. [À l'exception des questions qui sont réglées par la présente Convention,] les droits et obligations du cédant et du cessionnaire en vertu du contrat de cession sont régis par la loi expressément choisie par eux.
2. À défaut de choix d'une loi par le cédant et le cessionnaire, leurs droits et obligations en vertu du contrat de cession sont régis par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a la relation la plus étroite. Il est présumé, sauf preuve contraire, que le contrat de cession a la relation la plus étroite avec l'État dans lequel le cédant a son établissement. Si le cédant a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat. Si le cédant n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.
3. 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 dans la mesure où il ne peut être dérogé par contrat à ladite loi.

Références

A/CN.9/420, par. 188 à 196
A/CN.9/445, par. 52 à 74

A/CN.9/455, par. 67 à 119
A/CN.9/466, par. 150 à 153

Commentaire

190. L'article 28 traduit le principe de l'autonomie des parties quant à la loi applicable au contrat de cession (principe reconnu dans les articles 12 de la Convention de Rome et 7 de la Convention de Mexico). Quoique largement reconnu, ce principe n'est pas universellement accepté. En attendant que la Commission détermine définitivement la portée exacte du chapitre V, on a placé les premiers mots de l'article 28 entre crochets (si la proposition faite par le secrétariat au paragraphe 3 était adoptée, ces mots pourraient être supprimés). Le paragraphe 1 prévoit que le choix de la loi doit être exprès. Le Groupe de travail a reconnu qu'un choix implicite irait dans le sens des tendances actuelles du droit international privé (voir le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention de Rome et l'article 7 de la Convention de Mexico). Toutefois, il a été largement estimé qu'un choix exprès devait être exigé dans le cas des opérations de financement, dans lesquelles la certitude était primordiale et pouvait déterminer si une opération aurait lieu et à quel coût. La Commission souhaitera peut-être reconsidérer la question. Il semblerait que le fait de valider un choix pouvant être "clairement inféré du contrat" ne compromettrait pas gravement la certitude et rendrait l'article 28 plus acceptable pour certains États.

191. En vertu du paragraphe 1, la loi applicable au contrat régit les aspects purement contractuels du contrat de cession (par exemple, la conclusion du contrat et sa validité quant au fond, l'interprétation de ses clauses, l'obligation pour le cessionnaire de payer le prix ou d'accorder le crédit promis, l'existence et l'effet des garanties concernant la validité et l'exigibilité de la créance). Le paragraphe 1 ne vise toutefois pas les questions de validité quant au fond qui sont traitées dans le projet de Convention en ce qui concerne les cessions entrant dans le champ d'application de ce dernier (c'est ce qu'indiquent les premiers mots du paragraphe) ni d'autres aspects de la validité quant au fond, tels que la capacité ou l'autorité pour agir. Ce point est important car, dans certains pays, la capacité d'effectuer une cession globale est limitée aux sociétés ou au cédant lorsqu'il effectue la cession dans le cours normal de ses affaires. On ne peut déterminer avec suffisamment de certitude si l'article 91'emporterait sur ces interdictions légales concernant la capacité, ni quelle loi s'appliquerait à de telles

interdictions légales. Bien que la plupart des cessions en vertu du projet de Convention doivent être effectuées par des cédants dans le cours normal de leurs affaires, une zone d'ombre demeurera si on laisse cette question sans réponse (pour une suggestion du secrétariat tendant à régler la question de la loi applicable à la cessibilité légale, voir par. 196). Le paragraphe 1 ne vise pas non plus les contrats de financement, si le contrat de cession se réduit à une simple clause dans ce type de contrat, sauf convention contraire entre les parties. Enfin, le paragraphe 1 ne traite pas des aspects de la cession liés à la propriété (c'est pourquoi il est fait référence au "contrat de cession" et non à la cession elle-même; pour cette distinction, voir par. 24 et 25). Le Groupe de travail a admis qu'il ne serait pas opportun de soumettre le transfert des droits de propriété à la loi régissant le contrat. Pour ce qui est des cessions entrant dans le champ d'application du projet de Convention, ces aspects liés à la propriété sont, dans une large mesure, traités dans les dispositions autres que celles du chapitre V.

192. Le paragraphe 2 porte sur les cas exceptionnels où les parties n'ont pas expressément convenu de la loi applicable au contrat de cession ou en ont convenu mais leur convention s'est ultérieurement avérée non valable. Il fait référence au critère de la relation la plus étroite, qui peut aboutir à l'application de la loi du lieu où est situé le cédant (par exemple, dans le cas d'une cession-vente) ou de la loi du lieu où est situé le cessionnaire (par exemple, dans une cession à titre de garantie faite dans le cadre d'une opération de crédit). Pour concilier souplesse et certitude, le paragraphe 2 introduit une présomption réfragable selon laquelle l'État ayant la relation la plus étroite avec le contrat est celui où se trouve le cédant, autrement dit, dans ce contexte, celui où le cédant a son établissement. Le paragraphe 2 ayant un champ d'application limité, le Groupe de travail a estimé qu'une telle référence à l'établissement ne compromettrait pas la certitude nécessaire aux opérations de financement. En établissant une présomption particulière en faveur de la loi du lieu de situation du cédant, l'article 28 n'est pas nécessairement en contradiction avec la pratique suivie dans d'autres textes de droit international privé qui font référence, par exemple, au lieu dans lequel la partie devant fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou son établissement (par. 2 de l'article 4 de la Convention de Rome) ou à tous les éléments subjectifs et objectifs du contrat (art. 9 de la Convention de Mexico). Il pourrait y avoir contradiction dans les situations où l'application du critère de la prestation caractéristique n'aboutirait pas à une présomption en faveur de la loi du lieu de situation du cédant. Toutefois, dans les opérations de financement complexes, donnant lieu au versement d'argent, ainsi qu'à la fourniture de services et à l'exécution d'obligations réciproques, ce critère risque de ne pas être aussi efficace pour déterminer la loi ayant la relation la plus étroite de manière réaliste. En tout état de cause, les parties peuvent choisir la loi applicable. En outre, la présomption peut être renversée par la preuve contraire si les circonstances montrent que le contrat est plus étroitement lié à un autre pays.

193. Le paragraphe 3 vise à limiter l'autonomie des parties en ce sens que les parties à un contrat purement national ne peuvent pas déroger aux règles impératives de la loi de l'État auquel se rattache le contrat. Lorsque le contrat n'est pas purement national, l'autonomie des parties fait l'objet de limitations prévues aux articles 31 et 32. Si le chapitre V doit s'appliquer aux cessions internationales ou aux cessions de créances internationales telles que définies au chapitre premier, la portée de cette règle serait limitée aux cas où une cession nationale d'une créance nationale entrerait dans le champ d'application du projet de Convention (à savoir dans le cas d'une cession subséquente lorsqu'une des cessions qui la précède est régie par le projet de Convention). Même si le chapitre V s'applique indépendamment du chapitre premier, sa portée en serait limitée car la présence d'un élément international serait toujours nécessaire pour que les dispositions de droit international privé s'appliquent en premier lieu. L'élément international pourrait se rapporter au contrat de cession en tant que tel ou à la créance cédée. La Commission souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'explicitier ce point au paragraphe 3 (par exemple, le paragraphe 3 de l'article 3 de la Convention de Rome mentionne non seulement le contrat mais aussi tous les éléments de la situation au moment du choix d'une loi étrangère). La Commission souhaitera peut-être également déterminer si le paragraphe 3 devrait, dans ce même esprit, faire référence au lien entre un État et le contrat de cession (et non la cession elle-même).

