



Assemblée générale

Distr.: Générale
13 mars 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-quatrième session
Vienne, 25 juin-13 juillet 2001

Financement par cession de créances

Commentaire analytique sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international

Note du Secrétariat

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-3	2
II. Commentaire analytique	4-133	4
A. Titre et préambule	4-13	4
B. Chapitre premier		
Champ d'application	14-57	8
Structure du chapitre premier	14	8
Article premier. Champ d'application	15-24	8
Article 2. Cession de créances	25-37	12
Article 3. Internationalité	38-41	17
Article 4. Exclusions	42-57	18
C. Chapitre II		
Dispositions générales	58-81	22

	<i>Paragraphe</i>	<i>Page</i>
Article 5. Définitions et règles d'interprétation	58-77	22
Article 6. Autonomie des parties	78	29
Article 7. Principes d'interprétation	79-81	30
D. Chapitre III		
Effets de la cession.	82-109	32
Observations générales	82	32
Article 8. Forme de la cession	83	32
Article 9. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances.	84-95	33
Article 10. Date de la cession	96-98	36
Article 11. Limitations contractuelles de la cession	99-104	37
Article 12. Transfert de sûretés	105-109	39
E. Chapitre IV		
Droits, obligations et exceptions.	110-133	42
1. Section I		
Cédant et cessionnaire	110-130	42
Objet de la section I	110	42
Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire	111-113	42
Article 14. Garanties dues par le cédant.	114-120	44
Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur	121-126	46
Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement	127-130	48
2. Section II		
Débiteur.	131-133	50
Article 17. Principe de protection du débiteur	131-133	50

I. Introduction

1. À sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé de confier au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux le soin d'élaborer une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement¹. À cette même session, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général intitulé "La cession dans le cadre du financement par cession de créances: examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). Il a été convenu que ce rapport, qui exposait les préoccupations et les objectifs sous-tendant le projet ainsi que le

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

contenu que pourrait avoir la loi uniforme, offrirait une base utile au Groupe de travail pour ses délibérations².

2. Le Groupe de travail a entamé ses travaux à sa vingt-quatrième session, en novembre 1995, par l'examen du rapport du Secrétaire général³. De sa vingt-cinquième à sa trente et unième sessions, il a examiné des projets d'articles révisés établis par le secrétariat⁴, et, de sa vingt-neuvième à sa trente et unième sessions, il a adopté un projet de convention⁵. À sa trente et unième session, il était saisi d'un commentaire préliminaire sur le projet de convention établi par le secrétariat⁶. À cette session, le Groupe de travail est convenu que le secrétariat reverrait le commentaire et le présenterait à la Commission à sa trente-troisième session, devant se tenir à New York du 12 juin au 7 juillet 2000⁷. À cette session, la Commission a adopté les articles premier à 17 du projet de convention et a renvoyé au Groupe de travail les articles 18 à 44 du projet ainsi que les articles premier à 7 de l'annexe du projet. Elle a prié le Groupe de travail d'accomplir sa tâche avec diligence de manière à lui présenter le projet de convention à sa trente-quatrième session, devant se tenir à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001⁸. La Commission a également prié le secrétariat d'établir une version révisée du commentaire et de la lui présenter à sa trente-quatrième session⁹. Le Groupe de travail s'est réuni à Vienne du 11 au 22 décembre 2000 et a adopté les articles 18 à 47 du projet de convention ainsi que les articles premier à 9 de l'annexe du projet¹⁰.

3. La présente note a été établie conformément à la demande de la Commission. Elle expose succinctement les raisons de l'adoption de telle ou telle disposition, ainsi que ses principaux objectifs, tout en fournissant des explications et interprétations de certains termes sans toutefois rendre complètement compte des travaux préparatoires ou de toutes les propositions et dispositions qui n'ont pas été retenues. Pour les personnes souhaitant avoir de plus amples informations sur l'évolution de telle ou telle disposition, le commentaire énumère les renvois aux

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

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

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

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

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

⁷ A/CN.9/466, par. 215.

⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17, A/55/17*, par. 186 à 188.

⁹ Ibid., par. 190 et 191. Le commentaire dont la Commission était saisie à sa trente-troisième session est publié sous la cote A/CN.9/470.

¹⁰ A/CN.9/486.

parties pertinentes des rapports des sessions du Groupe de travail et de la Commission¹¹. La présente note, qui porte sur les articles premier à 17 du projet de convention, se fonde sur le texte du projet que le Groupe de travail a adopté à sa dernière session, tenue à Vienne du 11 au 22 décembre 2000. Le commentaire sur les articles restants du projet sera publié ultérieurement.

II. Commentaire analytique

A. Titre et préambule

Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international

Préambule

Les États contractants,

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

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable à la cession de créances constituent un obstacle au commerce international,

Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatifs à la cession de créances qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative aux cessions de créances tout en préservant les pratiques de cession actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,

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

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

Sont convenus de ce qui suit:

Références

A/CN.9/420, par. 14 à 18; A/CN.9/434, par. 14 à 16; A/CN.9/455, par. 157 à 159; A/CN.9/445, par. 120 à 124; A/CN.9/456, par. 19 à 21 et 60 à 65; et A/55/17, par. 181 à 183.

¹¹ Pour éviter toute confusion, les anciens numéros des articles, qui ont été plusieurs fois modifiés au cours de l'élaboration du projet de convention, ne sont pas mentionnés. Toutefois, tout ancien numéro ressortira du débat consigné dans les différents rapports du Groupe de travail. L'annexe II du document A/CN.9/486 indique la renumérotation finale des articles.

Commentaire

Titre

4. Le projet de convention vise un large éventail de pratiques liées aux cessions (pour une description succincte de ces pratiques, voir par. 7 à 13; pour une définition des termes “cession”, “créance”, “cédant”, “cessionnaire” et “débiteur”, voir art. 2). Il porte essentiellement sur les pratiques de financement. Toutefois, son titre ne fait pas référence au financement, ceci pour ne pas donner l'impression que le champ d'application du projet de convention est limité aux opérations purement financières, à l'exclusion d'importantes opérations de service (par exemple, les cessions dans les opérations internationales d'affacturage, qui comprennent une garantie contre la défaillance des débiteurs, ou encore des services de comptabilité ou de recouvrement).

5. La référence au commerce international vise à traduire l'objet général du projet de convention, qui est de faciliter le mouvement des biens et des services entre les pays, et à faire clairement ressortir que le projet s'applique aux cessions ayant un élément international et commercial. Toutefois, elle n'a pas pour but de restreindre le champ d'application du projet de convention, par exemple, aux seules cessions de créances s'inscrivant dans le commerce international, à l'exclusion des cessions de créances nationales, ou aux seules cessions internationales de créances nationales, à l'exclusion des cessions nationales de créances internationales. En outre, la référence au commerce international ne devrait pas être interprétée comme signifiant que le projet de convention ne peut en aucun cas avoir une incidence sur les cessions nationales de créances nationales. De telles cessions sont visées par l'article 24, qui renvoie un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales à la loi du lieu où est situé le cédant (sur cette question, voir également par. 21 et 22). Elles le sont aussi par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier, conformément auquel le projet de convention peut s'appliquer à une cession nationale d'une créance nationale dans une série de cessions si une cession antérieure entre dans son champ d'application. En outre, la référence au commerce international ne vise pas à exclure les cessions de créances sur consommateurs (sur cette question, voir par. 36, 103 et 132).

Préambule

6. L'objet du préambule est d'exposer les principes généraux sur lesquels se fonde le projet de convention et qui, en vertu de l'article 8, peuvent être utilisés pour combler les lacunes laissées dans le texte. Ces principes sont notamment les suivants: faciliter l'octroi de crédits à des fins commerciales et de consommation à des taux plus favorables, ce qui est dans l'intérêt de toutes les parties, cédants, cessionnaires et débiteurs; protéger le débiteur, principe selon lequel la situation juridique de ce dernier n'est pas affectée à moins que cela ne soit expressément prévu dans le projet de convention; promouvoir la circulation transfrontière des marchandises et des services; améliorer le degré de sécurité et de prévisibilité s'agissant des droits des parties à des opérations liées à des cessions; moderniser et harmoniser les législations nationales et internationales relatives à la cession au niveau tant des règles de droit matériel que des règles de droit international privé; faciliter de nouvelles pratiques et éviter d'entraver les pratiques existantes; prévenir les entraves à la concurrence.

Opérations visées

7. Compte tenu du sens large donné au terme “créance” à l’alinéa a) de l’article 2 (“droit contractuel au paiement d’une somme d’argent”), le projet de convention s’applique à un large éventail d’opérations. Il vise en particulier la cession de créances commerciales (nées de la fourniture de marchandises, de travaux de construction ou de services entre entreprises), de créances sur consommateurs (nées d’opérations impliquant des consommateurs) et de créances souveraines (nées d’opérations avec une administration ou une personne publique). Afin de préciser le contexte de l’application du projet de convention, on décrit brièvement ces pratiques dans les paragraphes qui suivent. La liste ne saurait être exhaustive étant donné, en particulier, que de nouvelles pratiques se développent rapidement.

8. Sont tout d’abord visées des techniques de financement traditionnelles liées aux créances commerciales, telles que le financement reposant sur l’actif, l’affacturage et le forfaitage. Les mécanismes de crédit permanent et le financement d’achat sont les formes les plus courantes de financement reposant sur l’actif. Dans un mécanisme de crédit permanent, l’emprunteur bénéficie de prêts sur demande, lesquels sont assortis d’une sûreté soit sur toutes ses créances existantes et futures soit sur son stock (à savoir, un ensemble renouvelable de marchandises qui sont achetées, stockées et vendues régulièrement) soit encore sur les deux. L’emprunteur a généralement recours à ce type de prêt pour financer ses besoins permanents en fonds de roulement. Le montant des prêts accordés dans le cadre de ce mécanisme correspond à un pourcentage déterminé de la valeur de la sûreté. Ce pourcentage (généralement appelé “taux d’avance” est fixé par le prêteur, à partir de son estimation du montant qu’il obtiendrait de la sûreté s’il devait l’utiliser pour se rembourser. En règle générale, ce taux varie entre 70 % et 90 % pour des sûretés sous forme de créances et entre 40 % et 60 % pour des sûretés sous forme de stock. Le mécanisme de crédit permanent, d’un point de vue économique, donne de très bons résultats et est généralement considéré comme avantageux pour l’emprunteur, puisqu’il vise à faire correspondre les emprunts avec le cycle d’exploitation de l’emprunteur (à savoir, l’acquisition d’un stock, sa mise en vente, la constitution de créances, leur recouvrement et l’acquisition d’un nouveau stock pour recommencer le cycle).

9. L’expression “financement d’achat” désigne un arrangement financier dans lequel un vendeur de marchandises ou d’autres biens octroie un crédit à l’acheteur pour lui permettre d’acquérir les biens en question ou dans lequel un créancier octroie un crédit ou un prêt à l’acheteur pour lui permettre cette acquisition. Dans les deux cas, le vendeur ou le créancier recevra une sûreté sur le bien, en garantie du crédit ou du prêt accordé, et sur les créances en découlant. Une forme courante de ce type de financement est le financement sur stocks, dans lequel un créancier accorde des prêts permettant à un débiteur de financer l’acquisition d’un stock. Ce type de prêt est souvent accordé aux débiteurs qui vendent des produits, tels que des automobiles, des camions ou d’autres véhicules, des ordinateurs et des gros appareils ménagers. Dans ce type d’arrangement, les créanciers sont généralement des organismes financiers associés aux fabricants. Ils prennent habituellement une sûreté sur le stock et sur toute créance qui naîtra de la vente de ce stock. Une autre forme courante de financement d’achat est le financement de commande, dans lequel le créancier octroie généralement des fonds pour permettre au débiteur d’exécuter certaines commandes, ce dernier devant souvent acheter des stocks pour

ce faire. Le prêt sera garanti par les commandes, le stock acheté et les créances subséquentes. Le financement d'achat a, entre autres avantages pour le débiteur, celui de promouvoir la concurrence en ce qu'il permet à ce dernier de choisir différents créanciers pour financer différents éléments de son activité de la manière la plus rationnelle et la plus rentable.

10. L'affacturage, sous sa forme la plus courante, est la vente simple d'un grand nombre de créances avec ou sans recours en cas de défaillance du débiteur. Le forfaitage est sous sa forme basique la vente simple et sans recours de créances uniques portant sur des montants élevés, qu'elles soient ou non incorporées dans un effet de commerce. Dans ces types d'opérations, les cédants cèdent à des financiers leurs droits sur des créances découlant de la vente de biens ou de services. La cession constitue alors normalement un transfert pur et simple mais peut aussi, pour diverses raisons (droit de timbre, par exemple), être effectuée à des fins de garantie. Le prix d'achat est ajusté en fonction du risque et du temps requis pour le recouvrement de la créance sous-jacente. Aux formes traditionnelles de ces opérations s'ajoutent plusieurs variantes adaptées aux divers besoins des parties aux opérations commerciales internationales. Par exemple, dans l'escompte de factures, il y a vente simple d'un grand nombre de créances sans notification au débiteur mais avec pleine possibilité de recours contre le cédant en cas de défaillance du débiteur. Dans l'affacturage à échéance, il y a entière gestion du compte clients, recouvrement auprès des débiteurs et protection contre les créances douteuses, mais sans aucune facilité financière. Dans l'affacturage international, les créances sont cédées à un facteur situé dans le pays du cédant ("facteur exportateur") puis cédées de nouveau par le facteur exportateur à un autre facteur dans le pays du débiteur ("facteur importateur"). Cette deuxième cession est réalisée à des fins de recouvrement et les facteurs n'ont pas de recours contre le cédant en cas de défaillance du débiteur (affacturage sans recours). Toutes ces opérations sont visées par le projet de convention, indépendamment de leur forme.

11. Le projet de convention couvre également des techniques de financement novatrices, telles que la titrisation et le financement de projet sur la base des recettes escomptées. Dans une opération de titrisation, un cédant, qui crée des créances de sa propre initiative ("initiateur"), les cède généralement par transfert pur et simple à une entité ad hoc ("special purpose vehicle" ou "fonds commun de créances") lui appartenant entièrement et créée spécialement dans le but d'acheter les créances et d'en payer le prix avec l'argent reçu des investisseurs auxquels le fonds commun de créances vend les créances ou les titres garantis par les créances. Étant donné que ces créances sont séparées des autres actifs de l'initiateur, le prix que paient les investisseurs (ou l'argent prêté) est lié à la solidité financière des créances cédées et non à la solvabilité du cédant. Cette séparation protège également les créances en cas d'insolvabilité de l'initiateur. L'initiateur peut ainsi obtenir des crédits plus importants que ne le justifierait sa propre cote de crédit. En outre, en accédant aux marchés internationaux des valeurs mobilières, l'initiateur peut obtenir un crédit à un taux inférieur au taux moyen des crédits accordés par les banques commerciales.

12. Dans les grands projets d'infrastructure générateurs de recettes, les promoteurs mobilisent les capitaux d'investissement initiaux grâce à des emprunts garantis par les recettes futures du projet. Ainsi, les barrages hydroélectriques sont financés sur la base de la garantie de recettes provenant des redevances payées pour l'électricité, les réseaux téléphoniques sont financés par les recettes futures provenant des

redevances de télécommunication et les autoroutes sont construites à l'aide des fonds obtenus par la cession des recettes qui seront générées par les péages. Étant donné que le projet de convention s'applique aux créances futures, ces types de financement de projet peuvent se ramener à des transferts, généralement à titre de garantie, des futures créances que produira le projet en cours de financement. Dans ce contexte, il convient de souligner que l'exclusion, dans le projet de convention, des cessions effectuées pour des besoins personnels, familiaux ou domestiques (voir alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 4) n'entraînera pas l'exclusion des créances sur consommateurs.

