



## Assemblée générale

Distr. LIMITÉE

A/CN.9/WG.II/WP.105

30 juillet 1999

FRANÇAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES  
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL  
Groupe de travail des pratiques en matière  
de contrats internationaux  
Trente et unième session  
Vienne, 11-22 octobre 1999

### CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

#### Commentaire relatif au projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (Première partie)

#### Note du Secrétariat

#### TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION .....	3
TITRE ET PRÉAMBULE .....	4
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION .....	5
Article premier. Champ d'application .....	5
Article 2. Cession de créances .....	8
Article 3. Internationalité .....	13
Article 4. Exclusions .....	14
CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES .....	15
Article 5. Définitions et principes d'interprétation .....	15
Article 6. Autonomie des parties .....	18
Article 7. Principes d'interprétation .....	19

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Page</u>
CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION .....	21
Forme de la cession .....	21
Article 8.    Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances .....	21
Article 9.    Date de la cession .....	24
Article 10.   Limitations contractuelles à la cession .....	24
Article 11.   Transfert de sûretés .....	27
Article 12.   Limitations concernant les gouvernements et autres entités publiques .	28

## INTRODUCTION

1. À sa vingt-huitième session (1995), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international 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.<sup>1</sup> 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 énonçait les préoccupations et les objectifs implicites dans le projet envisagé et qui exposait le contenu que pourrait avoir la loi uniforme, fournirait une base utile au Groupe de travail pour ses délibérations.<sup>2</sup>
2. Le Groupe de travail a commencé ses travaux à sa vingt-quatrième session (novembre 1995) en examinant le rapport du Secrétaire général susmentionné.<sup>3</sup> De sa vingt-cinquième à sa trente et unième sessions, le Groupe de travail a examiné des projets d'articles révisés établis par le Secrétariat,<sup>4</sup> et, de sa vingt-neuvième à sa trente et unième sessions, il a adopté le projet de Convention sur la cession de créances dans le commerce international (le titre exact reste à déterminer).<sup>5</sup>
3. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission s'est déclarée satisfaite du travail effectué et a prié le Groupe de travail de poursuivre avec diligence ses travaux afin que le projet de Convention ainsi que le rapport de la session suivante du Groupe de travail puissent être distribués aux gouvernements en temps voulu pour observations et qu'elle puisse examiner le projet de Convention pour adoption à sa trente-troisième session (2000). S'agissant de la procédure ultérieure d'adoption du projet de Convention, la Commission a noté qu'elle devrait décider à cette session si elle en recommanderait l'adoption par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique convoquée spécialement par l'Assemblée générale à cette fin.<sup>6</sup>
4. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux étant entendu que le Secrétariat préparerait un commentaire sur le projet de Convention qui aiderait les gouvernements à élaborer leurs propres commentaires sur le projet de texte puis à examiner le projet de Convention pour adoption.<sup>7</sup>
5. La présente note qui, pour tenir compte des délais de traduction et de distribution, ne renferme que la première partie du commentaire, a été établie en conséquence (la deuxième partie sera rédigée peu de temps après la

---

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

<sup>2</sup>*Ibid.*, par. 379. À ses vingt-sixième et vingt-septième sessions, la Commission avait examiné deux autres rapports du Secrétaire général (A/CN.9/378/Add.3 et A/CN.9/397). Pour l'examen que la Commission a consacré à 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 respectivement.*

<sup>3</sup>Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/420).

<sup>4</sup>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.

<sup>5</sup>A/CN.9/455, par. 17; A/CN.9/456, par. 18; et A/CN.9/466, par. [...].

<sup>6</sup>*Ibid.*, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 330.

<sup>7</sup>Voir, par exemple, A/CN.9/456, par. 40, 58 et 59, 143, 150 et 215; et A/CN.9/455, par. 80, 84, 87 et 103.

première). Elle récapitule les raisons qui ont motivé l'adoption de telle ou telle disposition, ses principaux objectifs, ainsi que des explications et interprétations de termes particuliers. Elle ne rend pas entièrement compte des travaux préparatoires, ni des diverses propositions et projets de disposition qui n'ont pas été retenus. Pour les lecteurs qui chercheront davantage de renseignements sur le processus d'élaboration d'une disposition donnée, le commentaire renvoie aux parties pertinentes des rapports des huit sessions consacrées par le Groupe de travail à cette question.<sup>8</sup>

6. En préparant le commentaire, le Secrétariat a tenu compte du fait qu'il ne s'agissait pas d'un commentaire sur un texte définitif et que son objectif essentiel et immédiat était d'aider le Groupe de travail à revoir le texte et à le finaliser. Lorsque cela aura été fait, le Secrétariat établira un commentaire révisé pour aider les gouvernements à élaborer leurs propres commentaires sur le projet de Convention puis à examiner ce projet pour adoption. Conformément aux instructions applicables en vue d'un contrôle et d'une limitation plus stricts des documents de l'ONU, le texte du projet de Convention, accompagné de commentaires, n'est pas reproduit ici. Il est publié sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.104, avec les remarques et propositions du Secrétariat sur la manière dont pourraient être abordées les questions en suspens. Ces questions sont signalées dans le texte du projet de Convention par des crochets au début et à la fin des dispositions pertinentes. Le Secrétariat a pris la liberté de noter dans le commentaire des questions supplémentaires et de faire de nouvelles propositions sur la manière dont ces questions pourraient être abordées.

## TITRE ET PRÉAMBULE

### 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

7. Le titre et le préambule du projet de Convention n'ont pas encore été adoptés. La principale question est de savoir si la référence au financement sera maintenue (pour les arguments en faveur de l'une ou l'autre solution, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au titre et au préambule).

8. L'objet du préambule est d'exposer les principes généraux sur lesquels se fonde le projet de Convention et qui, en vertu du projet d'article 7, peuvent être utilisés pour combler les lacunes laissées dans le projet de Convention. Ces principes sont notamment les suivants: faciliter l'octroi de crédits à des fins commerciales et de consommation à des taux plus abordables, et ce dans l'intérêt de toutes les parties en jeu, cédants, cessionnaires et débiteurs; principe de la protection du débiteur, selon lequel la situation juridique du débiteur n'est pas affectée à moins que cela ne soit expressément prévu dans le projet de Convention; promotion de la circulation transfrontière des marchandises et des services; amélioration du degré de certitude et de prévisibilité quant au droit des parties à des opérations portant sur des cessions; modernisation et harmonisation des lois nationales et internationales sur la cession au niveau tant des règles de droit matériel que des règles de droit international privé; encouragement de nouvelles pratiques et prévention des entraves aux pratiques en vigueur; prévention des entraves à la concurrence.

---

<sup>8</sup>Pour éviter toute confusion, il n'est pas fait référence aux précédents numéros des articles qui, durant l'élaboration du projet de Convention, ont été modifiés plusieurs fois. Toutefois, ces numéros ressortiront à l'évidence de l'examen correspondant dans le rapport de session.

\* \* \*

## CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

### Article premier. Champ d'application

#### 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

#### COMMENTAIRE

##### Structure du chapitre premier

9. Au chapitre premier, les questions relatives au champ d'application sont traitées dans différentes dispositions par souci de clarté et de simplicité. En effet, une seule disposition serait trop longue et compliquée. Le projet d'article premier définit le champ d'application matérielle, uniquement en termes généraux, ainsi que le champ d'application territoriale du projet de Convention. Les projets d'articles 2 et 3 définissent le champ d'application matérielle de façon plus détaillée (définition de la cession et de l'internationalité respectivement). Le projet d'article 5 ne fait pas partie du chapitre premier, puisque les termes définis dans cet article soulèvent non pas des questions liées au champ d'application mais des questions d'interprétation touchant diverses dispositions du projet de Convention.

##### Champ d'application matérielle

10. En vertu du projet d'article premier, les cessions de créances internationales sont visées, que les cessions soient internationales ou nationales, alors que les cessions de créances nationales ne sont visées que si les cessions sont internationales. En d'autres termes, la cession de créances est visée, que ces créances naissent ou non dans le contexte du commerce international ou national, à condition que la cession proprement dite soit internationale (pour les commentaires sur l'internationalité, voir les paragraphes 40 et 41). Ainsi, des opérations telles que l'affacturage et le forfaitage de créances internationales, ainsi que la titrisation de créances nationales seraient prises en compte (pour une liste non exhaustive et une brève description des pratiques visées, voir les paragraphes 31 à 39).

11. Le projet de Convention s'applique aussi 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 (principe de *continuatio juris*). En vertu du principe de *continuatio juris*, 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 subséquente à une cession internationale. Toutefois, à moins que toutes les cessions dans 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. Le projet de Convention s'applique également aux cessions subséquentes qui en soi relèvent de l'alinéa a) du projet d'article premier, qu'une cession antérieure soit régie ou non par le projet de Convention. 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 peut être une cession nationale, 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 faudrait pas indûment entraver des pratiques nationales (à ce sujet, voir les paragraphes 12, 18, 20 et 30). Le Groupe de travail n'a pas adopté une proposition tendant à limiter le principe de *continuatio juris* aux cas dans lesquels l'internationalité serait évidente, car une telle approche pourrait introduire un degré inacceptable d'incertitude dans l'application du projet de Convention.

