



Assemblée générale

Distr. LIMITÉE

A/CN.9/WG.II/WP.106

16 septembre 1999

FRANÇAIS

Original: ANGLAIS

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

FINANCEMENT PAR CESSIION DE CRÉANCES

Commentaire relatif au projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement (deuxième partie)

Note du Secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	2
CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS	3
Section I. Cédant et cessionnaire	3
Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire	3
Article 14. Garanties dues par le cédant	4
Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur	7
Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement	9
Section II. Débiteur	10
Article 17. Principe de la protection du débiteur	10
Article 18. Notification de la cession au débiteur	11
Article 19. Paiement libératoire du débiteur	13

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Page</u>
Article 20. Exceptions et droit à compensation du débiteur	16
Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droit à compensation	18
Article 22. Modification du contrat initial	20
Article 23. Restitution des paiements	22
Section III. Autres parties	23
Article 24. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires	23
Article 25. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité	27
Article 26. Droits concurrents sur le produit de la cession	29
CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS	30
Article 27. Loi applicable au contrat de cession	31
Article 28. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur	32
Article 29. Loi applicable aux conflits de priorité	33
Article 30. Règles impératives	34
Article 31. Ordre public	34

INTRODUCTION

Le présent document contient la deuxième partie du commentaire relatif au projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement (le titre du projet de convention n'a pas encore été adopté par le Groupe de travail; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au titre et au préambule). La deuxième partie du commentaire commence là où s'est terminée la première, à savoir par le projet d'article 13, et va jusqu'au projet d'article 31 (la première partie du commentaire est contenue dans le document A/CN.9/WG.II/WP.105). Le commentaire relatif aux dispositions finales et à l'annexe, si elles sont conservées (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives à l'annexe), sera établi après l'adoption du projet de convention dans son ensemble par le Groupe de travail.

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

Section I. Cédant et cessionnaire

COMMENTAIRE

1. À la différence des autres dispositions du projet de convention qui traitent de la cession comme transfert de droits patrimoniaux sur des créances, les dispositions contenues dans la présente section traitent de questions qui intéressent généralement le contrat de cession ou tout autre convention entre le cédant et le cessionnaire. L'utilité de ces dispositions réside dans le fait qu'elles reconnaissent l'autonomie des parties et répartissent les risques en l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire.

* * *

Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

RÉFÉRENCES

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

COMMENTAIRE

2. Le projet d'article 13 a principalement pour objet de réaffirmer, dans le contexte de la relation qui existe entre le cédant et le cessionnaire, le principe de l'autonomie des parties, principe déjà énoncé en termes généraux au projet d'article 6. 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 toute règle ou condition en s'y référant de manière générale, plutôt qu'en les reproduisant dans leur convention. Les conditions aux termes desquelles les parties peuvent exercer leur liberté et les conséquences juridiques correspondantes relèvent de la loi régissant leur convention.

3. Le projet d'article 13, qui s'inspire de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après appelée "Convention des Nations Unies sur les contrats de vente"), énonce aux paragraphes 2 et 3 un principe qui ne sera peut-être pas reconnu dans tous les systèmes juridiques, à savoir que, dans l'interprétation des contrats de cession, les usages et habitudes en matière d'échanges commerciaux doivent être pris en compte. Le paragraphe 2 établit une distinction nette entre les usages et les habitudes dans la mesure où les premiers doivent être convenus comme liant les parties, tandis que les secondes sont contraignantes en l'absence de convention spécifique, à moins que les parties n'en conviennent autrement. Ces usages et habitudes produisent des droits et des obligations pour le cédant et pour le cessionnaire. Ils ne peuvent lier, cependant, des tiers tels que le débiteur ou les créanciers du cédant, pas plus qu'ils ne peuvent lier des cédants ou cessionnaires subséquents. Toutes ces parties n'auraient pas nécessairement connaissance des usages et habitudes convenus par le cédant et le cessionnaire initiaux.

4. Étant donné que le paragraphe 1 reconnaît l'autonomie des parties, les parties auraient toujours le droit de convenir autrement de la nature contraignante des habitudes qui se sont établies entre elles. Les mots "sauf convention contraire" énoncés au paragraphe 2 peuvent donc ne pas être nécessaires. Ces mots, qui n'apparaissent pas au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, avaient été inclus initialement dans le paragraphe 2 puisque, contrairement à la hiérarchie des règles juridiques établie dans la

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, le projet de convention prévaut sur toute convention des parties. Le paragraphe 1 se limitant désormais aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire, la règle concernant la prévalence du projet de convention a été supprimée et l'écart par rapport au libellé du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente ne se justifie plus.

5. Le paragraphe 3 définit le champ d'application des questions couvertes par un usage international. En vertu de ce paragraphe, les usages internationaux lient uniquement les parties à des cessions internationales. Cette restriction n'a pas été jugée nécessaire dans l'article 9 puisque la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente ne s'applique qu'aux ventes internationales. Elle a en revanche été jugée nécessaire dans le projet d'article 13, étant donné le fait que le projet de convention 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 contrats de vente, les usages ne s'appliquent qu'à l'opération en question. Cela signifie qu'un usage d'affacturage international ne peut s'appliquer à une cession effectuée dans le cadre d'opérations de titrisation. Cependant, à la différence du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, le paragraphe 3 ne se réfère pas à la connaissance subjective, réelle ou constructive des parties, mais seulement aux critères objectifs selon lesquels les usages doivent être largement connus et régulièrement observés. Le Groupe de travail a estimé que, si une telle référence à la connaissance subjective des parties pourrait être utile dans une relation bipartite, elle serait inappropriée dans une relation tripartite, car il serait extrêmement difficile pour des tiers de déterminer ce dont le cédant et le cessionnaire avaient ou auraient dû avoir connaissance.

* * *

Article 14. Garanties dues par le cédant

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

COMMENTAIRE

6. Les garanties données par le cédant ont pour objet de réduire le risque lié à une transaction quant au fait de savoir si le cessionnaire sera en mesure de recouvrer, en cas de besoin, les créances auprès du débiteur (dans une cession à titre de garantie, le cessionnaire n'a pas besoin de recouvrer les sommes dues à moins que le cédant fasse défaut, et dans une titrisation ou un escompte de factures non divulgué, le cédant continue de se faire payer par le débiteur en tant qu'agent du cessionnaire). En conséquence, les garanties constituent un critère important sur lequel se fonde le cessionnaire pour déterminer le montant du crédit à accorder au cédant et le coût de ce crédit.

7. Vu l'importance qu'elle revêtent pour la détermination du prix d'une transaction, les garanties sont fortement négociées et explicitement fixées entre le cédant et le cessionnaire. Prenant acte de cette réalité, le projet d'article 14 consacre le principe de l'autonomie des parties à l'égard des garanties du cédant. Ces garanties peuvent résulter du contrat de financement, du contrat de cession (s'il s'agit d'un contrat distinct), ou de tout autre contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire. En vertu des paragraphes 2 et 3 du projet d'article 13, elles peuvent également résulter d'usages et d'habitudes en matière d'échanges commerciaux.

8. Outre le fait qu'il reconnaît le principe de l'autonomie des parties, le projet d'article 14 a pour objet d'énoncer une règle par défaut répartissant les risques entre le cédant et le cessionnaire en l'absence de convention des parties

quant à cette question. En répartissant les risques, le projet d'article 14 vise globalement à mettre en balance la nécessité d'équité et la nécessité de faciliter l'accès à un crédit à coût réduit. L'équité est assurée dans la mesure où le projet d'article 14 reflète un équilibre souvent établi par la convention des parties. Normalement, dans les accords de financement, le cédant garantit l'existence de la créance cédée, mais non sa propre solvabilité. D'autre part, l'accès à un crédit à coût réduit est facilité dans la mesure où, si les parties n'ont pas convenu de garanties, le risque de non-paiement serait, en l'absence d'une règle s'inspirant du libellé du projet d'article 14, plus élevé. Cette situation pourrait faire échouer une transaction (si le risque est trop élevé) ou, du moins, réduire le montant du crédit offert et rehausser le coût du crédit. Dans la mesure où le cédant peut répercuter ce coût sur le débiteur, les marchandises ou services du cédant seraient plus onéreux, voire inaccessibles pour le débiteur.

9. En vertu du paragraphe 1, le cédant garantit qu'il a le droit de céder la créance, qu'il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire, et que le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation. Compte tenu de la nécessité pour le cessionnaire de pouvoir estimer le risque lié à une transaction avant d'accorder un crédit, le paragraphe 1 dispose que les garanties doivent être données, et prendre effet au moment de la conclusion du contrat de cession. Ces garanties sont considérées comme étant données non seulement au cessionnaire immédiat, mais également à tout cessionnaire subséquent. En conséquence, tout cessionnaire subséquent peut se retourner contre le cédant et lui intenter une action pour violation des garanties. Si les garanties étaient considérées comme n'étant données qu'au cessionnaire immédiat, tout cessionnaire subséquent n'aurait recours que contre son cédant immédiat, ce qui accroîtrait le risque et, partant, le coût des transactions comprenant des cessions subséquentes.

10. Les alinéas a) à c) introduisent des garanties que l'on pourrait globalement décrire comme des garanties se rapportant à "l'existence" de la créance (ou à sa cessibilité). Si le cédant n'est pas habilité à céder les créances, les a déjà cédées, ou les a dénuées de toute valeur en exécutant de façon incorrecte le contrat conclu avec le débiteur, la créance n'"existe" pas. À cet égard, on a craint, pendant les délibérations du Groupe de travail, qu'en autorisant les parties à modifier des garanties relatives à l'existence même des créances cédées, le projet d'article 14 n'aille à l'encontre des normes de bonne foi. Afin de lever cette inquiétude, il a été proposé soit de supprimer le projet d'article 14 dans son ensemble, soit de ne pas le soumettre à l'autonomie des parties soit, du moins, de le soumettre à des modifications effectuées uniquement par convention explicite des parties. Le Groupe de travail, cependant, a décidé de conserver le projet d'article 14 inchangé. Il a été largement estimé que, s'il importait de conformer la pratique commerciale aux normes de bonne foi, cela ne devait pas se faire aux dépens de l'aptitude des parties à convenir d'une répartition des risques et, partant, des coûts dans les opérations de financement. En conséquence, il a été décidé que l'autonomie des parties ne devrait pas être limitée, et que l'interprétation des contrats dans le cas d'une convention implicite devrait relever de la loi régissant le contrat.

11. Le cédant viole la garantie quant à son droit de céder, introduit à l'alinéa a), s'il n'a pas la capacité ou l'autorité pour agir, ou s'il existe une quelconque restriction légale à la cession. Cette démarche se justifie par le fait que le cédant est mieux placé pour savoir si oui ou non il a le droit de céder la créance. Le cédant ne se rend pas coupable d'une violation de garantie, cependant, si le contrat initial contient une clause de non-cession. Le Groupe de travail a décidé qu'aucune référence explicite à cette règle n'était nécessaire à l'alinéa a), puisqu'elle est implicite dans le projet d'article 10, en vertu duquel la cession produit des effets même lorsqu'elle viole une clause de non-cession.

12. La garantie contenue 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 précédente a eu lieu ou non. L'alinéa b), cependant, n'exige pas du cédant qu'il garantisse qu'il ne cédera pas les créances à un autre cessionnaire après la première cession. Une telle garantie irait à l'encontre de la pratique moderne de financement selon laquelle le droit, qu'a le cédant de proposer à différents prêteurs des parties des mêmes créances à titre de garantie pour obtenir des crédits, est absolument essentiel. Ce type de garantie

de nantissement négative se retrouve généralement dans certaines transactions exceptionnelles telles que des accords de subordination par lesquels les ayants droit de mêmes créances règlent les conflits de priorité.

13. L'alinéa c) fait porter sur le cédant le risque d'exceptions ou de droit à compensation cachés opposables par le débiteur, qui pourraient faire échouer en totalité ou en partie la demande du cessionnaire. Cette disposition part du principe qu'en exécutant correctement son contrat conclu avec le débiteur, le cédant pourra empêcher que de telles exceptions soient opposées. Dans le contexte de la vente de marchandises, en particulier, qui inclut des éléments de service et d'entretien, une telle démarche rendrait le cédant davantage responsable de la bonne exécution de son contrat avec le débiteur. Cette disposition part également de l'hypothèse que, dans tous les cas, le cédant sera mieux placé pour savoir si oui ou non le contrat sera correctement exécuté, même s'il n'est que le vendeur de marchandises fabriquées par un tiers. Dans aucun de ces cas il n'est nécessaire que le cédant ait réellement connaissance de l'existence d'exceptions.

14. L'alinéa c) a un champ d'application étendu qui englobe les exceptions et droit 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 le droit à compensation découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial. S'agissant des garanties relatives à l'absence d'exceptions opposables à des créances futures cédées par ensembles à titre de garantie, le Groupe de travail a estimé que la garantie introduite à l'alinéa c) reflétait correctement la pratique actuelle. Selon cette pratique, dans les cessions d'ensembles de créances exemptes ou frappées d'exceptions, les cédants ne reçoivent normalement qu'un crédit correspondant au montant des créances non susceptibles de faire l'objet d'exceptions et doivent rembourser un montant plus élevé. En outre, en cas de non-paiement par le débiteur, le cédant doit reprendre les créances que le cessionnaire ne parvient pas à se faire payer par le débiteur et les remplacer par d'autres créances ou à rembourser le prix des créances impayées ("financement avec recours").

15. Les conséquences juridiques d'une violation de garanties par le cédant sont régies par la loi applicable en dehors du projet de convention. Le Groupe de travail s'est penché, en particulier, sur la question de savoir si, en cas de violation de garanties par le cédant, les créances sont automatiquement retransférées vers le cédant ou si, dans ce cas, un acte de retransfert est nécessaire. L'importance pratique de cette question réside dans le fait que, si les créances que le cessionnaire n'est pas en mesure de se faire payer sont automatiquement retransférées et si le cédant est, dans l'entrefait, devenu insolvable, le cessionnaire a une meilleure chance de séparer le prix payé pour les créances du patrimoine de l'insolvabilité ou, du moins, de se faire payer sur le produit des créances avant les créanciers non garantis. Si, en revanche, un acte de transfert est nécessaire et si le cédant est devenu insolvable, le retransfert ne sera pas accepté par l'administrateur de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter les conséquences juridiques d'une violation de garanties, estimant que cette question représente une rupture du contrat de financement ou du contrat de cession (s'il s'agit d'un contrat différent) et devrait relever de la loi régissant ce contrat. Les raisons citées par le Groupe de travail à l'appui de cette démarche sont les suivantes: les questions relatives au contrat financier sous-jacent sortent du champ d'application du projet de convention ; et, dans tous les cas, il serait très difficile au Groupe de travail de parvenir à un accord sur des questions telles que la responsabilité en matière de violation de garanties.