13. De nombreuses autres formes d'opérations seront également visées, parmi lesquelles le refinancement de prêts pour améliorer le rapport capital-obligations ou pour diversifier un portefeuille, les crédits consortiaux et la cession de l'obligation éventuelle de la compagnie d'assurance de payer au moment du préjudice. Seront également visées des pratiques liées à la cession de créances immobilières ou de créances sur des matériels d'équipement aéronautique ainsi que de créances nées de certaines opérations financières (par exemple créances apparaissant après la liquidation de toutes les opérations dans le cadre de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale; voir alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 4 et paragraphe 47.

B. Chapitre premier

Champ d'application

Commentaire

Structure du chapitre premier

14. Au chapitre premier, les questions relatives au champ d'application sont traitées dans différentes dispositions par souci de clarté et de simplicité. L'article premier définit le champ d'application matérielle en termes généraux ainsi que le champ d'application territoriale du projet de convention. Les articles 2 et 3 définissent le champ d'application matérielle de façon plus détaillée (définition de la cession, de la créance et de l'internationalité d'une cession ou d'une créance). L'article 4 porte sur les opérations exclues. L'article 5 (définitions et règles d'interprétation) se trouve au chapitre II du projet car les termes qui y sont définis ne se rapportent pas essentiellement à des questions de champ d'application.

Article premier *Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique:
 - a) Aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant est situé dans un État contractant; et
 - b) Aux cessions subséquentes, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente Convention.

2. La présente Convention s'applique à une cession subséquente qui satisfait aux critères de l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article, même si elle ne s'appliquait pas à une cession antérieure de la même créance.

3. La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur, à moins qu'à la date de la conclusion du contrat initial, ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État contractant.

4. Les dispositions du chapitre V s'appliquent aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre indépendamment des paragraphes 1 et 2 du présent article. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 39.

5. L'annexe de la présente Convention s'applique comme il est prévu à l'article 42.

Références

A/CN.9/420, par. 19 à 32; A/CN.9/432, par. 13 à 38; A/CN.9/434, par. 17 à 41; A/CN.9/445, par. 45 à 48 et 125 à 145; A/CN.9/447, par. 143 à 146; A/CN.9/455; par. 41 à 46 et 160 à 173; A/CN.9/456, par. 22 à 37; A/CN.9/466, par. 145 à 149; A/55/17, par. 13 à 17; et A/CN.9/486, par. 70 à 75.

Commentaire

Champ d'application matérielle et territoriale

15. En vertu de l'article premier, le projet de convention s'applique aux cessions de créances (pour une définition des termes "cession", "cession subséquente", "créance", "cédant", "cessionnaire" et "débiteur", voir art. 2). Mais cette application est subordonnée à deux conditions: d'une part, l'existence d'un élément d'internationalité (pour une exception, voir alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier) et, d'autre part, celle d'un lien territorial entre certaines parties et un État contractant (pour une exception, voir par. 4 de l'article premier). L'internationalité peut se rapporter à la cession ou à la créance. En conséquence, le projet de convention s'applique aux cessions de créances internationales, que les cessions soient internationales ou nationales, et aux cessions internationales de créances, même si les créances sont nationales (pour les commentaires sur l'internationalité, voir par. 38 à 41). Le lien territorial peut se rapporter uniquement au cédant ou à ce dernier et au débiteur. Pour l'application des dispositions du projet de convention autres que celles qui sont relatives au débiteur (par exemple la section II du chapitre IV), seul le cédant doit être situé dans un État contractant. Pour l'application de l'intégralité du projet de convention, le débiteur doit lui aussi être situé dans un État contractant (ou la loi régissant la créance doit être la loi d'un État contractant; pour un examen de la question de la "localisation", voir par. 67 à 69).

16. Cette approche repose sur l'hypothèse selon laquelle les principaux litiges que le projet de convention serait appelé à trancher seraient pris en compte si le cédant (et, uniquement dans le cadre de l'application des dispositions intéressant le débiteur, ce dernier également) était situé dans un État contractant. Elle tient également compte du fait que l'application des dispositions du projet de convention autres que celles qui ont trait aux droits et obligations du débiteur serait sans

incidence pour ce dernier et que, par conséquent, le lieu de situation du débiteur (ou la loi régissant le contrat initial) ne devrait pas avoir d'importance pour leur application. Elle tient en outre compte du fait que l'exécution interviendrait normalement là où est situé le cédant ou le débiteur, et qu'il n'est donc pas nécessaire de faire référence au lieu où est situé le cessionnaire.

17. Le champ d'application territoriale du projet de convention est suffisamment large et il n'est donc pas nécessaire de l'étendre aux cas où aucune partie ne serait située dans un État contractant mais où la loi d'un État contractant serait applicable en vertu des règles de droit international privé. En outre, le fait de se fonder sur de telles règles pour l'application du projet de convention pourrait donner lieu à des incertitudes. Le droit international privé relatif à la cession n'est pas uniforme et, en tout état de cause, les parties ne sauraient pas, au moment de la conclusion d'une opération, où un conflit risquerait de surgir et, partant, quelles règles de droit international privé pourraient s'appliquer. Toutefois, si le for est situé dans un État non contractant, les tribunaux ne sont pas liés par le projet de convention. Par conséquent, les tribunaux d'un État non contractant ne peuvent être empêchés d'appliquer tout au moins les règles de droit matériel du projet dans le cadre de la loi désignée par leurs règles de droit international privé (si le renvoi est interdit par la loi du for, les règles de droit international privé du projet de convention ne seraient pas applicables en l'espèce; pour une explication du terme "renvoi", voir par. 70).

18. En vertu du paragraphe 3 de l'article premier, les dispositions du projet de convention relatives au débiteur peuvent s'appliquer aux cas dans lesquels le débiteur n'est pas situé dans un État contractant mais où la loi d'un État contractant régit le contrat d'où naît la créance cédée ("contrat initial", voir alinéa a) de l'article 5). Dans ce cas de figure, une approche différente est adoptée pour le champ d'application territoriale du projet de convention, car les deux lois visées seraient connues du débiteur. Dans le prolongement du paragraphe 1, le paragraphe 3 de l'article premier dispose que le débiteur doit être situé dans un État contractant ou que le contrat initial doit être régi par la loi d'un État contractant à la date de la conclusion dudit contrat. Cette approche a été adoptée pour assurer la prévisibilité de l'application du projet de convention s'agissant du débiteur (la même approche est suivie à l'article 40). Il s'ensuit, toutefois, dans le cas d'une cession nationale de créances futures, que les parties ne seraient pas en mesure de déterminer (du moins, avant l'apparition des créances futures) si le projet de convention s'appliquerait aux droits et obligations du débiteur (pour un problème connexe concernant les créances futures faisant l'objet d'une cession nationale, voir par. 40 et 41).

Cessions subséquentes

19. Le projet de convention s'applique également aux cessions subséquentes, qui peuvent être effectuées, par exemple, dans le contexte d'opérations internationales d'affacturage, de titrisation et de refinancement, à la seule condition que toute cession antérieure soit régie par le projet de convention. En conséquence, même une cession nationale de créances nationales peut entrer dans le champ d'application du projet de convention s'il s'agit d'une cession subséquente à une cession internationale. La raison d'une telle approche est la suivante: à moins que toutes les cessions d'une série de cessions ne soient soumises à un seul et même régime

juridique, il serait très difficile de traiter les questions associées aux cessions de façon uniforme (*continuatio juris*).

20. Le projet de convention s'applique aussi aux cessions subséquentes qui en soi relèvent de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'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. Cette approche s'écarte du principe de *continuatio juris*. Elle vise toutefois à assurer que les parties à des cessions dans des opérations de titrisation, où la première cession est une cession nationale et porte sur des créances nationales, ne soient pas privées des avantages que pourrait dégager l'application du projet de convention. Cette approche repose sur l'hypothèse qu'il ne serait pas indûment porté atteinte à certaines pratiques nationales (à ce sujet, voir par. 21 et 22).

Relation avec le droit national

21. La prise en compte dans le projet de convention des cessions internationales de créances nationales ou même de cessions nationales de créances nationales effectuées dans le cadre de cessions subséquentes permettrait aux parties commerciales à des opérations nationales d'avoir un accès plus large aux marchés financiers internationaux et, de ce fait, à un crédit potentiellement meilleur marché. Les intérêts des cédants protégés, par exemple, par des dispositions du droit national interdisant les cessions de créances futures ou les cessions globales, ne seraient pas indûment lésés (voir par. 94). Le projet de convention n'empêche pas le cédant d'offrir ses créances à différents prêteurs à des fins de crédit (par exemple à un fournisseur de matériel à crédit ou à une institution de financement en contrepartie de fonds de roulement), étant entendu qu'il ne donne pas la priorité à l'un par rapport aux autres. Les intérêts des débiteurs, protégés par le droit national, ne seraient pas non plus indûment lésés. Le projet de convention exige que le débiteur soit situé dans un État contractant (ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État contractant) et limite les effets d'une cession sur le débiteur à ceux qui sont décrits dans les articles 19 à 23.

22. Les intérêts des cessionnaires nationaux ne seraient pas non plus indûment lésés, car le projet de convention ne donne pas la priorité à un cessionnaire étranger sur un cessionnaire national. Il indique simplement la législation nationale qui régirait la priorité (voir art. 24 et alinéa m) de l'article 5). En outre, un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales n'est pas visé par le projet de convention à moins que le cédant soit situé dans un État contractant (voir alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier). Cet État, selon la définition retenue dans le cas d'une cession nationale d'une créance nationale, serait l'État dans lequel le débiteur national et le cessionnaire national sont situés (voir art. 3). Toutefois, différentes lois peuvent s'appliquer en cas de conflit entre une cession effectuée par une succursale et une cession double des mêmes créances effectuée par le siège, par exemple si la succursale ou le siège est situé dans un État non contractant dans lequel le conflit est renvoyé à la loi du lieu où est situé la succursale, alors que dans le projet de convention, il serait renvoyé à la loi du lieu où est situé le siège (voir alinéa h) de l'article 5).

Champ d'application du chapitre V

23. En vertu du paragraphe 4 de l'article premier, le chapitre V s'applique aux cessions comportant un élément international tel que défini à l'article 3, qu'il existe

ou non un lien territorial entre une cession et un État contractant. Le champ d'application du chapitre V est limité aux opérations internationales telles que définies à l'article 3. Afin de réduire toute possibilité de conflit avec d'autres conventions traitant de questions de droit international privé relatives à la cession¹², le paragraphe 4 de l'article premier autorise les États à exclure l'application de ce chapitre. D'un autre côté, le champ d'application du chapitre V dépasse celui des autres dispositions du projet de convention car ce chapitre s'applique indépendamment de tout lien territorial avec un État contractant. De ce fait, le chapitre V peut remplir une double fonction. Il peut compléter les autres dispositions du projet de convention ou offrir une seconde possibilité d'unification, constituant une miniconvention comme le chapitre VI de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995).

Application de l'annexe

24. L'article 24 du projet de convention soumet les questions de priorité à la loi du lieu dans lequel est situé le cédant (pour la définition de la notion de "localisation", voir alinéa h) de l'article 5). Attendu que certains États ont peut-être besoin de moderniser ou d'adapter leurs règles de priorité, le paragraphe 5 de l'article premier autorise les États à opter pour l'une des règles de priorité de droit matériel énoncées à l'annexe. L'article 42 précise l'effet d'une déclaration faite au titre du paragraphe 5 de l'article premier.

Article 2 *Cession de créances*

Aux fins de la présente Convention:

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

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

Références

A/CN.9/420, par. 33 à 44; A/CN.9/432, par. 39 à 69 et 257; A/CN.9/434, par. 62 à 77; A/CN.9/445, par. 146 à 153; A/CN.9/456, par. 38 à 43; A/CN.9/466, par. 87 à 91; et A/55/17, par. 18 à 24.

¹² Par exemple, la Convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome, 1980 ("la Convention de Rome") et la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, Mexico, 1994 ("la Convention de Mexico").

Commentaire

Cession et contrat de cession ou contrat de financement

25. Comme la plupart des systèmes juridiques, le projet de convention reconnaît la distinction entre la cession proprement dite en tant que transfert de biens et le contrat de cession en tant qu'opération créant des obligations personnelles (en d'autres termes, entre la cession et sa cause, à savoir une vente, un accord de garantie, un don ou un paiement). Toutefois, il ne traite pas de la relation entre la cession et le contrat de cession. En particulier, le projet de convention n'aborde pas la question de savoir si l'efficacité d'une cession est subordonnée à la validité du contrat, question qui est traitée différemment d'un système juridique à l'autre. En outre, il ne mentionne pas l'objet de la cession, à savoir si une cession est effectuée à des fins purement financières ou à des fins de comptabilité, de recouvrement, de protection contre la défaillance du débiteur, de gestion des risques, de diversification de portefeuille ou autres. Une référence à l'objectif "financement" d'une opération pourrait créer un régime spécial pour les cessions à des fins de financement, même si un tel régime n'est pas nécessaire. Elle pourrait également avoir pour effet d'exclure inutilement du champ d'application du projet de convention des opérations importantes où des services et non un financement seraient fournis. Par ailleurs, une référence à l'objectif "commercial" de l'opération pourrait donner lieu à des incertitudes, car il n'est ni possible, ni souhaitable de donner une définition uniforme de ce terme dans une convention.

Questions contractuelles

26. Le projet de convention ne traite pas de questions contractuelles autres que celles qui font l'objet des articles 13 à 16 et 29. Par exemple, le point de savoir si "une contrepartie, un crédit ou des services" sont fournis ou promis au moment de la cession ou antérieurement n'est mentionné ni à l'article 2 ni dans aucune autre disposition du projet car il relève du contrat de cession ou du contrat de financement. En conséquence, le projet de convention s'appliquerait aux cessions effectuées tant à titre onéreux qu'à titre gratuit.

Transfert par convention

27. Afin de faire entrer dans le champ d'application du projet de convention, outre les cessions, d'autres pratiques impliquant le transfert de droits de propriété sur des créances, comme la subrogation contractuelle ou le nantissement, l'article 2 définit la "cession" comme un transfert. Cette approche tient compte du fait que d'importantes opérations de financement par cession de créances, comme l'affacturage, se font, dans certains systèmes juridiques, par le biais d'une subrogation contractuelle ou d'un nantissement. Le projet de convention a pour objet non pas tant de créer un nouveau type de cession que d'offrir des règles uniformes sur les cessions et sur les pratiques liées aux cessions comportant un élément international. Bien que visées en théorie par les législations nationales en vigueur, ces pratiques ne peuvent être suffisamment développées en raison des limitations que les règles impératives et les considérations d'ordre public du for imposent à l'application de la législation nationale dans un contexte international. L'emploi des mots "par convention" a pour objet d'exclure les transferts de plein droit (par exemple, la subrogation légale) et les cessions unilatérales (à savoir, sans l'acceptation du cessionnaire, qu'elle soit expresse ou tacite).

28. Sont visés à la fois les transferts purs et simples, y compris ceux effectués à des fins de garantie, et les cessions à titre de garantie. Afin d'éviter toute ambiguïté sur ce point, l'alinéa a) de l'article 2 aborde celui-ci expressément et 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. Compte tenu des grandes divergences existant entre les systèmes juridiques dans la classification des cessions, cette question est laissée à d'autres lois applicables en dehors du projet de convention. Une cession à titre de garantie pourrait en fait posséder les attributs d'un transfert pur et simple, alors qu'un transfert pur et simple pourrait être utilisé à titre de garantie.