12. 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. Par ailleurs, les intérêts des cessionnaires nationaux ne seraient pas lésés, car, pour qu'un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger soit visé par le projet de Convention, le cédant devrait être situé dans un État contractant (alinéa a) du projet d'article premier) et cet État, selon la définition retenue dans le cas d'une cession nationale d'une créance nationale (projet d'article 3) serait l'État dans lequel le débiteur national et le cessionnaire national seraient situés (pour les problèmes qui pourraient se poser si référence était faite dans le projet d'article 24 au lieu de l'administration centrale et non à l'établissement, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 5 relatives au projet d'article premier). En outre, le fait que le cédant choisisse de céder les créances à un cessionnaire étranger n'assujettirait pas le débiteur à un nouveau régime juridique peut-être inconnu, dans la mesure où le projet de Convention ne pourrait s'appliquer aux droits et obligations du débiteur que si celui-ci a son établissement dans un État contractant (par. 3 du projet d'article premier; pour le sens attribué au lieu où est situé le débiteur, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 4 relative au projet d'article 5). En tout état de cause, les droits du débiteur ne seraient pas lésés puisque le projet de Convention établit une norme de protection du débiteur suffisamment élevée (à savoir les projets d'articles 17 à 23).

#### Champ d'application territoriale

13. Le champ d'application territoriale du projet de Convention est défini par référence au lieu où est situé le cédant (il n'a pas encore été décidé s'il s'agissait du lieu de l'établissement, du lieu de l'immatriculation ou du lieu de l'administration centrale; les propositions du Secrétariat à cet égard sont évoquées dans les remarques 4 à 19 relatives au projet d'article 5 dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104). Les dispositions traitant des droits et obligations du débiteur (à savoir la section II du chapitre IV) ont une application territoriale différente dans la mesure où, pour que ces dispositions s'appliquent, le débiteur également doit être situé dans un État contractant. S'agissant du débiteur, pour assurer un degré de prévisibilité suffisant dans l'application du projet de Convention, le Groupe de travail est convenu que le lieu où est situé le débiteur devait être défini par référence à son établissement (A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 4 relative au projet d'article 5).

14. 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, le débiteur 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. Les autres raisons justifiant cette approche sont notamment les suivantes: l'exécution interviendrait normalement là où est situé le cédant ou le débiteur, et il n'est donc pas nécessaire de faire référence au lieu où est situé le cessionnaire; 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 il n'est donc pas nécessaire d'exclure l'application de toutes les dispositions du projet de Convention si le débiteur n'est pas situé dans un État contractant.

15. Grâce à cette approche, l'application territoriale du projet de Convention est suffisamment vaste et il n'est donc pas nécessaire de l'étendre au cas où aucune partie ne serait située dans un État contractant. Une telle extension

de l'application territoriale peut être obtenue conformément à la loi d'un État contractant applicable en vertu des règles de droit international privé du for. Le Groupe de travail a estimé que l'élargissement de l'application territoriale dans ce sens pourrait donner lieu à des incertitudes dans la mesure où le droit international privé relatif à la cession n'était pas uniforme. Il a également estimé que, en tout état de cause, le degré de certitude ne serait pas renforcé par une telle référence aux règles de droit international privé, puisque 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, la situation est différente en ce qui concerne la loi régissant les questions intéressant le débiteur, puisqu'il existe un niveau de consensus suffisant pour que ces questions soient réglées par la loi régissant la créance (à savoir la loi régissant le contrat d'où découle la créance). Ainsi, le paragraphe 3 du projet d'article premier fait référence à cette loi, élargissant l'application territoriale des dispositions du projet de Convention relatives à la protection du débiteur pour prendre en compte les situations dans lesquelles le débiteur ne serait pas situé dans un État contractant.

16. Les paragraphes 4 et 5 du projet d'article premier n'ont pas encore été adoptés (pour les commentaires du Secrétariat sur ces dispositions, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 1 à 6 relatives au chapitre V et 1 à 3 relatives à l'annexe du projet de Convention).

#### Forme de l'instrument en cours d'élaboration

17. Le Groupe de travail est convenu qu'une convention serait préférable à une loi type car elle permettrait d'obtenir un niveau plus élevé de certitude. D'une manière générale, on a estimé que cette certitude était nécessaire pour réaliser les principaux objectifs du projet de Convention, à savoir faciliter l'accès à un crédit moins onéreux. En outre, il a été admis qu'une convention pourrait être mieux à même d'atteindre l'objectif qui était d'établir, parallèlement à la Convention sur l'affacturage international (qui a été élaborée par l'Institut international pour l'unification du droit privé, ci-après dénommée "UNIDROIT", et adoptée lors d'une conférence diplomatique convoquée par le Gouvernement canadien, à Ottawa en 1988, ci-après dénommée la "Convention d'Ottawa"), un régime juridique plus complet pour régir les opérations relatives aux cessions.

#### "option positive"/"renonciation"

18. Le Groupe de travail a décidé de ne pas limiter l'application du projet de Convention aux cas où le cédant et le cessionnaire choisissent de soumettre leurs relations au projet de Convention. Il a été généralement admis qu'une telle limitation du champ d'application du projet de Convention était inutile. Le projet de Convention ne vise pas à remplacer des règles nationales régissant les cessions, mais plutôt à faciliter les pratiques internationales qui, actuellement, ne sont pas suffisamment développées, compte tenu des incertitudes existant dans les législations nationales (pour ce qui est de l'effet que le projet de Convention pourrait produire sur les pratiques nationales, voir les paragraphes 11, 12, 20 et 30). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les parties à une cession qui ne relève pas du champ d'application du projet de Convention pourraient choisir d'appliquer ce dernier. Ce droit d'option positive peut exister ou ne pas exister en vertu des règles de droit international privé applicables au projet de Convention, du moins dans la mesure où ce choix pourrait avoir une incidence sur des tiers, ce qui risquerait de créer des incertitudes (un précédent de disposition énonçant expressément une clause d'option positive figure au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by).

19. Le projet d'article 6 reconnaît le droit des parties à la cession ou au contrat donnant naissance à une créance d'exclure l'application du projet de Convention ou de déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou de la modifier, sous réserve qu'une telle mesure n'ait pas d'incidences sur les droits des tiers. Cette approche repose sur l'hypothèse selon laquelle les effets d'opérations de cession sur des tiers seraient normalement régis par les règles nationales du droit impératif auxquelles il serait impossible de déroger ou qui ne pourraient être modifiées par convention entre les parties (au sujet de l'autonomie des parties, voir les paragraphes 59 et 60).

\* \* \*

## Article 2. Cession de créances

### 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

### COMMENTAIRE

#### “transfert par convention”

20. La cession est définie comme un “transfert par convention”. Cela signifie que le projet de Convention porte essentiellement sur la cession en tant que moyen de transférer des droits de propriété sur des créances. Le contrat de cession ou le contrat de financement ne sont visés que dans les cas où cela est expressément prévu (par exemple, projets d’articles 13 à 16 et 27; le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que le chapitre III traite de l’efficacité de la cession en tant que transfert de droits de propriété mais non du contrat de cession). Toutefois, d’autres pratiques impliquant le transfert de droits de propriété sur des créances, comme la subrogation contractuelle ou le nantissement, sont prises en compte. Une telle approche convient bien compte tenu en particulier du fait que, dans certains systèmes juridiques, d’importantes opérations de financement par cession de créances, comme l’affacturage, impliquent une subrogation contractuelle ou un nantissement plutôt qu’une cession de créances proprement dite. Une référence expresse à de telles opérations, qui figurait dans une version antérieure du projet d’article 2 (A/CN.9/WG.II/WP.93), a été supprimée au motif qu’en dressant une liste de ces pratiques, on risquait d’en exclure indirectement certaines (A/CN.9/445, par. 151). Comme cela a déjà été mentionné plus haut (voir les paragraphes 11, 12 et 18), le projet de Convention vise non pas tant à 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 régies en théorie par la législation nationale actuellement en vigueur, ne sont peut-être pas suffisamment développées compte tenu des incertitudes existant dans les législations nationales. La référence à une convention a pour objet d’exclure les cessions de plein droit (par exemple, subrogation légale).

21. Afin d’éviter toute ambiguïté sur le point de savoir si le mot “transfert” comprend les cessions à titre de garantie, la question est expressément exposée dans la deuxième phrase de 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 sûreté (pour une liste des questions régies par d’autres lois, voir le paragraphe 64).

#### “une personne à une autre personne”

22. Le cédant et le cessionnaire peuvent être des personnes morales ou des particuliers, commerçants ou consommateurs. Ainsi, la cession entre particuliers est-elle visée, à moins qu’il ne s’agisse de deux consommateurs et que la cession soit effectuée à des fins de consommation communes aux deux (alinéa a) du projet d’article 4). De ce fait, la cession de créances sur cartes de crédit dans les opérations de titrisation, qui permet d’abaisser le coût du crédit offert aux fabricants, aux détaillants et aux consommateurs, est prise en compte. La cession de prêts garantis

par des biens immobiliers dans la titrisation des hypothèques est également prise en compte. Compte tenu du fait que dans le projet de Convention le singulier englobe le pluriel et réciproquement, une cession effectuée par de nombreuses personnes (par exemple, les propriétaires conjoints de créances) à de nombreuses personnes (par exemple, un consortium de financiers) est de même prise en compte. Toutefois, dans la détermination du champ d'application territoriale ou de l'internationalité, il faudrait faire abstraction de la multiplicité des cédants ou des cessionnaires et il faudrait examiner la cession de chaque cédant ou à chaque cessionnaire indépendamment des cessions effectuées par une autre personne ou en faveur d'une autre personne (la question de savoir si le lieu où sont situés plusieurs cédants ou cessionnaires pourrait être déterminé en fonction du lieu où est situé leur agent doit encore être examinée par le Groupe de travail, voir A/CN.9/WG.II/WP.102, remarque 14 relative au projet d'article premier; pour les cas mettant en jeu plusieurs débiteurs, voir le paragraphe 26).