16. 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 repose sur le cessionnaire, fait que le cessionnaire 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 transactions financières de convenir d'une répartition différente des risques, en vue de fixer différemment le prix de la transaction, le paragraphe 2 autorise le cédant et le cessionnaire à convenir autrement. Le paragraphe 2 dispose également qu'une telle convention peut être implicite ou explicite. La question de savoir ce qui constitue une convention implicite relève des règles d'interprétation prévues par la loi régissant le contrat.

Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur

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

COMMENTAIRE

17. Le projet d'article 15 traite de la question de savoir qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit de notifier la cession au débiteur et d'envoyer des instructions de paiement. Il n'a pour objet de définir ni les conditions qu'une notification doit remplir pour produire des effets à l'encontre du débiteur, qui sont définies au projet d'article 18, ni la question de savoir qui le débiteur doit payer afin d'être dûment libéré, ce qui fait l'objet du projet d'article 19, ni enfin les autres conséquences juridiques de la notification, qui sont traitées dans les projets d'articles 20 et 22 (sur ces questions, voir par. 33).

18. Le projet d'article 15 a principalement pour objet de reconnaître au cessionnaire le droit de notifier la cession au débiteur et d'envoyer des instructions de paiement, sans la coopération ni l'autorisation du cédant. Le Groupe de travail a admis que, dans certaines pratiques, il est normal que le cédant informe le débiteur au moment où une cession s'effectue et lui envoie des instructions de paiement au cessionnaire (en cas d'affacturage, par exemple). Dans le même temps, cependant, le Groupe de travail était conscient du fait que, dans d'autres pratiques, il était important que le cessionnaire puisse notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant, qu'il y ait défaillance ou non. Il a été largement estimé que, par principe, le cessionnaire, en sa qualité de nouveau créancier, devrait avoir, vis-à-vis du cédant, le droit de notifier la cession au débiteur et d'envoyer des instructions de paiement. Il a été jugé que la protection du débiteur contre le risque de se voir notifier une cession et de se voir demander de payer une personne potentiellement inconnue était une question différente qui pourrait être résolue en autorisant le débiteur, en cas de notification adressée par le cessionnaire, à demander des preuves suffisantes (voir par. 47).

19. Il a été jugé important, sur le plan pratique, d'accorder au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur, en particulier dans la mesure où le cédant pourrait ne pas souhaiter ou, en cas d'insolvabilité, ne pas pouvoir coopérer avec le cessionnaire. De surcroît, il a été estimé que, du moins dans les systèmes juridiques où la priorité est déterminée par la date de notification au débiteur, le cédant, agissant d'intelligence avec un ayant droit à l'encontre d'un autre ayant droit, pourrait déterminer l'ordre de priorité, à moins que chaque ayant droit ne soit autorisé à notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant. Le Groupe de travail a confirmé que le cédant peut toujours notifier la cession au débiteur indépendamment de tout cessionnaire, même si cette notification violait une convention entre le cédant et le cessionnaire. De l'avis général, le débiteur devrait pouvoir s'acquitter de son obligation de la façon indiquée par le cédant dans la notification et ne devrait pas se préoccuper des arrangements privés existant entre le cédant et le cessionnaire (après notification de la cession, cependant, le débiteur se libère en payant le cessionnaire ou conformément aux instructions données par ce dernier; voir la modification que le secrétariat a proposé d'introduire au paragraphe 2 du projet d'article 19 dans A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 8 relative au projet d'article 19).

20. Afin de tenir compte des pratiques de non-notification, la notification est formulée, au paragraphe 1, comme un droit et non comme une obligation. Dans ces pratiques, le débiteur ne reçoit normalement pas notification de la cession et le cédant reçoit le paiement au nom du cessionnaire. Le projet d'article 15 a également pour objet de reconnaître des pratiques dans lesquelles le débiteur continue de payer comme avant la cession, tandis que le cédant et le cessionnaire s'entendent sur le contrôle du compte ou de l'adresse (boîte postale, par exemple) sur lequel ou

à laquelle le paiement s'effectue. Dans ces pratiques, afin d'éviter au débiteur tout inconvénient qui pourrait résulter d'une interruption du flux normal des paiements, le débiteur n'est soit pas notifié du tout, soit notifié et prié de continuer de payer le cédant (cette notification a normalement pour objet d'empêcher le débiteur d'acquiescer, après notification, un droit à compensation découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial). Il n'y a que dans des situations exceptionnelles (par exemple en cas de défaillance) que la créance est notifiée au débiteur, qui reçoit alors différentes instructions de paiement (payer le cessionnaire ou une autre personne ou sur un compte différent ou à une adresse différente).

21. Si le projet d'article 15 accorde au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur et d'envoyer des instructions de paiement, il reconnaît également au cédant et au cessionnaire le droit de négocier et de s'entendre sur la question de la notification au débiteur de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Le cédant et le cessionnaire, par exemple, peuvent convenir qu'aucune notification ne sera envoyée au débiteur aussi longtemps que le flux des paiements ne sera pas interrompu (comme, par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué). Pour s'assurer qu'il n'y ait pas besoin de convention spécifique, les mots d'ouverture du paragraphe 1 sont formulés de façon négative ("Sauf convention contraire").

22. La définition de la "notification" figurant au projet d'article 5 ne comprend aucune référence à l'identification du bénéficiaire et le projet d'article 15 fait référence, de façon distincte, à la notification et à la demande de paiement. Cette approche est destinée à faire valoir la différence, tant dans l'objet que dans le temps, entre une notification et une instruction de paiement, et à valider des pratiques dans lesquelles une notification est envoyée sans aucune instruction de paiement. En vertu de cette approche, la simple notification d'une cession suffit pour abolir le droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial, et pour changer la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial. Cependant, pour éviter de compliquer la libération du débiteur, le Groupe de travail a décidé de ne pas définir l'expression "instruction de paiement", ni de fonder la libération du débiteur sur la réception d'une instruction de paiement. En vertu du paragraphe 1, une instruction de paiement peut être envoyée soit par le cédant avec la notification, soit, subséquemment à une notification, par le cessionnaire. Le paragraphe 1, à la différence du projet d'article 19, renvoie au moment où la notification est "envoyée" (et non "reçue"), car ni le cédant, ni le cessionnaire n'ont le moyen de déterminer le moment de réception. Cette question peut être importante pour la libération du débiteur, traitée au projet d'article 19, mais non pour ce qui est de savoir qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit d'envoyer une instruction de paiement.

23. Le paragraphe 2 traite de la production d'effets d'une notification envoyée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire. La règle, introduite dans la première phrase du paragraphe 2, est que, si une notification est envoyée en violation d'une telle convention et que le débiteur paie, le débiteur est libéré (comme il s'agit là d'une question de libération du débiteur, le Groupe de travail souhaiterait peut-être envisager de déplacer la première phrase du paragraphe 2 au projet d'article 19; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 15). Le fait de savoir si la personne violant cette convention est responsable d'une rupture de contrat en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, est une autre question et ne devrait pas remettre en cause la libération du débiteur, qui n'est pas partie à cette convention. En aucun cas, cependant, une notification envoyée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire n'abolit tout droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial (projet d'article 20); ne change la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial (projet d'article 22); ne constitue une base pour déterminer la priorité en vertu de la loi applicable aux questions de priorité (projets d'articles 24 à 26). Le Groupe de travail a estimé que de tels résultats conférerait un avantage indu au cessionnaire qui notifierait de façon abusive la cession au débiteur. La formulation négative du paragraphe 2 ("n'invalide pas") a pour objet de s'assurer que la simple violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire n'invalide pas, d'une part, la notification aux fins de la libération du débiteur mais surtout, d'autre part, qu'elle ne porte pas atteinte au droit contractuel quant aux conditions exigées pour qu'une telle convention soit effective.

Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement

RÉFÉRENCES

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

COMMENTAIRE

24. Les projets d'articles 2, 8 et 15 établissent, entre le cédant et le cessionnaire, le droit du cessionnaire à demander paiement. Il est, par conséquent, soumis au principe général de l'autonomie des parties consacré au projet d'article 6 et est formulé comme une règle par défaut applicable en l'absence de convention entre le cédant et le cessionnaire. Il est également soumis aux dispositions relatives à la protection du débiteur et à la priorité du projet de convention. Le projet d'article 16 ne définit pas le produit, mais est formulé de manière générale de façon à englober à la fois le produit de créances et le produit de produits, ainsi que le paiement tant en espèces qu'en nature, par exemple sous la forme de marchandises retournées (pour une proposition de définition du "produit" et de référence au "paiement ou autre forme de libération", voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 16).

25. Le droit du cessionnaire sur le produit est indépendant de toute notification de la cession. Cette démarche se justifie par la nécessité de s'assurer que, si un paiement est effectué en faveur du cessionnaire avant la notification, le cessionnaire puisse conserver le produit du paiement; et que si un paiement est effectué en faveur du cédant après la notification (ce qui ne libère pas le débiteur), le cessionnaire ait un droit sur ces paiements. Ce droit revêt une importance particulière si le cédant ou le débiteur deviennent insolvable. Si le paiement est effectué en faveur du cédant après la notification, le cessionnaire est en principe fondé, en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 16, à se faire payer par le cédant ou, en vertu du paragraphe 2 du projet d'article 19, par le débiteur. Dans la pratique, cependant, le cessionnaire ne réclamerait pas un second paiement du débiteur, à moins que le cédant soit devenu insolvable. Dans ce cas, toute demande de paiement que le débiteur pourrait former contre le patrimoine du cédant insolvable (par exemple, sur la base du principe d'enrichissement sans cause) serait normalement insignifiante, puisqu'il est improbable que des ayants droit formant des demandes personnelles puissent obtenir paiement. Cependant, 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.

26. Le projet d'article 16 couvre les situations dans lesquelles un paiement a été effectué en faveur du cessionnaire, du cédant ou d'une autre personne. Dans ce dernier cas, le droit du cessionnaire est soumis à priorité. Dans ce contexte, le Groupe de travail a décidé de s'abstenir de toute référence générale à un quelconque "droit supérieur en vertu de la loi applicable", qui engloberait le droit d'une institution dépositaire sur les paiements reçus de bonne foi. Le Groupe de travail a estimé que le cessionnaire ne devrait pas pouvoir réclamer à l'institution dépositaire de tels paiements reçus de bonne foi et en copropriété avec d'autres biens (pour une proposition tendant à préciser, au paragraphe 2, que le droit à demander paiement d'un tiers est un droit entre le cédant et le cessionnaire soumis à l'autonomie des parties, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 16).

27. En vertu du paragraphe 2, le cessionnaire peut réclamer l'intégralité du produit du paiement, mais ne peut conserver qu'un montant égal au montant dû augmenté de tout intérêt éventuel (il faudra peut-être traiter explicitement du droit du cédant sur les intérêts; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 3 relative au projet d'article 16). Cette démarche a pour objet de tenir compte de la pratique normale, dans les cessions effectuées à titre de garantie, selon laquelle le cessionnaire peut être fondé à recouvrer l'intégralité de la créance, mais doit rendre compte et rendre au cédant ou à ses créanciers tout solde restant après paiement de la somme due au cessionnaire. Le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer la question de savoir si l'expression "valeur de son droit" reflète correctement l'intention du paragraphe 2.

28. S'agissant de l'interaction entre les projets d'articles 12 et 16, on notera que le débiteur souverain pourrait s'acquitter de sa dette en payant le cédant, le cessionnaire étant fondé à réclamer le produit du paiement auprès du cédant. La question de savoir si ce droit est un droit *in rem* ou *ad personam* relève de la loi régissant la priorité.

* * *

Section II. Débiteur

Article 17. Principe de la protection du débiteur

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 101

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

A/CN.9/434, par. 86 à 95

A/CN.9/445, par. 195 à 198

A/CN.9/456, par. 21, 81 et 168 à 176

COMMENTAIRE

29. L'objectif premier de toute loi relative à la cession peut être d'établir un équilibre approprié entre la nécessité, d'une part, de permettre aux parties de mobiliser leurs créances afin d'obtenir des crédits et des services et, d'autre part, de faire en sorte que la situation juridique du débiteur ne s'en trouve pas affectée. Pour faire ressortir à quel point il est important de protéger le débiteur de manière évidente, le Groupe de travail a décidé d'en faire mention dans le préambule et d'énoncer ce principe d'une importance fondamentale pour le projet de convention dans le projet d'article 17. Le principe de la protection du débiteur est appliqué de façon plus spécifique dans les dispositions de la section II du chapitre IV. C'est aussi la raison pour laquelle le paragraphe 2 du projet d'article premier dispose que, pour que s'appliquent les dispositions du projet de convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur (c'est-à-dire le chapitre III et la section II du chapitre IV), il faut que ce dernier soit situé dans un État contractant. C'est en vertu de ce même principe que le droit du cédant et du cessionnaire de ne pas appliquer l'intégralité du projet de convention est limité (projet d'article 6). En effet, une telle option négative pourrait neutraliser le système de protection du débiteur prévu par le projet de convention. La nécessité d'accorder une protection particulière aux débiteurs souverains est aussi à la base du projet d'article 12. Le projet d'article 28, qui soumet un certain nombre de questions relatives au débiteur à la loi qui régit la créance constitue également une application particulière du principe général consacré dans le projet d'article 17. Cette loi sera celle qui régit le contrat initial et sera probablement celle qui a été choisie par le cédant et le débiteur au moment où ils auront contracté leurs obligations initiales.

30. La règle fondamentale du paragraphe 1 est que le projet Convention ne vise pas à porter atteinte aux droits et obligations du débiteur. Il n'a pas pour objet, en particulier, de modifier les conditions de paiement stipulées dans le contrat initial (par exemple, le montant dû, le moment et le lieu du paiement). Cette règle fondamentale admet trois exceptions. Premièrement, le débiteur peut négocier avec le cédant ou le cessionnaire et accepter de renoncer à ses exceptions ou droit à compensation. Une telle convention peut lui permettre d'obtenir un avantage, tel qu'un crédit plus élevé, un délai de remboursement plus long ou un taux d'intérêt plus bas. Le projet d'article 21 porte sur une telle convention entre le cédant et le débiteur et prévoit certaines limitations. En revanche, il ne porte pas sur les clauses de non-recours convenues entre le cessionnaire et le débiteur, qui doivent être régies par une autre loi. La question de savoir si une clause de non-recours doit être interprétée comme un consentement ou une confirmation du consentement du débiteur à la cession doit également être tranchée par une autre loi (voir par. 56).