Forme nationale et clause d'option positive

29. Les conditions d'application du projet de convention sont uniquement celles qui sont énoncées au chapitre premier. En particulier, la cession n'est soumise à aucune condition de forme particulière pour que le projet de convention s'applique. En fait, l'article 8 renvoie les questions de forme à la loi applicable en dehors du projet de convention. En outre, il n'est pas nécessaire que les parties à une cession indiquent d'une quelconque manière leur volonté de se soumettre au projet de convention. Si les parties situées dans un État contractant choisissent quoi qu'il en soit d'appliquer le projet, leur convention ne doit pas avoir d'incidence sur les droits du débiteur et d'autres tiers, conformément à l'article 6. Si les parties sont situées dans un État non contractant, la loi régissant le choix par les parties de la loi applicable en déterminerait les effets.

“Une personne à une autre personne”

30. Le cédant comme le cessionnaire peuvent être des personnes morales ou des particuliers, commerçants ou consommateurs. En particulier, la cession entre particuliers est visée, à moins que le cessionnaire ne soit un consommateur et que la cession ne soit effectuée pour ses propres besoins de consommation (alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 4). De ce fait, la cession de créances sur cartes de crédit ou de prêts garantis par des biens immobiliers dans les opérations de titrisation ou encore la cession de recettes provenant de routes à péage dans les accords de financement de projet entrent dans le champ d'application du projet de convention. La Commission étant convenue que le singulier englobe le pluriel et réciproquement, une cession effectuée par de nombreuses personnes (par exemple, les propriétaires conjoints de créances) ou à de nombreuses personnes (par exemple, un consortium de financiers) est également prise en compte (de même que la cession de plusieurs créances). Toutefois, dans la détermination du champ d'application territoriale ou de l'internationalité, chaque cession doit être considérée comme une cession distincte et satisfaire aux conditions énoncées au chapitre premier pour que le projet de convention s'applique (pour les cas mettant en jeu plusieurs débiteurs, voir par. 37). Dans le cas d'une cession à un mandataire agissant pour le compte de plusieurs personnes, pour savoir s'il y a un ou plusieurs cessionnaires, il faut connaître le pouvoir exact que détient le mandataire, question qui doit être tranchée par la loi applicable en dehors du projet de convention. Si le mandataire agit en simple intermédiaire recevant la correspondance et la faisant suivre aux personnes qu'il représente pour instructions, puis transmettant les instructions, il peut y avoir cession à plusieurs personnes, au nom desquelles agit le cessionnaire. Si le

mandataire a le pouvoir de prendre des décisions au nom des personnes qu'il représente, il peut y avoir cession à une seule personne.

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

31. Le projet de convention s'applique à la cession de créances nées de tout type de contrat, dans le sens le plus large du terme, que ce contrat existe au moment de la cession ou non. Ce qu'on entend par droit “contractuel” est une question d'interprétation conformément à la loi régissant ce droit. Toutefois, les créances contractuelles visées par le projet incluent les créances nées de contrats de fourniture de marchandises, de travaux de construction ou de services. La cession de ce type de créances est visée, que les contrats initiaux correspondants soient des opérations commerciales ou à des fins de consommation. Par exemple, les recettes provenant de routes à péage sont des créances contractuelles, car l'utilisateur accepte tacitement l'offre faite implicitement par l'entité publique ou privée exploitant ce type de routes. La cession de créances sous forme de redevances découlant de l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle est également visée, de même que la cession de dommages-intérêts pour contravention à un contrat et d'intérêts (si ces derniers étaient dus en vertu du contrat initial) ou encore de dividendes (provenant d'actions, qu'ils aient été déclarés au moment de la cession ou qu'ils soient nés après la cession). En revanche, la cession de créances nées de produits dérivés, de lettres de crédit ou de comptes de dépôt est exclue (voir art. 4). De même, le transfert de créances nées de l'application de la loi, comme les créances extracontractuelles, les créances nées d'un enrichissement sans cause, les créances fiscales ou les créances fixées par décision de justice ou découlant de sentences arbitrales est exclu, à moins que ces créances ne soient incorporées dans un accord de transaction.

32. En principe, le droit du vendeur (cédant) sur toute marchandise restituée (par exemple, si elle est défectueuse) n'est pas une créance. Il est toutefois traité comme une créance dans la relation entre le cédant et le cessionnaire s'il remplace la créance cédée (voir alinéa j) de l'article 5 et art. 16). En outre, les droits non monétaires convertibles en une somme d'argent sont des créances dont la cession est prise en compte. Si la conversion est prévue dans le contrat initial, ce résultat est implicite à l'article 2. Si au contraire elle n'est pas prévue dans le contrat initial, il est envisagé, conformément à ce qui a été décidé, de prendre en compte la cession de droits non monétaires convertis en dommages-intérêts pour contravention au contrat.

Droits à exécution non monétaires

33. La cession d'autres droits contractuels, non monétaires (par exemple le droit à exécution, le droit de déclarer la résolution du contrat), n'est pas visée. Dans la mesure où les cessionnaires se fondent non pas sur les créances mais sur ces droits à exécution non monétaires, la cession de tels droits soit ne fait pas partie d'opérations importantes, soit peut être interdite lorsque le droit à exécution est un droit personnel. 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 en principe ferait fond essentiellement sur les créances. S'agissant de la délégation d'obligations, celle-ci n'est pas visée car elle soulève des questions allant bien au-delà du champ d'application souhaitable du projet de convention.

Fractions de créances ou droits indivis sur des créances

34. Parmi les pratiques importantes visées par le projet de convention figure la cession de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances (par exemple, titrisation, prêts consortiaux et participation). L'efficacité de ces cessions partielles n'est pas reconnue dans tous les systèmes juridiques. C'est pourquoi l'article 9 les valide. En outre, afin d'éviter toute incertitude quant à savoir si l'ensemble du projet de convention s'y applique, l'article 2 y fait expressément référence, ce qui est particulièrement utile pour l'application des dispositions relatives à la protection du débiteur aux cas dans lesquels la créance serait partiellement cédée à plusieurs cessionnaires (s'agissant du paiement libératoire du débiteur en cas de notification de la cession d'une fraction de créances, voir par. 6 de l'article 19).

Droits personnels (cessibilité légale)

35. Le projet de convention traite la question de la cession de droits personnels (par exemple, salaires, pensions ou polices d'assurance) et de droits dont la cession est interdite par la loi (par exemple, les créances souveraines) sous l'angle de l'efficacité et non du champ d'application. Ainsi, l'article 2 n'exclut pas la cession de droits personnels (dans le cadre, par exemple, de pratiques de financement importantes telles que le financement des services d'emploi temporaire). Si ce type de cession n'est pas interdit par la législation nationale, le projet de convention en reconnaît l'efficacité. Si, au contraire, ces cessions sont interdites par la législation nationale, il n'a aucune incidence sur cette interdiction (par. 3 de l'article 9).

“[Due par] une troisième personne” (commerçant, consommateur, collectivité ou autre entité publiques)

36. Hormis le cédant et le cessionnaire, le débiteur également pourrait être une personne morale ou un particulier, un commerçant ou un consommateur, une personne publique ou une institution financière. Contrairement à la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (“la Convention d'Ottawa”), le projet de convention n'exclut pas les pratiques commerciales impliquant la cession de créances contractuelles dues par des consommateurs, à moins que la cession ne soit faite à un consommateur pour ses besoins de consommation (alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 4). Les cessions de créances sur consommateurs font partie de pratiques importantes, telles que la titrisation de créances sur cartes de crédit, dont la facilitation peut permettre aux fabricants, détaillants et consommateurs d'accéder plus facilement à un crédit moins onéreux et peut, par conséquent, favoriser le commerce international de biens de consommation. Toutefois, s'il couvre la cession de créances sur consommateurs, le projet de convention n'a pas pour objet de déroger à la législation sur la protection des consommateurs (voir par. 103 et 132).

37. La cession de créances dues par une collectivité ou une entité publiques est aussi prise en compte, à moins que cette cession ne soit interdite par la loi (voir par. 3 de l'article 9). Toutefois, l'État dans lequel le débiteur souverain est situé peut formuler une réserve à propos de la règle énoncée à l'article 11 selon laquelle les cessions ont effet nonobstant toute limitation contractuelle à la cession (voir art. 40). Les créances dues par des débiteurs dans le cadre de contrats financiers, comme des prêts, des comptes de dépôt, des swaps et des produits dérivés, ne sont pas visées par le projet de convention (voir art. 4 et par. 47 à 54). En revanche, la cession d'une ou de plusieurs créances, en totalité ou par fractions, dues conjointement (à savoir intégralement) et solidairement (à savoir indépendamment) par plusieurs débiteurs

est visée, sous réserve que le contrat initial soit régi par la loi d'un État contractant. Si, par ailleurs, un ou plusieurs débiteurs, mais pas tous, sont situés dans un État contractant, chaque opération devrait être considérée comme une opération indépendante de manière à garantir la prévisibilité concernant la situation juridique du débiteur.

Article 3 *Internationalité*

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

Références

A/CN.9/420, par. 26 à 29; A/CN.9/432, par. 19 à 25; A/CN.9/445, par. 154 à 167; A/CN.9/456, par. 44, 45, 227 et 228; A/CN.9/466, par. 92 et 93; et A/55/17, par. 25 et 26.

Commentaire

38. Pour assurer un certain degré de certitude dans l'application du projet de convention, l'article 3, à l'exemple d'autres textes établis par la Commission ou par d'autres organisations, définit l'internationalité par référence au lieu où sont situées les parties (pour une définition de la "localisation", voir alinéa h) de l'article 5). Dans le cas où il y a plus d'un cédant, d'un cessionnaire ou d'un débiteur, l'internationalité doit être déterminée pour chacune de ces parties séparément (voir par. 30 et 37). Il résulte de l'article 3 que lorsqu'une créance est internationale, sa cession est visée par le projet de convention, que la créance soit cédée à un cessionnaire national ou à un cessionnaire étranger. Cependant, même lorsqu'une créance est nationale, sa cession peut entrer dans le champ d'application du projet de convention si elle est internationale ou si elle fait partie d'une série de cessions qui comprend une cession internationale antérieure (voir par. 19 et 20).

39. Le caractère international d'une cession est déterminé à la date où celle-ci est effectuée, tandis que l'internationalité d'une créance est déterminée à la date de la conclusion du contrat initial ("au moment où elle naît"). Le changement du lieu de situation des parties après la date considérée ne rend pas une cession ou une créance internationale nationale et vice versa. La détermination de l'internationalité d'une créance au moment où elle naît se justifie par le fait qu'un cédant éventuel ou un débiteur a besoin de savoir, au moment de la conclusion du contrat initial, quelle loi pourrait s'appliquer à une cession éventuelle. Une telle information est importante pour que le cédant et, partant, le débiteur, puissent déterminer si et à quel coût ils peuvent obtenir un crédit.

40. Toutefois, dans le cas d'une cession nationale d'un ensemble de créances nationales et internationales futures, il s'ensuit que les parties ne pourront peut-être pas déterminer, au moment de la cession, si le projet de convention s'appliquera à la fraction de la cession qui porte sur les créances internationales. Cela signifie que, selon que le projet de convention s'applique ou non, les garanties implicites entre le cédant et le cessionnaire, ainsi que la situation juridique du débiteur peuvent être différentes. Toutefois, les règles de priorité applicables ne seraient pas différentes,

étant entendu que le projet de convention viserait, en tout état de cause, tous les conflits possibles de priorité, y compris les conflits avec un cessionnaire national de créances nationales.

41. Les parties à une cession nationale d'un ensemble de créances nationales et internationales futures devront donc structurer leurs opérations d'une certaine manière pour éviter ce problème (par exemple, en s'abstenant de céder dans une même transaction à la fois des créances nationales et des créances internationales futures). Si elles ne sont toutefois pas en mesure de le faire, un problème risque de se poser en ce sens qu'une loi pourrait s'appliquer aux créances nationales et une autre, le projet de convention, aux créances internationales. Ce problème, cependant, n'est pas dû au projet de convention; il existe déjà en dehors de ce dernier, dans les cas où des créances nationales et internationales sont cédées. En outre, le projet de convention permet aux parties de remédier plus facilement au problème, du moins dans la mesure où les parties à une cession nationale auront affaire à deux lois seulement, à savoir la loi du pays où sont situés le cédant et le cessionnaire et le projet de convention.

Article 4
Exclusions

1. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions effectuées:
 - a) À un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques;
 - b) Au moyen de la remise d'un effet de commerce, avec endossement, si nécessaire;
 - c) Dans le cadre de la vente, ou de la modification du régime de propriété ou du statut juridique de l'entreprise commerciale à laquelle sont attachées les créances cédées.
2. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions de créances nées:
 - a) D'opérations sur un marché boursier réglementé;
 - b) De contrats financiers régis par des conventions de compensation globale, sauf dans le cas d'une créance apparaissant après la liquidation de toutes les opérations;
 - c) De dépôts bancaires;
 - d) De systèmes de paiement interbancaire, d'accords de paiement interbancaire ou de systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières;
 - e) D'une lettre de crédit ou d'une garantie indépendante;
 - f) De la vente, du prêt, de la détention ou d'une convention de rachat de valeurs mobilières.
3. La présente Convention:
 - a) Ne règle pas la question de savoir si un droit réel sur un immeuble confère un droit sur une créance liée audit immeuble, ni ne détermine la priorité d'un tel droit sur la créance par rapport au droit concurrent d'un cessionnaire de celle-ci;

b) Ne rend pas licite l'acquisition de droits réels sur un immeuble, si elle n'est pas autorisée par la loi de l'État où l'immeuble est situé.

[4. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions énumérées dans une déclaration faite au titre de l'article 41 par l'État dans lequel est situé le cédant ou, pour ce qui est de ses dispositions traitant des droits et obligations du débiteur, par l'État dans lequel est situé le débiteur ou l'État dont la loi est celle qui régit le contrat initial.]

Références

A/CN.9/432, par. 18, 47 à 52, 106 et 234 à 238; A/CN.9/434, par. 42 à 61; A/CN.9/445, par. 168 à 179; A/CN.9/456, par. 46 à 52; A/CN.9/466, par. 54 à 77, 78 à 86 et 192 à 195; et A/55/17, par. 27 à 109 et 152.

Commentaire

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

Cessions effectuées à des fins de consommation

43. L'alinéa a) du paragraphe 1 exclut du champ d'application du projet de convention les cessions de créances commerciales ou de créances sur consommateurs d'une entité commerciale ou d'un consommateur à un consommateur, mais uniquement si elles sont effectuées pour les besoins personnels, familiaux ou domestiques du cessionnaire. Ces cessions n'ont pas d'importance pratique. En conséquence, les cessions de créances nées d'opérations impliquant des consommateurs ne sont pas exclues, à moins qu'elles ne soient faites à un consommateur pour ses besoins de consommation.

Cessions d'effets de commerce

44. Afin d'éviter toute atteinte aux droits de personnes découlant du droit cambiaire (à savoir du porteur de l'effet et du débiteur correspondant), l'alinéa b) du paragraphe 1 exclut les transferts d'effets de commerce (à savoir, lettres de change, billets à ordre, chèques et titres au porteur). La principale raison en est que le droit cambiaire est une branche distincte du droit qui traite certaines questions essentielles suivant une approche différente de celle adoptée dans le projet de convention. Par exemple, en droit cambiaire, si le débiteur paie un bénéficiaire qui n'est pas le détenteur légitime, il reste obligé envers ce dernier. De même, une personne qui acquiert l'effet en pensant qu'il a une cause initiale valable, sans avoir connaissance d'éventuelles exceptions cachées opposables au transférant, n'est pas soumise à ces exceptions.