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

23. Le mot “contractuel” est employé pour faire en sorte que les créances nées de tout type de contrat soient visées, alors que les créances nées de l'effet de la loi, comme les créances extracontractuelles, les créances fiscales ou les créances fixées par décision de justice, sont exclues à moins qu'elles ne soient confirmées dans un règlement conventionnel. 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, ainsi que les créances sous forme de redevances découlant de l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle et les créances sous forme de soldes créditeurs sur des comptes de dépôt ou d'opérations sur valeurs mobilières (pour une brève description des pratiques en cause, voir les paragraphes 31 à 39).

24. La cession d'autres droits contractuels, non monétaires, n'est pas visée (par exemple, la cession du droit à exécution ou du droit à déclarer la résolution du contrat; quant au droit du cédant de demander des dommages-intérêts pour contravention au contrat ou des intérêts pour retard de paiement, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 2 et 3). Si le droit à exécution, par exemple le droit du vendeur sur toute marchandise restituée, n'est pas une créance, le cessionnaire l'obtient dans la mesure où toute marchandise restituée par l'acquéreur remplace la créance cédée. La question est abordée dans les projets d'articles 16 et 26, selon lesquels le paiement comprend le paiement à la fois en espèces et en nature. Toutefois, afin de préciser ce point, le Groupe de travail voudra peut-être faire référence, dans les projets d'articles 16 et 26, au droit du cessionnaire sur tout ce qui est reçu en paiement “ou autre forme de libération” de la créance cédée (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 16). La cession de contrats, 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, le financier devrait en principe faire fond essentiellement sur les créances. S'agissant de la délégation d'obligations, le Groupe de travail a estimé que cette question allait bien au-delà du champ d'application souhaitable du projet de Convention.

“[due par] une troisième personne”

25. Hormis le cédant et le cessionnaire, le débiteur également pourrait être une personne morale ou un particulier, commerçant ou consommateur. Dans la mesure où elles ont une nature contractuelle, les créances de consommateurs sont visées par le projet de Convention, à moins qu'elles ne soient cédées d'un consommateur à un autre consommateur et qu'elles ne servent de ce fait que des fins personnelles, familiales ou domestiques (voir les projets d'articles 2 et 4 a); à ce sujet, voir également les paragraphes 35 et 43).

26. La cession de créances, en totalité ou par fraction, détenues conjointement et solidairement 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 débiteur ou plus, 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 seraient pas situés dans

un État contractant ne devraient pas être touchés par le projet de Convention. Autrement, 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.

#### Contrat de cession, contrat de financement ou d'autres services, contrat initial

27. Le projet de Convention reconnaît le droit des parties à structurer leurs relations contractuelles librement de manière à satisfaire leurs divers besoins financiers, l'objectif étant de rester compétitif sur un marché mondial en mutation rapide (projet d'article 6). Ainsi, le projet de Convention n'a pas d'incidence: sur le contrat de cession, sauf lorsque cela est expressément prévu (par exemple, projets d'articles 13 à 16 et 27); sur le contrat de financement ou d'autres services (qui peut être le même que le contrat de cession, comme dans l'affacturage, ou un contrat distinct, comme dans la titrisation); ni sur le contrat initial entre le cédant et le débiteur d'où découlent les créances cédées, sauf lorsque le projet de Convention le prévoit expressément (par exemple, projet d'article 19).

28. La référence aux mots "d'une contrepartie, d'un crédit ou de services connexes fournis" en échange des créances cédées, qui figurait dans une version précédente de la définition du mot "cession" (A/CN.9/WG.II/WP.96, projet d'article 2) a été supprimée, dans la mesure où la contrepartie, le crédit ou les services font partie du contrat de financement plutôt que de la cession. Toutefois, la suppression de ces mots ne change pas le fait que les cessions sont visées, qu'il s'agisse de cessions pures et simples dans lesquelles une contrepartie est fournie ou promise par le cessionnaire au cédant ou à une autre personne associée au cédant ou envers laquelle le cédant a une dette, ou de cessions à titre de garantie dans lesquelles des crédits sont fournis ou promis, ou de cessions dans lesquelles sont offerts non un financement mais des services (par exemple, comptabilité, services de recouvrement ou assurance contre la défaillance du débiteur, qui sont souvent le principal ou l'unique élément des opérations internationales d'affacturage). La cession de créances serait visée, que cette contrepartie, ce crédit ou ces services soient fournis ou promis non seulement au moment de la cession mais aussi à une date antérieure. De ce fait, les opérations de cession qui impliquent le réaménagement des dettes d'un débiteur qui connaît des difficultés financières à l'exception de l'insolvabilité, seraient également visées par le projet de Convention.

29. Au début de ses travaux, le Groupe de travail s'est demandé si l'application du projet de Convention devrait être limitée aux cessions qui, par leur nature ou en raison du contexte, sont des opérations commerciales ou de financement. Il a décidé qu'une telle limitation ne serait pas appropriée car: elle créerait inopportunément encore un autre régime spécial de cession, même si un tel régime était nécessaire, et aurait indirectement pour effet de désunifier encore la législation régissant les cessions; elle donnerait lieu à des incertitudes dans la mesure où les mots "de financement" et "commerciales" n'étaient pas universellement interprétés de la même manière, et qu'il n'était pas non plus possible ni souhaitable d'essayer de les définir de façon uniforme dans une convention internationale; et elle exclurait inutilement du champ d'application du projet de Convention des opérations importantes telles que les cessions effectuées dans les opérations internationales d'affacturage ou seuls des services pouvaient être fournis (par exemple, comptabilité, services de recouvrement ou assurance contre la défaillance du débiteur). Le Groupe de travail a préféré partir d'un vaste champ d'application et exclure les opérations qui étaient déjà bien réglementées.

30. S'agissant de l'incidence possible d'une telle approche sur le droit national, comme mentionné ci-dessus (voir les paragraphes 11, 12, 18 et 20), le projet de Convention a pour objet les cessions comprenant un élément international et ne porte pas préjudice aux cessions nationales de créances nationales (à ce sujet, voir également A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 5 relatives au projet d'article premier; s'agissant des conflits qui pourraient surgir avec la Convention d'Ottawa, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 33).

#### Opérations visées

31. Le projet de Convention vise une grande diversité d'opérations financières. En premier lieu, il vise des méthodes de financement traditionnelles telles que l'affacturage, le forfaitage et l'escompte de factures. Dans ces

types d'opération, les cédants cèdent à un financier leurs droits sur des créances procédant de la vente de biens ou services des cédants. La cession, dans ce type d'opération, peut s'effectuer soit à titre de garantie soit par transfert pur et simple avec ajustement du prix d'achat en fonction du risque et du temps requis pour le recouvrement de la créance sous-jacente. Au-delà de leurs formes traditionnelles, ces opérations ont développé plusieurs variantes adaptées pour répondre aux divers besoins des parties aux opérations commerciales internationales. Par exemple, outre le financement, ou en lieu et place du financement, plusieurs services peuvent être fournis – recouvrement, comptabilité et assurance contre la défaillance du débiteur. Des services d'assurance sont souvent fournis dans le domaine de l'affacturage international, où des créances sont cédées à un facteur dans le pays du cédant ("facteur exportateur"), puis par le facteur exportateur à un autre facteur dans le pays du débiteur ("facteur importateur") à des fins de recouvrement, alors que les facteurs n'ont pas de recours contre le cédant en cas de défaillance du débiteur (affacturage sans recours). Toutes ces opérations sont visées dans le projet de Convention indépendamment de leur forme.

32. Compte tenu de la large définition d'une "créance" dans le projet d'article 2 a) ("droit contractuel au paiement d'une somme d'argent"), la Convention couvre également de nombreuses autres formes d'opération financière utilisées dans le commerce international moderne. Il s'agit notamment de méthodes de financement innovantes telles que la titrisation, le financement de projets et les swaps, ainsi que les opérations comprenant la vente financée de matériel mobile de grande valeur (sur le fait de savoir si certaines de ces pratiques devraient être traitées différemment ou complètement exclues du champ d'application du projet de Convention, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 16 relatives au projet d'article 4).

33. Dans une opération de titrisation, un cédant crée des créances par sa propre action. Le cédant peut être un industriel vendant des marchandises; il peut également être une banque accordant des prêts. Le cédant cède ces créances généralement par transfert pur et simple à une entité spécialement créée pour acheter les créances et en payer le montant avec l'argent reçu d'investisseurs auxquels elle vend les créances ou des valeurs mobilières garanties par les créances. Cette "entité spéciale" n'a ainsi comme actifs que les créances qui lui ont été transférées. Cette séparation des créances des autres actifs du cédant permet de fixer le prix du crédit accordé pour le transfert du cédant à l'entité spéciale uniquement sur la base du crédit des créances cédées, sans tenir compte des autres actifs du cédant. Immédiatement après ou concurremment à ce transfert, l'entité spéciale cède un droit indivis sur les créances aux investisseurs ou émet des valeurs mobilières garanties par les créances. Comme indiqué plus haut, le prix payé par les investisseurs pour ce droit (ou l'argent prêté, qui est utilisé pour rembourser le cédant initial) est lié à la solidité financière des créances cédées, et non à la solvabilité du cédant. Ainsi, le cédant peut être en mesure d'obtenir davantage de crédit que cela ne se justifierait sur la base de sa propre cote de crédit. En outre, en accédant aux marchés internationaux des valeurs mobilières, le cédant peut obtenir un crédit à un coût qui serait inférieur au coût moyen des crédits accordés par les banques commerciales. De surcroît, la cession des créances par le cédant initial à une entité établie à la seule fin d'émettre des valeurs mobilières garanties par les créances réduit le risque d'insolvabilité et, partant, le coût du crédit.