31. La deuxième exception figure dans les dispositions du projet de convention qui influent effectivement sur la situation juridique du débiteur. Ces dispositions sont les suivantes: projet d'article 10 (une cession prend effet nonobstant toute clause de non-cession); projet d'article 19 (après notification, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou à une instruction de paiement ultérieure donnée par le cessionnaire); paragraphe 2 du projet d'article 20 (après notification, le débiteur ne peut opposer au cessionnaire aucun droit à compensation découlant de contrats qui n'ont pas de lien avec le contrat initial); paragraphe 3 du projet d'article 20 (le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire aucun droit pour violation par le cédant d'une clause de non-cession); projet d'article 22 (après notification, le droit du débiteur de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire est limité); et projet d'article 23 (le débiteur ne peut pas, en cas de non-exécution du contrat par le cédant, recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée; il devra la recouvrer auprès du cédant et supporter par conséquent le risque d'insolvabilité du co-contractant).

32. La troisième exception à la règle établie au paragraphe 1 figure au paragraphe 2. En vertu de ce paragraphe, une instruction de paiement, qu'elle soit donnée avec la notification ou ultérieurement, peut être modifiée en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le paiement doit être effectué. Toutefois, une instruction de paiement ne peut pas modifier la monnaie de paiement. Elle ne peut pas non plus modifier le pays où le paiement doit être fait, sauf si la modification est à l'avantage du débiteur et permet que le paiement soit effectué dans le pays où le débiteur est situé. Une telle modification du pays de paiement est souvent permise dans les contrats d'affacturage afin de faciliter le paiement par les débiteurs.

* * *

Article 18. Notification de la cession au débiteur

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 124 et 125
A/CN.9/432, par. 176 et 177, 187
A/CN.9/434, par. 172 à 175
A/CN.9/447, par. 45 à 47, 158 et 159
A/CN.9/455, par. 59 à 66
A/CN.9/456, par. 177 à 180

COMMENTAIRE

33. Comme il a été mentionné au paragraphe 17, le projet de convention traite des divers aspects de la notification de la cession dans plusieurs articles. Ainsi, l'alinéa f) du projet d'article 5 définit la notification aux fins du projet de convention. Le projet d'article 15 porte sur la notification en tant que droit du cédant et du cessionnaire. Le projet d'article 18 traite des questions relatives à la notification qui ont trait à la situation juridique du débiteur en général. Il fait aussi référence à une instruction de paiement qui, sans être définie dans le projet de convention, est décrite de manière générale au paragraphe 2 du projet d'article 17. Les projets d'article 19, 20 et 22 traitent des conséquences juridiques de la notification.

34. L'objectif premier du projet d'article 18 est de rappeler la "règle de la réception", à savoir le fait qu'une notification et une instruction de paiement ont effet lorsqu'elles sont reçues par le débiteur. La principale raison de l'adoption de cette règle par le Groupe de travail est qu'une notification, qu'elle soit ou non accompagnée d'une instruction de paiement, a des conséquences importantes pour la situation juridique du débiteur (elle change la manière dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, elle supprime le droit à compensation découlant des contrats qui n'ont pas de lien avec le contrat initial et elle modifie la manière dont le débiteur peut changer le contrat initial par convention avec le cédant). De telles conséquences peuvent se produire uniquement lorsqu'une notification ou

une instruction de paiement est formulée dans un langage “dont il est raisonnable de penser qu’il permet au débiteur d’en comprendre le contenu”. Par exemple, lorsque la notification se présente sous forme électronique et n’est pas immédiatement lisible, le débiteur devrait être en mesure de la décoder facilement. Pour éviter de créer des incertitudes, le paragraphe 1 prévoit une règle “refuge”, selon laquelle le langage du contrat initial est conforme à la norme requise.

35. À réception d’une notification, si le débiteur n’est pas disposé à accepter un changement pouvant découler d’une cession, il peut, sachant qu’il ne pourra obtenir un droit à compensation supplémentaire, refuser toute nouvelle relation contractuelle avec le cédant. Dans des cas exceptionnels, où la cession constitue une contravention essentielle à une convention de non-cession, le débiteur peut même être en mesure de résoudre le contrat initial. Toutefois, une solution aussi radicale ne devrait être envisagée que lorsqu’une cession entraîne pour le débiteur des difficultés extrêmes. Sinon, le risque de résolution du contrat pourrait en soi avoir un impact négatif sur le coût et la disponibilité du crédit (voir par. 50; voir également le document A/CN.9/WG.II/WP.105, par. 86). Pour éviter d’en arriver là, le Groupe de travail souhaiterait peut-être envisager de préciser au projet d’article 10 que tout recours dont dispose le débiteur à l’encontre du cédant pour violation d’une clause de non-cession sera limité à un droit à dommages-intérêts compensatoires, (ou bien que le débiteur ne sera pas autorisé à résoudre le contrat initial au seul motif que le cédant a violé une clause de non-cession). On pourrait de toute façon parvenir à ce résultat dans la mesure où les projets d’articles 10, 20-3 et 22 pourraient être interprétés comme excluant une telle solution aussi radicale, tout au moins après notification de la cession. Autoriser le débiteur à résoudre le contrat au seul motif qu’il y a eu violation d’une clause de non-cession irait à l’encontre du principe selon lequel la cession a effet même si elle est effectuée en violation d’une clause de non-cession et du principe selon lequel, dans un tel cas, le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire aucun des droits qu’il pourrait opposer au cédant pour contravention au contrat. En outre, si l’on n’autorise pas le minimum, c’est-à-dire une modification du contrat initial, après notification au débiteur sans le consentement du cessionnaire, on ne saurait autoriser le maximum, à savoir l’annulation du contrat.

36. En vertu du paragraphe 2, une notification peut porter sur des créances futures. Cette règle est d’une importance fondamentale. Si une notification ou une instruction de paiement relative à des créances futures ne pouvait être effectivement donnée, le débiteur pourrait refuser de payer le cessionnaire malgré une notification ou une instruction de paiement. En outre, si la loi applicable aux questions de priorité en vertu des projets d’articles 24 à 26 règle les conflits de priorité sur la base du moment de la notification, les cessionnaires ne seront pas en mesure d’adresser effectivement une notification au débiteur et d’établir ainsi la priorité concernant les créances futures (voir par. 78). Un tel résultat irait virtuellement à l’encontre de la disponibilité du crédit sur la base de créances futures.

37. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si, pour protéger le cédant contre le risque de perdre toutes ses créances, l’effectivité d’une notification relative à des créances futures devrait être limitée à une période de temps fixe qui pourrait être éventuellement prolongée par une deuxième notification. Il a décidé de ne pas prévoir une telle limitation. Il a été estimé que de telles restrictions devraient être traitées dans le contrat de financement, domaine sur lequel le projet de convention devrait éviter d’empiéter. Il a aussi été considéré que tout délai fixe serait arbitraire et perturberait les pratiques commerciales fondées sur des relations à long terme. En particulier, dans les contrats à long terme, l’exigence du renouvellement d’une notification à l’expiration d’un délai donné pourrait être trop lourde à la fois pour le cessionnaire et pour le débiteur. Le cessionnaire aurait des difficultés à établir la date de réception de la notification par le débiteur, date à laquelle le délai fixé commencerait à courir. L’obligation pour le débiteur de vérifier la date à laquelle une notification a été reçue afin de déterminer s’il peut effectuer un paiement libératoire au cessionnaire serait trop lourde.

38. Le paragraphe 3 est l’une des dispositions les plus importantes du projet de convention, en particulier pour les opérations internationales d’affacturage. Dans ce type d’opérations, le cédant cède normalement les créances à un cessionnaire se trouvant dans son propre pays, à savoir le facteur exportateur, et ce dernier les cède ensuite à un cessionnaire dans le pays du débiteur, à savoir le facteur importateur. Ce type d’arrangement facilite le recouvrement auprès du débiteur dans la mesure où le facteur importateur peut prendre toutes les mesures nécessaires pour que

la deuxième cession à l'encontre du débiteur ait effet. Le bon fonctionnement de telles opérations est fondé sur le principe que la première cession a également effet à l'encontre du débiteur. Étant donné que le débiteur est normalement avisé uniquement de la deuxième cession, il est essentiel de veiller à que cette notification de la deuxième cession couvre également la première. Sinon, la première cession pourrait ne pas avoir effet à l'encontre du débiteur, ce qui pourrait avoir des répercussions sur l'effectivité de la deuxième cession également. Afin de traiter les cas dans lesquels il y a plus d'une cession subséquente, le paragraphe 3 prévoit qu'une notification couvre toute cession antérieure et pas seulement la dernière (pour ce qui de la question de la libération du débiteur en cas de notifications multiples relatives à des cessions subséquentes, voir par. 45).

* * *

Article 19. Paiement libératoire du débiteur

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 98 à 117, 127 à 131, 169 à 173 et 179
A/CN.9/432, par. 165 à 174 et 178 à 204
A/CN.9/434, par. 176 à 191
A/CN.9/447, par. 69 à 93 et 153 à 157
A/CN.9/455, par. 52 à 58
A/CN.9/456, par. 181 à 193

COMMENTAIRE

39. Le projet d'article 19 a un double objectif, à savoir offrir un mécanisme clair concernant le paiement libératoire du débiteur et garantir le paiement de la créance. Il n'a pas pour but de traiter la libération du débiteur en général ou l'obligation de paiement en tant que telle, puisque cette obligation est régie par le contrat initial et par la loi régissant ce contrat. La règle fondamentale est que, tant que le débiteur n'a pas reçu notification d'une cession, il peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial, mais une fois qu'il a reçu notification, il ne peut le faire qu'en se conformant aux instructions données par le cédant, ou par le cessionnaire avec la notification ou ultérieurement. Le projet d'article 19 vise également un certain nombre de cas particuliers: cas où il y a plusieurs notifications; cas où le débiteur reçoit une notification du cessionnaire et n'est pas sûr que ce dernier soit le créancier légitime; cas où le paiement libératoire est régi par une loi applicable en dehors du projet de convention; et cas où le paiement libératoire est effectué alors que la cession est nulle et non avenue.

40. En vertu du paragraphe 1, tant qu'il n'a pas reçu de notification de la cession, le débiteur est en droit mais non tenu d'effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial (c'est-à-dire en effectuant un paiement en faveur du cédant ou d'une autre personne ou à un compte ou une adresse indiqués dans le contrat initial). Étant donné que la cession a effet à compter de la conclusion du contrat de cession, le débiteur, ayant connaissance de la cession, peut choisir d'effectuer un paiement libératoire au cessionnaire. Toutefois, en pareil cas, il prend le risque d'avoir à payer deux fois, s'il est prouvé ultérieurement qu'aucune cession n'a eu lieu. Le Groupe de travail a décidé de ne pas faire explicitement référence à la possibilité pour le débiteur de payer soit le cédant soit le cessionnaire afin d'éviter de porter préjudice à des pratiques telles que la titrisation, dans laquelle le débiteur est normalement censé continuer de payer le cédant (toutefois, ce n'est peut-être pas la façon de résoudre le problème; pour la suggestion du secrétariat à cet égard, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 19). En parlant de paiement "conformément au contrat initial" plutôt que de paiement au cédant, on entend protéger le droit du cédant et du débiteur de convenir de tout type de paiement susceptible de répondre à leurs besoins (par exemple paiement à un compte bancaire sans identification du détenteur du compte ou paiement à un tiers).

41. Le Groupe de travail a consacré beaucoup de temps à la question de savoir si la connaissance d'une cession devrait être considérée comme une notification et entraîner un changement dans la façon dont le débiteur peut s'acquitter de son obligation. On a fait valoir que ce serait aller à l'encontre de la bonne foi que d'autoriser le débiteur à effectuer un paiement libératoire au cédant, en particulier s'il était au courant de la cession, ou au cessionnaire, en particulier s'il savait que quelque'un d'autre avait un droit supérieur. Le Groupe de travail a décidé que la connaissance d'une cession ne devrait pas avoir d'incidence sur la libération du débiteur. Il a été largement estimé qu'il était certes important de vouloir rendre la pratique commerciale conforme aux normes de la bonne volonté mais qu'il ne fallait pas le faire au détriment de la certitude. Or, la certitude se trouverait réduite si la connaissance d'une cession entraînait un changement dans la manière dont le débiteur pouvait s'acquitter de son obligation. Dans un tel cas, le cédant ou la personne ayant un droit supérieur, qui ne serait pas en possession des moyens de preuves voulus, devrait établir ce que le débiteur savait. Si c'était au débiteur qu'incombait la charge de la preuve, ce dernier ne serait pas en mesure d'obtenir une libération valable, sauf s'il pouvait établir qu'il n'avait pas connaissance de la cession. En pareil cas, il faudrait déterminer ce qu'on entend par connaissance (par exemple, une connaissance générale du fait qu'une cession a eu lieu, ou la connaissance des détails de la cession, tels que le montant exact des créances cédées et, en cas de cession à titre de garantie, des créances garanties). Ce processus serait particulièrement lourd en cas de cessions multiples contradictoires. La certitude nécessaire dans une règle de libération du débiteur s'en trouverait donc sérieusement compromise. Le Groupe de travail a aussi tenu compte du fait que dans certains cas (par exemple, dans la titrisation et l'escompte de factures non divulgué) il est courant dans la pratique commerciale que le débiteur continue de payer le cédant même s'il est au courant de la cession, puisque le cessionnaire n'a pas la structure commerciale voulue pour recevoir les paiements.

42. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si la nullité (par exemple, pour fraude, coercition ou inaptitude) ou la connaissance de la nullité d'une cession devrait être prise en considération dans la libération du débiteur. Au début de ses travaux, il avait examiné une disposition selon laquelle le débiteur devait pouvoir exécuter son obligation même si une des cessions d'une série de cessions était nulle et non avenue (A/CN.9/WG.II/WP.96, projet d'article 27). On a estimé que le débiteur ne devrait pas être exposé au risque d'avoir à payer deux fois simplement parce que des parties qu'ils ne connaissaient pas avaient choisi d'effectuer des cessions subséquentes. Plus récemment, le Groupe de travail a déterminé que la question du paiement à une personne au profit de laquelle a été faite une cession nulle et non avenue ne se posait que dans ces cas exceptionnels et pouvait être régie par la loi applicable en dehors du projet de convention (c'est sur cette question qu'est axé le paragraphe 8 de l'article 19; pour les suggestions du secrétariat à cet égard, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 6 à 8 relatives au projet d'article 19).

43. Contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 2 ne laisse pas de choix au débiteur quant à la façon de s'acquitter de sa dette. Après notification, il peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou conformément aux instructions de celui-ci. La référence aux instructions de paiement vise à tenir compte des exigences de diverses pratiques. Le cessionnaire peut, par exemple, adresser une notification au débiteur de manière à geler le droit à compensation de ce dernier, sans demander paiement ou en demandant au débiteur de continuer à payer le cédant (c'est le cas, par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué ou dans la titrisation). Le Groupe de travail souhaitera peut-être énoncer explicitement au paragraphe 2 ce qui est déjà énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 15, à savoir que ces instructions peuvent être données par le cédant ou le cessionnaire en même temps que la notification ou uniquement par le cessionnaire après une notification (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 8 relative au projet d'article 19).

44. Les paragraphes 3 et 5 visent à fournir des règles simples et claires sur la libération en cas de notifications multiples. Le paragraphe 3 traite des cas où le débiteur reçoit plusieurs notifications relatives à plus d'une cession des mêmes créances par le même cédant, ce qui n'implique pas nécessairement une fraude. Il peut s'agir, par exemple, de plusieurs cessions de différentes parties des créances à titre de garantie, auquel cas la principale question est de savoir qui sera payé en premier (en d'autres termes qui a la priorité). Étant convenu que la cession ne devrait pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur, le Groupe de travail a établi une distinction claire entre la

question de la libération du débiteur et celle de la priorité. Ainsi, le paiement au titre du paragraphe 3, conformément à la première notification, libère le débiteur, même si la personne qui le reçoit n'a pas priorité. Il serait en effet injuste et incompatible avec la politique de protection du débiteur de demander à ce dernier de déterminer lequel des différents créanciers a la priorité et de le faire payer une seconde fois s'il effectue le paiement à la mauvaise personne. Le débiteur aurait très probablement un motif d'action en justice contre cette personne, mais il risquerait de ne pas pouvoir exercer ses droits si cette dernière devenait insolvable. Le risque d'insolvabilité du débiteur recevant un paiement devrait être supporté par les divers créanciers et non par le débiteur. Ces créanciers devraient déterminer les droits de chacun d'entre eux sur le produit du paiement conformément à la loi régissant la priorité en vertu du projet de convention.

45. Le paragraphe 5 traite des notifications relatives à plus d'une cession subséquente. De tels cas sont rares dans la pratique, puisque normalement seul le dernier d'une série de cessionnaires adresse une notification au débiteur lui demandant paiement. En tout état de cause, pour éviter toute incertitude quant à la façon dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, le paragraphe 5 prévoit qu'il doit se conformer aux instructions figurant dans la notification de la dernière d'une série de cessions. Pour que cette règle s'applique, il faut que le débiteur puisse facilement déterminer que les notifications reçues se rapportent à des cessions subséquentes, faute de quoi c'est la règle énoncée au paragraphe 3 qui s'appliquerait et le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue. En tout état de cause, en vertu du paragraphe 6 le débiteur pourrait, en cas de doute, demander aux cessionnaires lui ayant adressé une notification de lui fournir une preuve adéquate (en ce qui concerne la suggestion du secrétariat selon laquelle, tant que le débiteur n'a pas obtenu la preuve demandée, il pourrait effectuer un paiement libératoire au cédant, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 19). Si le débiteur reçoit plusieurs notifications relatives à plusieurs cessions des mêmes créances par le même cédant et à des cessions subséquentes, en vertu de l'application combinée des paragraphes 3 et 5, il peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification de la dernière cession.

46. Le paragraphe 4 vise à garantir que le cessionnaire peut modifier ou corriger ses instructions de paiement. Que le débiteur reçoive une notification du cédant ou du cessionnaire, en cas d'envoi d'une nouvelle instruction de paiement concernant une même cession, il ne peut s'acquitter de sa dette qu'en se conformant à cette instruction. La seule condition est que, conformément à la politique qui est à la base du projet d'article 15-1, cette instruction de paiement, qui est donnée après la notification, émane du cessionnaire, seule personne habilitée à disposer des créances. Pour protéger le débiteur contre le risque d'avoir à payer deux fois, le paragraphe 4 prévoit expressément qu'il ne doit pas tenir compte d'une instruction de paiement reçue après le paiement.

47. En vertu du projet d'article 15, la notification peut être adressée par le cédant ou par le cessionnaire indépendamment du cédant. Par conséquent, le débiteur qui reçoit une notification de la cession d'une personne qu'il ne connaît pas nécessairement peut se demander si cette personne est un créancier légitime, à qui il peut effectuer un paiement libératoire. Afin de le protéger de toute incertitude concernant la façon de s'acquitter de sa dette dans ce type de situation, le paragraphe 6 lui donne le droit de demander au cessionnaire de donner une preuve appropriée de la cession dans un délai raisonnable. Le paragraphe 6 n'impose pas d'obligation au débiteur, car le fait de demander des preuves supplémentaires dans tous les cas retarderait inutilement le paiement et augmenterait le coût de la notification. C'est aux tribunaux judiciaires ou arbitraux qu'il incombe de déterminer ce qui constitue une preuve "appropriée" et un délai "raisonnable" en tenant compte des circonstances de l'espèce. Le Groupe de travail a estimé que la souplesse que donnent ces termes était nécessaire, car il a été impossible de trouver une règle qui soit adaptée à tous les cas de figure possibles. En outre, pour éviter toute incertitude que l'emploi de ces termes pourrait créer, il a décidé d'inclure une règle "refuge" en vertu de laquelle une confirmation écrite émanant du cédant constitue une preuve appropriée.

48. La notification n'entraîne pas automatiquement l'obligation de payer, qui demeure soumise au contrat initial et à la loi qui s'y applique. En d'autres termes, le débiteur n'a pas à payer à réception de la notification et ne doit pas verser d'intérêts pour retard de paiement pendant qu'il attend la preuve appropriée qu'il a demandée. Si,

toutefois, la créance devient exigible pendant ce délai conformément au contrat initial, se pose alors la question de savoir si l'obligation de paiement est suspendue jusqu'à ce que le débiteur ait reçu la preuve demandée et dispose d'un délai raisonnable pour l'évaluer et agir en conséquence. Si l'obligation de paiement n'est pas suspendue, la protection que le paragraphe 6 accorde au débiteur peut se trouver réduite, dans la mesure où le débiteur qui retarde le paiement, même pour de bonnes raisons, aurait à payer des intérêts. Le Groupe de travail est parti du principe que l'obligation de paiement serait suspendue dans ces cas, mais a choisi de ne pas inclure au paragraphe 6 de libellé explicite, puisque cela n'était pas nécessaire pour obtenir le résultat recherché et puisque tout libellé supplémentaire pourrait indirectement empiéter sur la législation nationale relative aux intérêts. Il souhaitera peut-être reconsidérer cette approche. Toute incertitude sur cette question pourrait réduire l'utilité du paragraphe 6. Il pourrait être préférable d'énoncer explicitement que l'obligation de paiement est suspendue. Pour éviter une suspension qui pourrait désavantager à la fois le cédant et le cessionnaire, le Groupe de travail voudra peut-être prévoir que, si la créance devient exigible pendant que le débiteur attend la preuve du cessionnaire, le débiteur devra effectuer un paiement libératoire au cédant (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 19).

49. Le paragraphe 7 vise à garantir que le projet d'article 19 n'exclut pas d'autres moyens de libération du débiteur pouvant exister dans la loi nationale applicable en dehors du projet de convention. Mais on peut aussi aboutir involontairement à une situation dans laquelle un débiteur, ne tenant pas compte d'une notification adressée en vertu du projet de convention (par exemple, parce qu'elle porte sur des créances futures, ce qui peut ne pas être autorisé en vertu d'une autre loi) effectue le paiement à une autre personne, conformément à une autre loi. C'est pourquoi le Groupe de travail pourrait souhaiter envisager de valider le paiement au titre d'une autre loi uniquement s'il est effectué en faveur d'un cessionnaire légitime en vertu du projet de convention, et de limiter la consignation auprès d'un organisme public (tribunal ou autre) aux cas de notifications multiples (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 5 relatives au projet d'article 19) et, éventuellement, de notification par le cessionnaire. S'il adopte une telle approche, le paragraphe 8 pourrait ne pas être nécessaire puisque, si le débiteur, ayant reçu une notification du cessionnaire, n'est pas certain de la validité de la cession, il peut se libérer par une consignation.

* * *

Article 20. Exceptions et droit à compensation du débiteur

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 66 à 68 et 132 à 135

A/CN.9/432, par. 205 à 209

A/CN.9/434, par. 194 à 197

A/CN.9/447, par. 94 à 102

A/CN.9/456, par. 194 à 199

COMMENTAIRE

50. Le projet d'article 20 représente une autre application particulière du principe général selon lequel la cession ne doit pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur. Ce dernier peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et le droit à compensation qu'il pourrait invoquer à l'encontre du cédant. Le projet de convention, cependant, ne précise pas ce que sont ces exceptions et ce droit à compensation, question qui devra être régie par une autre loi.

51. En vertu du paragraphe 1, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes exceptions découlant du contrat initial, sans aucune limite, à savoir: les droits contractuels qui, dans certains systèmes juridiques, peuvent ne pas être considérés comme des "exceptions"; les droits à résolution du contrat, par exemple pour erreur, fraude ou coercition; l'exemption de responsabilité pour non-exécution, par exemple en raison d'un empêchement imprévu; et les

demandes reconventionnelles au titre du contrat initial. Ces exceptions et droit à compensation peuvent être invoqués qu'ils soient opposables au moment de la notification de la cession ou qu'ils le deviennent uniquement après cette dernière. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si le droit à compensation découlant des contrats entre le cédant et le débiteur qui sont étroitement liés au contrat initial (par exemple un accord de maintenance ou autre accord de service associé au contrat de vente initial) devrait être traité de la même façon que le droit à compensation découlant du contrat initial.

52. Le paragraphe 2 prévoit un délai pour le droit à compensation découlant de toute source autre que le contrat initial, c'est-à-dire un contrat séparé entre le cédant et le débiteur, une règle de droit (par exemple une règle extracontractuelle) ou une décision judiciaire ou autre. Un tel droit ne peut pas être invoqué à l'encontre du cessionnaire s'il devient opposable après la notification de la cession. Le principe qui sous-tend cette règle est que les droits d'un cessionnaire diligent qui adresse une notification au débiteur ne devraient pas être subordonnés au droit à compensation découlant à tout moment de transactions séparées entre le cédant et le cessionnaire ou d'autres événements dont on peut raisonnablement s'attendre à ce que le cessionnaire soit informé. D'un autre côté, il n'est pas porté indûment atteinte aux intérêts du débiteur puisque, si le fait que ce dernier ne peut accumuler des droits à compensation constitue pour lui une difficulté inacceptable, il peut éviter d'effectuer de nouvelles transactions avec le cédant (en ce qui concerne la question de savoir si le débiteur peut résoudre le contrat initial, voir par. 35). Compte tenu du principe énoncé au paragraphe 2, le droit à compensation découlant de contrats séparés entre le débiteur et le cessionnaire n'est pas affecté. Ce droit peut être opposé au cessionnaire même après notification de la cession, tout comme le droit à compensation découlant du contrat initial. Il convient aussi de noter qu'une notification, qu'elle contienne ou non une instruction de paiement, entraîne le gel du droit à compensation du débiteur. Cette approche vise à tenir compte des pratiques dans lesquelles une simple notification est adressée afin d'empêcher précisément que le débiteur n'acquière un droit à compensation en raison d'actes ou d'omissions du cédant qui échappent au contrôle du cessionnaire, alors que le débiteur est censé continuer de payer le cédant. Du fait du projet d'article 12, en vertu duquel une cession effectuée en dépit d'une clause de non-cession n'a pas d'incidences sur les débiteurs souverains, le projet d'article 20 ne porterait pas atteinte à leurs droits.

53. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à préciser le sens des termes "peuvent être invoqués" en énonçant qu'une exception ou un droit à compensation ne peuvent être exclus si, au moment de la notification, il sont "effectifs et vérifiés". Cette proposition n'a pas été adoptée car elle entraînerait une limitation inappropriée du droit à compensation que peut invoquer le débiteur à celui qui est quantifié au moment de la notification. Afin d'éviter de laisser cette question totalement en suspens, le Groupe de travail a également examiné diverses suggestions concernant la loi applicable au droit à compensation. Référence a été faite à la loi qui régit la créance et à la loi du lieu où est situé le cédant. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de faire référence, tout au moins en ce qui concerne le droit contractuel à compensation, à la loi qui régit le contrat d'où découle le droit à compensation (voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 1 et 2 relatives au projet d'article 28).

54. Le paragraphe 3 a pour objet de garantir que le débiteur ne peut pas invoquer à l'encontre du cessionnaire, à titre d'exception ou de compensation, la violation d'une clause de non-cession par le cédant. Le débiteur peut avoir un motif d'action en justice contre le cédant si, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, la cession constitue une contravention au contrat qui entraîne pour lui une perte. Toutefois, la simple existence d'une clause de non-cession ne constitue pas une violation de la garantie énoncée au paragraphe 1-a) de l'article 14. En l'absence d'une disposition allant dans le sens du paragraphe 3, le projet d'article 10-3, selon lequel le cessionnaire n'est pas responsable d'une contravention au contrat par le cédant, pourrait être privé de toute signification.

* * *

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

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 136 à 144

A/CN.9/432, par. 218 à 238

A/CN.9/434, par. 205 à 212

A/CN.9/447, par. 103 à 121

A/CN.9/456, par. 200 à 204

COMMENTAIRE

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

56. Pour permettre aux cédants d'obtenir un crédit à coût réduit, le projet d'article 21 valide cette renonciation aux exceptions et au droit à compensation. En outre, pour lever toute incertitude quant aux conséquences juridiques d'une renonciation et pour éviter qu'un tribunal ne l'annule comme étant inéquitable pour le débiteur, le paragraphe 1 énonce ce qui peut sembler évident dans certains systèmes juridiques, à savoir qu'une renonciation empêche le débiteur d'opposer au cessionnaire des exceptions et un droit à compensation. Compte tenu du fait que, dans la pratique, une renonciation peut être convenue au moment de la conclusion du contrat initial ainsi qu'à une date antérieure ou postérieure, le paragraphe 1 ne fait pas spécifiquement référence au moment auquel une renonciation peut être convenue. Le paragraphe 1 ne dit pas non plus explicitement que l'acceptation d'une cession par le débiteur constitue une renonciation ou la confirmation d'une renonciation. Cette question relève des autres lois applicables. Le paragraphe 1 n'exige pas non plus que les exceptions soient connues du débiteur ou qu'elles soient explicitement énoncées dans la convention de renonciation. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle exigence introduirait un élément d'incertitude dans la mesure où le cessionnaire devrait établir ce que le débiteur savait ou aurait pu savoir dans chaque cas particulier.