45. Compte tenu du principe sur lequel repose l'alinéa b) du paragraphe 1, l'accent est placé sur la négociation d'un effet (à savoir la remise avec endossement, si celui-ci est nécessaire). De ce fait, les transferts d'effets à l'ordre du porteur par remise et endossement ainsi que les transferts de titres au porteur par remise sont exclus. Au contraire, les transferts d'effets par simple remise sans endossement nécessaire ne le sont pas. En outre, si une créance existe à la fois en vertu d'un contrat et sous la forme d'un effet de commerce, sa cession n'est pas exclue. Les créances nées d'un contrat sont souvent incorporées dans un effet de commerce

uniquement dans le but d'obtenir paiement au moyen d'une procédure en référé, si nécessaire.

Cessions de créances lors de l'achat d'entreprises

46. L'alinéa c) du paragraphe 1 exclut 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. Cependant, les cessions effectuées en faveur d'une institution finançant la vente (ou entre deux entités ou plus aux fins de la restructuration ou du refinancement de la dette) ne sont pas exclues.

Cessions de créances "financières"

47. Le paragraphe 2 exclut un certain nombre de pratiques pour lesquelles le projet de convention (par exemple, les dispositions relatives aux garanties, aux limitations contractuelles de la cession, à la compensation et à la priorité) ne conviendrait pas. Contrairement aux pratiques visées par le paragraphe 3 de l'article 11 et le paragraphe 3 de l'article 12 pour lesquelles l'application des articles 11 et 12 uniquement est exclue, les pratiques mentionnées au paragraphe 2 de l'article 4 sont exclues du champ d'application de l'ensemble du projet de convention. Cette différence d'approche tient au fait que le projet de convention ne s'appliquerait jamais aux pratiques énumérées au paragraphe 2 de l'article 4 tandis que son application aux pratiques énumérées au paragraphe 3 de l'article 11 et au paragraphe 3 de l'article 12 serait subordonnée à l'existence d'une convention de non-cession et à l'effet donné à une telle convention par la loi qui la régit.

48. Le critère d'exclusion appliqué à l'alinéa a) n'est pas la nature de l'actif faisant l'objet de l'opération mais le mode de règlement utilisé. En outre, ne sont pas exclues toutes les opérations réglementées mais uniquement les opérations effectuées sur un marché boursier réglementé (par exemple, bourse des valeurs mobilières, bourse des marchandises, bourse des devises, bourse des métaux précieux). De ce fait, les opérations sur des valeurs mobilières, des marchandises, des devises, ou des métaux précieux effectuées en dehors d'un marché boursier réglementé (et en dehors des conventions de compensation globale exclues à l'alinéa b)) ne sont pas exclues (par exemple, l'affacturage du produit de la vente d'or ou d'autres métaux précieux).

49. L'alinéa b) exclut les "contrats financiers" régis par des conventions de compensation globale (pour les commentaires sur les définitions correspondantes, voir par. 72 à 75). Ce type d'opération financière suppose, par définition, qu'une partie peut être débiteur ou créancier et que les paiements se compensent mutuellement. De ce fait, si l'on retire un des maillons – en d'autres termes un paiement – de la chaîne par voie de cession, le risque de crédit sur la base duquel une partie a pris part à l'opération peut changer. Un tel changement pourrait mettre en péril toute l'opération ou avoir un effet préjudiciable sur le coût du crédit, ce qui irait à l'encontre de l'objectif général du projet de convention. En raison de l'importance de ces opérations pour les marchés financiers internationaux et de leur volume, une telle situation peut engendrer un risque systémique susceptible de nuire à l'ensemble du système financier.

50. Les pratiques régies par les conventions de compensation globale entre deux entreprises commerciales autres que des institutions financières ("compensation

globale à caractère non financier”) ne sont pas exclues. Aucune disposition du projet de convention ne porterait atteinte à de telles pratiques. En outre, l’exclusion de ces pratiques pourrait entraîner involontairement l’exclusion d’opérations commerciales importantes au seul motif que le cédant avait conclu une convention de compensation globale avec le débiteur. La cession d’une créance payable à liquidation d’une convention de compensation globale n’est pas exclue non plus, car, en l’espèce, on ne risque pas de compromettre la réciprocité des obligations (voir également alinéa d) du paragraphe 3 de l’article 11 et alinéa d) du paragraphe 4 de l’article 12).

51. À l’alinéa c), les créances nées de dépôts bancaires sont exclues. En effet, certaines dispositions du projet de convention (par exemple alinéa h) de l’article 5 et art. 11, 12, 19, 20 et 24) peuvent perturber la relation normale entre une institution financière et un titulaire de compte et gêner l’octroi de crédits contre nantissement du compte à titre de garantie.

52. L’exclusion énoncée à l’alinéa d) se justifie par le fait qu’il est nécessaire d’éviter d’empiéter sur la réglementation relative aux systèmes (plus de deux parties) ou aux accords (deux parties) de paiement interbancaire et aux systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières (qui font normalement intervenir plus de deux parties mais qui peuvent, dans certains pays, n’en faire intervenir que deux). Ces systèmes sont exclus à l’alinéa d) (et non à l’alinéa b)), puisqu’ils fonctionnent dans le cadre ou en dehors de conventions de compensation globale.

53. Les cessions de créances nées d’une lettre de crédit ou d’une garantie indépendante sont également exclues (voir alinéa e)). Ce type de cession donne lieu à des considérations particulières et fait l’objet de textes spéciaux, de caractère législatif ou autre, comme la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU500), les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD) et les règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS98).

54. L’alinéa f) traite des opérations portant sur des valeurs mobilières effectuées en dehors d’un marché boursier réglementé (voir alinéa a)) ou d’une convention de compensation globale (alinéa b)). La détention directe (par le titulaire) ou indirecte (par un intermédiaire) de valeurs mobilières sous forme papier ou dématérialisée est exclue, puisqu’elle peut engendrer des créances, comme le solde d’un compte de valeurs mobilières ou les dividendes provenant de valeurs mobilières. L’alinéa f) exclut également les opérations réalisées par remise matérielle ou par inscription dans les registres comptables d’un intermédiaire détenant les valeurs mobilières sous forme papier ou dématérialisée.

Cessions de créances immobilières

55. Le paragraphe 3 a principalement pour objet d’assurer que le projet de convention n’affecte pas les marchés immobiliers nationaux. L’alinéa a) vise à garantir que le projet de convention ne s’appliquera pas à un conflit de priorité entre le détenteur d’un droit sur un immeuble et le cessionnaire de créances nées de la vente ou de la location de cet immeuble ou encore garanties par ce dernier. Un tel conflit peut survenir si un droit sur un immeuble est étendu à des créances liées à ce même immeuble. Par exemple, il est normal pour celui qui finance l’acquisition d’un immeuble ou encore la construction ou la rénovation de bâtiments d’obtenir

une hypothèque lui donnant un droit sur les revenus futurs tirés de l'immeuble ou des bâtiments. La priorité des droits du financier est normalement déterminée par la loi du pays où est situé l'immeuble. Toutefois, si le droit du financier sur les créances ne découle pas de son droit sur le bien immeuble, la cession des créances n'est pas exclue. Dans le cas contraire, la simple existence d'une hypothèque pourrait avoir involontairement pour effet d'exclure du champ d'application du projet de convention d'importantes pratiques de financement par cession de créances qui sont actuellement régies de manière appropriée par les législations nationales sur la cession de créances.

56. L'alinéa b) a pour but de garantir que le projet de convention sera sans incidence sur les interdictions légales existant en ce qui concerne l'acquisition de droits sur un immeuble par un cessionnaire de créances liées à cet immeuble. De ce fait, si le paiement de la créance cédée est garanti par une hypothèque, nonobstant l'article 12, le cessionnaire n'obtiendrait pas cette hypothèque si elle n'était pas transférable en vertu de la loi. En outre, l'alinéa b) vise à compléter les mesures de protection des détenteurs de droits sur des créances immobilières prévues au paragraphe 3 de l'article 9 (interdictions légales), au paragraphe 5 de l'article 12 (conditions de formes) et au paragraphe 1 de l'article 25 (ordre public).

Exclusions par voie de déclaration

57. Pour rendre le projet de convention plus acceptable, le paragraphe 4, qui figure entre crochets puisqu'il n'a pas encore été adopté, donne aux États la possibilité d'exclure d'autres pratiques, actuelles ou futures.

C. Chapitre II Dispositions générales

Article 5

Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente Convention:

- a) Le terme "contrat initial" désigne le contrat entre le cédant et le débiteur d'où naît la créance cédée;
- b) Le terme "créance existante" désigne une créance qui naît avant ou à la date de la conclusion du contrat de cession et le terme "créance future" désigne une créance qui naît après la conclusion du contrat de cession;
- c) Le terme "écrit" désigne toute forme d'information accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure. Lorsque la présente Convention exige qu'un écrit soit signé, cette exigence est remplie si, par des méthodes généralement acceptées ou suivant une procédure agréée par la personne dont la signature est requise, l'écrit identifie cette personne et indique qu'elle en approuve le contenu;
- d) Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire;
- e) Le terme "administrateur de l'insolvabilité" désigne une personne ou un organisme, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure

d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs ou des activités du cédant;

f) Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les actifs et les activités du cédant sont soumis à contrôle ou supervision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente aux fins de redressement ou de liquidation;

g) Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une partie sur le droit d'une autre partie;

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

i) Le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé;

j) Le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée, en tant que paiement total ou partiel ou autre forme d'exécution. Ce terme inclut tout ce qui est reçu au titre du droit sur le produit. Il n'inclut pas les biens meubles corporels restitués;

k) Le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, option ou swap portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute opération analogue à l'une des précédentes, effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus;

l) Le terme "convention de compensation globale" désigne une convention prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

ii) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur valeur loyale et marchande, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; ou

iii) La compensation des montants calculés comme prévu au sous-alinéa ii) précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus;

m) Le terme "réclamant concurrent" désigne:

i) Un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, y compris un créancier qui, de par l'effet de la loi, se prévaut d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) Un créancier du cédant; ou

iii) L'administrateur de l'insolvabilité.

Références

A/CN.9/420, par. 52 à 60; A/CN.9/432, par. 70 à 72, 94 à 105; A/CN.9/434, par. 78 à 85, 109 à 114, 167 et 244; A/CN.9/445, par. 180 à 190; A/CN.9/456, par. 53 à 78; A/CN.9/466, par. 25 à 31, 46 à 49 et 94 à 100; A/55/17, par. 110 à 118 et 184; et A/CN.9/486, par. 47, 54, 147 et 173.

Commentaire**Contrat initial**

58. Le contrat initial, qui sert de point de référence dans les articles 5 h), 17, 18-1, 19-1, 20-1, 22-2 b) et 23, est la source de la créance cédée. Sauf là où il en est expressément disposé autrement (par exemple aux articles 9 à 12 et 17 à 23), le projet de convention n'est pas censé avoir d'incidences sur les droits et obligations des parties découlant du contrat initial.

Créance existante et créance future

59. Les termes "créance existante" et "créance future" apparaissent aux articles 9 et 10 (il est entendu que le singulier englobe le pluriel et vice versa). Le critère de distinction entre une créance existante et une créance future est la date de la conclusion du contrat initial. Une créance née d'un contrat conclu à la date de la cession ou avant celle-ci est considérée comme existante bien qu'elle ne devienne pas exigible avant une date future ou le devienne à condition que soit exécutée une obligation en contrepartie ou que survienne un autre événement déterminé. La définition couvre tous les types de créances futures, en particulier les créances conditionnelles (qui pourraient naître en fonction d'un événement futur) et les créances purement hypothétiques (qui pourraient naître d'une activité future du cédant; pour la limitation introduite à l'article 9, voir par. 83). Bien que l'on parte généralement du principe que la "conclusion du contrat" désigne la date où les parties concluent une convention juridiquement contraignante et ne présuppose pas l'exécution du contrat, le sens exact de ce terme est laissé à la loi applicable en dehors du projet de convention.

Écrit

60. Ce terme est mentionné aux articles 5 d), 19-2 et 7, 21-1 et 3, 43-2 et 4, 46-1 du projet de convention de même qu'à l'article 5-1 de l'annexe. Sa définition inclut les moyens de communication autres que le papier qui peuvent assumer les mêmes fonctions que la communication sur papier (par exemple donner des preuves tangibles, servir d'avertissement aux parties pour ce qui est des conséquences ou fournir une communication lisible, ainsi qu'une authentification et des assurances suffisantes quant à son intégrité). Elle s'inspire des articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et reflète les deux notions distinctes d'"écrit" et de "signature" (pour une définition des termes "accessible", "utilisable" et "référence ultérieure", voir le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, par. 50).

61. On part du principe que la nécessité d'assurances renforcées quant à l'authenticité des communications devrait être évaluée différemment selon le contexte dans lequel est faite la communication. C'est pourquoi le projet de convention exige un écrit pour la notification de la cession (voir art. 5 d)) et un écrit

signé par le débiteur pour le renoncement de celui-ci à invoquer des exceptions (voir art. 21-1). Un écrit est également exigé pour les déclarations faites par les États et pour certains actes liés à l'enregistrement (voir art. 43-2 et 4 du projet de convention et art. 5-1 de l'annexe).

Notification de la cession

62. Ce terme est employé dans les articles 15, 16, 18, 19, 20-2 et 22. Une notification répond aux exigences du projet de convention si elle est faite par écrit et identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire (et si elle est formulée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet au débiteur d'en comprendre le contenu, voir art. 18-1). Si une notification ne répond pas à ces exigences, elle est sans effet en vertu du projet de convention. Toutefois, la question de savoir si une telle notification a effet au regard de la loi applicable en dehors du projet de convention doit être tranchée par cette même loi (s'agissant du paiement libératoire effectué par le débiteur en faveur de la personne fondée à le recevoir même en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, voir art. 19-8).

63. On déterminera ce qu'est une description suffisante dans chaque cas particulier en fonction des circonstances. En règle générale, il ne serait pas nécessaire d'indiquer si la cession est une cession pure et simple ou une cession à titre de garantie; ni d'identifier précisément le débiteur ou le montant. Des descriptions du type "toutes mes créances procédant de mon entreprise automobile" ou "toutes mes créances à l'égard de mes clients dans les pays A, B et C" seraient suffisantes. Néanmoins, dans le cas d'une cession de fractions de créances, il faudra peut-être indiquer dans la notification le montant cédé (pour la cession de fractions de créances, voir par. 34 et 89; voir aussi art. 19-6).

64. Si la notification doit suffisamment identifier le cessionnaire, pour avoir effet en vertu du projet de convention, elle ne doit pas indiquer le bénéficiaire (à savoir la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu de payer). En conséquence, une notification qui ne contient aucune instruction de paiement a effet conformément au projet de convention (voir art. 15-1, 18-1 et 19-2; voir aussi par. 124 et commentaires sur l'article 19-2).