34. De même, le projet de Convention s'appliquera à la cession des futurs flux de trésorerie d'un projet. Dans les grands projets d'infrastructure générateurs de recettes, les promoteurs mobilisent les capitaux d'investissement initiaux grâce à des emprunts garantis par les futures recettes du projet. Ainsi, les barrages hydroélectriques sont financés par la future obligation qu'ont les consommateurs de payer l'électricité, les systèmes téléphoniques sont payés par les futures recettes provenant des redevances de télécommunication et les autoroutes sont construites à l'aide de fonds obtenus par la cession des futures recettes de péage. Étant donné que le projet de Convention peut s'appliquer aux futures créances, ces types de financement de projets peuvent se ramener au transfert, généralement à titre de garantie, des futures créances qui seront produites par le projet en cours de financement.

35. Dans ce contexte, il faut souligner que l'exclusion par le projet de Convention des cessions effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques n'entraînera pas l'exclusion des créances de consommateurs (l'opération par laquelle la créance naît, par exemple la création par un consommateur d'une obligation telle que celle représentée

par une facture de service public, n'est pas une cession). Seul le transfert du droit de percevoir ce paiement est une cession, et le transfert par la société de service public à un financier ou à une entité spéciale ne s'effectuerait pas à des fins personnelles, familiales ou domestiques (à ce sujet, voir les paragraphes 25 et 43). En outre, on notera que les recettes des routes à péage seraient des créances contractuelles entrant dans le champ d'application du projet de Convention, dans la mesure où elles naissent de contrats conclus *de facto* entre des exploitants et des usagers d'autoroutes.

36. Les swaps et les opérations dérivées entreraient également dans le champ d'application du projet de Convention. Un "swap" est essentiellement une opération bilatérale dans laquelle sont mises à profit la solvabilité et la disposition des différentes parties à prendre des risques financiers. En général, une entité solvable emprunte de l'argent à un taux fixe. Une entité moins sûre emprunte une somme similaire, mais sa situation financière lui permet uniquement d'emprunter sur les marchés de crédit à un taux variable. Par le truchement d'un intermédiaire financier, les deux entités "échantent" leurs obligations respectives et conviennent de se garantir et de se mettre hors de cause dans l'éventualité d'une défaillance de l'une d'entre elles. L'échange est rémunéré par une commission, le résultat étant que l'entité la moins solvable peut obtenir, moyennant commission, un crédit à taux fixe. Vu que les financiers qui prêtent l'argent sont invariablement partie à ces opérations (faute de quoi le swap constituerait probablement un cas de défaillance), le transfert par eux de ces droits de percevoir de l'argent place ces types d'opération dans le champ d'application du projet de Convention.

37. Les opérations dérivées sont comparables aux swaps en ce que les obligations des débiteurs sont divisées et vendues entre des entités financières et autres. Par exemple, les cinq premières années de versement d'intérêts sur une obligation de 30 ans peuvent être groupées et vendues à des investisseurs, tout comme les cinq dernières années de ces versements. Étant donné les différences de période, ces flux de paiement présentent différents risques qui attirent les investisseurs, ce qui crée un marché pour ce type d'instrument. L'échange de ces droits en argent entre directement dans le champ d'application du projet de Convention.

38. Même des opérations moins traditionnelles sont couvertes par le projet de Convention. Les consortiums de prêts et les participations, par exemple, sont des formes complexes de cession de l'obligation contractuelle qu'a le débiteur de régler sa dette. Toutes les formes de consortiums de prêts, dans lesquelles le participant reçoit un certain droit sur l'obligation contractuelle qu'a le débiteur de payer, entrent dans le champ d'application du projet de Convention. L'opération peut prendre la forme courante d'un prêt bancaire, ou celle d'un financement public d'un projet ou de l'acquisition d'un équipement. Ainsi, les transferts de certificats de reconnaissance de dette (qui sont des obligations contractuelles de payer) garantis par des aéronefs seraient couverts par le projet de Convention, de même que les participations dans les nantissements de matériel. En effet, si le financement initial de matériel mobile tel que des aéronefs est garanti par des recettes futures, le projet de Convention s'appliquera également, car le transfert de ces créances à titre de garantie constituera effectivement un transfert de l'obligation contractuelle qu'a le client de payer. Dans ce contexte, on notera que si les titres négociables représentent l'obligation de payer, leur transfert n'est pas visé par le projet de Convention, qui exclut, au projet d'article 4, le transfert des effets de commerce.

39. De même, les cessions de comptes bancaires (représentant l'obligation, pour la banque dépositaire, d'effectuer des versements sur ces comptes) ou les cessions de polices d'assurance (représentant l'obligation conditionnelle, pour la compagnie d'assurance, de régler en cas de perte) seront également visées. Ici encore, ces transferts peuvent être des transferts purs et simples, comme lorsque des portefeuilles de comptes bancaires ou de polices d'assurance sont transférés entre des sociétés ou au sein d'une structure d'entreprise. Ils peuvent également être des transferts à titre de garantie, tels les avances de primes d'assurance ou les prêts garantis par un dépôt dans une banque commerciale.

### Article 3. Internationalité

#### 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 et 45 et 227 et 228

#### COMMENTAIRE

40. Aux termes du projet de Convention, une fois qu'une créance est internationale, sa cession est toujours visée par le projet de Convention. 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 (à ce sujet, voir le paragraphe 10, ainsi que le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 3). Le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision concernant la signification des mots "situation géographique" et la situation géographique de cédants et cessionnaires multiples (les propositions du Secrétariat relatives à cette question figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 10 relatives au projet d'article 5).

41. L'internationalité d'une créance est déterminée lors de la conclusion du contrat initial. Cette approche repose sur l'hypothèse qu'à ce moment-là, le créancier (cédant potentiel) aurait besoin de savoir quelle loi pourrait s'appliquer afin d'être en mesure d'évaluer les risques encourus dans une opération et de déterminer s'il peut accorder un crédit au débiteur et à quelles conditions. Cependant, du fait de cette approche, les parties à une cession peuvent ne pas être en mesure de déterminer au moment de la cession si le projet de Convention s'appliquera si de futures créances entrent en jeu (c'est-à-dire des créances naissant de contrats n'existant pas au moment de la cession). L'internationalité d'une cession, en revanche, est déterminée au moment où elle s'effectue. Ainsi, les parties seront toujours en mesure de prévoir au moment de la cession si le projet de Convention s'appliquera ou non.

\* \* \*

#### Article 4. Exclusions

#### 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

#### COMMENTAIRE

42. Compte tenu de sa décision selon laquelle le champ d'application du projet de Convention devrait être aussi large que possible, le Groupe de travail a convenu que certaines pratiques qui n'avaient pas besoin d'être réglementées devraient être exclues.

#### Cessions effectuées à des fins de consommation

43. L'alinéa a) a pour objet d'exclure du champ d'application du projet de Convention les cessions de consommateur à consommateur, puisque ces cessions ne revêtent aucune importance pratique (voir dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 4, une proposition du Secrétariat tendant à reformuler l'alinéa a), ou même à le supprimer). Cependant, l'alinéa a) n'exclut pas les cessions d'un consommateur à un commerçant. Ces cessions de créances de 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. S'il couvre la cession de créances de consommateurs, le projet de Convention n'a pas pour objet de déroger à la législation sur la protection des consommateurs. Au besoin, il fait explicitement référence à ce principe. Par exemple, aux termes des projets d'articles 21 1) et 23, 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 (voir, pour ce qui concerne les clauses de non-cession dans le cas de consommateurs, les paragraphes 83 et 86).

#### Cession d'effets de commerce

44. L'alinéa b) exclut les cessions effectuées par endossement et remise d'un effet de commerce tel qu'une lettre de change, un billet à ordre ou un chèque, ou par la simple remise d'un instrument tel qu'un titre au porteur. La raison sous-jacente de cette exclusion est la nécessité d'éviter toute interférence avec des pratiques bien réglementées dans la législation nationale et les textes internationaux. Le projet de Convention fait référence à la forme du transfert plutôt qu'à la nature documentaire de la créance car: cette référence suffit à protéger la négociabilité d'un instrument et les intérêts d'un détenteur protégé; il serait très difficile de parvenir à un accord sur une définition uniforme de l'expression "créance documentaire"; et il n'est pas besoin d'exclure la cession de créances contractuelles au seul motif qu'elles ont été incorporées dans un effet de commerce afin d'obtenir paiement selon une procédure en référé le cas échéant.

#### Cession 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 cessions

46. Dans le cadre de ses travaux, le Groupe de travail a examiné l'exclusion d'autres types de cession tels que les cessions naissant par l'effet de la loi, les cessions effectuées à titre de don, les cessions de salaires, les cessions de droits contractuels en général, les cessions de primes d'assurance, les cessions de loyers provenant de biens immobiliers ou 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". Vu que la contrepartie était censée relever du contrat de cession, qui, à l'exception des projets d'articles 13 à 16 et 27, 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 don. Quant à la cession de salaires, le Groupe de travail a décidé qu'elle devrait être régie par une autre loi. Si de telles cessions sont interdites par la loi nationale, le projet de Convention ne modifie pas cette interdiction. Si, cependant, ces cessions ne sont pas interdites par la loi nationale, afin de préserver d'importantes pratiques telles que le financement de services d'emploi temporaire, le projet de Convention ne les invalide aucunement (pour ce qui est de la loi applicable à la cessibilité légale, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 et 4 relatives au projet d'article 28). Le Groupe de travail a décidé de prendre en compte les cessions de primes d'assurance et de loyers provenant de la location de biens immobiliers ou de matériels, ainsi que les cessions de soldes créditeurs de comptes de dépôt (cependant, pour ce qui est du traitement exact de certaines de ces opérations et des exceptions éventuelles, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 16 relatives au projet d'article 4).