57. Bien qu'ayant pour objet de faciliter l'accès à un crédit à coût réduit, ce qui est dans l'intérêt du commerce en général, le projet d'article 21 n'en néglige pas pour autant la protection du débiteur. Afin de protéger les débiteurs contre toute pression excessive qu'exerceraient des créanciers pour les faire renoncer à leurs exceptions, le paragraphe 2 introduit des restrictions raisonnables concernant ces renonciations. Ces restrictions ont trait à la forme que peuvent prendre ces renonciations, à certains types de débiteurs et à certains types d'exceptions. Compte tenu du fait que le paragraphe 1 ne s'applique qu'aux renonciations convenues par le cédant et le débiteur, les restrictions contenues au paragraphe 2 ne s'appliquent pas aux renonciations convenues par le débiteur et le cessionnaire. Le Groupe de travail a estimé que le projet de convention ne devrait pas limiter la capacité qu'a le débiteur de négocier avec le cessionnaire afin d'obtenir un avantage tel qu'une réduction du taux d'intérêt ou un allongement de la période de paiement. Dans le même temps, le Groupe de travail a également estimé, vu que les conventions entre cessionnaires et débiteurs sortent du champ d'application du projet de convention, que le projet de convention ne devrait pas habiliter le débiteur à négocier des renonciations avec les cessionnaires si, en vertu de la loi applicable, le débiteur n'avait pas ce pouvoir.

58. Le paragraphe 1 introduit d'autres restrictions. Une renonciation ne peut être un acte unilatéral ou une convention orale; elle doit prendre la forme d'une convention écrite signée de façon à garantir que les deux parties

sont bien informées du fait de la renonciation et de ses conséquences, y compris les avantages offerts en retour au débiteur, et à faciliter la production de preuves. En outre, une renonciation ne peut déroger à la loi sur la protection des consommateurs prévalant dans le pays dans lequel le débiteur est situé (ce qui, dans le présent contexte, doit s'entendre comme étant son lieu d'activité). Afin d'éviter toute divergence terminologique ou autre existant entre les différents systèmes juridiques, le paragraphe 1 se réfère aux débiteurs dans des transactions "à des fins principalement personnelles, familiales ou domestiques". Cette référence est assortie du qualificatif "principalement", de façon que la restriction ne s'applique qu'aux transactions à des fins exclusives de consommation (c'est-à-dire aux transactions entre consommateurs) et non aux transactions à des fins à la fois de consommation et commerciales (c'est-à-dire aux transactions entre un consommateur et une entité commerciale). Le Groupe de travail pourra souhaiter reconsidérer cette démarche. Il semblerait cohérent avec le but de protéger les débiteurs consommateurs d'appliquer cette disposition à une transaction visant des fins de consommation à l'égard d'une partie et des fins commerciales du point de vue de l'autre (il en irait de même dans le contexte du projet d'article 23, mais non dans celui du projet d'article 4; voir par. 70 et A/CN.9/WG.II/WP.105, par. 43).

59. De surcroît, aux termes du paragraphe 2, une renonciation ne peut porter sur des exceptions découlant d'actes frauduleux commis par le cessionnaire. Un tel résultat irait à l'encontre des normes fondamentales de bonne foi. Afin de protéger un cessionnaire qui accepte une cession de bonne foi, le Groupe de travail a décidé de ne pas appliquer la même restriction aux exceptions découlant d'actes frauduleux commis par le cédant. Si le débiteur ne pouvait renoncer à ces exceptions, le cessionnaire devrait s'assurer qu'aucun acte frauduleux n'a été commis par le cédant dans le contexte du contrat initial. La restriction énoncée au paragraphe 2, cependant, s'applique non seulement aux exceptions relatives à un acte frauduleux du cessionnaire seul, mais aussi aux exceptions relatives à un acte frauduleux du cessionnaire agissant en collusion avec le cédant. Dans ce contexte, le Groupe de travail a envisagé d'autres exceptions auxquelles on ne pourrait renoncer. Pour tenir compte de certaines transactions d'exportation, le Groupe de travail a décidé que l'exception relative à l'invalidité du contrat initial ne devrait pas être sujette à renonciation. Quant aux exceptions opposables au détenteur protégé d'un instrument négociable, relatives aux exigences de signature et d'agence (paragraphe 1-c) de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux), le Groupe de travail a estimé qu'on ne devrait pas établir de parallèle entre une créance et un instrument négociable. Une telle mise en parallèle ne serait pas conforme au paragraphe 1-b) du projet d'article 4, qui exclut le transfert d'instruments par endossement et remise ou par simple remise. Elle ne serait pas conforme, non plus, à la volonté des parties qui choisissent de ne pas incorporer leurs créances dans un instrument négociable.

60. Conformément au paragraphe 1, le paragraphe 3 exige, en ce qui concerne la modification d'une renonciation, la forme d'une convention écrite signée. Les parties doivent être prévenues des conséquences juridiques d'une telle modification, qui doivent être facilement prouvées, en cas de besoin. Afin qu'une modification, qui pourra être convenue par le cédant et le débiteur, ne porte pas atteinte aux droits du cessionnaire, le paragraphe 3 soumet une modification à la procédure prévue au paragraphe 2 du projet d'article 22 concernant la modification du contrat initial après notification de la cession (c'est-à-dire le consentement réel et constructif du cessionnaire; voir par. 65).

* * *

Article 22. Modification du contrat initial

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 109
A/CN.9/432, par. 210 à 217
A/CN.9/434, par. 198 à 204
A/CN.9/447, par. 122 à 135
A/CN.9/456, par. 205 et 206

COMMENTAIRE

61. La question de la modification du contrat initial se pose souvent dans la pratique. Il peut devenir nécessaire de modifier un contrat pour différentes raisons. Ainsi, les principales conditions dans lesquelles un contrat a été conclu peuvent avoir fondamentalement changé si bien qu'il serait inéquitable pour le cédant d'avoir à livrer les marchandises promises; des équipements ou matériaux différents de ceux qui ont été convenus peuvent être nécessaires pour exécuter un projet; ou un changement dans les conditions générales peut obliger à reporter l'échéance du paiement convenue dans le contrat initial. Quand les modifications à apporter au contrat soulèvent des questions se rapportant aux droits et aux obligations existant entre le cédant et le débiteur ou entre le cédant et le cessionnaire, elles sont généralement prévues dans le contrat lui-même ou dans la législation pertinente. Mais, quand ces modifications touchent aux droits et obligations existant entre le cessionnaire et le débiteur, les problèmes qui se posent ne sont pas toujours entièrement traités dans le contrat ni dans la législation.

62. Le projet d'article 22 a donc pour objectif premier de faire en sorte que le débiteur ait, à l'égard du cessionnaire, le droit de modifier le contrat initial pour pouvoir, en cas de réduction du prix, faire un paiement libératoire d'un montant réduit et ne pas être redevable du montant de la créance initiale. Au demeurant, le projet d'article 22 ne doit pas interférer avec la relation entre le cédant et le débiteur. Pour cette raison, les termes d'une convention qui a effet entre le cédant et les débiteurs et les conséquences juridiques de cette convention relèvent de la loi régissant ladite convention. Secondairement, le projet d'article 22 a pour but de protéger le cessionnaire en veillant à ce que celui-ci acquiert des droits en vertu du contrat initial modifié. Autrement dit, en cas de modification du prix des marchandises ou services offerts dans le cadre du contrat initial, le débiteur ne peut pas invoquer la modification du contrat à titre d'exception en déclarant que le cessionnaire n'a aucun droit en vertu du nouveau contrat modifié, ni refuser de payer le prix réduit (les droits que le cessionnaire pourrait opposer au cédant pour rupture de contrat ne sont pas affectés; voir par. 67).

63. La règle fondamentale énoncée dans le projet d'article 22 est la suivante: avant notification, le cédant et le débiteur sont libres de modifier leur contrat. Ils n'ont pas à obtenir le consentement du cessionnaire, même si le cédant s'est engagé dans le contrat de cession à n'y apporter aucune modification sans le consentement du cessionnaire ou s'il doit de bonne foi informer le cessionnaire de toute modification du contrat. Le non-respect de ces obligations peut engager la responsabilité du cédant à l'égard du cessionnaire, sans cependant invalider la convention qui modifie le contrat initial, car cela affecterait de manière injustifiée les droits du débiteur. Après notification, une modification du contrat initial n'a effet à l'égard du cessionnaire que sous réserve du consentement explicite ou implicite de ce dernier. Cette approche se justifie par le fait qu'après notification, le cessionnaire devient partie à une relation triangulaire, et aucune modification de cette relation qui a des incidences sur les droits du cessionnaire ne devrait lier ce dernier contre son gré. Cela va d'ailleurs dans le sens du projet d'article 19 selon lequel, avant notification, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.

64. Le paragraphe 1 porte sur une convention entre le cédant et le débiteur qui est conclue avant notification de la cession et qui a des incidences sur les droits du cessionnaire. Si la convention n'affecte pas les droits du cessionnaire, le paragraphe 1 ne s'applique pas. Si elle est conclue après notification, le paragraphe 2 s'applique. Le Groupe de travail voudra peut-être spécifier que le moment précis à retenir est le moment où le débiteur reçoit notification car, à compter de ce moment, il ne peut effectuer un paiement libératoire qu'en se conformant aux instructions de paiement du cessionnaire.

65. La formulation du paragraphe 2 est négative, car la règle dispose qu'après notification, une modification est sans effet à l'égard du cessionnaire, à moins qu'une autre condition soit remplie. Les termes "sans effet" signifient que le cessionnaire peut exiger la créance initiale et que le débiteur n'est pas totalement libéré s'il fait un paiement de valeur inférieure à celle de la créance initiale. Le paragraphe 2 exige le consentement explicite ou implicite du cessionnaire. Le consentement explicite est exigé si la créance a été acquise en totalité par exécution, le cessionnaire pouvant alors raisonnablement s'attendre à recevoir paiement de la créance initiale. Aux fins du projet de convention,

une créance est considérée comme acquise en totalité dès lors qu'une facture est émise, même si le contrat correspondant n'a que partiellement été exécuté. Il s'ensuit que la modification des contrats partiellement exécutés est subordonnée au consentement explicite du cessionnaire. Il y a consentement implicite lorsque la modification est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par un cessionnaire raisonnable. Ce consentement est suffisant si la créance n'est pas acquise en totalité et si la modification est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par un cessionnaire raisonnable. En exigeant un consentement explicite ou implicite, le Groupe de travail voulait associer certitude et souplesse. Si une créance est acquise en totalité, sa modification a des incidences sur les attentes raisonnables du cessionnaire et doit donc être subordonnée à son consentement. Si, en revanche, une créance n'est pas acquise en totalité, il n'est pas nécessaire de faire peser sur les parties des exigences de nature à nuire à la bonne exécution d'un contrat. En particulier, dans le cas des contrats à long terme, tels que les accords de financement de projets ou de restructuration de la dette (dans lesquels des créances sont offertes à titre de garantie en contrepartie d'une réduction de taux d'intérêt ou d'un report de la date d'échéance), exiger du cédant qu'il obtienne le consentement du cessionnaire pour la moindre modification apportée au contrat pourrait ralentir les opérations tout en faisant peser une charge inutile sur le cessionnaire. Normalement, ce problème ne devrait pas se poser puisque, dans la pratique, les parties règlent généralement ces questions dans une convention établissant les types de modifications qui exigent le consentement du cessionnaire. En l'absence de convention à ce sujet ou en cas de violation de la convention par le cédant, le paragraphe 2 offrirait un degré de protection suffisant au débiteur.

66. Le Groupe de travail a décidé de ne pas se référer à des principes généraux, tels que la bonne foi ou les normes commerciales raisonnables, pour justifier une modification. Il a estimé que ces normes introduisaient un degré d'incertitude peu souhaitable, car elles ne sont pas universellement entendues de la même manière. Le Groupe de travail n'était pas favorable non plus à l'idée de limiter l'obligation d'obtenir le consentement du cessionnaire aux cas dans lesquels une modification du contrat initial aurait des incidences préjudiciables substantielles pour le cessionnaire.

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

* * *

Article 23. Restitution des paiements

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 145 à 148

A/CN.9/432, par. 239 à 244

A/CN.9/434, par. 94 et 213 à 215

A/CN.9/447, par. 136 à 139

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

COMMENTAIRE

68. Dans la pratique, le débiteur peut payer le cessionnaire avant que le cédant ne s'acquitte de ses obligations au titre du contrat initial. En cas de défaut du cessionnaire, il faut se demander si le débiteur peut recouvrer auprès de lui les sommes déjà payées. Cette question est particulièrement importante si le cédant devient insolvable car cela rend impossible tout recouvrement de paiement auprès de lui.

69. Pour compléter le principe selon lequel la position juridique du débiteur ne doit pas être affaiblie du fait de la cession, le projet d'article 23 prévoit que cette position ne doit pas être renforcée non plus. Si le débiteur paie le cessionnaire alors que le cédant n'exécute pas correctement le contrat initial, le débiteur peut se retourner contre le cédant en vertu du contrat initial et de la loi qui régit le contrat, mais il ne peut se retourner contre le cessionnaire. Autrement dit, le débiteur supporte le risque d'insolvabilité de son partenaire contractuel, ce qui serait le cas de toute manière en l'absence de cession. Ayant noté qu'une approche différente était suivie dans la Convention d'Ottawa, le Groupe de travail a estimé que la différence était fondée. Une garantie d'exécution du contrat initial donnée par le cessionnaire peut être justifiée dans les cas précis d'affacturage visés dans la Convention d'Ottawa, mais a été jugée peu indiquée dans le cas d'autres opérations de financement ou de service, y compris les opérations d'affacturage dans lesquelles un élément de service prédomine.