Article 29. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur

[À l'exception des questions qui sont réglées par la présente Convention,] la loi régissant la créance sur laquelle porte la cession détermine le caractère exécutoire des limitations contractuelles à la cession, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

Références

A/CN.9/420, par. 197 à 200
A/CN.9/445, par. 65 à 69

A/CN.9/455, par. 92 à 104 et 117
A/CN.9/466, par. 154 à 158

Commentaire

194. Conformément au principe selon lequel une cession ne devrait pas modifier la situation juridique du débiteur, l'article 29 prévoit que les questions se posant dans le cadre de la relation entre le cessionnaire et le débiteur doivent être réglées par la loi régissant la créance. Il faut entendre par là la loi régissant le contrat initial et non la *lex situs* théorique de la dette. La Commission souhaitera peut-être expliciter ce point à l'article 29 (et au paragraphe 2 de l'article premier). Une telle démarche serait justifiée car, contrairement au paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention de Rome, dont s'inspire l'article 29, et qui peut s'appliquer aux droits extracontractuels, l'article 29 ne vise que les créances contractuelles. Le Groupe de travail a décidé de ne pas préciser comment la loi régissant le contrat initial devrait être déterminée. Il a été largement estimé que de telles règles complexes n'étaient pas nécessaires dans un chapitre dont l'objet était d'énoncer quelques règles générales et non pas d'aborder toutes les questions de droit international privé relatives à la cession. Il a aussi été généralement estimé qu'il ne serait pas approprié de tenter de déterminer la loi qui régit une large gamme de contrats pouvant être à l'origine d'une créance (contrats de vente, contrats d'assurance ou contrats relatifs aux opérations sur les marchés financiers, par exemple). En attendant que la Commission arrête le champ d'application exacte du chapitre V, on a placé les premiers mots du paragraphe 29 entre crochets (si la proposition du secrétariat présentée au paragraphe 23 était adoptée, ces mots pourraient être supprimés).

195. Il semblerait que l'article 29 s'applique également aux opérations de compensation (à savoir en cas de contre-créance née du contrat initial ou d'un contrat connexe), puisque ce type de compensation se rapporterait soit aux "rapports entre cessionnaire et débiteur", soit aux "conditions d'opposabilité de la cession au débiteur". La Commission souhaitera peut-être préciser ce point. En revanche, les compensations indépendantes (qui concernent des créances nées de sources qui n'ont aucun lien avec le contrat initial) ne sont pas visées. Ces créances peuvent avoir diverses origines (par exemple un contrat séparé conclu entre le cédant et le débiteur, une règle de droit ou encore une décision judiciaire ou arbitrale). La question de savoir si elles sont recouvrables et dans quelles conditions (par exemple, liquidité, même devise et échéance) est laissée à une autre loi. Le Groupe de travail a pensé qu'il pourrait s'agir de la loi régissant le contrat initial ou le contrat d'où pourrait découler un droit à compensation indépendant mais il n'a pas pu parvenir à un consensus.

196. L'article 29 traite également de la cessibilité contractuelle, mais non légale, en tant que question liée au paiement par le débiteur et à la libération de ce dernier. En conséquence, lorsque les droits et obligations du débiteur sont régis par le projet de Convention, la cession a effet à l'égard de celui-ci, même si une clause limitant les cessions est prévue dans le contrat initial (art. 11-1), et le débiteur ne pourra invoquer aucune exception contre le cessionnaire (art. 20-3). Si le projet de Convention ne s'applique pas à l'égard du débiteur, les effets d'une limitation contractuelle sur la relation entre le cessionnaire et le débiteur relèvent de la loi régissant la créance. Les termes "caractère exécutoire" des limitations contractuelles signifient que ces limitations ont effet tant entre les parties qu'à l'égard des tiers (validité *inter partes* et efficacité *erga omnes*).

Par souci de cohérence et pour éviter les problèmes d'interprétation (les termes "caractère exécutoire" semblent exclure la notion de validité *inter partes*), la Commission souhaitera peut-être envisager de remplacer "caractère exécutoire" par "efficacité". La Commission souhaitera peut-être également réexaminer la question de la loi applicable à la cessibilité légale. La loi du lieu de situation du cédant ou la loi régissant la créance pourrait être envisagée. La restriction concernant les règles impératives ou l'ordre public de l'État du for serait suffisante pour garantir que la loi applicable ne s'applique pas lorsqu'elle ne le doit pas (par exemple, la loi régissant la créance pourrait ne pas être appropriée dans le cas d'interdictions légales visant à protéger le cédant). L'article 29 ne renvoie pas les questions relatives à la protection des consommateurs à la loi du lieu de situation du débiteur. L'article 31, qui laisse à un tribunal la liberté d'appliquer toute règle impérative de la loi du for ou d'une loi étroitement liée, devrait suffire pour assurer l'application de la loi sur la protection des consommateurs (pour les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir par. 36, 100, 128, 152 et 160).

[Article 30. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties

1. La loi de l'État dans lequel est situé le cédant:
 - a) Régit l'étendue des droits d'un cessionnaire sur la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire par rapport aux droits concurrents sur la créance cédée:
 - i) D'un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession audit cessionnaire n'est pas une cession internationale;
 - ii) D'un créancier du cédant; et
 - iii) De l'administrateur de l'insolvabilité;
 - b) Régit l'existence et l'étendue des droits des personnes énumérées aux sous-alinéas a) i) à iii) du paragraphe 1 sur le produit de la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire sur ce produit par rapport aux droits concurrents de telles personnes; et
 - c) Détermine si, par l'effet de la loi, un créancier a des droits sur la créance cédée résultant de ses droits sur d'autres biens du cédant, et régit l'étendue de tels droits sur la créance cédée.
2. L'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant ne peut être refusée par un tribunal ou une autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.
3. Dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est reconnu par la loi de l'État du for et qui se voit accorder la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant le paragraphe 1 du présent article. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.]

Références

Commentaire

197. Tout comme les articles 31 et 32, l'article 30 figure entre crochets en attendant que la Commission détermine le champ d'application ou l'objet du chapitre V. Le maintien de l'article 30 ne se justifie que si le chapitre V s'étend aux opérations n'entrant pas dans le champ d'application du projet de Convention au titre du chapitre premier. Si le chapitre V a le même champ d'application que les autres parties du projet de Convention, l'article 30, qui reprend les règles apparaissant dans les articles 24 à 27, pourrait être supprimé. Si le chapitre V s'applique indépendamment du chapitre premier, il faudrait conserver l'article 30. En outre, il faudra peut-être préciser dans le corps de l'article que celui-ci s'applique aussi aux conflits ayant trait à une cession subséquente comme si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial (cette question est traitée dans le cadre du chapitre premier, à l'article 2 b)). De plus, on pourrait supprimer le paragraphe 2 qui est superflu, puisqu'il aborde une question déjà traitée à l'article 32. En tant que règle de droit international privé, l'article 30 a pour objet d'assurer la certitude quant à la loi applicable aux conflits de priorité. Cette certitude sera assurée à condition de se référer à la loi d'un seul État facile à déterminer (voir par. 172 à 176). La priorité est définie à l'article 5 i) comme une préférence (dans le paiement ou une autre forme de libération), l'article 30 précisant quant à lui les parties entre lesquelles peuvent naître de tels conflits. Étant donné que le débiteur ne figure pas parmi ces parties, la priorité ne concerne pas sa libération. En conséquence, il ne peut être demandé au débiteur dont la libération relève de la loi qui régit la créance de payer de nouveau la partie ayant la priorité en vertu de la loi du lieu de situation du cédant.

[Article 31. Règles impératives

1. Aucune disposition des articles 28 et 29 ne limite l'application des dispositions de la loi du for lorsqu'elles sont impératives, quelle que soit la loi applicable par ailleurs.
2. Aucune disposition des articles 28 et 29 ne limite l'application des règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions traitées dans lesdits articles ont une relation étroite si et dans la mesure où, en vertu de la loi de cet autre État, ces règles doivent être appliquées quelle que soit la loi applicable par ailleurs.]

Références

A/CN.9/455, par. 111 à 117

A/CN.9/466, par. 161 et 162

Commentaire

198. Le paragraphe 1 reprend un principe généralement accepté en droit international privé, selon lequel la loi impérative de l'État du for peut être appliquée quelle que soit la loi applicable par ailleurs (voir l'article 7 de la Convention de Rome et l'article 11 de la Convention de Mexico). La loi impérative, dans ce contexte, ne désigne pas une loi à laquelle il ne peut être dérogé par convention (comme au paragraphe 3 de l'article 28), mais une loi d'une importance fondamentale telle que la loi sur la protection des consommateurs ou la loi pénale (loi de police). Le paragraphe 2 introduit une règle différente, à savoir qu'un tribunal d'un État contractant peut n'appliquer ni la législation de son propre pays ni la loi applicable en vertu des articles 28 et 29 mais la loi d'un pays tiers au motif que les questions réglées dans ces dispositions ont une relation étroite avec ce dernier pays (ce paragraphe est inspiré du paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention de Rome, qui fait l'objet d'une réserve, ce qui n'est pas le cas des textes de droit international privé plus récents). Le champ d'application de l'article 31 est limité aux cas ayant trait à la loi applicable au contrat de cession et à la relation entre cessionnaire et débiteur. S'agissant de savoir si la loi applicable aux questions de priorité peut être écartée lorsqu'elle est contraire aux règles impératives de l'État du for, il a été généralement estimé que le paragraphe 3 de l'article 30, en vertu duquel une règle de priorité de la loi applicable peut être écartée afin de protéger, par

exemple, le droit d'imposition de l'État du for, était suffisant. Il a été estimé qu'une telle restriction concernant l'exception de la loi impérative se justifiait, car les règles de priorité ont elles-mêmes un caractère obligatoire et le fait de les écarter en faveur des règles impératives de l'État du for ou d'un autre État entraînerait indirectement des incertitudes quant aux droits des tiers, ce qui aurait un impact négatif sur la disponibilité et le coût du crédit.