47. 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 serait que le champ d'application du projet de Convention pourrait varier d'un État à l'autre et vu la multiplicité des parties et la possibilité qu'un ou plusieurs, mais pas la totalité des États intéressés, aient fait une déclaration, il pourrait en résulter que le champ d'application exact du projet de Convention ne soit pas facile à déterminer. Cette conséquence pourrait, en soi, accroître le coût juridique et, partant, le coût final d'une opération (sur ce point, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 7 à 16 relatives au projet d'article 4).

\* \* \*

## CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### Article 5. Définitions et principes d'interprétation

#### RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 52 à 60  
A/CN.9/432, par. 70 à 72 et 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

#### COMMENTAIRE

#### "contrat initial"

48. Ce terme est défini car il y est fait référence aux projets d'articles 5 b), 5 k) iii), 17 1), 17 2) a) et b), 18 1), 19 1), 20 2), 22 2) b) et 23. Avec le contrat de cession et le contrat de financement ou d'autres services, qui peut être

le même contrat ou un contrat différent, le contrat initial fait partie de la chaîne principale des relations contractuelles entrant en jeu dans une opération liée à une cession. Sauf si cela est expressément prévu (projet d'article 19, par exemple), le projet de Convention n'a pas d'incidence sur les droits et obligations du débiteur énoncés dans le contrat initial (projet d'article 17).

“réputée naître au moment où le contrat initial est conclu”

49. Afin d'améliorer le degré de certitude, le projet de Convention prévoit une règle uniforme applicable au moment où une cession est réputée naître. Cette règle est essentielle pour déterminer l'internationalité d'une créance et l'efficacité de la cession d'un ensemble de créances. Le moment où le contrat initial est conclu est le moment le plus approprié parce qu'à ce point, l'identité du créancier et du débiteur, ainsi que la source juridique de la créance et son montant sont connus. Il a été estimé que le moment où une créance devient exigible ou le moment où le contrat initial devient exécutoire était inapproprié à cet égard, car le fait de retarder le moment où une créance naît et peut être utilisée pour obtenir un crédit risquerait d'avoir un impact négatif sur l'offre de crédit. Le terme “conclu” renvoie à la conclusion du contrat, dont on laisse à la loi applicable en dehors du projet de Convention le soin de donner la signification exacte. Quoiqu'il en soit, “conclusion” ne renvoie pas à l'exécution du contrat (on trouvera, dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 5, une proposition du Secrétariat visant à supprimer l'alinéa b) et à se référer directement, dans les projets d'articles 3 et 8 1) b) et 2), au moment de la conclusion du contrat initial).

créance “existante” et “future”

50. Les termes créance “existante” et “future” sont évoqués dans les projets d'articles 8 (efficacité de la cession) et 9 (date de la cession). Le projet de Convention n'introduit aucune limite quant aux types de créances futures dont la cession est visée. Ainsi, 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 qui pourrait 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). Cependant, le projet d'article 8 introduit une limite quant à l'efficacité de la cession d'une créance future, en exigeant que la créance future soit, à la date de conclusion du contrat initial, identifiable comme étant celle faisant l'objet de la cession. Une fois cette exigence satisfaite, la créance future est réputée transférée à la date de conclusion du contrat de cession. Ce résultat, cependant, ne doit pas préjuger des droits des tiers (voir le paragraphe 70).

“financement par cession de créances”

51. Cette définition, qui figure entre crochets, n'a pas été adoptée par le Groupe de travail (voir dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 5 une proposition du Secrétariat tendant à supprimer cette définition et, éventuellement, à se référer au financement par cession de créances dans le préambule).

“écrit”

52. Cette définition est destinée 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, fournir une communication lisible, 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” (ou “écrit signé”).

53. Le projet de Convention exige un écrit pour la notification de la cession et un écrit signé pour le renoncement du débiteur à invoquer des exceptions (le paragraphe 3 du projet d'article 21, cependant, devrait peut-être préciser si la signature du cédant et du débiteur est requise ou seulement celle du débiteur; voir A/CN.9/WG.II/WP.104,

remarque relative au projet d'article 21). Un écrit est également exigé pour les déclarations faites par les États et pour certains actes liés à l'enregistrement. Cette démarche part 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.

54. "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 une notion telle que la durabilité (sans se référer à la stricte interprétation donnée de 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"

55. En vertu de l'alinéa f), une notification répond aux exigences du projet de Convention si elle s'effectue par écrit et donne une description suffisante des créances cédées. Le fait de savoir ce qu'est une description suffisante reste à déterminer en fonction des circonstances. Le mot "suffisant", cependant, qualifierait des descriptions du type: "toutes mes créances procédant de mon entreprise automobile" et "toutes mes créances à l'égard mes clients dans les pays A, B et C". Il n'est pas exigé que la notification identifie la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu de payer. Ainsi, une notification ne contenant aucune instruction de paiement produit ses effets en vertu du projet de Convention. 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"

56. Les alinéas g) et h) s'inspirent 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. Ils sont également alignés sur les articles 1 1), 2 a) et b) de la Convention européenne relative 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”

57. Dans le projet de Convention, on entend par priorité le fait qu’une partie a la préférence sur les autres créanciers lorsqu’elle demande paiement de sa créance, à la condition implicite qu’existe une cession valide entre le cédant et le cessionnaire et que le cessionnaire ait accordé un crédit au cédant (pour ce qui est de la question de savoir si le terme “priorité” doit aussi permettre de déterminer si un cessionnaire a un droit *in rem* ou *ad personam*, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 3 relative au projet d’article 5). Pour établir si la personne qui a la priorité peut conserver l’intégralité du produit du paiement ou doit remettre tout solde restant à la personne qui la suit dans l’ordre de priorité ou encore au cédant, il faut savoir si la cession est une cession pure et simple ou une cession à titre de garantie; cette question doit être réglée par la loi applicable en dehors du projet de Convention. La définition ne porte pas sur le droit à paiement dans la mesure où, si cette expression peut être appropriée pour les cessions à titre de garantie, elle peut 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. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être envisager l’insertion à l’alinéa i) de termes tels que “le droit à paiement ou à une autre forme de libération”, qui pourrait peut-être régler cette question de façon plus satisfaisante.

“situation géographique”

58. Le Groupe de travail n’a pas encore pris de décision quant à la signification de la notion de “situation géographique” (pour les suggestions du Secrétariat, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 4 à 10 relatives au projet d’article 5).

\* \* \*

Article 6. Autonomie des parties

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

59. L’article 6, 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. Toutefois, contrairement à ce dernier, il ne permet pas au cédant et au cessionnaire d’exclure l’ensemble du projet de Convention car, du fait que celui-ci porte sur les droits des parties autres que le cédant et le débiteur, une exclusion de son application porterait atteinte aux droits des tiers (c’est-à-dire, dans le cas d’une convention entre le cédant et le cessionnaire, le débiteur, les créanciers du cédant et l’administrateur de l’insolvabilité et, dans le cas d’une convention entre le cédant et le débiteur, le cessionnaire, les créanciers du cédant et l’administrateur de l’insolvabilité). Un tel résultat dépasserait non seulement 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 meilleur marché tout en établissant un système adéquat de protection du débiteur. C’est pourquoi le cédant et le cessionnaire peuvent uniquement déroger aux articles 13 à 16 et 27 ou les modifier, alors que le cédant et le débiteur sont libres de déroger aux articles 17 à 23 ou de les modifier, à condition de ne pas porter atteinte aux droits du cessionnaire ou d’autres tiers.

60. Tout comme l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le projet d'article 6 de la présente Convention exige une convention, c'est-à-dire deux déclarations d'intention correspondantes, pour que la dérogation au projet de Convention ait effet. 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 nationale d'un État contractant. La dérogation a effet si le choix des parties est valide en vertu des règles du for de droit international privé. Si le choix de la loi n'est pas valide, on ne peut, en l'absence de toute indication, supposer en général que les parties entendaient déroger à la Convention, que leur choix de la loi ait été ou non valide. Il est également impossible de supposer de manière générale que, si les parties avaient su que leur choix ne serait pas valide, elles auraient souhaité que le droit des contrats approprié s'applique à leur contrat. Pour qu'une dérogation ait effet, il n'est pas nécessaire que les parties s'accordent sur la loi applicable aux questions pour lesquelles elles ont dérogé aux dispositions du projet de Convention. Dans un tel cas, il convient de partir du principe que les parties ne souhaitent pas avoir recours à la législation nationale mais souhaitent que toute lacune soit comblée conformément au paragraphe 2 du projet d'article 7. Si les parties sont convenues de la loi applicable aux questions pour lesquelles elles ont dérogé au projet de Convention, l'application de cette loi devrait être conforme au projet de Convention, sauf si la dérogation est si importante qu'il n'est plus possible de considérer qu'une question particulière entre dans le champ d'application du projet de Convention.

\* \* \*

#### Article 7. Principes d'interprétation

#### RÉFÉRENCES

A/CN.9/432, par. 76 à 81  
A/CN.9/434, par. 100 et 101  
A/CN.9/445, par. 199 et 200  
A/CN.9/456, par. 82 à 85

#### COMMENTAIRE

61. Le présent article, 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 de combler ses lacunes. En ce qui concerne l'interprétation du projet de Convention, le paragraphe 1 du projet d'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 international ou à la source du texte devrait amener un tribunal à éviter d'interpréter le projet de Convention sur la base de notions du droit interne, sauf si le sens d'un mot employé dans le projet de Convention est manifestement analogue au sens qui lui est donné dans une loi nationale particulière. Il est possible de satisfaire au besoin de préserver l'uniformité uniquement si les tribunaux judiciaires ou arbitraux appliquent les principes généraux qui sous-tendent le projet de Convention 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 l'uniformité (le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI est disponible sous forme de 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).