70. La règle énoncée dans le projet d'article 23 a certaines limites. En vertu de la loi régissant la protection des consommateurs, le consommateur débiteur pourrait avoir le droit de déclarer le contrat initial résolu et de recouvrer auprès du cessionnaire toutes les sommes qui lui ont été payées. Le Groupe de travail a estimé que le projet de convention ne devrait pas supplanter la loi régissant la protection des consommateurs en vigueur dans le pays où le débiteur est situé (à son établissement; pour le sens du terme "principalement" et le problème qui se pose à cet égard, voir par. 58). Il a aussi estimé qu'une référence générale à l'ordre public dans ce contexte serait superflue. Les notions d'ordre public et de loi impérative s'appliqueraient au titre des projets d'articles 30 et 31 grâce au mécanisme des règles de droit international privé, garantissant que la loi applicable en dehors du projet de convention serait prise en considération. Enfin, de multiples références aux notions d'ordre public et de loi impérative pourraient de façon regrettable élargir la limite et nuire à la certitude offerte par le projet de convention.

71. La référence au projet d'article 20 constitue une seconde limite au principe énoncé dans le projet d'article 23. Cette référence vise à préserver les exceptions et le droit à compensation du débiteur en cas de paiements échelonnés, quand certains versements ont été effectués et d'autres non. Ces droits ne s'appliqueraient que lorsque le débiteur voudrait soit réduire le montant des paiements qui restaient à faire, soit ne pas les faire.

* * *

Section III. Autres parties

Article 24. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 149 à 164

A/CN.9/432, par. 245 à 260

A/CN.9/434, par. 238 à 254

A/CN.9/445, par. 18 à 29

A/CN.9/455, par. 18 à 31

A/CN.9/456, par. 209 et 210

COMMENTAIRE

72. Une même créance peut faire l'objet de plusieurs cessions. De fait, la pratique des "cessions multiples" est normale lorsqu'il s'agit de cessions à titre de garantie dans lesquelles différents éléments des mêmes créances servent de garantie du crédit. La question se pose alors de savoir quel est l'ordre de priorité à suivre pour le paiement entre les différents ayants droit. Priorité ne veut pas dire validité. La priorité présuppose l'existence d'une créance valide (la validité quant au fond est traitée au chapitre III, tandis que la validité quant à la forme relève de la loi applicable en dehors du projet de convention; pour une proposition du secrétariat tendant à traiter la question de la validité

quant à la forme dans le projet de convention, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au chapitre III). La priorité ne préjuge pas de la question de savoir si le cessionnaire ayant la priorité conservera intégralement le produit du paiement ou en restituera le solde éventuel au cédant ou à l'ayant droit qui vient après lui dans l'ordre de priorité. Cela dépend de la question de savoir s'il s'agit d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie, question qui est du ressort de la loi applicable en dehors du projet de convention. La priorité n'a pas d'incidences non plus sur la libération du débiteur. Le débiteur qui paie conformément au projet d'article 19 (ou, si ce projet d'article n'est pas applicable, conformément à la loi applicable en vertu du projet d'article 28) est libéré, même si le paiement est fait à un cessionnaire qui n'a pas la priorité (en vertu du projet d'article 24 ou, si ce projet d'article n'est pas applicable, en vertu du projet d'article 29). Savoir si le cessionnaire conservera le produit du paiement est une question de priorité qui doit être résolue entre les divers ayants droit conformément à la loi applicable en vertu du projet d'article 24 (ou du projet d'article 29).

73. Toutefois, le fait pour un cédant d'opérer plusieurs cessions pures et simples des mêmes créances peut constituer un acte frauduleux ou déraisonnable. Si la fraude est rare, en revanche, une simple négligence de la part du cédant ou la méconnaissance des effets juridiques d'une cession précédente sont fréquentes. Un exemple classique en est la cession de créances à un financier en contrepartie de fonds de roulement et à un financier de stocks ou à un fournisseur de matériel à crédit avec réserve de propriété ou autre sûreté jusqu'au paiement total du prix des stocks ou du matériel. Dans ce cas, il peut y avoir conflit entre une cession globale (cession de toutes les créances actuelles et futures) au financier des fonds de roulement et une cession au financier des stocks ou au fournisseur du produit de la vente des stocks ou du matériel. Afin d'assurer une certaine prévisibilité aux droits des différents créanciers du cédant et ainsi de faciliter l'accès de celui-ci au crédit, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en partant de l'hypothèse que ces conflits seraient traités. Si la cession faite au financier des stocks ou au fournisseur est de nature contractuelle, ces conflits relèvent sans aucun doute du domaine d'application du projet de convention. Toutefois, cela peut ne pas être le cas si la cession intervient de plein droit puisque, en application du paragraphe 1 du projet d'article 2, le projet de convention ne porte que sur les cessions opérées par contrat et non sous l'effet de la loi. Le Groupe de travail voudra donc peut-être préciser que tous les conflits de priorité entre un financier de stocks ou un fournisseur qui a un droit réglementaire sur un produit et un cessionnaire entrent dans le cadre du projet de convention. À cet égard, il voudra peut-être examiner également si les règles de priorité prévues dans le projet de convention conviennent car le financier ou le fournisseur des stocks pourraient s'attendre à ce que les questions de priorité soient régies par la loi du lieu où sont situés les stocks ou le matériel.

74. Le projet d'article 24 doit s'appliquer à un conflit entre un cessionnaire couvert par la Convention et un cessionnaire qui ne l'est pas (par exemple, entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales). Cette approche n'aurait pas d'incidences sur les pratiques nationales. En fait, une des raisons pour lesquelles le Groupe de travail a décidé de faire des règles de priorité des règles de droit international privé est que ces règles n'auraient pas d'incidences négatives sur les pratiques nationales. Le cessionnaire national serait soumis aux dispositions de la même loi puisque, par définition, dans un conflit avec un cessionnaire étranger, le cessionnaire national, le cédant et le débiteur seraient situés dans la même juridiction. Si, dans le projet de convention, le "lieu où est située" une personne morale était défini par référence au lieu de son "incorporation" ou au lieu de son administration centrale et si ce lieu n'était pas celui de son établissement, la loi applicable pourrait ne pas être la même. Toutefois, même dans ce cas, le cessionnaire national pourrait prévoir que le projet de convention serait applicable puisque ledit cessionnaire serait situé dans un État contractant (l'État dans lequel le cédant est situé; autrement le projet de convention ne s'appliquerait pas); et il saurait aussi que le cédant est, par exemple, une succursale d'une entité étrangère. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer cette interprétation (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 5 relatives au projet d'article premier).

75. Dans le cas de plusieurs cessions pures et simples des mêmes créances par le même cédant, la question pourrait être non de savoir qui sera payé le premier (question de priorité), mais qui sera effectivement payé (question "d'effectivité"). Dans ce cas, le cessionnaire qui a la "priorité" prend la totalité du produit (à condition qu'il ait une créance valide) et aucun autre cessionnaire ne peut obtenir paiement. Cependant, le projet de convention ne fait pas

de différence entre les cessions pures et simples et les cessions à titre de garantie, puisque les tiers peuvent n'avoir aucun moyen de savoir si, dans un cas précis, il s'agit d'une cession à titre de garantie ou d'une cession pure et simple; en tout état de cause, il serait très difficile de faire cette différence étant donné les grands écarts qui existent entre les divers systèmes juridiques quant aux sûretés.

76. Le projet d'article 24 énonce une règle de droit international privé selon laquelle les questions de priorité relèvent de la loi du lieu où est situé le cédant (le Groupe de travail n'a pas encore tranché la question de savoir quel est ce lieu; pour les suggestions du secrétariat, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 4 à 10 relatives au projet d'article 5). Le Groupe de travail a admis qu'une règle de droit international privé ne peut pas aboutir à l'uniformité sur le plan des résultats commerciaux, car une loi peut donner la priorité au premier cessionnaire dans le temps alors qu'une autre peut la donner au cessionnaire qui le premier avise le débiteur ou enregistre certaines informations sur la cession. Par ailleurs, il a reconnu l'intérêt commercial évident d'une règle de droit international privé qui ferait ressortir les questions de priorité à la loi d'une juridiction unique et facile à déterminer. Une telle règle constituerait un progrès important par rapport à la situation actuelle dans laquelle les cessionnaires ont tendance soit à refuser les créances internationales à titre de garantie de crédit ou à les accepter à une faible valeur car ils ne peuvent pas déterminer la loi qui peut régir la priorité ou doivent satisfaire aux exigences de plusieurs juridictions pour s'assurer qu'ils auront la priorité.

77. Si, en vertu de la loi applicable, la priorité est fonction du moment de la cession, le cessionnaire qui envisage de financer certaines créances doit se fier aux assurances du cédant et, éventuellement, à celles d'autres parties ou aux informations disponibles sur un marché donné. Si la loi applicable définit la priorité en fonction de la priorité quant à l'envoi de la notification au débiteur, le cessionnaire éventuel doit là aussi se fier aux assurances du cédant et du débiteur ainsi qu'aux informations émanant d'autres sources. Dans ces cas, la priorité en ce qui concerne les créances futures ne pourra pas être obtenue au moment de la cession (l'identité des débiteurs n'étant pas connue) et la priorité en ce qui concerne les créances cédées en bloc ne pourra être obtenue qu'au prix de l'envoi d'une notification à tous les débiteurs. Si, en revanche, en vertu de la loi applicable, outre les assurances du cédant ou d'autres parties, la priorité s'obtenait par enregistrement public de certaines informations, les éventuels cessionnaires pourraient se reporter à cet enregistrement. En outre, les cessionnaires qui enregistreraient les informations requises disposeraient d'un moyen objectif d'acquiescer la priorité.

78. À ce sujet, le Groupe de travail voudra peut-être préciser que, si en application de la loi du lieu où est situé le cédant (qui doit être dans un État contractant pour que le projet de convention s'applique), la priorité est déterminée en fonction de la date de notification au débiteur, cette notification doit être faite conformément au projet de convention. Si la notification était faite conformément à la loi nationale du lieu où est situé le cédant et si cette loi annulait les notifications relatives aux créances futures, les cessionnaires seraient dans l'impossibilité d'établir la priorité eu égard aux créances futures, ce qui nuirait à l'offre et au coût du crédit (voir par. 36).

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

droit. En outre, cette loi serait totalement inopérante dans le cas de plusieurs cessions des mêmes créances soit par le même cessionnaire ou par des cessionnaires différents, car des lois différentes pourraient s'appliquer aux mêmes conflits de priorité.

80. Que l'emplacement soit défini par référence au lieu "d'incorporation" ou au lieu de l'administration centrale d'une personne morale, l'application de la loi du lieu où est situé le cédant aboutira à l'application de la loi d'une seule juridiction, facile à déterminer au moment de la cession. Les difficultés exposées plus haut seront ainsi éliminées. En outre, l'application de la loi du lieu où est situé le cédant sera notamment compatible avec la loi des juridictions qui imposent l'enregistrement public et où les tiers chercheront normalement à connaître la loi du lieu où est situé le cédant pour déterminer la manière d'établir la priorité.

81. Le Groupe de travail a examiné la question du moment à retenir pour déterminer le lieu où est situé le cédant. Si le cédant a changé de lieu entre une cession et une autre, le cessionnaire, qui a la priorité en vertu de la loi du lieu initial, ne devrait pas perdre sa priorité. Par ailleurs, le droit des ayants droit dans le nouveau lieu ne devrait pas toujours être subordonné à ceux des ayants droit d'autres juridictions. Toutefois, on a généralement admis que le changement de lieu du cédant entre plusieurs cessions était rare dans la pratique et qu'une règle en la matière compliquerait inutilement le projet d'article 24. Le Groupe de travail a donc décidé de laisser la question à la loi applicable en dehors du projet de convention.

82. Comme on l'a vu plus haut, le Groupe de travail a décidé de s'écarter de l'approche traditionnelle afin de tenir compte des pratiques les plus courantes en matière de cessions globales de toutes les créances actuelles et futures. Le Groupe de travail a décidé de ne faire aucune exception pour les cessions de créances existantes, uniques, à valeur élevée. Appliquer une règle de priorité différente à la cession de ces créances porterait atteinte à la prévisibilité assurée par le projet d'article 24. Il serait très difficile de définir clairement les créances "de valeur élevée". En outre, lors d'une cession globale comprenant à la fois des créances "de valeur élevée" et des créances "de faible valeur", la priorité serait déterminée par des lois différentes.

83. Lors de son débat sur la loi applicable aux questions de priorité, le Groupe de travail a examiné le problème des conflits possibles avec la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980; ci-après appelée la "Convention de Rome"), dont l'article 12 porte sur la loi applicable aux cessions. Le Groupe de travail a estimé que la référence à un instrument régional applicable aux obligations contractuelles ne devrait pas empêcher d'élaborer un régime juridique spécial d'application universelle aux opérations de financement et de service. Il a également pris note de la grande incertitude qui existe sur le point de savoir si l'article 12 de la Convention de Rome traite des questions de priorité et, dans l'affirmative, il s'est demandé si la loi applicable est la loi choisie par les parties ou la loi qui régit la créance. À son avis, il serait utile d'éliminer cette incertitude et, de toute manière, il ne faudrait pas que les questions de priorité (c'est-à-dire les effets réels d'une cession) relèvent de la loi régissant la créance ni de la loi retenue par les parties (voir par. 79, 80 et 88). Il a été convenu, toutefois, que les États devraient avoir le droit de ne pas appliquer le chapitre V (projet d'article 34) et qu'ils pourraient, en tout cas, régler les conflits éventuels entre le projet de convention et la Convention de Rome en déterminant le texte auquel ils souhaitent donner la préférence (projet d'article 33).

84. Tout en soumettant les conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires qui obtiennent les mêmes créances du même cédant à la loi du lieu où est situé le cédant, le projet d'article tient compte de l'intérêt que les parties à un conflit ont à négocier et à renoncer à la priorité en faveur d'un autre ayant droit lorsque des considérations commerciales le justifient. Afin d'assurer le maximum de souplesse et de tenir compte des pratiques commerciales en vigueur, le paragraphe 2 a été rédigé de manière à indiquer clairement qu'une renonciation est valable même si elle n'est pas faite sous forme de convention directe entre le cessionnaire qui a la priorité et le bénéficiaire de la renonciation. La renonciation peut aussi se faire unilatéralement, par exemple sous forme d'un engagement pris à l'égard du cédant par le cessionnaire de premier rang (dans le contrat de cession ou dans une convention séparée, conclue par écrit ou oralement) qui habilite le cédant à effectuer une deuxième cession venant au premier rang dans

l'ordre de priorité. Le terme "unilatéralement" précise que le bénéficiaire de la renonciation (le deuxième cessionnaire) n'a pas de contrepartie à offrir en échange de la priorité qui lui revient à la suite de la renonciation unilatérale. En outre, le paragraphe 2 montre clairement qu'une renonciation a effet sans qu'il soit nécessaire d'identifier expressément le ou les bénéficiaires prévus ("tous cessionnaires existants ou futurs") et qu'il est possible d'employer des termes généraux.