[Article 32. Ordre public

Pour ce qui est des questions réglées par le présent chapitre, l'application d'une disposition de la loi désignée dans le présent chapitre ne peut être refusée par un tribunal ou une autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.]

Références

A/CN.9/455, par. 118 et 119

A/CN.9/466, par. 163 et 164

Commentaire

199. L'article 32 se différencie de l'article 31 en ce qu'il a uniquement un effet négatif, à savoir la possibilité de déroger à une règle de la loi applicable si cette règle est manifestement contraire à l'ordre public international du for (sur cette question, voir par. 180; voir aussi l'article 16 de la Convention de Rome et l'article 18 de la Convention de Mexico). Comme dans d'autres textes juridiques internationaux, le qualificatif "manifestement" a été ajouté avant les mots "contraire à l'ordre public". Il convient de noter que c'est l'application de la loi applicable à un cas particulier et non la loi applicable en elle-même qui doit être manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for. L'application d'une loi étrangère, par conséquent, ne peut être refusée au motif que la loi elle-même, d'une manière générale, est jugée préjudiciable à l'ordre public du for mais uniquement au motif que l'application d'une règle particulière dans un cas particulier irait à l'encontre de cet ordre public.

CHAPITRE VI. CLAUSES FINALES

Article 33. Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention.

Référence

A/CN.9/455, par. 124 et 125

Commentaire

200. La Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, située au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York, remplit les fonctions de dépositaire du Secrétaire général. Les traités déposés auprès du dépositaire sont accessibles sur la page d'accueil de la Section des traités sur la toile mondiale (<http://www.un.org/depositary>).

Article 34. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion

1. La présente Convention sera ouverte à la signature de tous les États au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, jusqu'au ...
2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.
3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les États non signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.
4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation et d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Référence

A/CN.9/455, par. 141 et 142

Commentaire

201. La Commission voudra peut-être réfléchir au délai pendant lequel le projet de Convention devrait être ouvert à la signature des États. Dans les conventions élaborées par la CNUDCI, ce délai va d'un an (Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 et Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international) à deux ans et demi (Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux).

Article 35. Application aux unités territoriales

1. Tout État qui comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention peut, à tout moment, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.
2. Ces déclarations désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention ne s'applique pas à toutes les unités territoriales d'un État et si le cédant ou le débiteur est situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ce lieu n'est pas considéré comme étant situé dans un État contractant.
4. Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

Référence

A/CN.9/455, par. 143 et 144

Commentaire

202. L'article 35 a pour objet de garantir qu'un État fédéral peut adopter le projet de Convention même si, pour quelque raison que ce soit, il ne souhaite pas que cet instrument s'applique à une ou plusieurs de ses unités

territoriales. Un tel droit est particulièrement important pour les États ayant plusieurs systèmes de droit. La déclaration peut être faite à tout moment, y compris avant ou après la ratification, l'approbation ou l'adhésion (référence est faite à un "État" et non pas à un "État contractant", puisqu'une déclaration peut être faite par un État signataire). En cas de déclaration au titre de l'article 35, une partie située dans une unité territoriale à laquelle le projet de Convention ne doit pas s'appliquer en vertu de ladite déclaration, n'est pas considérée comme située dans un État contractant (par. 3). Si cette partie est le cédant, le projet de Convention ne s'applique pas du tout. S'il s'agit du débiteur, les dispositions du projet de Convention portant sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas. Le moment auquel le débiteur doit être situé dans un État contractant ou le moment où la loi régissant la créance cédée doit être la loi d'un État contractant ne ressort pas clairement (par. 2 de l'article premier). À moins que ce moment soit spécifié au paragraphe 2 de l'article premier (et éventuellement à l'article 35), si le débiteur est situé dans un État contractant au moment de la conclusion du contrat de cession mais, du fait d'une déclaration au titre de l'article 35, ne l'est pas au moment où naît une créance future ou au moment de la notification, il serait difficile de déterminer si le projet de Convention s'applique à ce débiteur (pour une suggestion du secrétariat en faveur du moment de la conclusion du contrat initial, voir le paragraphe 17).

Article 36. Conflits avec d'autres accords internationaux

La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention [, à condition que le cédant soit situé dans un État partie à un tel accord ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, que le débiteur soit situé dans un État partie à un tel accord].

Références

A/CN.9/445, par. 52 à 55, 75, 76 et 201 à 203
A/CN.9/455, par. 67 à 73 et 126 à 129

A/CN.9/456, par. 232 à 239
A/CN.9/466, par. 192 à 195

Commentaire

203. L'article 36, qui tient compte des principes généralement acceptables concernant les conflits entre les textes législatifs internationaux (voir, par exemple, l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969 (la "Convention de Vienne") et l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les ventes), donne la préséance à d'autres textes qui contiennent des dispositions concernant les matières régies par le projet de Convention. Les textes avec lesquels le projet de Convention peut être en conflit sont la Convention d'Ottawa, la Convention de Rome, la Convention de Mexico, la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by, le projet de règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité et l'avant-projet de Convention sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

Convention d'Ottawa

204. Le champ d'application matérielle et territoriale de la Convention d'Ottawa est plus étroit que celui du projet de Convention (les opérations non visées sont les contrats d'affacturage dans lesquels n'est offert qu'un seul des trois services mentionnés à l'article premier de la Convention d'Ottawa; aucune notification n'est donnée; le cédant, le cessionnaire ou le débiteur n'est pas situé dans un État contractant). En outre, les parties peuvent exclure l'application de la Convention d'Ottawa dans son intégralité. Par ailleurs, la Convention d'Ottawa ne traite pas certaines questions (par exemple, les questions de priorité). Toutefois, dans la mesure où les deux conventions s'appliquent à un contrat d'affacturage, leur application peut donner des résultats contradictoires dans un certain nombre de cas (par exemple, la portée de la réserve sur la règle relative aux

limitations contractuelles de la cession, la notification pour les créances qui n'existent pas au moment de cette notification, le paiement libératoire effectué au profit du cessionnaire par un débiteur sachant qu'une autre personne a un droit supérieur et le recouvrement auprès du cessionnaire de sommes payées par le débiteur). Dans ces cas, il faudrait déterminer si l'ensemble du projet de Convention est écarté ou si le texte pourrait s'appliquer tout au moins pour les matières non régies par la Convention d'Ottawa (par exemple, les questions de priorité). L'article 36 ne donne pas de réponse explicite, bien que l'on puisse arguer qu'en ce qui concerne ces questions il n'y aurait pas de conflit et le projet de Convention s'appliquerait, si les conditions de son application étaient remplies. La Commission voudra peut-être rendre l'article 36 plus explicite sur ce sujet. Pour ce qui est des questions régies à la fois par le projet de Convention et par la Convention d'Ottawa, en cas de conflit entre les deux textes c'est la Convention d'Ottawa qui prévaudrait. Cependant, étant donné que cette dernière contient également une disposition allant dans le même sens que l'article 36, il pourrait être difficile de déterminer celle des deux conventions qui s'appliquerait dans un cas particulier. Si c'est la Convention d'Ottawa, apparaît alors un autre problème. En effet, si les deux conventions sont applicables à un contrat d'affacturage donné, que la Convention d'Ottawa prévaut et que les parties au contrat d'affacturage ou au contrat donnant naissance aux créances cédées excluent l'application de cette convention (art. 3 de la Convention d'Ottawa), le projet de Convention ne s'appliquerait pas en vertu de l'article 36 et la Convention d'Ottawa ne s'appliquerait pas non plus puisqu'elle aurait été exclue par les parties. Dans un tel cas, il serait une fois encore difficile de déterminer la loi applicable.