Administrateur de l'insolvabilité et procédure d'insolvabilité

65. Le terme "administrateur de l'insolvabilité" est employé à l'article 24 du projet de convention ainsi qu'aux articles 2, 7 et 9 de l'annexe. Le terme "procédure d'insolvabilité" est employé à l'article 25 du projet de convention et aux articles 2, 7 et 9 de l'annexe. Pour définir ces deux termes, on s'est inspiré des définitions de "procédure étrangère" et de "représentant étranger" figurant à l'article 2 a) et d) de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. On s'est également aligné sur l'article 1-1 ainsi que l'article 2 a) et b) du Règlement de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité. En se référant à l'objet d'une procédure ou à la fonction d'une personne, plutôt qu'en recourant à des expressions techniques qui pourraient avoir différentes significations dans différents systèmes juridiques, les définitions sont suffisamment larges pour englober une grande diversité de procédures d'insolvabilité, y compris les procédures provisoires. Cette démarche est destinée à éviter qu'un État contractant ait besoin de reconnaître une procédure qui n'est pas une procédure d'insolvabilité dans sa législation mais aussi

qu'il refuse de reconnaître une procédure qui est une procédure d'insolvabilité dans sa législation.

Priorité

66. Le terme "priorité" est employé aux articles 16, 24, 25-2, 26, 27, 31, 43-7, 45-4 et 46-4 du projet de convention, ainsi qu'aux articles 1, 2 et 6 à 9 de l'annexe. Dans le projet de convention, on entend par priorité le fait qu'une partie a la préférence sur les autres ayants droit lorsqu'elle demande paiement de sa créance. Il n'est pas fait référence au paiement, car un créancier peut être désintéressé par paiement ou d'une autre manière (par exemple, par la restitution des marchandises). Priorité ne veut pas dire validité. La priorité présuppose l'existence d'une cession valide entre le cédant et le cessionnaire (pour un exposé des motifs ayant conduit au choix de l'expression "à effet" à l'article 9, voir par. 85). La question de savoir si un créancier a un droit réel plutôt que personnel et si une cession est une cession pure et simple ou une cession à titre de garantie est considérée comme distincte de celle de la priorité ("nature d'un droit"; voir art. 24). Comme cette dernière, toutefois, elle est laissée à la loi du lieu où est situé le cédant. La priorité est également une question distincte de celle de la libération du débiteur. En vertu de l'article 19, le débiteur est libéré même si le paiement est fait à un cessionnaire qui n'a pas la priorité. Savoir si le cessionnaire conservera le produit du paiement est une question de priorité qui doit être résolue entre les divers ayants droit conformément à la loi régissant la priorité (voir art. 24).

"Situé"

67. Ce terme apparaît dans plusieurs dispositions du projet de convention (à savoir l'article 1-1 a) et 3 ainsi que les articles 3, 4-4, 17-2, 21-1, 23 à 25, 31, 36-3, 38, 40 et 41). Les deux principales questions auxquelles il se rapporte, toutefois, sont le champ d'application et la priorité. La définition vise à concilier souplesse et sécurité. Le terme "établissement" bien connu et couramment employé dans les textes de la CNUDCI et d'autres textes législatifs internationaux fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Il désigne le lieu où sont menées les activités professionnelles d'une personne physique ou morale. Aux fins de l'application de la loi d'un État, plusieurs établissements situés dans le même État sont considérés comme ne formant qu'un seul établissement. Pour assurer un degré de prévisibilité suffisant dans l'application du projet de convention s'agissant du débiteur, lorsque ce dernier a plus d'un établissement, on se réfère à l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si le cédant (ou le cessionnaire) a plus d'un établissement, ce dernier est celui où s'exerce son administration principale. Cette règle vise à garantir que les questions de priorité soient régies par la loi d'un seul et même État dans lequel toute procédure principale d'insolvabilité sera très probablement engagée.

68. La notion de lieu de l'administration centrale s'apparente à celle de centre des intérêts principaux (terme employé dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale), de direction générale ou d'établissement principal. Tous ces termes sont censés désigner le centre de gestion et de contrôle, le véritable centre vital d'où, en fait – et non en apparence – sont contrôlées les activités essentielles d'une entité et où sont effectivement prises les décisions finales au plus haut niveau. À cet égard, l'endroit où se trouvent la plupart des actifs ou celui où sont tenus les livres comptables est sans importance. Dans la mesure où la gestion

quotidienne des affaires et des activités d'une telle entité s'exerce ailleurs que sur le lieu de l'administration centrale, ce dernier reste décisif. Toutefois, contrairement à la Loi type de la CNUDCI, qui établit la présomption réfragable selon laquelle le centre des intérêts principaux est le lieu d'immatriculation (art. 16-3), le projet de convention ne prévoit pas une telle règle "refuge". La raison en est que, contrairement à la Loi type de la CNUDCI, qui porte essentiellement sur l'insolvabilité, le projet de convention est surtout axé sur la planification du financement d'un débiteur solvable et, pour faciliter une telle planification, il est indispensable de définir le lieu de situation en se référant à un seul État facile à déterminer.

69. Dans la plupart des cas, le lieu de l'administration centrale serait facile à déterminer et renverrait à un seul État. Dans les circonstances exceptionnelles où tel ne serait pas le cas, les parties ne se trouveraient pas dans une situation pire que celle de départ et devraient faire en sorte que leurs droits soient exécutoires dans chaque État où pourrait être situé le cédant.

Loi

70. Le terme "loi" figure dans le préambule ainsi qu'aux articles 1-2, 7-2, 8, 12-1, 5 et 6, 21, 23 à 25, 28 à 32, 36 et 42-2. Sa définition vise à garantir qu'il sera fait référence aux règles de droit matériel et non aux règles de droit international privé de la législation applicable. Si elle englobait les règles de droit international privé, toute question pourrait faire l'objet d'un renvoi à un droit autre que le droit matériel applicable en vertu des règles de droit international privé du for ("renvoi"). Habituellement, les conventions de droit international privé excluent toute forme de renvoi. Si la législation applicable devait englober les règles de droit international privé, un élément d'incertitude serait réintroduit. Par exemple, les règles de droit international privé de l'État dans lequel est situé le cédant pourraient renvoyer à la loi d'un État qui n'est pas partie à la Convention et qui a une règle renvoyant les questions de priorité à la loi régissant la créance. Il s'ensuivrait que les parties perdraient tous les avantages que l'article 24 est censé apporter en termes de certitude et de prévisibilité.

Produit

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

Contrat financier

72. Ce terme est employé à l'article 4-2 b). Il désigne des contrats dérivés (par exemple les swaps ou les conventions de rachat) qui ont pour caractéristique

commune de créer des obligations de paiement déterminées par le prix d'une opération sous-jacente. Ces contrats sont appelés dérivés du fait qu'ils dérivent de contrats commerciaux ordinaires, et que le règlement ne se fait pas par exécution effective du contrat commercial (de vente ou de dépôt), mais par le paiement de la différence entre le prix d'un bien effectif et un prix effectif. Les produits dérivés s'intègrent généralement dans un accord-cadre de compensation (par exemple la Convention-cadre de compensation établie par l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA)).

73. Dans un swap traditionnel de taux d'intérêts, une entité solvable qui emprunte de l'argent à un taux fixe échange ce taux contre un taux variable auquel une autre entité moins solvable emprunte un montant analogue. Ainsi, la deuxième entité emprunte en fait de l'argent à un taux fixe moyennant un droit. Aucun paiement de capital n'a lieu entre les parties au swap (qui découle des opérations de prêt sous-jacentes). Seuls sont payés les intérêts. Dans la pratique, les paiements d'intérêts se trouvent mutuellement compensés et ne reste qu'un paiement net effectué par la partie qui doit le montant le plus élevé. Ce solde constitue un droit contractuel à une somme d'argent, dont la cession n'est pas exclue du champ d'application du projet de convention.

74. À l'exception des swaps d'intérêts, la plupart des contrats dérivés portent sur la différence entre le prix futur convenu d'un actif à une date future et le prix effectif du marché à cette date. Par exemple, dans les conventions de rachat, une partie vend à une autre partie (généralement à un taux fixe) une valeur mobilière (par exemple, des actions ou des obligations) et s'engage simultanément à racheter cette valeur à une date ultérieure et à un prix convenu. Ce prix comprend une provision pour les intérêts sur la contrepartie en espèces et les intérêts accumulés sur la valeur mobilière. Les paiements dépendent de la remise ou rétrocession de cette dernière.

75. Dans les opérations "à terme", les parties conviennent d'acheter ou de vendre un bien (par exemple, une devise étrangère), qui sera remis à une date future donnée et à un prix déterminé. Dans une opération "au comptant", la remise s'effectue un certain nombre de jours ouvrables, en général deux, après la date du contrat. Dans un contrat "à terme", une partie convient de livrer à l'autre partie à une date future donnée ("date d'échéance") un bien donné (par exemple, une marchandise, une monnaie, une dette, un titre participatif ou un panier d'actions, un dépôt bancaire ou toute autre catégorie de biens) à un prix convenu au moment de la conclusion du contrat et payable à la date d'échéance. Les contrats à terme sont généralement exécutés par le paiement de la différence entre le prix convenu au moment de la conclusion du contrat et le prix du marché à la date d'échéance et non par la livraison matérielle et le paiement intégral à cette date. Dans les options, l'acheteur a le droit (mais non l'obligation) d'acquérir ("option d'achat") ou de vendre ("option de vente") à une date ultérieure un actif dont le prix est fixé au moment de la conclusion du contrat d'option.

Convention de compensation globale

76. Les conventions de compensation globale sont une pratique courante dans les systèmes de paiement interbancaire et de règlement des opérations sur valeurs mobilières et dans les opérations portant sur des produits dérivés et des devises. Elles se fondent sur des contrats types et des textes législatifs établis par la branche

d'activité concernée (par exemple, la Convention-cadre de compensation établie par l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA)) et la Loi type de l'ISDA sur la compensation adoptée à ce jour par 21 États). Ces conventions prévoient le règlement net des paiements dus dans la même monnaie et à la même date, de même que la compensation (à savoir le règlement de créances réciproques jusqu'à la créance la moins élevée) et la compensation globale (soit, sous sa forme la plus simple, la capacité de compenser des créances réciproques sur les actifs d'une contrepartie insolvable).

Réclamant concurrent

77. Le terme "réclamant concurrent" figure aux articles 9-4, 10, 24, 26, 31, 43-7, 45-4 et 46-4. Sa définition est destinée à englober tous les conflits de priorité potentiels, y compris les conflits entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales, entre un cessionnaire et un créancier titulaire d'un droit sur d'autres biens étendu aux créances nées de ces biens et entre un cessionnaire dans une cession effectuée avant l'entrée en vigueur du projet de convention et un cessionnaire dans une cession effectuée après. Un créancier ayant un droit sur des marchandises étendu aux créances par convention ou par la loi est considéré comme un cessionnaire. De ce fait, un conflit avec ce créancier serait subordonné à une règle du type de celle qui est énoncée à l'article 1, 6 ou 8 de l'annexe.

Article 6 Autonomie des parties

Sous réserve de l'article 21, le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent, par convention, déroger aux dispositions de la présente Convention relatives à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidences sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

Références

A/CN.9/432, par. 33 à 38; A/CN.9/434, par. 35 à 41; A/CN.9/445, par. 191 à 194; A/CN.9/456, par. 79 et 80; et A/55/17, par. 119 à 121.

Commentaire

78. 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 l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, il n'autorise pas les parties à modifier des dispositions ayant une incidence sur la situation juridique de tiers ou à y déroger ni à exclure l'ensemble du projet de convention. La raison de cette approche différente est que, contrairement à la Convention des Nations Unies sur les ventes, le projet de convention porte principalement sur les effets de la cession sur la propriété et peut, par conséquent, avoir une incidence sur la situation juridique de tiers. Autoriser les parties à conclure un accord ayant une incidence sur les droits et obligations de tiers non seulement dépasserait toute notion acceptable de l'autonomie des parties mais introduirait en outre un degré d'incertitude non souhaitable et pourrait par conséquent aller à l'encontre de l'objet principal du

projet de convention. L'article 6 doit s'appliquer à une convention conclue entre le cédant et le cessionnaire, entre le cédant et le débiteur ou entre le cessionnaire et le débiteur à condition qu'ils modifient des dispositions du projet de convention – et non de la loi applicable en dehors de ce dernier – ou y dérogent. La référence à l'article 21 introduit une restriction supplémentaire, à savoir que le cédant et le débiteur ne peuvent conclure une convention de renonciation aux exceptions mentionnées au paragraphe 2 de cet article (toutefois, une telle renonciation par convention entre le cessionnaire et le débiteur n'est pas traitée à l'article 21).

Article 7

Principes d'interprétation

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

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

Références

A/CN.9/432, par. 76 à 81; A/CN.9/434, par. 100 et 101; A/CN.9/445, par. 199 et 200; A/CN.9/456, par. 82 à 85; A/55/17, par. 122 à 124; et A/CN.9/486, par. 74.

Commentaire

79. L'article 7, qui s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, porte sur la manière d'interpréter le projet de convention et d'en combler les lacunes. En ce qui concerne l'interprétation du projet de convention, le paragraphe 1 de l'article 7 énonce quatre principes, à savoir l'objet et le but de la Convention tels qu'énoncés dans le préambule, le caractère international du texte, l'uniformité et le respect de la bonne foi dans le commerce international. À l'exception de la référence au préambule qui a pour but de faciliter l'interprétation du texte et d'aider à en combler les lacunes, ces principes sont communs à la plupart des textes de la CNUDCI et devraient être lus comme ceux qui ont été rédigés de façon similaire dans ces textes. La référence au caractère ou à l'origine internationale du texte devrait amener un tribunal à éviter d'interpréter le projet de convention sur la base de notions de droit interne. Il est possible de satisfaire au besoin de préserver l'uniformité uniquement si les tribunaux judiciaires ou arbitraux appliquent le projet de convention quant au fond et prennent en considération les décisions des tribunaux judiciaires et arbitraux d'autres pays. Le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, système qui consiste à recueillir des décisions judiciaires et des sentences arbitrales fondées sur les textes de la CNUDCI, a été établi par la Commission précisément dans le souci de préserver cette uniformité. Il est disponible sous forme papier dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et sur le site de la CNUDCI sur Internet (<http://www.uncitral.org>) en anglais, espagnol et français (les versions dans les autres langues seront ajoutées à l'avenir, en fonction des ressources disponibles).

80. La référence à la bonne foi ne concerne que l'interprétation du projet de convention. Si le principe de la bonne foi est appliqué à la conduite des parties, la prudence s'impose. 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. Toutefois, s'il est appliqué à la relation entre le cessionnaire et le débiteur ou le cessionnaire et tout autre ayant droit, il risquerait de compromettre la certitude attachée au projet de convention. Par exemple, selon le principe de la bonne foi prévalant dans l'État du for, le débiteur, qui pourrait avoir payé le cessionnaire après notification, pourrait avoir à le faire de nouveau s'il était au courant (mais n'avait pas reçu notification) d'une cession antérieure. De même, l'application du principe de la bonne foi à la relation entre le cessionnaire et un tiers pourrait involontairement avoir pour effet de faire perdre la priorité au cessionnaire prioritaire en vertu des dispositions de la loi du lieu de situation du cédant relatives à l'enregistrement s'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance des droits acquis par une autre personne avant l'enregistrement (bien qu'aucune information sur ces droits n'ait été enregistrée).