85. Le Groupe de travail a aussi examiné, sans parvenir à un accord, plusieurs solutions pour mettre en place un régime de priorité fondé sur le droit matériel. Pour cette raison, l'annexe du projet de convention présente deux régimes de priorité fondés sur le droit matériel entre lesquels les États doivent choisir. Il en résulte peut-être une certaine confusion quant à la formule recommandée. En outre, si un État ne choisit aucun des deux régimes proposés (par exemple, parce que son régime de priorité repose sur la date de notification au débiteur), toutes les autres solutions seront en fait à reprendre. De plus, il faudrait développer davantage l'annexe pour la rendre utilisable. Cela étant, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remplacer l'annexe par quelques principes généraux selon lesquels la question de l'élaboration de dispositions types sur les questions de priorité relèverait de la procédure de révision et de modification du projet de convention (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives à l'annexe).

* * *

Article 25. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant
ou de l'administrateur de l'insolvabilité

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 149 à 164
A/CN.9/434, par. 216 à 237 et 255 à 258
A/CN.9/445, par. 30 à 44
A/CN.9/455, par. 32 à 40
A/CN.9/456, par. 211 à 222

COMMENTAIRE

86. Le projet d'article 25 vise à régler les conflits de priorité entre un cessionnaire et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. Dans le projet de convention, il n'est pas prévu de traiter des problèmes qui se posent en cas d'insolvabilité du cessionnaire, sauf si ce dernier fait une cession subséquente et devient cédant. Le Groupe de travail a estimé que ces questions n'entraient pas dans le champ d'application du projet de convention. Le projet de convention ne doit pas non plus traiter des problèmes découlant de l'insolvabilité du débiteur. L'hypothèse est que le cessionnaire aurait sur les créances les mêmes droits que le cédant si le débiteur était insolvable. Comme on l'a déjà vu, la priorité est un droit préférentiel (au paiement ou à une autre forme de libération; voir A/CN.9/WG.II/WP.105, par. 57). Les conséquences juridiques exactes de ce droit dépendent de la question de savoir s'il s'agit d'une cession à titre de garantie ou d'une cession pure et simple, question laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention. Quoiqu'il en soit, la préférence établie en vertu du projet de convention ne porte pas atteinte aux droits préférentiels spéciaux ou droits à priorité absolue prévue dans les législations nationales sur l'insolvabilité (voir par. 93).

87. Les conflits de priorité visés par le projet d'article 25 peuvent surgir si la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (si la cession est faite ultérieurement, il n'y a pas de conflit; les droits que le cessionnaire peut obtenir sont subordonnés aux droits des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité). Si la priorité dépend de la date de la cession, le fait que la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité suffit pour établir que les créances n'entrent pas dans le patrimoine du cédant (s'il s'agit d'une cession pure et simple) ou pour permettre au cessionnaire de faire valoir sa créance de

préférence aux créanciers n'ayant pas de sûretés (s'il s'agit d'une cession à titre de garantie). Si, en revanche, la priorité est fonction de la notification envoyée au débiteur ou de l'enregistrement public de certaines informations sur la cession, le fait que la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'est pas suffisant pour établir la priorité. La notification au débiteur ou l'enregistrement doit alors prendre place avant la saisie ou l'ouverture de la procédure.

88. En vertu du projet d'article 25, les conflits de priorité relèvent de la loi du lieu où est situé le cédant (la question de savoir quel est ce lieu n'a pas encore été tranchée; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 4 à 10 relatives au projet d'article 5). Comme on l'a déjà vu (voir par. 79 et 80), le lieu où est situé le cédant en tant que facteur de rattachement offre l'avantage de la simplicité et de la prévisibilité pour un certain nombre de raisons: il fournit un point de référence unique; il pourrait être déterminé à la date de la cession, même quand il s'agit d'une cession globale de créances futures; il conviendrait même dans le cas des systèmes juridiques qui pratiquent l'enregistrement et il entraînerait l'application de la loi de la juridiction dans laquelle il ne fait guère de doute que la procédure d'insolvabilité à l'égard du cédant sera ouverte. Ce dernier aspect de l'application de la loi où est situé le cédant est essentiel car il règle comme il convient la question de la relation entre le projet de convention et la loi sur l'insolvabilité applicable. De fait, l'idée maîtresse du projet d'article 25 est de faire en sorte que, dans la plupart des cas, la loi régissant les questions de priorité au titre de ce projet et la loi régissant l'insolvabilité du cédant soient les lois d'une seule et même juridiction (la juridiction principale du cédant, qu'il s'agisse du lieu "d'incorporation" ou du lieu de l'administration centrale). En pareil cas, tout conflit entre le projet de convention et la loi applicable à l'insolvabilité serait réglé par les règles de droit de cette juridiction. Dans tous les autres cas où une procédure d'insolvabilité portant sur les biens et les affaires du cédant est ouverte dans un État autre que celui de la principale juridiction du cédant (par exemple, une juridiction dans laquelle le cédant a des biens), le projet de convention cède le pas aux règles de droit qui donnent expression à l'ordre public de l'État dans lequel un différend est porté devant une instance judiciaire ou arbitrale (projet d'article 25, par. 3). En outre, dans ces cas, le projet de convention vise à éviter toute atteinte à certains droits des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité qui, sans avoir de lien avec l'ordre public, sont inscrits dans des règles de droit impératives (projet d'article 25, par. 4). Le Groupe de travail voudra peut-être étendre ces deux limites aux procédures judiciaires autres que la procédure d'insolvabilité. En aucun cas, les droits préférentiels, non contractuels, ne seraient touchés (projet d'article 25, par. 5).

89. Au paragraphe 3, par ordre public, il faut entendre l'ordre public international de l'État du for. Le recours à l'ordre public a exclusivement un effet négatif au sens qu'il peut exclure l'application d'une disposition de la loi applicable en vertu du projet d'article 25, qui est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for (par exemple, une règle donnant la priorité à un État étranger en matière fiscale). Il s'ensuit qu'une personne donnée peut être écartée lors de la détermination du rang de priorité, la priorité étant déterminée par d'autres dispositions de la loi applicable. Par ailleurs, dans le projet d'article 25, l'ordre public ne peut pas avoir d'effet positif: il ne peut pas aboutir à l'application positive d'une règle de priorité de l'État du for qui est l'expression de l'ordre public (par exemple, une règle donnant la priorité aux employés dans l'État du for). Pour cette raison, le Groupe de travail a décidé d'inclure le paragraphe 5 dans le projet d'article 25, expressément pour préserver des droits non contractuels qui ont priorité sur tous les autres (voir par. 93).

90. Pour qu'une règle de priorité soit écartée en application du paragraphe 3, elle doit être "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État du for. La notion de "manifestement contraire" est utilisée dans des textes internationaux (dont l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, l'article 16 de la Convention de Rome et l'article 18 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux) pour qualifier l'ordre public. L'idée est d'insister sur le fait que les exceptions d'ordre public doivent être interprétées de façon restrictive et que le paragraphe 3 ne devrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles touchant à des questions d'importance fondamentale pour l'État du for. Autrement, la certitude offerte par le projet d'article 25 pourrait être sérieusement compromise, ce qui aurait une incidence négative sur

l'offre et le coût du crédit fondé sur des créances (l'expression "manifestement contraire" est aussi utilisée dans le projet d'article 31; voir par. 114).

91. Si la règle, avec laquelle la règle de priorité de la loi applicable est en conflit, n'est pas l'expression de l'ordre public mais est une règle de droit impérative, le paragraphe 4 prévoit que "sauf dispositions contraires du présent article" la Convention n'a pas d'incidences sur les droits spéciaux des créanciers du cédant ni sur ceux de l'administrateur de l'insolvabilité. C'est dire que la règle de priorité de la loi applicable n'est pas écartée, mais s'applique dans la mesure où elle n'affecte pas certains droits spéciaux. À la base, l'idée est que les règles de priorité de la loi applicable sont elles-mêmes des règles impératives, et les écarter au profit de règles impératives du for serait cause d'incertitude et nuirait donc à l'offre et au coût du crédit. Parallèlement, toutefois, le Groupe de travail a reconnu qu'une exception devrait être faite pour les cas où les droits spéciaux des créanciers du cédant ou ceux de l'administrateur de l'insolvabilité sont affectés.

92. Les droits spéciaux comprennent, parmi d'autres, le droit des créanciers du cédant d'éviter ou d'invalidier, ou d'engager une action pour éviter ou invalider une cession qui constitue un transfert frauduleux ou préférentiel. Ils comprennent aussi le droit de l'administrateur de l'insolvabilité d'éviter ou d'invalidier, ou d'engager une action pour éviter ou invalider une cession qui constitue un transfert frauduleux ou préférentiel; d'éviter ou d'invalidier, ou d'engager une action pour éviter ou invalider une cession de créances qui n'étaient pas nées au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; de grever les créances cédées des dépenses encourues par lui pour exécuter le contrat initial, ou de grever les créances cédées des dépenses encourues par lui pour maintenir, préserver ou exécuter les créances à la demande et au profit du cessionnaire. Si les créances cédées constituent des garanties à titre d'endettement ou d'autres obligations, les droits spéciaux protégés conformément au paragraphe 4 comprennent tous les droits existants en vertu des règles ou procédures d'insolvabilité qui régissent généralement l'insolvabilité du cédant et qui permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de grever les créances cédées; prévoient la suspension du droit des cessionnaires ou créanciers individuels du cédant de recouvrer les créances pendant la procédure d'insolvabilité; permettent de remplacer les créances cédées par de nouvelles créances de valeur au moins égale; permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de faire des emprunts garantis par les créances cédées dans la mesure où la valeur des créances dépasse celle des obligations garanties. Ils comprennent aussi d'autres règles et procédures d'effet semblable et d'application générale à l'insolvabilité du cédant qui sont expressément décrites par l'État contractant dans une déclaration (par. 5 du projet d'article 25).

93. Ainsi qu'on l'a déjà dit, l'État du for peut, en vertu du paragraphe 3, refuser de donner la priorité, par exemple, à un État étranger en matière fiscale, mais il ne peut pas appliquer sa propre règle qui donne la priorité aux employés de l'État du for. Le paragraphe 5 vise précisément à obtenir ce résultat: permettre à l'État du for d'appliquer son propre régime de priorité, si une règle de priorité applicable au titre des paragraphes 1 et 2 est manifestement contraire à l'ordre public du for et de donner la priorité aux droits non contractuels qui donnent expression à l'ordre public du for (pour les paragraphes 5 et 6, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 2 et 3 relatives au projet d'article 25). Le paragraphe 5 va encore plus loin. Il permet à l'État d'énumérer dans une déclaration les droits non contractuels, à priorité absolue, qui devraient prévaloir sur les droits du cessionnaire en vertu du projet de convention. La possibilité de faire une déclaration doit renforcer la certitude en ce sens qu'elle offre aux cessionnaires un moyen de connaître les droits qui auraient la priorité sur les leurs. Il s'agit d'une possibilité (et non d'une obligation) qui est formulée entre crochets, parce que le Groupe de travail a pensé qu'elle pourrait mettre en cause l'adhésion des États au projet de convention, en particulier dans la mesure où une déclaration aurait pour effet de limiter les droits nationaux à priorité absolue qui seraient préservés (pour une suggestion du secrétariat tendant à supprimer le texte entre crochets du paragraphe 5, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 25).

[Article 26. Droits concurrents sur le produit de la cession

RÉFÉRENCES

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

COMMENTAIRE 1/

94. Le projet d'article 26 a un double objectif: d'une part, faire en sorte que le cessionnaire ait sur le produit la même priorité que sur les créances et, d'autre part, accorder au cessionnaire sur une catégorie limitée de produits et dans certaines conditions les mêmes droits réels que ceux qu'il a sur les créances. Le produit est défini comme étant tout ce qui est donné en paiement de la créance. Il comprend le produit du produit, tandis que le paiement comprend à la fois le paiement en espèces et en nature (par exemple, les marchandises rendues par le débiteur au cédant).

95. La nature réelle du droit au produit est une question à distinguer de celle de la priorité. L'ayant droit qui a la priorité conformément à la loi applicable en vertu du projet de convention obtiendra paiement le premier et viendra avant un autre ayant droit (autre que celui qui a un droit non contractuel à priorité absolue; voir projet d'article 25, par. 5), que ce dernier ait un droit réel ou personnel (pour cette raison, le secrétariat suggère de traiter ces questions dans des dispositions séparées; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 26). Toutefois, la nature réelle du droit sur le produit peut être déterminante en cas d'insolvabilité. Si l'ayant droit prioritaire a un droit réel sur le produit, il pourra séparer ce produit de la masse des biens de l'insolvabilité (s'il s'agit d'une cession pure et simple) ou sera traité comme un créancier titulaire d'une sûreté et recevra paiement avant les créanciers qui n'ont pas de sûretés (s'il s'agit d'une cession à titre de garantie). En revanche, l'ayant droit prioritaire qui a un droit personnel recevra la part qui lui revient parmi les autres créanciers non titulaires de sûretés, s'il reste un solde après paiement de tous les créanciers bénéficiaires de privilèges spéciaux et de sûretés.

96. Aux termes du paragraphe 1, le cessionnaire ayant la priorité qui reçoit paiement peut conserver ce qu'il a reçu. La limitation implicite, peut-être à expliciter, est qu'il ne peut pas conserver un paiement d'une valeur supérieure à celle de sa créance (à ce sujet et au sujet des questions d'intérêt, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 3 relative au projet d'article 26). Le paragraphe 2 vise à reconnaître au cessionnaire un droit réel sur certains types de produits (par exemple, le produit en espèces) et uniquement dans certaines conditions (par exemple, si le cédant a encaissé un paiement pour le compte du cessionnaire et le détient sans confusion avec ses propres actifs). Cette disposition limitée a pour but de faciliter des pratiques, telles que l'escompte de factures non divulgué et la titrisation, dans la mesure où un droit réel sur le produit renforcera la certitude quant au paiement au cessionnaire, notamment en cas d'insolvabilité. Elle pourrait avoir une incidence très positive sur l'offre et le coût du crédit (pour une suggestion du secrétariat tendant à étendre l'application de cette disposition à d'autres types de produits, si les conditions énoncées au paragraphe 2 sont réunies, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 26).