205. Ces questions peuvent être abordées de diverses manières. On pourrait, par exemple, s'en remettre à l'autonomie des parties. Ainsi, ces dernières excluent l'application de la Convention d'Ottawa et choisissent le projet de Convention, celui-ci devrait s'appliquer, tout au moins si toutes les conditions de son application énoncées au chapitre premier sont remplies (bien que, dans certains États, le projet de Convention puisse s'appliquer en vertu des règles de droit international privé même s'il n'est pas applicable en l'absence d'un choix des parties). Un tel choix de la loi applicable aurait normalement effet, sauf s'il était contraire à l'ordre public ou à la loi impérative du for. Mais on irait alors à l'encontre du principe qui sous-tend les articles 24 à 26 et 30 du projet de Convention, qui n'autorisent pas les parties à choisir la loi applicable aux questions de priorité. Une autre solution serait de laisser chaque État décider du texte auquel il souhaite donner la préséance (voir, par exemple, l'article 33-2 dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104 et l'article 20 de la Convention de Mexico; pour des remarques critiques sur cette disposition, voir les paragraphes 192 à 195 du document A/CN.9/466). Une telle solution, toutefois, pourrait compromettre la sécurité du droit. Les parties devraient examiner chaque déclaration et déterminer son contenu exact, le lien avec le lieu où est situé le cédant ou le débiteur et le moment à prendre en considération pour que la déclaration ait des incidences sur les intérêts du cédant, du cessionnaire et des tiers créanciers, d'une part, et sur les intérêts du débiteur, d'autre part. Une autre solution encore serait de prévoir explicitement dans l'article 36 que le projet de Convention s'appliquera aux contrats d'affacturage et aux matières non régies par la Convention d'Ottawa. L'inconvénient éventuel de cette solution est que, pour déterminer si le projet de Convention s'applique à un contrat d'affacturage donné, les parties devraient examiner la Convention d'Ottawa, ce qui pourrait compliquer l'application du projet de Convention et augmenter le coût des opérations. Une quatrième solution serait que le projet de Convention annule et remplace la Convention d'Ottawa, mais se poserait alors une question de politique législative que les États devraient examiner. Sur le fond, toutefois, une telle solution semble offrir le degré de sécurité le plus élevé. On pourrait envisager d'insérer à l'article 36 un des libellés ci-après:

Variante A

“2. Si la présente Convention est écartée en vertu du paragraphe 1 du présent article et si l'application de la Convention d'Ottawa est exclue par les parties au contrat d'affacturage ou au contrat initial, lesdites parties peuvent opter pour la présente Convention [si les conditions du chapitre premier sont remplies].”

Variante B

“2. Un État peut, à tout moment, déclarer que la Convention ne prévaudra pas sur les conventions internationales ou autres accords multilatéraux ou bilatéraux énumérés dans la déclaration, qu’il a conclus ou qu’il conclura et qui contiennent des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention.”

Variante C

“2. Si la Convention d’Ottawa ne s’applique pas, ou pour toute matière qu’elle ne régit pas, la présente Convention s’applique.”

Variante D

“2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention annule et remplace la Convention d’Ottawa.”

206. La variante A serait compatible avec le principe de l’autonomie des parties. Les variantes B à D iraient dans le sens de l’article 30-2 de la Convention de Vienne, selon lequel un traité peut spécifier quel traité prévaut en cas de conflit. Si la Commission décide de conserver le libellé entre crochets à l’article 36, il devrait être complété par une référence à l’application du projet de Convention pour ce qui est des droits et obligations du débiteur dans les cas où la loi régissant la créance est la loi d’un État contractant (paragraphe 2 de l’article premier).

Conventions de Mexico et de Rome

207. Il n’y a pas de conflits entre le projet de Convention et la Convention de Mexico, qui traite de la loi applicable aux contrats en général (et non aux contrats de cession en particulier) et ce d’une manière qui est compatible avec l’article 28 du projet de Convention. Tous conflits entre l’article 12 de la Convention de Rome et les articles 28 et 29 du projet de Convention sont minimes, puisque ces articles sont identiques à l’article 12 de la Convention de Rome (sauf pour ce qui est du choix exprès requis au paragraphe 1 de l’article 28 et la présomption réfragable envisagée au paragraphe 2). En outre, il ne devrait normalement y avoir aucun conflit entre l’article 12 de la Convention de Rome et l’article 30 du projet de Convention puisque, selon l’avis qui prévaut, l’article 12 ne régit pas cette question. Toutefois, dans la doctrine et dans la jurisprudence, il a été déclaré que l’article 12 de la Convention de Rome traite les questions de priorité, soit au paragraphe 1 (la loi choisie par les parties), soit au paragraphe 2 (la loi régissant la créance). Le Groupe de travail a adopté comme position que ni l’une ni l’autre de ces deux lois n’étaient appropriées. En tout état de cause, pour éviter tout conflit avec la Convention de Rome, l’article 37 prévoit qu’un État peut déclarer qu’il ne sera pas lié par le chapitre V. En conséquence, si tous les États parties à la Convention de Rome se déclarent non liés par le chapitre V, il n’y aura aucun conflit. Toutefois, l’exclusion des articles 24 à 26 n’est pas autorisée, d’où la possibilité de conflits entre ces articles et l’article 12 de la Convention de Rome. Ni l’article 36 ni son équivalent dans la Convention de Rome, à savoir l’article 21, n’aident à déterminer quelle Convention s’appliquerait en cas de conflits, puisqu’ils donnent tous deux la préséance à un autre texte, ce qui peut être source d’incertitude. La question pourrait être réglée en recourant aux principes du droit international public en vertu desquels c’est le texte le plus spécifique ou le texte de droit matériel (en l’occurrence le projet de Convention) qui prévaudrait. Toutefois, on pourrait améliorer la sécurité en traitant la question explicitement à l’article 36. La Commission voudra peut-être envisager de faire jouer l’autonomie des parties ou de laisser à chaque État le soin de trancher ou encore de permettre que le projet de Convention complète ou remplace la Convention de Rome (voir les variantes présentées au paragraphe 205).

208. La Commission souhaitera peut-être déterminer si l'article 36 devrait traiter les conflits avec le droit supranational qui ne se présente pas sous forme d'accord international (par exemple les règlements de l'Union européenne). En le faisant et en donnant préséance à ce droit supranational elle pourrait éliminer un obstacle possible à l'adoption du projet de Convention par certains États.

Projet de règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité

209. Il n'y a aucun conflit avec le projet de règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité (approuvé par le Conseil de l'Union et soumis au Parlement européen). La notion d'administration centrale est identique à celle de centre des intérêts principaux employée dans le projet de règlement et ce dernier n'a pas d'incidences sur les droits réels dans une procédure d'insolvabilité principale. Le projet de règlement pourrait affecter ces mêmes droits dans une procédure d'insolvabilité secondaire (art. 2-g, 4 et 28), mais l'article 25 suffirait à préserver, par exemple, les superprivilèges et, en tout état de cause, le projet de Convention ne devrait pas porter atteinte aux droits spéciaux concernant l'insolvabilité (voir par. 179 à 182).

Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by

210. Si la cession du droit de demander paiement d'un engagement indépendant est exclue du projet de Convention, et si la cession du produit de cet engagement est soumise à l'article 5, il n'y a pas de conflit avec la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by (voir par. 48 et 52).

Avant-projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles

211. Des conflits peuvent apparaître avec l'avant-projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, dont l'élaboration a été entreprise par un groupe d'experts (Organisation internationale de l'aviation civile (OIA), Unidroit et autres organisations). Cet avant-projet vise les matériels d'équipement mobiles de grande valeur, encore qu'il ne contienne aucune liste précise des types de matériels concernés et que l'article 2 fasse référence à un "bien qui relève d'une catégorie de biens". Un protocole doit toutefois être élaboré pour que le projet de Convention s'applique à un type particulier de matériel (art. 7). En ce qui concerne la cession de créances, cet avant-projet a pour caractéristique essentielle de traiter l'obligation principale, à savoir la créance née de la vente ou de la location-bail de matériels mobiles comme un droit accessoire de la sûreté sur ces matériels. En conséquence, un cessionnaire qui inscrit sa sûreté auprès du registre international prévu à cet effet dans l'avant-projet de Convention obtiendrait automatiquement l'obligation principale. Un cessionnaire de l'obligation principale n'ayant pas de sûreté sur le matériel mobile ne pourrait ni inscrire sa sûreté ni obtenir la priorité. En vertu de l'article 36, tous conflits avec l'avant-projet de Convention seraient résolus en faveur de l'application dudit avant-projet (question qui pourrait être davantage précisée dans ce texte). On parviendrait au même résultat même en l'absence de l'article 36 puisqu'en vertu des principes généraux du droit coutumier des traités le texte qui prévaut est celui qui est le plus spécifique (*lex specialis derogat legi generali*).