81. Pour ce qui est de combler les lacunes, on établit une distinction entre les questions qui entrent dans le champ d'application du projet de convention mais ne sont pas expressément tranchées par lui et les questions qui n'y entrent pas. Ces dernières sont laissées à la loi applicable en dehors du projet de convention en vertu des règles de droit international privé du for (ou, si le for est un État contractant, du projet de convention). Les questions qui entrent dans le champ d'application du projet mais ne sont pas expressément tranchées par lui doivent être réglées selon les principes généraux dont le projet s'inspire¹³. Ces principes doivent être déduits du préambule ou de certaines dispositions du projet de convention (par exemple, le principe de facilitation d'un accès accru à un crédit moins onéreux et le principe de la protection du débiteur). S'il n'existe aucun principe pouvant être appliqué à une question particulière, cette dernière doit être réglée conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé. Les lacunes dans les dispositions de droit international privé du projet de convention doivent être comblées selon les principes du droit international privé qui sous-tendent le projet. En l'absence de tels principes, elles devraient être comblées conformément aux règles de droit international privé du for.

D. Chapitre III

Effets de la cession

Commentaire

Observations générales

82. Le chapitre III traite de questions liées à la validité d'une cession quant à la forme et quant au fond en vertu du projet de convention (pour l'emploi du terme "efficacité", voir par. 85). La validité quant à la forme est traitée par une règle de

¹³ Un certain nombre de questions qui ne sont pas régies par le projet de convention mais sont laissées à la loi applicable en dehors de ce dernier en vertu des règles de droit international privé sont présentées dans les commentaires de différents articles (voir, par exemple, par. 21, 22, 24, 25, 42 à 54, 66, 82, 83, 85, 105 et 111).

droit international privé, tandis que la validité quant au fond est traitée par des règles de droit matériel. Toutefois, les questions concernant la validité quant au fond ne sont pas toutes traitées. Sont laissées notamment à la loi applicable en dehors du projet de convention les questions suivantes: les limitations légales de la cession autres que celles qui sont traitées aux articles 9, 11 et 12, les questions concernant la priorité entre un cessionnaire et un réclamant concurrent, et les questions liées à la capacité et au pouvoir.

Article 8
Forme de la cession

Une cession est valable quant à la forme si elle satisfait à toute condition de forme pouvant exister soit dans la loi de l'État où le cédant est situé, soit dans toute autre loi applicable en vertu des règles de droit international privé.

Références

A/CN.9/420, par. 75 à 79; A/CN.9/432, par. 82 à 86; A/CN.9/434, par. 102 à 106; A/CN.9/445, par. 204 à 210; A/CN.9/456, par. 86 à 92; A/CN.9/466, par. 101 à 103; A/55/17, par. 125 à 129; et A/CN.9/486, par. 76 et 174.

Commentaire

83. L'article 8 a principalement pour objet d'offrir aux cessionnaires la certitude que, s'ils satisfont aux conditions de forme prévues dans la loi d'un État unique, leurs cessions (y compris le contrat de cession) seront valables quant à la forme. À cette fin, il renvoie les questions de forme à la loi du lieu où est situé le cédant (à savoir un État unique facile à déterminer même en cas de cession d'un ensemble de créances ou de créances futures). Toutefois, l'article 8 ne se réfère pas à une seule loi applicable pour ne pas aller à l'encontre des théories actuelles concernant la loi applicable à la forme du contrat de cession. La question de savoir s'il existe des conditions de forme ou ce que la notion de "forme" désigne exactement (un écrit, la notification de la cession au débiteur, l'inscription dans un registre, un acte authentique ou le paiement d'un droit de timbre) est laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention.

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

1. La cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, en totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances a effet entre le cédant et le cessionnaire ainsi qu'à l'égard du débiteur si ces créances sont désignées:

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

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

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

3. Sous réserve de ce qui est énoncé au paragraphe 1 du présent article, à l'article 11, et aux paragraphes 2 et 3 de l'article 12, la présente Convention n'a aucune incidence sur toute limitation d'une cession prévue par la loi.

4. La cession d'une créance n'est pas dépourvue d'effet à l'égard d'un réclamant concurrent, et le droit d'un cessionnaire ne peut être privé de la priorité par rapport au droit de ce réclamant, au seul motif qu'une loi autre que la présente Convention ne reconnaît pas en principe une cession visée au paragraphe 1 du présent article.

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; et A/55/17, par. 130 à 135.

Commentaire

84. Les cessions de créances futures, les cessions globales et les cessions de fractions de créances ou de tout droit indivis sur lesdites créances sont au cœur d'importantes pratiques de financement (par exemple, le financement reposant sur l'actif, l'affacturage, la titrisation, le financement de projet, les prêts consortiaux). Pourtant, leur efficacité, du point de vue du droit de la propriété, n'est pas reconnue dans tous les systèmes juridiques. L'article 9 a pour objet de valider ce type de cessions. Par souci de cohérence, il valide également la cession d'une créance unique existante.

Efficacité

85. Les mots "à effet" visent les effets d'une cession sur la propriété, à savoir le transfert de droits de propriété sur des créances. Ils ont été préférés aux mots "est valide" qui n'auraient pas le même sens et, de toute façon, ne sont pas interprétés universellement de la même manière. Le sens exact de cette "efficacité" dépend de la question suivante: s'agit-il d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie? Cette question est laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention (voir art. 5 m) et 24-2 b)). Quoi qu'il en soit, si une cession a effet, le cessionnaire peut demander et, si le débiteur n'invoque pas l'absence de notification et paye, conserver le paiement. La question de savoir si le débiteur est libéré relève de l'article 9. Celle de savoir si le bénéficiaire du paiement peut conserver ce dernier est régie par l'article 24, car l'article 9 limite l'effet de la cession à la relation entre le cédant et le cessionnaire et entre le cessionnaire et le débiteur. La raison de cette approche est que l'efficacité à l'encontre de tiers fait intervenir des questions de priorité, que le projet de convention traite séparément, en les soumettant à la loi du lieu de situation du cédant (voir art. 24). Il s'ensuit par exemple, que l'article 9 ne validerait pas la première cession chronologique, tout en invalidant toute autre cession ultérieure des mêmes créances par le même cédant. Il s'ensuit aussi que l'application de l'article 9 ne ferait pas prévaloir le droit du cessionnaire sur un administrateur de l'insolvabilité au seul motif que la cession avait eu lieu avant la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, même si les créances étaient nées ou avaient été acquises après l'ouverture de cette procédure.

86. Afin de tenir compte de cette interaction entre l'efficacité (en tant que condition d'établissement de la priorité) et la priorité, le paragraphe 1 de l'article 9 indique explicitement qu'il traite de l'efficacité "entre le cédant et le cessionnaire

ainsi qu'à l'égard du débiteur". Toutefois, cette approche risque involontairement d'avoir pour effet de soumettre l'efficacité des cessions mentionnées au paragraphe 1 à la loi applicable à la priorité. C'est pour cette raison que le paragraphe 4 dispose qu'une cession, qui a effet en vertu du paragraphe 1, ne peut être invalidée ou privée de la priorité au seul motif que la loi en dehors du projet de convention ne la reconnaît pas comme relevant du droit commercial général. C'est pourquoi cette même raison que l'article 24 indique qu'il ne traite pas des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions du projet de convention.

“Créances existantes ou futures”

87. Ce terme est défini à l'alinéa b) de l'article 5 par référence à la date de la conclusion du contrat initial. Toutes les créances futures sont visées, y compris les créances conditionnelles et purement hypothétiques (voir par. 59). Afin de protéger les intérêts du cédant, le paragraphe 1 introduit un élément de spécificité (les créances doivent pouvoir être identifiées au moment où elles naissent).

“Une ou plusieurs”

88. Le projet de convention est axé sur la cession globale d'un volume important de créances de faible valeur (comme, par exemple, dans le cas de l'affacturage de créances commerciales ou de la titrisation de créances sur consommateurs), mais couvre également la cession de créances uniques de grande valeur (par exemple, les prêts consortiaux). La règle est que, s'agissant de la validité quant au fond (la validité quant à la forme est laissée à la loi applicable en vertu de l'article 8), une convention entre le cédant et le cessionnaire, telle que définie à l'article 2, est suffisante pour transférer des droits de propriété sur des créances.

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

89. Les créances monétaires peuvent toujours être divisées et cédées par fractions. Ces cessions partielles ne sont pas rares dans la pratique et il n'y a aucune raison de les invalider à condition que les intérêts légitimes du débiteur soient protégés (voir art. 19-6). Les cessions de droits indivis se rencontrent dans des opérations importantes. Par exemple, dans la titrisation, un organe ad hoc (*special purpose vehicle*) peut céder aux investisseurs des droits indivis sur les créances achetées à l'initiateur, à titre de garantie des obligations de l'organe ad hoc envers les investisseurs. Dans les prêts consortiaux, le principal prêteur peut céder des droits indivis sur le prêt à certains autres prêteurs.

“Désignées”

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

“Individuellement”/“de toute autre manière”

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

Date de l'identification des créances

92. Les créances existantes doivent être identifiées comme faisant l'objet de la cession à la date de ladite cession. Les créances futures devraient être identifiables au moment où elles naissent (qui est, par définition, postérieur à la date de la cession). En vertu de l'article 7, qui consacre l'autonomie des parties, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir du moment où les créances futures devraient être identifiables comme faisant l'objet de la cession, dans la mesure où ils ne portent pas atteinte aux droits du débiteur et d'autres tiers.

Accords-cadres

93. Afin de diligenter le processus de prêt et de réduire le coût de l'opération, le paragraphe 2 dispose en fait qu'un accord-cadre suffit pour transférer des droits sur un ensemble de créances futures. Si un nouveau document était requis à chaque fois que naît une créance, le coût de l'administration d'un programme de prêts augmenterait considérablement et les délais requis pour obtenir des documents en bonne et due forme et les examiner ralentiraient le processus de prêt au détriment du cédant. En vertu du paragraphe 2, un accord-cadre suffit à transférer un ensemble de créances futures, tandis qu'aux termes de l'article 10, une créance future est réputée transférée à la date de la conclusion du contrat de cession.

Cessibilité légale

94. Pour ce qui est de la validation des cessions auxquelles il fait référence, le paragraphe 1 de l'article 9 peut écarter les interdictions légales énoncées dans la loi nationale à propos de telles cessions. Ce faisant, le projet de convention n'a pas pour objet d'entraver les politiques nationales (voir par. 21). Ces politiques ont en effet pour objet de protéger le cédant en l'empêchant d'aliéner ses biens futurs et de se priver potentiellement de moyens de subsistance (comme, par exemple, dans le cas des limitations à la cession de salaires ou de pensions de retraite). Elles énoncent souvent une exigence de spécificité, ce qui peut entraver la cession de créances futures ou les cessions globales. Afin d'instaurer un équilibre entre la nécessité de valider ce type de cessions et celle de protéger le cédant, le paragraphe 1 de l'article 9 dispose que les créances doivent être identifiables au moment où elles naissent (c'est-à-dire lorsque le contrat initial est conclu) en tant que créances sur lesquelles porte la cession. Le projet de convention n'impose pas d'autres limites au droit du cédant de transférer des créances futures, car il ne donne pas la priorité à un créancier sur un autre, mais laisse les questions de priorité à la loi nationale. Les politiques nationales qui se traduisent par des interdictions légales peuvent aussi avoir pour but de protéger le débiteur (comme, par exemple, dans le cadre des limitations à la cession de créances souveraines ou de créances sur consommateurs). Le projet de convention n'entrave pas non plus ces politiques nationales. Il établit une norme suffisamment élevée de protection du débiteur (par exemple, en cas de cession partielle, le débiteur peut considérer une notification comme dépourvue d'effet; voir art. 19-6) et exige que le débiteur soit situé dans un État contractant (voir art. 1-3).

95. Le projet de convention n'a aucune incidence sur les limitations légales autres que celles visées au paragraphe 1 de l'article 9 (par exemple, les limitations légales concernant les créances sur consommateurs, les créances souveraines, les salaires ou les pensions de retraite). Ce résultat est implicite à l'article 11. Il est en outre énoncé explicitement au paragraphe 3 de l'article 9 pour éviter toute ambiguïté quant à

savoir si la question est régie par le projet de convention mais non explicitement réglée par lui ou si elle n'est pas du tout régie par lui (pour la différence, voir art. 7-2).

Article 10
Date de la cession

Sans préjudice du droit d'un réclamant concurrent, une créance existante est transférée, et une créance future est considérée comme transférée, à la date de la conclusion du contrat de cession, à moins que le cédant et le cessionnaire n'aient spécifié une date postérieure.

Références

A/CN.9/420, par. 51 et 57; A/CN.9/432, par. 109 à 112 et 254 à 258; A/CN.9/434, par. 107, 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; et A/55/17, par. 136 à 138.

Commentaire

96. La règle énoncée à l'article 10 est qu'une cession a effet, entre le cédant et le cessionnaire, ainsi qu'à l'égard du débiteur, à la date où le contrat de cession est conclu. Toutefois, l'article 10 n'a pas pour but de porter atteinte aux droits de tiers ni de fonctionner comme règle de priorité, étant donné que les questions de priorité sont laissées à la loi du lieu où est situé le cédant. En particulier, il n'a pas pour objet d'empiéter sur la législation nationale relative à l'insolvabilité, par exemple, pour ce qui est des créances naissant, devenant exigibles ou étant acquises après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

97. Si cette approche est évidente en ce qui concerne les créances existant à la date où elles sont cédées, une fiction juridique est créée s'agissant des créances futures (à savoir des créances naissant de contrats inexistantes au moment de la cession). En pratique, le cessionnaire n'acquerrait des droits sur les créances futures que si celles-ci étaient en fait créées mais, sur le plan juridique, la date du transfert remonterait à la date de la conclusion du contrat de cession.

98. L'article 10 reconnaît également et, dans le même temps, limite le droit du cédant et du cessionnaire de spécifier la date à partir de laquelle la cession prend effet. Les parties peuvent fixer par convention la date d'un transfert mais cette date ne peut être antérieure à celle de la conclusion du contrat de cession. Cette approche est conforme au principe de l'autonomie des parties consacré à l'article 6, car une convention fixant une date de cession antérieure pourrait avoir des incidences sur l'ordre de priorité entre plusieurs créanciers. Toutefois, ni l'article 6 ni l'article 10 n'empêchent les parties de convenir d'antidater l'entrée en vigueur de leurs obligations contractuelles mutuelles.

Article 11
Limitations contractuelles de la cession

1. La cession d'une créance a effet nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire

subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

3. Le présent article s'applique uniquement aux cessions de créances:

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

b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou intellectuelle ou d'autres informations;

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

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

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; A/CN.9/466, par. 104 à 106; et A/55/17, par. 139 à 151.

Commentaire

La règle

99. En vertu de l'article 11, qui s'inspire de l'article 6 de la Convention d'Ottawa, tant la limitation contractuelle de la cession que la cession elle-même ont effet. La question d'une éventuelle responsabilité pour contravention au contrat est laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention. Toutefois, s'il existe une telle responsabilité, en vertu du paragraphe 2 de l'article 11, le débiteur n'est pas en droit de résoudre le contrat initial au seul motif que le cédant n'a pas respecté une limitation contractuelle. En outre, la responsabilité éventuelle du cédant n'est pas étendue au cessionnaire et ne peut être fondée uniquement sur la connaissance qu'avait le cessionnaire de la limitation contractuelle (il faut qu'il y ait par exemple, également entrave dolosive à des relations contractuelles avantageuses pour établir une responsabilité extracontractuelle). Il n'est pas non plus porté atteinte à d'autres droits que le débiteur peut avoir en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention comme, par exemple, le droit à des dommages-intérêts compensatoires. Cette approche est conforme à l'objet général du projet de convention, car le risque qu'un contrat soit résolu ou que le cessionnaire soit tenu responsable de la violation d'une limitation contractuelle à la cession par le cédant aurait en soi un effet négatif sur le coût du crédit. Elle est également conforme au principe selon lequel la cession a effet même si elle est effectuée en violation d'une clause de non-cession (voir art. 11-1 et 20-3). Enfin, elle est conforme au principe selon lequel une modification

du contrat initial (y compris sa résolution) n'est pas autorisée après notification de la cession au débiteur sans le consentement du cessionnaire (art. 22-2).