62. La référence à la bonne foi peut s'appliquer non seulement à l'interprétation du projet de Convention mais également à la conduite des parties. Toutefois, alors que ce principe 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 du projet d'article 24 pourrait ne pas être prise en considération si elle n'était pas compatible avec le principe de bonne foi tel que pouvant être interprété dans l'État du for.

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

64. Les questions non régies par le projet de Convention et devant donc l'être par d'autres lois sont les suivantes: la signification d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie; 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; les conséquences du non-respect des garanties données par le cédant; dans une large mesure, la cessibilité d'une créance (le projet de Convention couvre dans une certaine mesure cette question puisqu'il précise un certain nombre de créances cessibles, y compris les créances futures et les créances non individualisées et puisqu'il traite des limitations contractuelles à la cession mais ne s'étend pas à d'autres types de créance et d'autres limitations légales à la cession); la question de savoir si le cédant est responsable à l'égard du débiteur de la cession de ses créances 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 faire valoir contre le cessionnaire (le projet de Convention prévoit que le débiteur peut invoquer à l'encontre du cessionnaire les mêmes exceptions et droits à compensation que ceux qu'il pourrait invoquer à l'encontre du cédant sans, toutefois, les préciser); 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; les questions de priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances, entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité et entre le cessionnaire et les créanciers du cédant; et la question de savoir si le droit du cessionnaire au produit est un droit *ad personam* ou *in rem*.

65. Étant donné qu'il peut être difficile de déterminer si une matière est régie mais non expressément tranchée par le projet de Convention ou si elle n'est aucunement régie, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il serait approprié d'inclure dans le projet de Convention une disposition du type de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, mentionnant expressément les matières visées.

66. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également préciser si les lacunes que présentent les dispositions de droit international privé du projet de Convention doivent être comblées en renvoyant aux principes de droit matériel ou de droit international privé dont celui-ci s'inspire. À défaut, elles seraient comblées en renvoyant au droit international privé de l'État du for.

### 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

#### COMMENTAIRE

67. Le Groupe de travail a passé en revue une grande variété de conditions de forme, allant de la forme écrite (avec ou sans obligation de signature) à l'absence de forme (il a également été envisagé que cette question soit régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention). Si l'avis qui a de loin prévalu était que les cessions purement verbales devraient être invalidées, tout au moins à l'égard des tiers, le Groupe de travail n'est pas parvenu à s'accorder sur la question et a décidé de supprimer la disposition relative à la forme. Il a pris sa décision étant entendu que la question était traitée: pour ce qui est des intérêts mutuels du cédant et du cessionnaire, au projet d'article 6, qui consacre le principe de l'autonomie des parties; en ce qui concerne les intérêts du débiteur, au projet d'article 19 (qui dispose qu'à défaut de notification écrite de la cession, le droit qu'a le débiteur de se libérer de son obligation conformément au contrat initial n'est pas affecté, et qui consacre le principe général de la protection du débiteur); et s'agissant du respect des intérêts des tiers, aux projets d'articles 24 à 26 (règles de priorité).

68. Cela dit, il n'apparaît pas clairement, aux projets d'articles 24 à 26, que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit les questions de forme. En conséquence, et compte tenu du fait que la validité quant à la forme est une condition préalable à la priorité, le cessionnaire, pour s'assurer la priorité, devrait satisfaire aux exigences de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant et de la loi régissant la validité quant à la forme, qui risquent d'être difficiles à déterminer (on trouvera dans les remarques relatives au chapitre III, dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, une proposition du Secrétariat tendant à inclure dans le texte une disposition de droit international privé relative à la forme). Spécifier la loi applicable à la validité quant à la forme permettrait d'avoir un certain degré de certitude. Toutefois, resteraient régies par la loi applicable: la question de savoir si les cessions purement verbales seraient valides, ce qui autoriserait d'éventuels abus ou collusions entre un cessionnaire et le cédant, en particulier dans les cas où le cédant risque de devenir insolvable; la question de savoir si des droits de timbre doivent être acquittés pour que le contrat de cession soit valide, ce qui aurait une incidence sur le coût global de l'opération; et la question relative à la forme d'une cession de créances garanties par une sûreté, à laquelle pourrait s'appliquer la loi régissant la sûreté (sur ce point, voir le paragraphe 93).

#### Article 8. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances

#### RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 45 à 60  
A/CN.9/432, par. 93 à 112 et 254 à 258  
A/CN.9/434, par. 122 et 124 à 127  
A/CN.9/445, par. 211 à 214  
A/CN.9/456, par. 93 à 97

## COMMENTAIRE

### Paragraphe 1

69. En principe, le projet d'article 8 valide les cessions (c'est-à-dire les transferts, et non les contrats de cession) de créances futures, les cessions d'un ensemble de créances et les cessions de fractions de créances ou de tout droit indivis sur lesdites créances. Il existe certaines restrictions à ce principe. Tandis que la cession a effet à l'égard du débiteur à partir du moment où elle a lieu, le débiteur peut, tant qu'il n'a pas reçu de notification par écrit, refuser de payer le cessionnaire et s'acquitter de sa dette en effectuant un paiement conformément au contrat initial (le débiteur peut s'acquitter de sa dette en effectuant un paiement au cessionnaire, même avant d'avoir reçu une notification écrite; dans ce cas, toutefois, il prend le risque de devoir payer deux fois s'il est par la suite prouvé qu'aucune cession n'a eu lieu).

70. Une deuxième restriction au principe mentionné ci-dessus est que l'efficacité d'une cession à l'égard des tiers est régie par la loi applicable à la priorité conformément aux projets d'articles 24 à 26. Ainsi, le projet d'article 8 n'a pas pour objet: de valider la première cession en date en invalidant toute cession postérieure des mêmes créances par le même cédant; ou de faire en sorte que le cessionnaire ait priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité au seul motif que la cession a eu lieu avant la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Afin d'éviter qu'involontairement la question de l'efficacité des cessions futures ne soit entièrement régie par la loi applicable à la priorité, le Groupe de travail a décidé de supprimer du projet d'article 8 tous les termes qui feraient que cet article, ainsi que le projet d'article 9, seraient subordonnés aux projets d'articles 24 à 26. Cette décision a été prise étant entendu que l'application combinée des projets d'articles 8 à 12 et 24 à 26 mènerait au même résultat, à savoir que les dispositions du chapitre III n'ont pas pour objet d'influer sur les questions de priorité, ces dernières étant traitées aux projets d'articles 24 à 26.

### “créances existantes ou futures”

71. La cession d'ensembles de créances futures est au cœur des pratiques modernes de financement par cession de créances. Il demeure toutefois une grande incertitude quant à la validité de telles cessions. Le projet de Convention accorde donc beaucoup d'importance à l'efficacité de la cession de créances futures et d'ensembles de créances en particulier. Au début de ses travaux, le Groupe de travail avait noté que la validation d'une cession de créances conditionnelles et de créances purement hypothétiques pouvait avoir pour conséquence qu'une personne morale de droit commercial céderait l'ensemble de ses créances pour toute la durée de son existence, pratique qui risquait d'aller à l'encontre de l'ordre public dans certains pays (concernant les différents types de créances futures visées, voir le paragraphe 49). Toutefois, le Groupe de travail a estimé qu'une exclusion générale des créances conditionnelles ou hypothétiques du champ d'application du projet de Convention pourrait faire obstacle à des pratiques importantes, comme celles qui consistent à céder les flux de trésorerie d'un projet d'infrastructure publique à des fins de financement. Après avoir examiné attentivement la question, le Groupe de travail a décidé d'ajouter la condition figurant au paragraphe 1 du projet d'article 8, à savoir que les créances doivent être identifiables, au moment où elles naissent (c'est-à-dire au moment où le contrat initial est conclu), comme étant celles faisant l'objet de la cession. Cette condition a pour objet de tenir compte comme il se doit, d'une part, de la nécessité économique d'autoriser les cessions d'ensembles de divers types de créances futures et, d'autre part, de la nécessité de protéger les cédants contre les risques qui pourraient découler de la capacité illimitée de céder toutes les créances futures imaginables.

### “une ou plusieurs”

72. Si le projet de Convention porte avant tout sur la cession d'un volume important de créances de faible valeur (comme dans les cas, par exemple, de l'affacturage de créances commerciales ou de la titrisation de créances sur cartes de crédit), la cession de créances uniques de grande valeur (comme dans le cas d'un consortium de prêts) n'en

est pas moins également validée (quant au point de savoir si les clauses de non-cession et les questions de priorité devraient être traitées différemment dans le cas d'une cession de créances uniques, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 7 relatives au projet d'article 4).

#### “a effet”

73. Le résultat de l'efficacité d'une cession varie selon qu'il s'agit d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie, question régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention. Dans le cas d'une cession pure et simple, l'expression “a effet” signifie que la cession transfère un droit de propriété intégral sur la créance, en conséquence de quoi le cessionnaire a le droit de garder tout excédent restant après exécution de sa créance à l'encontre du cédant; et, en cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire n'a aucun recours contre le cédant. Dans le cas d'une cession à titre de garantie, l'expression “a effet” signifie: que le cessionnaire doit verser tout excédent restant à l'ayant droit suivant dans l'ordre de priorité ou au cédant; et que, si le débiteur ne paie pas, le cessionnaire peut se retourner contre le cédant et demander paiement pour le crédit ou les services accordés au cédant en échange des créances cédées.