Article 37. Application du chapitre V

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

Références

Commentaire

212. Pour rendre le projet de Convention plus acceptable pour les États parties à des textes de droit international privé existants, tels que la Convention de Rome, l'article 37 les autorise à exclure le chapitre V. Une telle option est conforme à la décision du Groupe de travail selon laquelle le chapitre V devrait former une partie intégrante du projet de Convention. Contrairement à l'option d'exclusion, une option d'acceptation facultative pourrait avoir pour effet non voulu de décourager les États d'adopter le chapitre V.

Article 38. Limitations concernant les personnes publiques

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par les articles 11 et 12 si le débiteur ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est situé dans cet État au moment de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité, ou toute autre personne publique. Si un État a fait une telle déclaration, les articles 11 et 12 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations de ce débiteur ou de cette personne.

Références

A/CN.9/432, par. 117

A/CN.9/456, par. 115 et 116

A/CN.9/455, par. 48

A/CN.9/466, par. 107 à 115

Commentaire

213. L'article 38 vise à garantir que les débiteurs souverains ne seront pas affectés par les cessions effectuées en violation des limitations contractuelles aux cessions prévues dans les marchés publics ou des contrats analogues. Du fait de cet article, la cession de créances dues par un débiteur souverain situé dans un État qui a fait une déclaration au moment de la conclusion du contrat initial n'a pas effet à l'encontre de ce débiteur. Toutefois, elle a effet à l'encontre du cédant et des créanciers du cédant. Le Groupe de travail a décidé d'adopter cette approche de manière à éviter de réduire l'acceptabilité du projet de Convention pour les États qui peuvent ne pas être en mesure de protéger les débiteurs souverains par une limitation législative, tout en reconnaissant que la plupart prévoyaient une telle limitation, sur laquelle le projet de Convention n'aurait pas d'incidences. Il a été aussi largement estimé qu'une règle de fond donnant pleinement effet à une limitation contractuelle ou invalidant la cession à l'encontre du débiteur souverain augmenterait le coût du crédit pour ce type de débiteurs, qu'ils souhaitent ou qu'ils doivent être protégés de cette manière. En outre, le Groupe de travail a reconnu que si le débiteur souverain était protégé, il n'y avait aucune raison d'invalider la cession en général. En préservant la validité de la cession entre le cédant et le cessionnaire, on permettrait à ce dernier d'obtenir la priorité en satisfaisant aux exigences de la loi du lieu où était situé le cédant.

214. Contrairement à l'article 6 de la Convention d'Ottawa, qui autorise une réserve concernant tout débiteur, l'article 38 n'autorise une telle réserve que pour les débiteurs souverains. Le Groupe de travail, en effet, a estimé que les États qui envisageaient d'adopter le projet de Convention devraient mettre en balance l'inconvénient potentiel pour le débiteur d'avoir à payer une personne différente avec l'avantage d'un accès accru à un crédit moins onéreux pour les débiteurs et pour les cédants, ce qui pourrait stimuler l'ensemble de l'économie. L'article 38 vise à permettre à un État d'exclure l'application des articles 11 et 12 à toute entité d'une collectivité publique centrale ou locale ou à ses subdivisions. S'agissant des personnes publiques, l'article 38 laisse aux États une grande souplesse pour ce qui est de déterminer celles qu'ils souhaitent exclure de l'application des articles 11 et 12 (sans limiter l'application de l'article 38 aux entités commerciales appartenant à l'État ou aux personnes publiques agissant en leur qualité d'entité commerciale). Le Groupe de travail a reconnu que c'était à chaque État qu'il revenait de déterminer le type de personne publique qu'il souhaitait

protéger. Une telle approche est particulièrement nécessaire dans les pays où les personnes publiques et leurs activités ne sont pas régies par des dispositions de droit public particulières mais relèvent des mêmes règles que les entités et activités “commerciales”.

[Article 39. Autres exclusions

Un État peut déclarer à tout moment qu’il n’appliquera pas la présente Convention à certaines pratiques énumérées dans une déclaration. Dans ce cas, la Convention ne s’applique pas à de telles pratiques si le cédant est situé dans un tel État ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, si le débiteur est situé dans un tel État.]

Référence

A/CN.9/466, par. 198 à 201

Commentaire

215. Pour rendre le projet de Convention plus acceptable pour les États qui pourraient s’inquiéter de son application à certaines pratiques, l’article 39 donne aux États la possibilité d’exclure d’autres pratiques. Il a été mis entre crochets en attendant la détermination définitive du champ d’application exacte du projet de Convention. Après quoi, et en particulier lorsque l’article 5 sera finalisé, la Commission voudra peut-être déterminer si l’article 39 est nécessaire. S’il est maintenu, il faudrait inclure dans la deuxième phrase une référence à la loi qui régit la créance et au moment où, dans le contrat initial, le débiteur devrait être situé dans un État contractant ou le moment où la loi régissant la créance cédée devrait être la loi d’un État contractant (par. 2 de l’article premier; voir également le paragraphe 17). La seconde phrase de l’article 39 pourrait aussi être remplacée par un deuxième paragraphe libellé comme suit:

“2. Si un État fait une déclaration au titre du paragraphe 1 du présent article:

- a) La Convention ne s’applique pas à ces pratiques si le cédant est situé dans cet État au moment de la conclusion du contrat de cession; et
- b) Les dispositions de la Convention ayant des incidences sur les droits et les obligations du débiteur ne s’appliquent pas si, au moment de la conclusion du contrat initial, le débiteur est situé dans cet État, ou la loi régissant la créance est la loi de cet État.”

Article 40. Application de l’annexe

1. Un État contractant peut à tout moment déclarer

Variante A

Qu’il sera lié soit par les sections I et/ou II, soit par la section III de l’annexe à la présente Convention.

Variante B

Qu’il:

- a) Sera lié par les règles de priorité fondées sur l'enregistrement énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en application de la section II de l'annexe;
- b) Sera lié par les règles de priorité fondées sur l'enregistrement énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à de telles règles en utilisant un système d'enregistrement qui permette d'atteindre les objectifs de ces règles [telles qu'énoncées dans les règlements promulgués conformément à la section II de l'annexe], auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, l'enregistrement conformément à un tel système aura le même effet que l'enregistrement conformément à la section II de l'annexe; ou
- c) Sera lié par les règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession énoncées à la section III de l'annexe.

2. Aux fins de l'article 24, la loi d'un État contractant qui a fait une déclaration en application de l'alinéa a) ou b) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section I de l'annexe et la loi d'un État contractant qui a fait une déclaration en application de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe. L'État contractant peut établir des règles en vertu desquelles les cessions effectuées avant que la déclaration ne prenne effet sont soumises, dans un délai raisonnable, à ces règles.

3. L'État contractant qui ne fait pas de déclaration en application du paragraphe 1 du présent article peut, conformément à ses règles nationales de priorité, utiliser le système d'enregistrement établi en application de la section II de l'annexe.

Références

A/CN.9/455, par. 122 et 130 à 132

A/CN.9/466, par. 188 à 191, 202 et 203

Commentaire

216. L'article 40 énumère les différentes options proposées aux États en ce qui concerne l'annexe et décrit les effets découlant du choix par voie de déclaration de l'une de ces options (choix autorisé au paragraphe 4 de l'article premier; voir par. 23). Il comporte deux variantes. La variante A présente brièvement les options proposées aux États sans en indiquer les effets (le contenu et la formulation de cette variante, en particulier les mots "et/ou", n'ont pas été approuvés par le Groupe de travail). La variante B, plus développée que la variante A, expose les différentes options et leurs effets. Ainsi, quatre possibilités s'offriraient aux États en ce qui concerne l'annexe, à savoir adopter les règles de priorité énoncées à la section I ainsi que le système d'enregistrement proposé à la section II (alinéa a) du paragraphe 1); adopter les règles de priorité énoncées à la section I ainsi qu'un système d'enregistrement autre que celui proposé à la section II (alinéa b) du paragraphe 1); adopter les règles de priorité énoncées à la section III (alinéa c) du paragraphe 1); ou encore adopter le système d'enregistrement proposé à la section II et des règles de priorité autres que celles énoncées à la section I (par. 3). L'option du paragraphe 3 se différencie des options présentées au paragraphe 1 en ce qu'un État ne serait pas tenu de faire une déclaration s'il opte pour elle. En vertu du paragraphe 2, selon la section de l'annexe pour laquelle un État aura opté, la section I ou III de cette annexe sera la loi du lieu de situation du cédant, à condition que l'État ayant fait la déclaration soit celui où se trouvait le cédant au moment de la conclusion du contrat de cession (chose qu'il faudrait indiquer clairement à l'article 40). Comme les articles 35 à 39 et 41, l'article 40 devrait faire référence à un État (et non à un État contractant), car une déclaration peut être faite "à tout moment", y compris au moment de la signature mais avant la ratification, l'acceptation ou l'approbation.