100. L'article 11 part du principe que le cessionnaire ne devrait pas avoir à examiner les documents relatifs à chaque créance, car une telle procédure serait coûteuse dans le cas d'une cession globale, voire impossible dans une cession de créances futures. Cette approche est conforme aux principes de l'économie de marché et à celui de la non-restriction de l'aliénation de biens. Elle tient également compte du fait qu'une économie dans laquelle les créances sont librement transférables offre des avantages substantiels aux débiteurs. Les économies réalisées par les créanciers grâce à la libre cessibilité de leurs créances peuvent avoir des retombées positives sur les débiteurs, sous la forme d'un coût moins élevé des biens et services ou du crédit. En définitive, il est plus avantageux pour tous de faciliter la cession de créances et de réduire le coût des opérations plutôt que de veiller à ce que le débiteur n'ait pas à payer une personne autre que le créancier initial. En outre, on ne pourrait atteindre les buts du projet de convention sans procéder à quelques ajustements dans les législations nationales afin d'y tenir compte des pratiques commerciales actuelles.

Champ d'application matérielle et territoriale

101. L'article 11 vise les limitations contractuelles, qu'elles figurent dans le contrat initial ou toute autre convention entre le cédant et le débiteur ou dans le contrat de cession initial ou dans tout contrat de cession ultérieur. Il vise également toute clause contractuelle limitant la cession de créances (par exemple, en la soumettant au consentement du débiteur) et pas seulement les clauses interdisant la cession. Il ne vise pas les limitations légales à la cession ou les limitations relatives à la cession de droits autres que les créances (par exemple, clauses de confidentialité). De ce fait, si une cession est effectuée en violation d'une limitation légale ou d'une clause de confidentialité, l'article 11 ne peut être appliqué pour valider une telle cession ou limiter toute responsabilité existant en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention.

102. Le paragraphe 3 a pour objet de limiter le champ d'application de l'article 11 aux cessions de créances commerciales. Toutefois, il est libellé en termes très généraux de manière à englober un large éventail de créances, y compris les créances sur consommateurs et les créances souveraines. Sont incluses les créances nées de la vente ou de la location de biens meubles corporels et d'immeubles, de la vente ou de la concession de licence de biens incorporels – droits de propriété intellectuelle ou industrielle ou autres informations – ou encore de la réalisation de travaux de construction ou de la prestation de services. Afin de ne pas ramener dans le champ d'application du projet de convention les créances financières exclues à l'article 4, le paragraphe 3 énonce expressément qu'il ne s'applique pas aux créances nées de la prestation de services financiers. Les alinéas c) et d) précisent toutefois que l'article 11 doit s'appliquer à la cession de créances nées de certains types de services financiers. À l'alinéa d), il n'est fait référence qu'aux conventions multilatérales de compensation globale afin de ne pas exclure l'application de l'article 11 dans le cas d'une cession de créances commerciales au seul motif que le cédant et le débiteur avaient conclu une convention de compensation.

103. L'article 11 s'applique aux cessions de créances dues par des débiteurs consommateurs. Il n'a toutefois pas pour objet de supplanter les lois relatives à la

protection des consommateurs (bien que, dans la pratique, à quelques exceptions près, les consommateurs n'aient pas le pouvoir de négociation voulu pour inclure de telles limitations dans leurs contrats; pour ce qui est des créances sur consommateurs et de la protection des consommateurs, voir par. 36 et 132). Quoiqu'il en soit, les consommateurs soit ne seraient même pas avisés de la cession soit en seraient avisés et seraient invités à continuer de payer sur le même compte bancaire ou à la même boîte postale. Dans ce cas, un débiteur craignant de perdre des droits à compensation pouvant découler de contrats non liés au contrat initial pourrait rompre sa relation avec le cessionnaire.

104. L'article 11 s'appliquerait également aux cessions de créances dues par des débiteurs souverains. Toutefois, en vertu de l'article 11, l'État dans lequel est situé le débiteur souverain peut émettre une réserve quant à l'application de cet article. La question de savoir si une cession a effet à l'encontre d'un débiteur souverain dans ce cas serait régie par la loi applicable en dehors du projet de convention. L'efficacité des limitations contractuelles aux cessions autres que celles mentionnées au paragraphe 3 est laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention. Si cette loi donnait effet aux limitations contractuelles, la cession serait nulle et le projet de convention ne s'appliquerait pas. Si elle ne leur donnait pas effet, la cession pourrait être valable et le projet de convention pourrait s'appliquer.

Article 12 *Transfert de sûretés*

1. Une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est transférée au cessionnaire sans un nouvel acte de transfert. Si, en vertu de la loi régissant la sûreté, celle-ci est transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert, le cédant a l'obligation de la transférer, ainsi que son produit, au cessionnaire.

2. Une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée est transférée en vertu du paragraphe 1 du présent article nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur ou une autre personne constituant la sûreté, qui limite d'une manière quelconque le droit du cédant de céder la créance ou la sûreté en garantissant le paiement.

3. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une convention visée au paragraphe 2 du présent article, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

4. Les paragraphes 2 et 3 du présent article s'appliquent uniquement aux cessions de créances:

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

b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou intellectuelle ou d'autres informations;

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

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

5. Le transfert d'une sûreté réelle avec dépossession au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne ayant constitué la sûreté sur le bien transféré en vertu de la loi régissant cette sûreté.

6. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les exigences des règles de droit, autres que la présente Convention, relatives à la forme ou à l'enregistrement du transfert de toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée.

Références

A/CN.9/420, par. 69 à 74; A/CN.9/432, par. 127 à 130; A/CN.9/445, par. 232 à 235; A/CN.9/434, par. 138 à 147; A/CN.9/456, par. 117 à 126; A/55/17, par. 153 et 154.

Commentaire

Sûretés accessoires et indépendantes

105. Le paragraphe 1 reflète le principe généralement accepté selon lequel les sûretés accessoires (par exemple, une garantie, un nantissement ou une hypothèque) sont transférées automatiquement avec l'obligation principale, alors que les sûretés indépendantes (par exemple, une garantie indépendante ou une lettre de crédit stand-by) ne sont transférables que par un nouvel acte de transfert. L'expression générale "garantissant le paiement" est utilisée afin d'inclure les droits qui ne sont peut-être pas des sûretés en tant que telles, par exemple des droits découlant de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by. La question du caractère accessoire ou indépendant de la sûreté et les conditions de fond ou de procédure à satisfaire pour la création d'une telle sûreté sont laissées à la loi régissant cette dernière. Vu le large éventail de sûretés régi par l'article 12 et les divergences entre les systèmes juridiques en la matière, cet article ne tente pas de spécifier la loi applicable à ces sûretés.

106. Le paragraphe 1 donne également au cédant l'obligation de transférer au cessionnaire toute sûreté indépendante garantissant le paiement des créances cédées, ainsi que le produit de cette sûreté. De ce fait, si une sûreté indépendante et son produit sont cessibles (en vertu de la loi ou d'une convention) le cessionnaire pourra les obtenir. Si ces droits ne sont pas cessibles ou ne sont pas cédés pour quelque raison que ce soit, le cessionnaire aura une créance personnelle à l'encontre du cédant. En vertu de l'article 6, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir qu'une sûreté n'est pas transférée au cessionnaire, par exemple lorsque le cessionnaire ne souhaite pas accepter la responsabilité et le coût afférents à l'entretien et à la garde de la garantie (taxes et frais d'assurance dans le cas de biens immobiliers, ou frais d'entreposage et d'assurance dans le cas de matériel).

Limitations contractuelles

107. Le paragraphe 2 vise à faire en sorte que toute limitation convenue entre le cédant et le débiteur ou toute autre personne accordant une sûreté n'invalide pas la cession de cette dernière. Conformément au paragraphe 3, la responsabilité que le cédant peut avoir du fait d'une contravention au contrat, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, n'est pas affectée, mais elle ne s'étend pas au cessionnaire (cette approche est conforme à celle adoptée à l'article 11). Le paragraphe 4 introduit à l'article 12 les mêmes limitations concernant le champ d'application que le paragraphe 3 à l'article 11. Le principe sous-jacent est que les sûretés devraient être traitées, en ce qui concerne les limitations à la cession, de la même manière que les créances, car, souvent, la contrepartie sur laquelle compte le cessionnaire réside dans la sûreté et non dans la créance proprement dite. Toutefois, une limitation figurant dans un contrat avec un tiers garant souverain situé dans un État ayant fait une déclaration en vertu de l'article 40 rendrait la cession sans effet, mais uniquement à l'encontre dudit tiers

Droits de possession

108. Conformément au paragraphe 5, si le transfert d'une sûreté entraîne un transfert de possession de la garantie et si ce transfert cause une perte ou un préjudice 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 5 envisage, par exemple, un transfert d'actions nanties qui pourrait habiliter un cessionnaire étranger à exercer les droits d'un actionnaire au détriment du débiteur ou de toute autre personne qui aurait pu nantir les actions.

Conditions de forme

109. Le paragraphe 6 indique clairement que, tout comme la forme d'une cession de créances, la forme du transfert d'une sûreté est laissée aux règles de droit applicables en dehors du projet de convention. 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.

E. Chapitre IV Droits, obligations et exceptions

1. Section I Cédant et cessionnaire

Commentaire

Objet de la section I

110. À la différence des autres dispositions du projet de convention qui traitent principalement des aspects de la cession liés à la propriété (et à l'exception de l'article 29), les dispositions contenues dans la présente section traitent de questions contractuelles. Leur utilité réside dans le fait qu'elles reconnaissent l'autonomie des parties, principe énoncé de manière générale à l'article 6, et prévoient des règles par défaut applicables en l'absence de convention entre le cédant et le cessionnaire. Ces règles par défaut offrent d'importants avantages. Elles réduisent le coût des

opérations en évitant aux parties d'avoir à reproduire des clauses et conditions types dans leur contrat, en ce qui concerne notamment la répartition des risques. Elles réduisent également le coût du règlement des litiges en offrant une règle claire à la fois pour les tribunaux et pour les parties, si ces dernières n'ont pas réglé une question particulière. Elles ont par ailleurs une fonction éducative utile dans la mesure où elles offrent une liste récapitulative des questions que les parties doivent examiner lorsqu'elles négocient le contrat initial. Mais surtout, elles renforcent l'uniformité et la sécurité en réduisant la nécessité, pour les tribunaux, de recourir aux solutions nationales offertes par la loi applicable au contrat. Toutefois, le rôle de la loi régissant le contrat ne se trouve pas complètement supprimé à la section I du chapitre IV. C'est elle qui doit déterminer l'effet d'une erreur, d'une fraude ou d'une illégalité sur la validité du contrat, de même que les recours possibles en cas de contravention au contrat (dans la mesure où ils ne sont pas soumis à la loi du for en tant que questions de procédure).

Article 13

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

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

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

3. Dans une cession internationale, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés aux fins de la cession à tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à ce type particulier de cession ou à la cession de cette catégorie particulière de créances.

Références

A/CN.9/432, par. 131 à 144; A/CN.9/434, par. 148 à 151; A/CN.9/447, par. 17 à 24; A/CN.9/456, par. 127 et 128; et A/55/17, par. 158 à 161 et 184.

Commentaire

111. L'article 13 a pour principal objet de réaffirmer, en termes plus précis qu'à l'article 6, le principe de l'autonomie des parties. Le cédant et le cessionnaire sont libres de structurer leurs droits et obligations réciproques de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Ils sont également libres d'incorporer dans leur convention toutes règles ou conditions en les mentionnant plutôt qu'en les reproduisant. Les conditions auxquelles les parties peuvent exercer leur liberté et les conséquences juridiques correspondantes relèvent de la loi régissant leur convention.

112. L'article 13, allant dans le même sens que l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, énonce également dans ses paragraphes 2 et 3 un principe qui est reconnu dans tous les systèmes juridiques, à savoir que les usages commerciaux auxquels les parties ont consenti et les habitudes qui se sont établies entre elles dans le cadre de leurs opérations ont force obligatoire. Le paragraphe 2

établit une distinction claire entre les usages commerciaux existant en dehors de toute convention entre les parties et les habitudes qui se sont établies entre certaines parties dans le cadre de leurs opérations. De par leur nature, les usages commerciaux lient les parties si elles y ont expressément consenti, alors que les habitudes en matière commerciale ont force obligatoire sauf convention contraire puisqu'elles présupposent, au moins, un accord tacite. Ces usages et habitudes peuvent produire des droits et des obligations pour le cédant et le cessionnaire. Cependant, ils ne peuvent lier des tiers, tels que le débiteur ou les créanciers du cédant, pas plus qu'ils ne peuvent lier des cédants ou des cessionnaires subséquents (toutefois, les garanties qui découlent d'usages commerciaux et sont données au cessionnaire initial peuvent profiter aux cessionnaires subséquents; voir par. 116). Toutes ces parties n'auraient pas nécessairement connaissance des usages convenus et des habitudes établies entre le cédant initial et le cessionnaire initial.

113. Le paragraphe 3 définit le champ d'application des questions couvertes par un usage international. En vertu de ce paragraphe, les usages internationaux lient uniquement les parties à des cessions internationales. Cette restriction n'est pas nécessaire dans l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes puisque cette convention ne s'applique qu'aux opérations internationales. Elle l'est en revanche dans l'article 13 du projet de convention car ce dernier peut s'appliquer aux cessions nationales de créances internationales. En outre, en vertu du paragraphe 3, comme en vertu du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, les usages ne s'appliquent qu'au type de cession considéré ou à la cession de la catégorie de créances visée. En conséquence, un usage international pour l'affacturage s'appliquerait à une cession effectuée dans le cadre d'une opération internationale d'affacturage mais non à une cession effectuée dans le cadre d'une titrisation. Cependant, à la différence du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le paragraphe 3 ne fait pas référence à la connaissance subjective, effective ou implicite des parties, mais seulement à la condition objective que les usages doivent être largement connus et régulièrement observés. Si une telle référence à la connaissance subjective des parties pourrait être utile dans une relation bipartite, elle pourrait être source d'incertitude dans le cadre d'une cession.

Article 14

Garanties dues par le cédant

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

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

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

Références

A/CN.9/420, par. 80 à 88; A/CN.9/432, par. 145 à 158; A/CN.9/434, par. 152 à 161; A/CN.9/447, par. 25 à 40; A/CN.9/456, par. 129 et 130; et A/55/17, par. 162 et 163

Commentaire

Autonomie des parties/règles par défaut

114. Les garanties données par le cédant ont pour objet de préciser la répartition des risques entre le cédant et le cessionnaire. Étant donné leur but, elles constituent pour le cessionnaire un facteur important dans la détermination du crédit à octroyer au cédant et du coût de ce crédit. Pour cette même raison, elles font l'objet de négociations très poussées et sont explicitement réglées entre le cédant et le cessionnaire. Reconnaisant cette réalité, l'article 14 consacre le principe de l'autonomie des parties concernant les garanties dues par le cédant. Celles-ci peuvent découler du contrat de financement, du contrat de cession (s'il est séparé), ou de tout autre contrat entre le cédant et le cessionnaire. Conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 13, elles peuvent également découler d'habitudes et d'usages commerciaux. L'article 14 autorise les parties à modifier explicitement ou implicitement les garanties.