74. Du point de vue du vocabulaire, il a été jugé préférable d'utiliser l'expression “a effet” plutôt que l'expression “est valide”, étant donné: que la première renvoie plus exactement à l'idée d'efficacité *erga omnes*; et que la deuxième n'est pas universellement comprise de la même manière.

#### “désignées”

75. Le terme “désignées”(“described” en anglais) vise à établir une norme moins élevée que celle qui serait établie avec, en anglais, le terme “specified”. Ainsi, une description générique de la créance, dans laquelle l'identité du débiteur ou le montant de la créance ne seraient pas spécifiés (“toutes les créances procédant de mon entreprise automobile”, par exemple), suffirait.

#### “individuellement”/“de toute autre manière”

76. Ces deux expressions visent à faire en sorte qu'une cession de créances existantes et futures ait effet, que les créances soient décrites une à une ou de toute autre manière qui suffise à les identifier comme celles faisant l'objet de la cession.

#### Paragraphe 2

77. En vue d'accélérer le processus de prêt et de réduire le coût de l'opération, le paragraphe 2 dispose de fait qu'un accord-cadre suffit à transférer les droits sur un ensemble de créances futures. Si un nouveau document était exigé à chaque fois qu'une nouvelle créance naissait, les coûts de gestion d'un programme de prêt s'en trouveraient sensiblement accrus, et le temps qui serait alors nécessaire pour obtenir des documents en bonne et due forme et pour examiner ces documents ralentirait le processus de prêt au détriment du cédant.

78. Au titre du paragraphe 2, qui prévoit que l'accord-cadre suffit à transférer un ensemble de créances futures, et du projet d'article 9, qui dispose qu'une créance future est transférée à la date 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. Toutefois, la question de savoir si la cession a effet à l'égard des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité doit être traitée conformément à la loi régissant la priorité au titre des projets d'articles 24 à 26.

Article 9. Date de la cession

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

79. Le projet d'article 9 a pour objet : de reconnaître le droit du cédant et du cessionnaire de convenir de la date à laquelle une cession est transférée, dans la mesure où leur convention ne porte pas atteinte aux droits de tiers; de fixer une règle par défaut selon laquelle, en l'absence de convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, la date à laquelle une cession est transférée est la date de conclusion du contrat de cession; et de préciser la signification d'autres dispositions pertinentes telles que les projets d'articles 6, 8, 19 et 24 à 26.

80. Le projet d'article 9 reconnaît et, dans le même temps, limite l'autonomie des parties. La date spécifiée par le cédant et le cessionnaire lie les tiers, point qui n'est peut-être pas suffisamment clair dans le projet d'article 6. Pour qu'une telle convention, cependant, lie des tiers, elle doit fixer une date de transfert qui n'est pas antérieure à la date de conclusion du contrat de cession. Cette démarche est conforme au principe énoncé au projet d'article 6, puisqu'une convention fixant une date antérieure risquerait d'affecter l'ordre de priorité entre plusieurs ayants droit.

81. En l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire fixant la date de transfert des droits sur les créances cédées, la date de ce transfert est la date de conclusion du contrat de cession, élément qui ne peut être modifié. Si cette démarche 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 à la date de la cession). Dans la pratique, le cessionnaire acquerrait des droits sur des créances futures seulement si celles-ci étaient en fait créées mais, sur le plan juridique, la date de transfert remonterait à la date de conclusion du contrat de cession. Cette approche est destinée à aider le cédant à mobiliser des créances futures en vue d'obtenir un crédit ou des services connexes meilleur marché.

82. S'il fixe la date de transfert d'une créance, le projet d'article 9 n'a pas pour objet d'énoncer une règle de priorité stipulant qu'une cession a effet à l'égard de tiers à la date où elle s'effectue, car une telle règle serait incompatible avec les projets d'articles 24 à 26. Si des créances futures étaient effectivement transférées à l'égard de tiers à la date à laquelle elles étaient cédées, elles seraient retirées des biens en liquidation ou assorties d'une sûreté indépendamment de tout acte de publicité exigé par la loi régissant la priorité.

\* \* \*

Article 10. Limitations contractuelles à la cession

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 61 à 68

A/CN.9/432, par. 113 à 126

A/CN.9/434, par. 128 à 137

A/CN.9/445, par. 49 à 51 et 227 à 231

A/CN.9/447, par. 148 à 152

A/CN.9/455, par. 47 à 51  
A/CN.9/456, par. 104 à 116

## COMMENTAIRE

83. Le projet d'article 10 a principalement pour but de valider les cessions effectuées malgré l'existence d'une clause de non-cession dans le contrat initial, dans le contrat de cession ou dans tout contrat de cession subséquent. Le principe sous-jacent est qu'il est plus avantageux pour chacun de faciliter la cession de créances et de réduire le coût de l'opération plutôt que de faire en sorte que le débiteur n'ait pas à payer une personne autre que le créancier initial (cédant). Les clauses de non-cession peuvent soit aller à l'encontre de l'objectif d'une opération de financement ou d'offre de service car elles peuvent invalider des cessions, soit, pour le moins, accroître le coût d'une opération dans une mesure telle que les financiers devraient vérifier un nombre potentiellement important de contrats afin de s'assurer qu'ils ne contiennent pas de clause de non-cession. Dans ses délibérations, le Groupe de travail a tenu compte du fait que les petits débiteurs, tels que les consommateurs, ne seraient pas lésés par une telle règle, car ils ne disposaient généralement pas d'un pouvoir de négociation leur permettant d'insérer des clauses de non-cession dans leurs contrats et que, dans tous les cas, ils continueraient souvent de payer sur le même compte bancaire ou sur la même boîte postale, dont le contrôle passerait du cédant au cessionnaire sans que le débiteur en ait connaissance. Le Groupe de travail a également tenu compte du fait qu'en aucun cas le projet d'article 10 ne porterait atteinte aux intérêts des consommateurs débiteurs dans la mesure où ces intérêts étaient visés par les limitations légales contenues dans les lois sur la protection des consommateurs, étant entendu que le projet d'article 10 ne traitait pas des limitations légales. S'agissant des grands débiteurs, le Groupe de travail a estimé qu'ils ne seraient pas lésés par la règle énoncée dans le projet d'article 10, car ils avaient un pouvoir de négociation suffisant et pouvaient prendre soin de leurs propres intérêts. Le Groupe de travail a également pensé que le projet d'article 10 instituait une règle appropriée en n'autorisant pas ces grands débiteurs à empêcher les petites et moyennes entreprises d'obtenir un crédit ou des services meilleur marché sur la base de leurs créances. Le projet d'article 12 introduit une exception en ce qui concerne les débiteurs souverains (voir les paragraphes 94 à 96; pour d'éventuelles exceptions supplémentaires, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 7 relatives au projet d'article 4).

84. Le projet d'article 10 a donc pour objet d'accorder au cessionnaire la priorité vis-à-vis des créanciers du cédant en cas de défaillance de ce dernier et d'habiliter le cessionnaire à recouvrer les sommes dues directement auprès du débiteur sans toutefois priver celui-ci de ses droits et exceptions ou de toute action qu'il serait fondé à invoquer à l'encontre du cédant pour contravention au contrat, voire à l'encontre du cessionnaire pour faute non contractuelle. Cette approche représente un compromis entre les systèmes juridiques qui invalident les cessions effectuées en violation de clauses de non-cession et les systèmes juridiques qui invalident les clauses de non-cession. Elle tente ainsi de contrebalancer la nécessité de préserver l'autonomie des parties et la nécessité de faciliter les opérations de financement et d'offre de services dans l'intérêt du commerce en général. Le Groupe de travail a estimé que le fait d'invalider les clauses de non-cession préserverait les intérêts du cessionnaire plus efficacement dans la mesure où celui-ci serait protégé contre le risque d'encourir une responsabilité et contre le risque de voir le contrat initial déclaré résolu par le débiteur pour cause de violation d'une clause de non-cession. Il a été largement estimé, cependant, qu'une approche fondée sur l'invalidation des clauses de non-cession porterait excessivement atteinte à l'autonomie des parties et ferait inopportunément pencher la balance en faveur des intérêts du cessionnaire. En revanche, pour faire un pas supplémentaire dans le sens de la protection du débiteur, le Groupe de travail a également envisagé la possibilité d'autoriser le débiteur à continuer d'effectuer des paiements conformément au contrat initial. Cette approche permettrait au cessionnaire de prévaloir dans un conflit de priorité avec les créanciers du cédant, mais le priverait du droit de demander paiement au débiteur. Le Groupe de travail a noté qu'en vertu de l'article 16 de l'International Factoring Customs promulgué par Factors Chain International, le cédant était autorisé, en cas de clause de non-cession, à percevoir des paiements en tant qu'agent du cessionnaire. Tout en reconnaissant qu'une telle règle pourrait être acceptable au sein de groupes d'institutions souscrivant au même code de conduite, le Groupe de travail a décidé de ne pas étendre son application à d'autres pratiques, car le fait de priver le cessionnaire du droit de demander paiement au débiteur accroîtrait le risque de non-paiement et, partant, le coût du crédit.