Article 41. Effets des déclarations

1. Les déclarations faites en vertu des articles 35-1 et 37 à 40 lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.
2. Les déclarations et la confirmation des déclarations seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.
3. Les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État déclarant. Cependant, les déclarations dont le dépositaire aura reçu notification formelle après cette date prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de leur réception par le dépositaire.
4. Tout État qui fait une déclaration en vertu des articles 35-1 et 37 à 40 peut à tout moment la retirer par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.
- [5. Une déclaration ou son retrait n'a pas d'incidences sur les droits des parties découlant des cessions faites avant la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet.]

Références

A/CN.9/445, par. 79 et 80

A/CN.9/466, par. 206

A/CN.9/455, par. 145 et 146

Commentaire

217. Les paragraphes 1 à 4 reflètent la pratique courante en matière de droit des traités. Aux termes des paragraphes 1 et 2, les déclarations faites lors de la signature doivent être confirmées au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation; en outre, les déclarations ainsi que la confirmation des déclarations doivent être faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire. En vertu du paragraphe 3, une déclaration prend effet au moment où la Convention entre en vigueur à l'égard de l'État déclarant. Si le dépositaire reçoit notification de la déclaration après l'entrée en vigueur de la Convention, cette déclaration prend effet le premier jour suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de réception de la notification formelle par le dépositaire. Aux termes du paragraphe 4, le retrait d'une déclaration prend effet le premier jour suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification formelle par le dépositaire.

218. Le paragraphe 5 traite d'un aspect lié à l'application transitoire du projet de Convention. Tout comme les règles d'application transitoire énoncées au paragraphe 3 de l'article 43 et au paragraphe 3 de l'article 44, il figure entre crochets, le Groupe de travail ayant décidé de laisser à la Commission le soin de régler cette question (voir A/CN.9/466, par. 206). Les aspects liés à l'application transitoire du projet de Convention sont d'autant plus complexes qu'une cession peut avoir une incidence sur les intérêts de personnes autres que les parties et qu'il faudra probablement tenir compte de différentes dates pour la protection des diverses parties. Le paragraphe 5 vise à garantir qu'une déclaration ou le retrait d'une déclaration par un État au titre des articles 35, 37, 38, 39 ou 40 n'a aucune incidence sur les droits acquis avant sa prise d'effet.

219. Le paragraphe 5 devrait aussi faire référence aux obligations et préciser les effets sur toutes les parties – cédants, cessionnaires et débiteurs. Comme l'article 39, le paragraphe 5 devrait également préciser les personnes dont les droits et obligations sont modifiés, en fonction de l'État qui fait ou retire la déclaration et

de la date à laquelle ladite déclaration est faite ou retirée. Il ne devrait pas être permis qu'une déclaration ou le retrait d'une déclaration par l'État dans lequel est situé le cédant lors de la conclusion du contrat de cession ait une incidence sur les droits et obligations du débiteur. Une déclaration faite par l'État dans lequel est situé le débiteur ou dont la loi régit la créance (au moment de la conclusion du contrat initial; voir le paragraphe 2 de l'article premier et l'article 35, ainsi que les paragraphes 17 et 202) ne devrait pas avoir d'incidences sur la priorité entre des créanciers concurrents. Seule une déclaration ou son retrait par l'État ou les États où sont situés le cédant et le débiteur pourrait avoir une incidence sur les droits et obligations de toutes les parties (ce qui n'est possible en pratique que si le cédant et le débiteur se trouvent dans le même État ou lors de l'entrée en vigueur initiale du projet de Convention, à savoir lorsque ce dernier prendra effet au même moment à l'égard des cinq États contractants (par. 3 de l'article 41 et par. 1 de l'article 43)). Il faudrait peut-être aussi que le paragraphe 5 aborde la question des cessions de créances nées après la prise d'effet d'une déclaration ou de son retrait, mais avant que le débiteur ait reçu notification de la cession. On pourrait semble-t-il permettre, dans ce cas, qu'une déclaration ou son retrait ait une incidence sur les droits et obligations du débiteur, ce qui ne décevrait pas les attentes légitimes de ce dernier quant à l'application du projet de Convention, car avant réception de la notification, le débiteur ignore si le projet de Convention s'appliquera et, en conséquence, ne peut pas prévoir les effets précis que le projet aura sur ses droits et obligations.

Article 42. Réserves

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Référence

A/CN.9/455, par. 147 et 148

Commentaire

220. L'article 42, qui reflète la pratique courante en matière de droit des traités, vise à garantir qu'aucune réserve en dehors de celles qui sont expressément autorisées au paragraphe 1 de l'article 35 ainsi qu'aux articles 37 à 40 ne sera formulée.

Article 43. Entrée en vigueur

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Pour tout État qui deviendra État contractant à la présente Convention après la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit État.

[3. La présente Convention s'appliquera uniquement aux cessions effectuées à la date de son entrée en vigueur ou après cette date à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 1 de l'article premier.]

Références

Commentaire

221. Les paragraphes 1 et 2 reflètent la pratique courante en matière de droit des traités. En décidant qu'un délai de six mois et que cinq ratifications sont nécessaires pour l'entrée en vigueur du projet de Convention, le Groupe de travail a tenu compte du fait que le projet devrait entrer en vigueur aussi rapidement que possible, à condition d'avoir reçu l'appui d'un nombre suffisant d'États. Le paragraphe 3 vise à garantir que le projet de Convention n'aura aucune incidence sur les droits acquis avant son entrée en vigueur. Tout comme le paragraphe 5 de l'article 41 et le paragraphe 3 de l'article 44, il figure entre crochets, car le Groupe de travail a décidé de laisser à la Commission le soin de régler les questions relatives à l'application transitoire du projet de Convention (voir A/CN.9/466, par. 206).

Article 44. Dénonciation

1. Tout État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.
2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question à compter de la date de réception de la notification.
- [3. La présente Convention reste applicable aux cessions effectuées avant la date à laquelle la dénonciation prend effet.]

Références

Commentaire

222. L'article 44 a pour objet de permettre à un État contractant de dénoncer le projet de Convention. La seconde phrase du paragraphe 2 n'est peut-être pas nécessaire. Si un État souhaite que la dénonciation prenne effet plus tard, il peut différer l'envoi de la notification au dépositaire. Le fait d'autoriser les États à changer la date de prise d'effet d'une dénonciation risque d'engendrer des incertitudes quant à l'application du projet de Convention ou, du moins, d'accroître le coût des opérations dans la mesure où les parties devraient examiner les déclarations faites par les États afin de déterminer la date à laquelle prend effet la dénonciation. En outre, un tel principe serait en contradiction avec le paragraphe 3 de l'article 41, qui n'autorise pas les États à modifier la date à laquelle une déclaration prend effet. Afin d'assurer la certitude, le paragraphe 3 prévoit qu'une dénonciation n'a aucune incidence sur les droits acquis avant sa prise d'effet. Cette disposition est indispensable pour protéger les droits des tiers, qui pourraient avoir accordé des crédits en échange des créances futures en comptant sur l'application du projet de Convention. Sans une telle règle uniforme, les tiers seraient obligés de s'en remettre aux règles de fond relatives à l'évolution ultérieure de la loi prévues dans les différents systèmes juridiques, ce qui risquerait d'aboutir à des solutions contradictoires ou non satisfaisantes dans les cas envisagés et, partant, irait à l'encontre du but principal du projet de Convention qui est de faciliter l'accès à un crédit à coût réduit.