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

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

116. En vertu du paragraphe 1, le cédant garantit qu'il a le droit de céder la créance, qu'il ne l'a pas déjà cédée, et que le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception. Compte tenu de la nécessité pour le cessionnaire de pouvoir estimer le risque lié à une opération avant d'accorder un crédit, le paragraphe 1 dispose que les garanties doivent être données et prendre effet à la date de la conclusion du contrat de cession. Pour ce qui est des créances futures, les garanties sont réputées données à la date de la cession et prennent effet à compter de cette date si elles naissent effectivement. Ces garanties sont considérées comme données non seulement au cessionnaire immédiat mais également à tout cessionnaire subséquent. En conséquence, tout cessionnaire subséquent peut se retourner contre le cédant pour violation des garanties. Si les garanties étaient considérées comme étant données uniquement au cessionnaire immédiat, tout cessionnaire subséquent n'aurait de recours que contre son cédant immédiat, ce qui accroîtrait le risque et, partant, le coût des opérations comprenant des cessions subséquentes.

117. Le cédant viole la garantie quant à son droit de céder, énoncée à l'alinéa a), s'il n'a pas la capacité ou l'autorité pour agir, ou s'il existe une quelconque limitation légale à la cession. Ce résultat se justifie par le fait que le cédant est mieux à même

de savoir s'il a le droit de céder la créance. Toutefois, le cédant ne se rend pas coupable envers le cessionnaire d'une violation de garantie si le contrat initial entre le cédant et le débiteur contient une clause limitative de cession. L'alinéa a) ne contient aucune référence explicite à cette règle puisqu'elle est implicite dans l'article 11, en vertu duquel la cession a effet même lorsqu'elle viole une convention limitant le droit du cédant de céder ses créances (voir aussi art. 20-3). La garantie énoncée à l'alinéa b), selon laquelle le cédant n'a pas déjà cédé la créance, a pour objet de tenir le cédant responsable envers le cessionnaire si, du fait d'une cession précédente effectuée par le cédant, le cessionnaire n'a pas la priorité. Cette situation peut se produire si le cessionnaire n'a pas de moyen objectif de déterminer si une cession a déjà eu lieu. Aux termes de l'alinéa b), cependant, le cédant n'est pas tenu de garantir qu'il ne cédera pas les créances à un autre cessionnaire après la première cession. Une telle garantie irait à l'encontre de la pratique moderne de financement, selon laquelle le droit qu'a le cédant de proposer à différents prêteurs des fractions de mêmes créances ou un droit indivis sur celles-ci à titre de garantie pour obtenir un crédit, est essentiel.

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

Garanties concernant la solvabilité du débiteur

119. Le paragraphe 2 reflète le principe généralement accepté selon lequel le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur. En conséquence, le risque de défaillance du débiteur est supporté par le cessionnaire, ce que ce dernier prend en compte lorsqu'il détermine s'il peut ou non accorder un crédit et à quelles conditions. Reconnaisant le droit qu'ont les parties à des opérations de financement de

convenir d'une répartition différente des risques, le paragraphe 2 autorise le cédant et le cessionnaire à conclure une convention contraire. Une telle convention peut être implicite ou explicite. La question de savoir ce qui constitue une convention implicite doit être tranchée par les règles d'interprétation de la loi régissant le contrat.

Violation des garanties

120. Le projet de convention ne contient pas de règles particulières sur la violation des garanties, car les questions relatives au contrat sous-jacent sortent de son champ d'application.

Article 15

Droit de notifier la cession au débiteur

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

2. Une notification de la cession ou des instructions de paiement envoyées en violation d'une convention visée au paragraphe 1 du présent article ne sont pas invalidées aux fins de l'article 19. Toutefois, aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Références

A/CN.9/420, par. 89 à 94 et 119 à 122; A/CN.9/432, par. 159 à 164 et 175; A/CN.9/434, par. 162 à 165; A/CN.9/447, par. 41 à 47; A/CN.9/456, par. 131 à 144 et 193; A/CN.9/466, par. 116 et 117; et A/55/17, par. 164 et 165.

Commentaire

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

121. L'article 15 a principalement pour objet de reconnaître au cessionnaire le droit de notifier la cession au débiteur et de demander paiement, même sans la coopération ou l'autorisation du cédant. Il n'a pas pour objet de définir la notification (voir art. 5 d)) ou de traiter les conditions d'opposabilité de la notification au débiteur (voir art. 18) ou les conséquences juridiques de la notification (voir art. 19, 20 et 22). Il est jugé important d'accorder au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur, en particulier dans la mesure où le cédant pourrait ne pas souhaiter ou, en cas d'insolvabilité, ne pas pouvoir coopérer avec le cessionnaire. Le fait d'autoriser le cessionnaire à notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant ne lui donnerait pas une préférence indue en cas d'insolvabilité du cédant. Cette question relève de la loi régissant la priorité. Si, en vertu de cette loi, la priorité dépend de la date de la notification, le cessionnaire ne peut obtenir la priorité sur les créanciers du cédant ou sur l'administrateur de l'insolvabilité. En l'espèce, la priorité n'est obtenue que si la cession est notifiée avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et à condition que la cession ne constitue pas un transfert frauduleux ou préférentiel.

122. L'article 15 vise en particulier à reconnaître des pratiques dans lesquelles il est normal que le cédant envoie des instructions de paiement au débiteur et lui notifie la cession (par exemple dans l'affacturage). Il tient également compte des pratiques de non-notification (voir par. 123). La protection du débiteur contre le risque de se voir notifier une cession et de se voir demander de payer une personne potentiellement inconnue est une question différente, qui est résolue en autorisant le débiteur, en cas de notification adressée par le cessionnaire, à demander des preuves suffisantes (voir art. 19-7).

La notification comme droit, non comme obligation

123. Afin de tenir compte des pratiques de non-notification, la notification est formulée, au paragraphe 1, comme un droit et non comme une obligation. Dans ces pratiques, afin d'éviter au débiteur tout inconvénient qui pourrait résulter d'une interruption du flux normal des paiements, le débiteur n'est pas avisé du tout (par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué ou la titrisation). S'il reçoit une notification, qui a pour objet d'empêcher qu'il accumule des droits à compensation découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial (voir art. 20-2), instruction lui est donnée de continuer à payer le cédant, sauf dans les cas, par exemple, de défaillance, où il reçoit normalement des instructions de paiement différentes.

Notification et instruction de paiement

124. Conformément à l'approche suivie à l'article 5 d) (qui définit la notification sans faire référence aux instructions de paiement), le paragraphe 1 établit une distinction claire entre une notification et une instruction de paiement. Le but est de reconnaître la différence, tant dans l'objet que dans le temps, entre une notification et une instruction de paiement, et aussi de valider des pratiques dans lesquelles une notification est adressée sans aucune instruction de paiement (par exemple, pour abolir les droits à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial). En vertu du paragraphe 1, une instruction de paiement peut être envoyée, avant notification, soit par le cédant soit par le cessionnaire et, après notification, par le seul cessionnaire. Le paragraphe 1, à la différence de l'article 19, se réfère au moment où la notification est "envoyée" (et non "reçue"), car ni le cédant, ni le cessionnaire n'ont le moyen de déterminer le moment de la réception. Quoi qu'il en soit, cette question n'est pas importante pour déterminer qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit d'envoyer une instruction de paiement.

Conventions concernant la notification

125. Si le paragraphe 1 accorde au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur et de demander paiement, il reconnaît aussi au cédant et au cessionnaire le droit de négocier et de s'entendre sur la question de la notification au débiteur de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Le cédant et le cessionnaire, par exemple, peuvent convenir qu'aucune notification ne sera envoyée au débiteur aussi longtemps que le flux des paiements n'est pas interrompu. Pour bien préciser qu'une convention spécifique n'est pas nécessaire, le paragraphe 1 commence par une formulation négative ("Sauf convention contraire").

126. La règle, introduite au paragraphe 2, est que, si une notification ou une instruction de paiement est envoyée en violation d'une telle convention et que le débiteur paie, celui-ci est libéré. En effet, le débiteur devrait pouvoir se libérer en se conformant aux instructions qui lui ont été données et ne devrait pas se préoccuper

des arrangements privés existant entre le cédant et le cessionnaire. Le fait de savoir si la personne qui viole la convention est responsable d'une contravention au contrat en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention est une autre question et ne devrait pas remettre en cause la libération du débiteur, qui n'est pas partie à cette convention. Cependant, une notification envoyée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire n'abolit aucun droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial (voir art. 20). Elle ne change pas la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial (voir art. 22) ni ne constitue une base pour déterminer la priorité en vertu de la loi applicable aux questions de priorité (voir art. 24 à 26). Cette approche s'explique par le fait qu'il ne faudrait pas conférer un avantage indu au cessionnaire qui notifierait de façon abusive la cession au débiteur. La double négation du paragraphe 2 ("ne sont pas invalidées") a pour objet d'assurer que la simple violation d'une convention d'une part n'invalide pas la notification aux fins de la libération du débiteur et, d'autre part, ne porte pas atteinte au droit des contrats quant aux conditions exigées pour qu'une telle convention ait effet.

Article 16

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

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

a) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur du cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

b) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur du cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

c) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur d'une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.

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

Références

A/CN.9/447, par. 48 à 68; A/CN.9/456, par. 145 à 159; A/CN.9/466, par. 118 à 123; et A/55/17, par. 166 et 167.

Commentaire

Objet et champ d'application

127. L'article 16 a pour objet d'énoncer explicitement ce qui est déjà implicite aux articles 2 et 9, à savoir qu'entre le cédant et le cessionnaire, le cessionnaire a un droit de propriété sur la créance cédée et sur tout produit en découlant. Le champ d'application de l'article 16 étant limité à la relation entre le cédant et le cessionnaire, cet article est soumis au principe général de l'autonomie des parties

consacré à l'article 6 et doit fonctionner comme règle par défaut. Il n'est pas censé influencer sur la situation juridique du débiteur ou les questions de priorité.

Droits sur le produit et les biens meubles corporels restitués

128. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, le droit du cessionnaire s'étend au produit (qui, en vertu de l'article 5 j), désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance et le produit en découlant), ainsi qu'aux biens meubles corporels restitués en cas de défaut ou à l'expiration d'une période d'essai. Alors que dans les conflits de priorité traités à l'article 24 le droit du cessionnaire ne s'étend pas aux biens meubles corporels restitués, il n'y a aucune raison ici de limiter la faculté du cédant et du cessionnaire de convenir que le cessionnaire pourrait revendiquer tout bien meuble corporel restitué. Cette approche se justifie également par le fait que, même en l'absence de convention, une règle par défaut autorisant le cessionnaire à revendiquer tout bien meuble corporel restitué pourrait réduire les risques de non-recouvrement auprès du débiteur et, partant, avoir un impact positif sur le coût du crédit. Le paragraphe 1 couvre les cas dans lesquels le paiement a été fait au cessionnaire, au cédant ou à une autre personne. Dans ce dernier cas, le droit du cessionnaire, en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1, est soumis à l'ordre de priorité.

129. Le paragraphe 2 tient compte de la pratique courante dans les cessions effectuées à titre de garantie. Dans ce type de cessions, le cessionnaire peut être fondé à recouvrer le montant total de la créance due, auquel s'ajoutent les intérêts dus en vertu du contrat ou de la loi, mais doit rendre compte au cédant de tout solde restant après paiement de la créance du cessionnaire et le rendre au cédant. Le paragraphe 2 ne reprend pas la référence à une convention contraire des parties, puisque celle-ci figure dans le chapeau du paragraphe 1 et que le droit du cessionnaire sur la créance cédée découle du contrat de cession, et est, en vertu de l'article 13, soumis de toute manière à l'autonomie des parties.

Notification de la cession du débiteur

130. Le droit du cessionnaire sur le produit est indépendant de toute notification de la cession (la nature de ce droit est laissée à la loi du lieu de situation du cédant; voir art. 24-1 a) ii), b) et c)). Cette démarche se justifie par la nécessité d'assurer que, si un paiement est fait au cessionnaire même avant la notification, ce dernier pourra conserver le produit du paiement; et que si un paiement est fait au cédant après la notification, le cessionnaire aura la possibilité de demander paiement soit au cédant, en vertu de l'article 16-1 b), soit au débiteur, en vertu de l'article 19-2. Ce résultat est approprié dans la mesure où le débiteur, qui paie le cédant après la notification, prend le risque d'avoir à payer deux fois et de ne pas pouvoir recouvrer son paiement auprès du cédant si ce dernier devient insolvable (dans la pratique, le cessionnaire ne réclamerait pas un second paiement du débiteur, à moins que le cédant soit devenu insolvable).

2. Section II Débiteur

Article 17

Principe de protection du débiteur

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention et à moins que le débiteur n'y consente, une cession de créances est sans incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial.

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

a) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial, ou

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

Références

A/CN.9/420, par. 101; A/CN.9/432, par. 33 à 38, 89, 90, 206 et 244; A/CN.9/434, par. 86 à 95; A/CN.9/445, par. 195 à 198; A/CN.9/456, par. 21, 81 et 168 à 176; et A/55/17, par. 168 à 173.

Commentaire

Principe de la protection du débiteur

131. Le principe de la protection du débiteur est l'un des grands principes du projet de convention. Il est évoqué en termes généraux dans le préambule et à l'article 17. Un certain nombre d'autres dispositions (par exemple, art. 1-3, 6, 19 à 23, 29 et 40) y font également allusion. L'idée maîtresse de la règle énoncée au paragraphe 1 est que le projet de convention n'a aucune incidence sur la situation juridique du débiteur (lorsque se pose la question de savoir si une cession modifie la situation juridique du débiteur, il faut trancher en faveur de ce dernier). Le projet de convention n'a pas pour objet, en particulier, de modifier les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial (par exemple, le montant dû, qu'il s'agisse du principal ou des intérêts; la date de paiement; et toute condition régissant l'obligation de paiement du débiteur). Il n'a pas pour but de modifier les exceptions ou droits à compensation que le débiteur peut invoquer en vertu du contrat initial et ne devrait pas non plus avoir pour effet d'augmenter les frais de paiement. De telles modifications sont cependant possibles avec le consentement du débiteur (voir toutefois par. 132).

Protection des consommateurs

132. Un principe particulier découlant de l'article 17 est que le projet de convention n'a pas pour objet de porter atteinte aux droits des consommateurs débiteurs et, en particulier, de supplanter la législation sur la protection des consommateurs, qui reflète normalement des considérations d'intérêt général ou de règles de droit impératives. Un certain nombre d'autres dispositions du projet de convention, comme, par exemple, les articles 21-1 et 23, reflètent également ce principe (voir aussi par. 36 et 103).

Pays et risque de change

133. Quelque changement que puisse connaître la situation juridique du débiteur en raison d'une cession effectuée en vertu du projet de convention, aux termes du paragraphe 2, une instruction de paiement, qu'elle soit donnée en même temps que la notification ou postérieurement, ne peut modifier la monnaie de paiement. Elle ne peut pas non plus modifier le pays où le paiement doit être fait, sauf si cette modification est à l'avantage du débiteur et permet que le paiement soit effectué dans le pays où est situé ce dernier. Une telle modification du pays de paiement est souvent autorisée dans les opérations d'affacturage afin de faciliter le paiement par les débiteurs. Le paragraphe 2 fait référence à la monnaie ou à l'État de paiement "spécifiés" dans le contrat initial. Cette spécification peut être explicite ou implicite.