85. La responsabilité contractuelle que le cédant peut avoir à l'égard du débiteur, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, du fait d'une cession effectuée en violation d'une clause de non-cession, n'est pas affectée. Par définition, le cessionnaire ne peut pas avoir de responsabilité contractuelle pour une contravention à un contrat auquel il n'est pas partie. La responsabilité délictuelle que peut avoir le cessionnaire à l'égard du débiteur en vertu d'une autre loi n'est pas non plus affectée. Dans ce contexte, le Groupe de travail a convenu qu'il devrait sanctionner les comportements malveillants de la part du cessionnaire et que la simple connaissance de l'existence d'une clause de non-cession ne devrait pas suffire à établir sa responsabilité. En pénalisant le cessionnaire qui accepterait une cession tout en ayant connaissance de la clause de non-cession, on l'inciterait indirectement à passer outre au critère de diligence raisonnable. Si le cessionnaire faisait preuve de diligence, il découvrirait l'existence de la clause de non-cession et n'accepterait pas les créances ou les accepterait à une valeur sensiblement réduite vu le risque élevé de non-paiement (une proposition du Secrétariat quant à la façon dont cette idée pourrait être expressément énoncée dans le projet d'article 10 figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 2 et 3 relatives au projet d'article 10).

86. Le projet d'article 10 est complété par un régime juridique introduisant un niveau suffisamment élevé de protection du débiteur dans le projet de Convention. Hormis l'obligation de payer le cessionnaire (dans l'État et dans la monnaie de paiement spécifiés dans le contrat initial), le projet de Convention (projet d'article 17) ne modifie pas la situation juridique du débiteur. La notification de la cession ne peut invalider que les droits à compensation du débiteur découlant de contrats autres que le contrat initial. Ce résultat serait acceptable, car le débiteur, ayant conscience de cet effet de la notification, pourrait prendre des dispositions en conséquence. Il peut, par exemple, éviter d'encourir de nouvelles obligations. Dans des situations exceptionnelles, lorsque, par exemple, une cession en violation d'une clause de non-cession constitue une contravention fondamentale au contrat initial, le débiteur peut même déclarer le contrat initial résolu. Cette résolution du contrat, cependant, qui priverait de cessionnaire du droit de demander paiement au débiteur, ne devrait être possible que dans des circonstances exceptionnelles, faute de quoi le risque de résolution du contrat risquerait, en soi, d'avoir un impact négatif sur le coût du crédit. Dans ces situations, le débiteur serait habilité à recouvrer les paiements auprès du cédant, mais non auprès du cessionnaire (projet d'article 23). Ce résultat est approprié, car même en l'absence d'une cession, le débiteur supporterait le risque d'insolvabilité de son partenaire contractuel. Qui plus est, tout bien restitué par le débiteur à la suite de la résolution du contrat initial échoirait au cessionnaire qui aurait offert au cédant une contrepartie en échange des créances annulées. Étant entendu que le projet de Convention introduit un régime juridique comportant un niveau suffisamment élevé de protection du débiteur, le Groupe de travail a décidé que les États ne devraient pas être autorisés à émettre des réserves au sujet du projet d'article 10 (pour une exception à l'égard des débiteurs souverains, voir une proposition du Secrétariat concernant le projet d'article 12 dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 12). Cette conclusion du Groupe de travail a été motivée par le fait que les États qui envisageraient d'adopter le projet de Convention devraient mettre en balance, d'une part, l'inconvénient que pourrait présenter, pour le débiteur, le fait d'avoir à payer une personne différente et, d'autre part, l'avantage que présenterait, pour les débiteurs et les cédants, une offre accrue de crédit meilleur marché, susceptible de stimuler l'économie en général.

87. Le projet d'article 10 s'applique à toute clause contractuelle limitant la cession de quelque façon que ce soit (et non seulement aux clauses de non-cession), mais ne s'applique ni aux limitations légales à la cession, ni aux limitations relatives à la cession de droits autres que des créances (clauses de confidentialité, par exemple). Quant aux limitations légales, le Groupe de travail a envisagé la possibilité de résoudre cette question en validant la cession, tout en autorisant le débiteur à acquitter sa dette en payant conformément au contrat initial. Cette approche permettrait au cessionnaire de prévaloir sur d'autres créanciers du cédant en cas de défaillance de ce dernier, tout en protégeant les intérêts du débiteur. Le Groupe de travail, cependant, n'est pas parvenu à un accord sur ce point car il n'a pas pu trouver un moyen d'opérer une distinction entre les limitations légales visant à protéger le débiteur (interdisant la cession de créances dues par des débiteurs souverains, par exemple) et les limitations légales visant à protéger le cédant (interdisant la cession de salaires, par exemple).

88. Le projet de Convention, cependant, a déjà rejeté les limitations légales à la cession dans la mesure où elles renvoient à des créances futures ou à la cession d'ensembles de créances. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être faire en sorte, par exemple, que le projet d'article 8 ne se réfère pas aux salaires futurs. En outre, il souhaitera peut-être envisager une règle limitée traitant des limitations légales visant à protéger le débiteur. Une telle règle pourrait, par exemple, valider une cession entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard de tiers, mais non à l'égard du débiteur. De plus, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'introduire la même règle pour les cessions de créances uniques (qui seraient normalement des créances de grande valeur), dans lesquelles un critère de diligence raisonnable ne risquerait pas d'accroître le coût du crédit. Cette approche permettrait de prendre en compte la nécessité d'effectuer, par exemple, des cessions dans le cadre de consortiums de prêts et de participations sous réserve du consentement du débiteur (pour une analyse des approches à envisager en la matière, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 7 relatives au projet d'article 4 et remarque 1 relative au projet d'article 10).

\* \* \*

#### Article 11. Transfert de sûretés

#### 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

89. Le projet d'article 11 reflète le principe généralement accepté selon lequel les sûretés accessoires sont transférées automatiquement avec les créances qu'elles garantissent. La question du caractère accessoire ou indépendant de la sûreté et les critères de fond ou de procédure à respecter pour la création d'une telle sûreté relèvent de la loi qui régit cette dernière. Le projet d'article 11 n'essaie pas de préciser la loi applicable aux sûretés, compte tenu de la grande diversité des sûretés qu'il est destiné à couvrir (y compris, par exemple, des garanties, des nantissements et des hypothèques) et des divergences sensibles qui existent à cet égard entre les différents systèmes juridiques.

90. Le texte reconnaît également le droit qu'ont le cédant et le cessionnaire de convenir qu'une sûreté accessoire n'est pas transférée au cessionnaire et s'éteint de ce fait. Cette convention reflète peut-être l'absence de volonté, de la part du cessionnaire, d'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). Le projet d'article 11 crée également l'obligation, pour le cédant, de transférer au cessionnaire toute sûreté indépendante garantissant le paiement des créances cédées ainsi que le produit de cette sûreté. En ce qui concerne les garanties indépendantes ou les lettres de crédit stand-by, cette disposition part du principe que le droit de demander paiement au garant/émetteur n'est pas une créance. De ce fait, les droits du garant/émetteur ne sont pas affectés par la cession de l'engagement indépendant, tandis que le cessionnaire possède un droit sur le produit, ce qui revêt une importance particulière en cas d'insolvabilité du cédant.

91. Le paragraphe 2 vise à faire en sorte que toute clause de non-cession convenue entre le cédant et le débiteur ou une autre personne constituant 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 dans le projet d'article 10). Le principe sous-jacent est que les sûretés devraient être traitées, en ce qui

concerne les clause de non-cession, de la même façon que des créances, car souvent la contrepartie sur laquelle compte le cessionnaire réside dans la sûreté et non dans la créance proprement dite. Dans une titrisation, par exemple, où des créances sont cédées par le créancier initial à une entité spéciale intégralement détenue par ce dernier, la contrepartie sur laquelle comptent les investisseurs achetant les valeurs émises par l'entité spéciale et garanties par les créances peut résider dans la garantie du cédant. Dans le cas de garants tiers souverains, cependant, conformément au projet d'article 12, la clause de non-cession invalide la cession, mais seulement à l'encontre du garant tiers souverain.

92. 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.

93. 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, par exemple). Si le Groupe de travail incluait, cependant, une règle sur la forme de la cession, soumettant cette forme à la loi applicable là où est situé le cédant (voir la proposition du Secrétariat dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au chapitre III), 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).

\* \* \*

#### Article 12. Limitations concernant les gouvernements et autres entités publiques

#### RÉFÉRENCES

A/CN.9/432, par. 117

A/CN.9/455, par. 48

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

#### COMMENTAIRE

94. Le projet d'article 12 vise à faire en sorte qu'il ne soit pas porté atteinte aux débiteurs souverains par des cessions effectuées en violation de clauses de non-cession contenues dans des contrats de marchés publics ou autres contrats analogues. Le Groupe de travail a décidé d'adopter cette approche pour ne pas rendre le projet de Convention moins acceptable pour les États qui ne seraient pas en mesure de protéger leurs intérêts par une limitation légale.

95. En vertu du projet d'article 12, une cession de créances détenues par un débiteur souverain n'a pas d'effets à l'égard du débiteur souverain qui peut continuer de payer conformément au contrat initial. En outre, il n'est pas porté atteinte aux exceptions et droits à compensation du débiteur souverain, qu'ils découlent du contrat initial ou de tout autre contrat. La cession, cependant, continue d'avoir effet à l'égard du cédant et des créanciers du cédant, ce qui revêt une importance particulière en cas d'insolvabilité du cédant.

96. Le champ d'application exact du projet d'article 12, c'est-à-dire le fait de savoir si ce projet d'article s'appliquera aux cessions de créances naissant de contrats conclus par l'autorité centrale, les autorités locales, des entités commerciales publiques ou des entités publiques agissant à titre commercial, reste à déterminer par le Groupe de travail (sur cette question, ainsi que sur la question d'une éventuelle transformation du projet d'article 12 en réserve, voir les propositions du Secrétariat dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 12).

\* \* \* \* \*