Clauses finales supplémentaires

223. La Commission souhaitera peut-être étudier la possibilité d'insérer, dans les clauses finales, la disposition ci-après, que le Groupe de travail n'a pas eu le temps d'examiner à sa trente et unième session (voir A/CN.9/466, par. 207 et 208):

“Article X. Révision et amendements

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le depositaire convoque une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.
2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée.”

ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION

Références

A/CN.9/420, par. 155 à 164
A/CN.9/434, par. 239 à 258

A/CN.9/445, par. 18 à 44 et 83 à 93
A/CN.9/455, par. 18 à 32 et 120 à 123

Commentaire

224. Étant donné que le Groupe de travail n'est pas parvenu à s'entendre sur une règle de droit matériel relative à la priorité, les articles 24 à 26 renvoient les questions de priorité à la loi nationale (la loi du lieu de situation du cédant). Il se peut toutefois que les règles nationales en la matière fassent défaut, soient obsolètes ou ne soient pas totalement adaptées pour résoudre tous les problèmes qui se posent. C'est pourquoi le Groupe de travail a décidé d'insérer, dans une annexe facultative au projet de Convention, deux règles de droit matériel relatives à la priorité, l'une fondée sur la date de la cession et l'autre sur l'enregistrement. Afin de déterminer s'ils doivent revoir leurs règles de priorité, les États souhaiteront peut-être comparer celles-ci avec les règles énoncées dans l'annexe.

225. Si les règles présentées en annexe sont destinées à servir de modèle pour la législation nationale, elles ne constituent pas pour autant une loi type complète (et s'appliquent uniquement aux créances). Les États devraient donc élaborer des dispositions complémentaires. Par exemple, s'ils optent pour un système fondé sur l'enregistrement, ils devront peut-être exclure certaines pratiques du régime de priorité fondé sur l'enregistrement pour les soumettre à un régime différent; ils devraient par ailleurs compléter les règles d'enregistrement par des règlements appropriés. De manière générale, l'annexe ne peut s'appliquer qu'à un État ayant fait une déclaration au titre de l'article 40 (par. 4 de l'article premier, voir par. 23). Les différentes options proposées aux États ainsi que leurs effets sont décrits à l'article 40 (voir par. 216).

Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement

Article premier. Priorité entre plusieurs cessionnaires

Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les données concernant la cession sont enregistrées conformément à la Section II de la présente annexe, quel que soit le moment du transfert de la créance. Si aucune donnée n'est enregistrée, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession.

Références

A/CN.9/445, par. 88 à 90

A/CN.9/466, par. 167 et 168

Commentaire

226. Le système d'enregistrement prévu à l'article premier suppose que certaines données concernant une cession soit librement consignées dans un registre public. L'objet de cet enregistrement n'est pas de créer ou d'attester des droits de propriété mais de protéger les tiers en les avisant des cessions qui ont été effectuées et de fournir une base pour le règlement des conflits de priorité entre des créances concurrentes ayant toutes également effet. En raison de sa fonction limitée et afin qu'il soit simple, rapide et peu coûteux, le système d'enregistrement envisagé à l'article premier exige l'inscription d'un très petit nombre de données (indiquées à l'article 4 de l'annexe) sur le registre public. Si aucune donnée n'a été enregistrée, le premier cessionnaire dans l'ordre chronologique obtient la priorité.

227. L'article premier (ainsi que les sections I et II) part du principe que le fait d'aviser les prêteurs potentiels des cessions et de déterminer la priorité sur les créances à l'aide d'un système d'enregistrement public permettra d'accroître la certitude quant aux droits de ces prêteurs et, partant, aura un effet bénéfique sur l'offre et le coût des crédits accordés sur la base de créances. Afin que les règles de priorité énoncées à la section I puissent s'insérer dans un système d'enregistrement national existant, on devra peut-être revoir l'article premier (qui fait référence à un système prévu à la section II, lequel devrait être mis en place conformément à l'article 3 de l'annexe).

*Article 2. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité
ou les créanciers du cédant*

[Sous réserve de l'article 25 de la présente Convention,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si les créances ont été cédées et des données sur la cession ont été enregistrées conformément à la Section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie.

Référence

A/CN.9/466, par. 169 et 170

Commentaire

228. L'article 2 énonce le principe selon lequel, si l'enregistrement a eu lieu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité concernant les avoirs et activités du cédant ou avant la saisie des créances se trouvant entre les mains de ce dernier, le cessionnaire a la priorité et peut en conséquence être payé avant les créanciers

chirographaires (toutefois, il n'est porté pas atteinte aux droits préférentiels spéciaux existant en vertu du droit sur l'insolvabilité; voir par. 182). De plus, afin de préserver tout superprivilège (par exemple, les créances de l'État au titre des impôts, des employés au titre des salaires ou de l'administrateur de l'insolvabilité au titre des coûts de la procédure), l'application de l'article 2 est subordonnée à l'article 25.

Section II. Enregistrement

Article 3. Création d'un système d'enregistrement

Un système d'enregistrement est créé pour l'enregistrement des données concernant les cessions au titre de la présente Convention et les règlements devant être promulgués par le conservateur du registre et l'autorité de supervision. Les règlements prescrivent dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionne, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à ce fonctionnement.

Références

A/CN.9/445, par. 94 à 103

A/CN.9/466, par. 171 et 172

Commentaire

229. L'idée maîtresse de l'article 3 est que l'annexe devrait inclure quelques dispositions fondamentales relatives à l'enregistrement mais que le processus même d'enregistrement devrait être régi par des règlements que devront élaborer le conservateur du registre et l'autorité de supervision. Afin de ne pas donner l'impression que ces règlements devraient être plus détaillés qu'il ne le faut dans la pratique et de laisser au conservateur du registre et à l'autorité de supervision une latitude suffisante pour établir ceux-ci, on parle à l'article 3 de règlements qui prescrivent "dans le détail" (mais non "exactement") la manière dont fonctionne le système d'enregistrement.

230. Le conservateur du registre (qui sera probablement une entité privée) et l'autorité de supervision (qui devra être une organisation intergouvernementale) jouiraient de pouvoirs importants pour régler, outre les aspects liés au mécanisme d'enregistrement, des questions de fond, telles que la compétence des tribunaux sur les devoirs, responsabilités, privilèges et immunités du conservateur du registre. Par conséquent, la Commission souhaitera peut-être examiner les modalités de nomination de l'autorité de supervision et du conservateur du registre. Du fait que le conservateur du registre et l'autorité de supervision se verraient conférer des pouvoirs étendus en ce qui concerne l'application du projet de Convention, il semblerait qu'une procédure similaire à celle de la révision, qui passe par la convocation d'une conférence des États contractants, serait appropriée (voir A/CN.9/466 par. 165 et 166). Une autre solution possible serait que la Commission, si elle le souhaite, désigne dans l'annexe une organisation internationale intergouvernementale en qualité d'autorité de supervision et, éventuellement, le conservateur initial; et qu'elle traite, dans cette même annexe, certaines questions fondamentales, telles que la compétence des tribunaux, les devoirs, responsabilités, privilèges et immunités du conservateur du registre ou encore les coûts de mise en place et de fonctionnement du système (approche adoptée dans l'avant-projet de Convention de l'OACI/Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et dans l'avant-projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques; voir les articles XVI et XIX de l'avant-projet de Protocole ainsi que les articles 26, 26 *bis* et 40 de l'avant-projet de Convention).

Article 4. Enregistrement

1. Toute personne autorisée par les règlements peut enregistrer dans le registre des données se rapportant à une cession conformément à la présente Convention et aux règlements d'enregistrement. Les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire conformément aux règlements et donnent une description succincte des créances cédées.
2. Le même enregistrement peut porter sur:
 - a) La cession par le cédant au cessionnaire de plus d'une créance;
 - b) Une cession non encore effectuée;
 - c) La cession de créances n'existant pas au moment de l'enregistrement.
3. L'enregistrement, ou sa modification, produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans les règlements, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, l'enregistrement produit ses effets pour une période de cinq ans. Les règlements précisent de quelle manière l'enregistrement peut être reconduit, modifié ou supprimé et, dans la mesure où il n'en résulte pas d'incompatibilité avec la présente annexe, tous autres aspects nécessaires au fonctionnement du système d'enregistrement.
4. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant qui empêcherait une recherche faite à partir de l'identification du cédant d'aboutir aux données enregistrées invalide l'enregistrement.