97. Les paragraphes 3 à 5 traitent de la question de la priorité sur le produit. Ils sont fondés sur une distinction entre le produit constitué par des créances et les autres types de produits (par exemple des marchandises). La règle énoncée dans ces paragraphes est que la priorité sur le produit constitué par des créances est régie par la loi du lieu où est situé le cédant, tandis que la priorité sur les autres types de produits est régie par la *lex rei sitae*. Dans le cas des créances, le Groupe de travail a pu remplacer la *lex situs* par la loi du lieu où est situé le cédant. Il a retenu cette

¹/ Étant donné le caractère provisoire du projet d'article 26, les remarques s'y rapportant sont brèves. Elles seront complétées lorsque le projet d'article aura été mis au point par le Groupe de travail.

approche essentiellement parce que l'application de la *lex situs* aboutirait à des résultats impossibles car, dans le cas des créances futures, la *lex situs* ne serait pas connue à la date de la cession et, dans le cas des cessions globales, les questions de priorité relatives au même groupe de créances relèveraient de lois différentes. Pour les produits sous forme d'actifs corporels, le Groupe de travail n'a pas jugé possible de s'écarter de la *lex rei sitae*, car une autre formule aurait pu décevoir les attentes des tiers dans le pays où les actifs sont situés.

* * *

CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 185 à 187

A/CN.9/445, par. 52 à 55

A/CN.9/455, par. 67 à 73

COMMENTAIRE

98. Le chapitre V vise à énoncer quelques principes généraux largement adoptés mais non reconnus dans tous les systèmes juridiques. Il n'a pour objectif ni de traiter de manière exhaustive toutes les questions relatives à la cession ni d'aller à l'encontre de textes législatifs internationaux existants dans ce domaine du droit ou de s'y substituer. En particulier, les projets d'articles 27 et 28 reflètent les principes généralement acceptés selon lesquels le contrat de cession est régi par la loi choisie par le cédant et le cessionnaire, et la relation entre le cessionnaire et le débiteur relève de la loi régissant la créance. Les projets d'articles 30 et 31 reflètent également des principes généralement acceptés selon lesquels la loi applicable peut être écartée si elle est manifestement contraire à des règles de droit impératif ou d'ordre public.

99. Si le Groupe de travail décide que ce chapitre peut s'appliquer indépendamment des dispositions relatives au champ d'application du projet de convention, si le for se trouve dans un État contractant (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques se rapportant au chapitre V), le chapitre V élargirait le champ d'application des règles de priorité novatrices du texte. Contrairement aux dispositions des projets d'articles 27, 28, 30 et 31, la règle de priorité contenue dans le projet d'article 29 innove dans la mesure où elle traite d'une question qui n'est pas tranchée de façon claire ou appropriée dans le droit actuel. Allant dans le même sens que les projets d'articles 24 à 26, le projet d'article 29 soumet les questions de priorité à la loi d'une juridiction unique et facilement déterminable, à savoir la loi du lieu où est situé le cédant (pour une analyse des avantages de cette approche, voir par. 79, 80 et 88).

* * *

Article 27. Loi applicable au contrat de cession

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 188 à 196

A/CN.9/445, par. 52 à 74

A/CN.9/455, par. 67 à 119

COMMENTAIRE

100. Le projet d'article 27 vise à traduire le principe de l'autonomie des parties quant à la loi applicable au contrat de cession. Quoique largement admis, ce principe n'est pas connu dans tous les systèmes juridiques. Au titre du paragraphe 1, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de la loi applicable à leur contrat. La conclusion et la validité ainsi que les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant dudit contrat sont englobés dans l'expression "contrat de cession" (pour une suggestion visant à énoncer explicitement cette idée, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 27). Toutefois, si la cession est réduite à une clause dans le contrat de financement, cette expression ne visera pas la totalité du contrat de financement.

101. Le paragraphe 1 prévoit que le choix de la loi doit être expressément exprimé. Le Groupe de travail a reconnu qu'un choix implicite irait dans le sens des tendances actuelles du droit international privé. Toutefois, il a été largement estimé qu'une approche différente se justifie dans le cas des opérations de financement dans lesquelles la certitude est primordiale et peut déterminer si une opération aura lieu et à quel coût.

102. Le paragraphe 2 porte sur les cas exceptionnels où les parties n'ont pas convenu de la loi applicable au contrat de cession ou en ont convenu mais leur convention est ultérieurement jugée non valable. Il fait référence au critère de la relation la plus étroite, qui peut aboutir à l'application de la loi du lieu où est situé le cédant (par exemple, dans le cas d'une cession à titre de vente) ou de la loi du lieu où est situé le cessionnaire (par exemple, dans une cession à titre de garantie faite dans le cadre d'une opération de crédit). Pour associer souplesse et certitude, le paragraphe 2 introduit une présomption réfragable selon laquelle l'État ayant la relation la plus étroite avec le contrat est la loi du lieu où est situé le cédant, à savoir, dans ce contexte, son établissement. Étant donné le champ d'application limité du paragraphe 2, le Groupe de travail a estimé qu'une telle référence à l'établissement ne compromettrait pas la certitude nécessaire aux opérations de financement.

103. Le paragraphe 3 vise à refléter le principe généralement accepté selon lequel les parties à un contrat ne peuvent déroger à des règles impératives de la loi applicable lorsqu'elles n'ont pas choisi elles-mêmes de loi, si le contrat ne se rattache qu'à un seul autre État.

* * *

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

RÉFÉRENCES

A/CN.9/420, par. 197 à 200
A/CN.9/445, par. 65 à 69
A/CN.9/455, par. 92 à 104 et 117

COMMENTAIRE

104. Conformément au principe selon lequel le projet de convention ne devrait pas modifier la situation juridique du débiteur, le projet d'article 28 exprime une règle généralement acceptable, à savoir que la relation entre le cessionnaire et le débiteur est soumise à la loi qui régit la créance. Dans le cas des créances contractuelles, cette loi serait celle qui régit le contrat initial, soit probablement la loi choisie par le cédant et le débiteur et, en l'absence d'un tel choix, la loi du pays ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial. Le Groupe de travail a décidé d'éviter d'inclure des règles détaillées concernant la loi qui régit la créance. Il a été largement estimé que de telles règles complexes ne sont pas nécessaires dans un chapitre dont l'objectif est d'énoncer quelques règles générales sans traiter toutes les questions de droit international privé relatives à la cession. Il a aussi été généralement estimé qu'il ne serait pas approprié de tenter de déterminer la loi qui régit la créance dans la large gamme des contrats pouvant

être à l'origine d'une créance (contrats de vente, contrats d'assurance, contrats relatifs aux opérations sur les marchés financiers, par exemple).

105. Le projet d'article 28, qui s'inspire de l'article 12-2 la Convention de Rome, a trait à la relation entre le cessionnaire et le cédant. La cession ne crée pas entre ces derniers de relation contractuelle. Le cédant demeure le partenaire contractuel du débiteur et ce dernier conserve ses droits à l'encontre du cédant. Toutefois, il s'établit une relation *de facto* entre le cessionnaire et le débiteur du fait que le cessionnaire peut adresser une notification au débiteur lui demandant de payer. Pour éviter tout doute, le projet d'article 28 énonce explicitement qu'il vise les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et la libération de ce dernier (pour ce qui est du droit à compensation, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 1 et 2 relatives au projet d'article 28).

106. Le projet d'article 28 porte également sur la cessibilité en tant que question relative au paiement par le débiteur et à la libération de ce dernier. Pour déterminer si cet article vise à la fois la cessibilité contractuelle et la cessibilité légale, il faut savoir quel est le champ d'application du chapitre V, question sur laquelle le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision. Si ce chapitre s'applique aux opérations qui entrent dans le champ d'application du projet de convention, la cessibilité contractuelle relèvera du projet d'article 10, alors que la cessibilité légale sera régie par la loi indiquée dans le projet d'article 28 à condition que le for se trouve dans un État contractant. Si par contre, le chapitre V s'applique même aux opérations qui n'entrent pas dans le champ d'application du projet de convention, la cessibilité contractuelle pour ces opérations et la cessibilité légale pour les opérations relevant ou non du projet de convention seront régies par la loi applicable en vertu du projet d'article 28 (dans ce cas, la cessibilité contractuelle pour les opérations entrant dans le champ d'application du projet de convention sera régie par le projet d'article 10). Le Groupe de travail a estimé que le projet d'article 28 régirait les interdictions prévues par la loi pour protéger le débiteur (par exemple, les restrictions relatives à la cession des créances souveraines) ou pour protéger le cédant (par exemple, les restrictions relatives à la cession de salaires, de pensions et de prestations d'assurance-vie). À cet égard, le Groupe de travail est parti du principe que, si la loi régissant la créance allait à l'encontre d'une interdiction légale figurant dans une règle d'ordre public ou une règle de droit impératif de l'État du for et visant à protéger le cédant, elle pourrait être écartée et même remplacée par la règle de droit impératif de l'État du for ou d'un autre État (A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 3 relative au projet d'article 28). Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir cette question. Les interdictions légales visant à protéger le cédant entraînent la nullité des cessions entre les parties à ces cessions et, par conséquent, à l'égard du débiteur. En conséquence, la question de la relation entre le cessionnaire et le débiteur ne se pose même pas dans ce contexte. Il pourrait donc être plus approprié de faire régir ces interdictions légales par la loi du lieu où est situé le cédant plutôt que par la loi régissant la créance.

* * *

[Article 29. Loi applicable aux conflits de priorité

RÉFÉRENCES

A/CN.9/445, par. 70 à 74

A/CN.9/455, par. 105 à 110

COMMENTAIRE 2/

2/ En fonction de la décision du Groupe de travail concernant le champ d'application et l'objet du chapitre V, le projet d'article 29, qui est censé reprendre les règles figurant dans les projets d'articles 24 à 26, sera maintenu ou supprimé. C'est pourquoi il ne fait l'objet, à ce stade, que d'un bref commentaire.

107. Le projet d'article 29 figure entre crochets en attendant que le Groupe de travail décide du champ d'application ou de l'objet du chapitre V. Son maintien ne se justifiera que si le chapitre V s'étend aux opérations n'entrant pas dans le champ d'application du projet de Convention au titre du chapitre premier. Si le chapitre V a le même champ d'application que les autres parties du projet de Convention, le projet d'article 29 reprend des règles apparaissant dans les projets d'articles 24 à 26 et pourrait donc être supprimé. S'il est maintenu, il devra être aligné sur ces projets d'articles (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 29). Si le chapitre V s'applique indépendamment du chapitre premier, il pourrait être nécessaire de préciser qu'il s'applique également aux conflits ayant trait à une cession subséquente comme si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial (cette question est traitée au chapitre premier, projet d'article 2 b)).

108. En tant que règle de droit international privé, le projet d'article 29 a pour objet d'assurer la certitude quant à la loi applicable aux conflits de priorité. Cette certitude dépend d'une référence à la loi d'une juridiction unique et aisément déterminable (la loi du lieu "d'incorporation" ou du lieu de l'administration centrale du cédant; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 4 à 10 relatives au projet d'article 5).

109. La priorité est définie au projet d'article 5-i) comme une préférence (dans le paiement ou une autre forme de libération) et le projet d'article 29 spécifie les parties entre lesquelles peuvent naître de tels conflits. Étant donné que le débiteur ne figure pas parmi ces parties, la priorité ne concerne pas sa libération. Par conséquent, il ne peut être demandé au débiteur dont la libération relève de la loi qui régit la créance de payer de nouveau la partie ayant la priorité en vertu de la loi du lieu où est situé le cédant.

* * *

Article 30. Règles impératives

RÉFÉRENCES

A/CN.9/455, par. 111 à 117

COMMENTAIRE

110. Le paragraphe 1 vise à rendre compte d'un principe généralement accepté en droit international privé, selon lequel le droit impératif du for peut-être appliqué quelle que soit la loi applicable par ailleurs. Le droit impératif dans ce contexte ne renvoie pas à une loi à laquelle il ne peut être dérogé par convention mais à une loi d'une importance fondamentale telle que la loi sur la protection des consommateurs ou une loi de police.

111. Le paragraphe 2 introduit une règle différente, à savoir qu'un tribunal d'un État contractant peut n'appliquer ni la législation de son propre pays ni la loi applicable en vertu des projets d'articles 27 et 28, mais la loi d'un pays tiers au motif que les questions réglées dans ces dispositions ont une relation étroite avec ce dernier pays.

112. Le Groupe de travail, s'écartant de l'approche suivie dans les textes de droit international privé, a décidé de limiter le champ du projet d'article 30 à l'application de la loi applicable au contrat de cession et à la relation entre le cessionnaire et le débiteur. Il a été généralement estimé qu'une telle approche se justifiait pour ce qui était de la loi applicable aux questions de priorité, puisque les règles de priorité ont elles-mêmes un caractère obligatoire et que le fait de les écarter en faveur des règles impératives de l'État du for ou d'un autre État entraînerait indirectement des incertitudes quant aux droits des tiers, ce qui aurait un impact négatif sur la disponibilité et le coût du crédit.

* * *

Article 31. Ordre public

RÉFÉRENCES

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

COMMENTAIRE

113. Le projet d'article 31 se différencie du projet d'article 30 dans la mesure où il a uniquement un effet négatif, à savoir de déroger à une règle de la loi applicable si cette règle est manifestement contraire à l'ordre public du for. Contrairement au projet d'article 30, le projet d'article 31 n'a pas d'effet positif, c'est-à-dire qu'il n'entraîne pas d'application positive des règles d'ordre public du for. En d'autres termes, l'ordre public dans le contexte du projet d'article 31 signifie l'ordre public international et non l'ordre public interne du for.

114. Conformément à l'approche suivie dans d'autres textes juridiques internationaux, le qualificatif "manifestement" a été ajouté avant les mots "contraire à l'ordre public" (voir par. 90). Il convient de noter que c'est l'application de la loi applicable à un cas particulier et non la loi applicable en elle-même qui doit être manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for. L'application d'une loi étrangère, par conséquent, ne peut être refusée au motif que la loi elle-même, d'une manière générale, est jugée préjudiciable à l'ordre public du for mais uniquement si l'application d'une règle particulière dans un cas particulier irait à l'encontre de cet ordre public.

* * *