Références

A/CN.9/445, par. 104 à 117

A/CN.9/466, par. 173 à 178

Commentaire

231. L'article 4 a pour objet de définir les paramètres fondamentaux d'un système d'enregistrement efficace. Ces paramètres sont les suivants: caractère public du registre, type de données devant être enregistrées, manières de satisfaire aux exigences des pratiques financières modernes en matière d'enregistrement et période d'effet de l'enregistrement. Le registre envisagé est un registre public. Toutefois, afin d'éviter tout abus, on devra peut-être introduire quelques restrictions quant aux personnes autorisées à enregistrer des données (par exemple, seules les personnes ayant un intérêt légitime ou ayant été autorisées par le cédant) et donner au cédant le droit d'exiger la suppression des données enregistrées. Aux termes du paragraphe 1, ces questions sont régies par les règlements. Ces derniers pourraient également traiter des enregistrements abusifs et frauduleux. Toutefois cette question ne devrait normalement pas poser de problème, car l'enregistrement prévu à l'article 4 ne crée pas de droits fondamentaux. En tout état de cause, en cas de pertes dues à un enregistrement non autorisé ou frauduleux, on pourrait s'en remettre aux règles générales relatives à la responsabilité extracontractuelle ou à la fraude, voire aux règles de droit pénal. En vertu du paragraphe 1, les données à enregistrer identifient le cédant et le cessionnaire et donnent une description succincte des créances cédées. Le type d'identification requis doit être déterminé par les règlements. L'identification est toutefois censée se faire à l'aide d'un numéro. L'expression "description succincte" signifie une description générique du type "toutes mes créances procédant de mon entreprise automobile" ou "toutes mes créances procédant des pays A, B et C". Le paragraphe 2 constitue une disposition essentielle du fait qu'il a pour objet d'assurer le bon fonctionnement du système d'enregistrement et de répondre aux exigences d'opérations importantes. En vertu des alinéas a) et c), une seule notification pourrait porter sur un grand nombre de créances, actuelles ou futures, découlant d'un ou plusieurs

contrats, ainsi que sur un ensemble variable de créances et un montant fluctuant de crédits garantis (crédit renouvelable). Si tel n'était pas le cas, l'enregistrement serait coûteux, lent et inefficace. Tout abus pouvant porter préjudice au cédant sans toutefois créer de droits fondamentaux relève d'une autre législation.

232. En vertu du paragraphe 3, l'enregistrement produit ses effets lorsque les utilisateurs accèdent aux données enregistrées. En conséquence, si le cédant devient insolvable après l'enregistrement mais avant que les données soient accessibles aux utilisateurs, la partie qui enregistre assume le risque que surviennent des événements pouvant porter atteinte à ses intérêts. À l'exception des cas de restructuration de crédits posant problème, dans lesquels il est essentiel de débloquer rapidement des fonds, la partie qui enregistre peut se protéger en ne versant les fonds que lorsque les données enregistrées deviennent accessibles. Ce risque serait sensiblement réduit s'il ne s'écoulait aucun laps de temps entre le moment où les données sont enregistrées et celui où elles deviennent accessibles aux utilisateurs, ce qui est possible dans les systèmes d'enregistrement électronique. Le paragraphe 3 autorise les parties qui enregistrent à choisir la période d'effet de l'enregistrement parmi différentes options proposées dans les règlements. À défaut de choix, cette période est de cinq ans. Les règlements régissent les aspects liés à la reconduction, à la modification et à la suppression des enregistrements ainsi que tout autre aspect nécessaire au fonctionnement du système d'enregistrement. Afin de préserver les enregistrements comportant des erreurs minimales, le paragraphe 4 prévoit que seule une anomalie, irrégularité ou omission dans l'identification du cédant qui empêcherait les utilisateurs de trouver les données enregistrées invalide un enregistrement. Le raisonnement est le suivant: si l'erreur est commise par la partie qui enregistre, cette dernière devrait subir les conséquences; si l'erreur est faite par le conservateur du registre, ce dernier devrait être tenu pour responsable (question devant être traitée dans les règlements). L'emploi des mots "qui empêcherait" vise à garantir que l'enregistrement n'est pas valide en cas d'erreur essentielle dans l'identification du cédant, même si nul n'est véritablement induit en erreur. Les erreurs ou omissions mineures dans l'identification du cédant ou toute erreur ou omission dans l'identification du cessionnaire ou dans la description des créances cédées n'invalident pas l'enregistrement.

Article 5. Recherches dans le registre

1. Toute personne peut faire des recherches dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément aux règlements, et obtenir le résultat de ces recherches par écrit.
2. Le résultat d'une recherche par écrit qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste les données sur lesquelles porte la recherche, notamment:
 - a) La date et l'heure de l'enregistrement; et
 - b) Le rang de l'enregistrement.

Références

A/CN.9/445, par. 118 et 119

A/CN.9/466, par. 179 et 180

Commentaire

233. L'article 5 consacre le principe selon lequel le registre est accessible au public pour des recherches, ce qui n'est pas le cas pour un enregistrement. Seul un registre accessible au public pourrait garantir la transparence nécessaire pour offrir plus de certitude quant aux droits des tiers. Un tel accès au registre ne compromet pas la confidentialité indispensable aux opérations de financement, car très peu de données figureraient dans le registre. L'article 5 dispose également que le résultat d'une recherche est admissible et a force probante devant

un quelconque tribunal, et atteste en particulier les données nécessaires pour établir la priorité, à savoir la date et l'heure de l'enregistrement ainsi que le rang de l'enregistrement.

Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession

Article 6. Priorité entre plusieurs cessionnaires

Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, le droit sur cette créance est acquis par le cessionnaire qui bénéficie du contrat de cession le plus ancien.

Références

A/CN.9/445, par. 83 à 87

A/CN.9/466, par. 181 à 185

Commentaire

234. En vertu de l'article 6, le premier cessionnaire dans l'ordre chronologique acquiert la créance cédée. Un cessionnaire subséquent n'obtient rien, étant donné que le cédant n'a rien de plus à transférer (*nemo dat quod non habet*). S'il ne peut y avoir plus d'une cession valable des mêmes créances par le même cédant, aucun conflit de priorité ne risque de surgir entre plusieurs cessionnaires de ces créances. Par ailleurs, l'article 6 ne règle peut-être pas les conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires, si le cédant cède différentes fractions des mêmes créances à différents cessionnaires, car, à supposer que la législation nationale autorise ce type de cession, différentes "créances" seraient en cause. En outre, l'article 6 ne résoudrait pas un conflit de priorité entre plusieurs cessionnaires, si le cédant cède les mêmes créances à différents cessionnaires afin de garantir des crédits de différents montants ne dépassant pas la valeur des créances. Si tel est le sens que l'on veut donner à l'article 6, le titre de ce dernier et celui de la section III, qui font référence à la "priorité", devraient être modifiés. Si, en vertu de l'article 6, plus d'une cession des mêmes créances peut être valable, il faudrait alors reformuler cet article comme suit: "Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité est déterminée en fonction de la date de la cession". Dans ses délibérations, la Commission souhaitera peut-être examiner le régime de priorité prévu dans le projet d'article 12.401 des Principes du droit européen des contrats. En vertu de ce projet d'article, la priorité doit être déterminée en fonction de la date de la notification au débiteur et, en l'absence de notification, en fonction de la date de la cession. Dans les deux cas, il faut se conformer aux dispositions de la loi applicable à l'insolvabilité.

*Article 7. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité
ou les créanciers du cédant*

[Sous réserve de l'article 25 de la présente Convention,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si les créances ont été cédées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie.

Références

A/CN.9/445, par. 83 à 87

A/CN.9/466, par. 186 et 187

Commentaire

235. Contrairement à l'article 6 de l'annexe, l'article 7 fait référence à la priorité. Toutefois, si une créance est effectivement transférée avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou une saisie, du moins dans le cas d'une cession pure et simple, il n'y a pas de question de priorité (la créance ne fait pas partie de la masse des biens de l'insolvabilité). Une telle question peut se poser dans le cas d'une cession à titre de garantie, dans lequel le cessionnaire chercherait à être payé en premier sur le produit de la créance. Selon l'interprétation correcte donnée à l'article 7, la Commission souhaitera peut-être modifier ce dernier. Comme à l'article 2 de l'annexe, la priorité ne doit pas avoir d'incidence sur les droits spéciaux en matière d'insolvabilité (voir par. 182) et les mots employés au début de l'article visent à préserver les superprivilèges prévus dans la loi de l'État du for (voir par. 181).

* * *