NATIONS
UNIES

A

Assemblée générale

Distr. LIMITÉE
A/CN.9/WG.II/WP.99
10 juillet 1998

ORIGINAL: FRANÇAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Groupe de travail des pratiques
en matière de contrats internationaux
Vingt-neuvième session
Vienne, 5-16 octobre 1998

FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES

Rapport du groupe d'experts préparé par le Bureau Permanent de la Conférence de la Haye de droit international privé

Note du Secrétariat

1. Lors de sa vingt-cinquième session, il a été noté que la complexité des aspects du droit international privé de la cession ne devait pas conduire à renoncer à les inclure dans les travaux futurs de la Commission, mais au contraire inciter à renforcer la coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé, par exemple sous forme de réunions mixtes d'experts sur les questions présentant un intérêt commun et liées à la cession de créances (A/50/17, par. 380).

2. Dans cet esprit, le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye a organisé en coopération avec le secrétariat une réunion d'experts (La Haye, 18-20 mai 1998) pour discuter les aspects du droit international privé de la cession dans le projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement.

3. A la suite de la réunion de ce groupe d'experts, le secrétariat a reçu du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye le rapport de cette réunion rédigé en français. On trouvera ce document en annexe à la présente note, dans la forme sous laquelle il a été reçu par le secrétariat.

V.98-54883

ANNEXE

Groupe de travail organisé par la Conférence de La Haye de droit international privé en coopération avec le Secrétariat de la CNUDCI

Cession de créances

Rapport
préparé par Catherine Kessedjian
Secrétaire général adjoint de la
Conférence de La Haye de droit international privé
avec l'aide de Patrick Wautelet
stagiaire

A l'invitation de la Conférence de La Haye de droit international privé, en coopération avec la CNUDCI, une réunion de travail s'est tenue à La Haye, dans les locaux du Bureau Permanent de la Conférence du 18 au 20 mai 1998.

Etaient présents les experts de 16 Etats.

Les débats ont eu pour but de peser les avantages et inconvénients des choix opérés provisoirement par le Groupe de travail de la CNUDCI chargé de préparer un projet de Convention sur le financement par cession de créances ; de déterminer les difficultés éventuelles posées par ces choix et, si possible, de les valider ou de proposer d'autres options. Lorsque les dispositions proposées dans le projet de Convention ont été considérées comme pouvant engendrer trop de difficultés, mais qu'aucune option alternative n'a pu être proposée, les experts ont recommandé que le présent rapport contienne les éléments de la discussion sans présenter de proposition concrète.

Les débats ont été organisés autour de cinq grands thèmes qui serviront de trame au présent rapport : 1) Le rôle des règles de conflit de lois pour la délimitation du champ d'application géographique de la Convention ; 2) la notion d'internationalité et ses différentes applications dans le projet de Convention ; 3) La définition de la notion de «situation»; 4) Les règles de conflit de lois destinées à pallier l'absence de solution matérielle ; 5) Les règles de conflit de lois générales destinées à s'appliquer même en l'absence d'application de la convention.

A titre introductif, il convient de rappeler ici certains grands principes qui sous-tendent les travaux de la CNUDCI tels que rappelés par certains experts : (1) les règles proposées doivent refléter les besoins de la pratique financière contemporaine ; (2) les règles doivent accroître la certitude et la prévisibilité des solutions ; elles doivent permettre la cession groupée de créances présentes et futures. Ces principes ont servi de toile de fond aux discussions du Groupe de travail .

1) Le rôle des règles de conflit de lois pour la délimitation du champ d'application géographique de la Convention

L'article premier du projet de Convention[1] dispose :

> *1. La présente Convention s'applique aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre si, au moment de la cession, le cédant est situé[2] dans un Etat contractant.*
>
> *2. [Les dispositions des articles [...] ne s'appliquent pas] [la présente Convention n'a pas d'incidence sur les droits et les obligations du débiteur] à moins que le débiteur ne soit situé dans un Etat contractant [ou que les règles du droit international privé conduisent à l'application de la loi d'un Etat contractant aux relations entre le cédant et le débiteur].*
>
> ... .

On note un choix de méthode différent entre les deux paragraphes cités de l'article premier : le premier paragraphe se contente d'un critère géographique précis sans faire appel aux règles de droit international privé ; alors que le deuxième paragraphe (conçu comme une exception partielle au premier paragraphe) propose d'élargir éventuellement le champ d'application de la Convention vis-à-vis du débiteur cédé lorsque le droit applicable à sa relation avec le cédant (loi de la créance cédée) est celui d'un Etat contractant[3]. Les experts se sont donc interrogés sur la possibilité d'harmoniser les deux dispositions pour inclure dans le paragraphe 1 un élargissement du champ d'application par le truchement des règles de droit international privé.

1.1. Les experts ont d'abord discuté du principe même de l'utilisation des règles de droit international privé pour élargir le nombre d'hypothèses dans lesquelles la Convention peut trouver à s'appliquer. Une telle méthode a déjà été utilisée par la CNUDCI dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises qui, dans son article premier, paragraphe 1) b) dispose que la Convention s'applique : «lorsque les règles de droit international

---

[1] Le document de référence est coté A/CN.9/WG.II/WP.96.

[2] Sur la définition de ce terme, voir *infra* section 3.

[3] Notons que la différence de méthode s'explique par le fait que le deuxième paragraphe n'a pas été soumis à la discussion du Groupe de travail CNUDCI pour avoir été introduit récemment dans le projet de texte.

privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant». On sait que l'un des avantages essentiels d'une telle disposition consiste à permettre l'application de la Convention alors que, sans elle, un Etat pourrait appliquer le droit interne de l'Etat désigné par la règle de conflit alors même que cet Etat aurait ratifié la Convention.

Il a été rappelé que cette disposition insérée tardivement au cours des négociations de la Convention de Vienne, a fait l'objet d'une assez grande controverse telle qu'elle a été assortie d'une possibilité de réserve. La disposition en elle-même a posé des difficultés d'application pratique, les opérateurs du commerce ignorant, la plupart du temps, les techniques particulières du droit international privé; techniques qui sont par ailleurs rendues plus compliquées encore par la possibilité pour chaque Etat d'émettre une réserve.

Mais, au-delà de cette difficulté pratique, un problème essentiel est posé par la détermination des règles de droit international privé qui doivent être appliquées. L'un des experts a suggéré que ces règles pourraient être puisées dans la Convention elle-même, à condition qu'elle contienne des règles générales allant au-delà de l'application des règles matérielles de la Convention[4]. En réalité, dans le cadre de la Convention de Vienne, ce sont les règles de droit international privé du for saisi d'un litige qui doivent être mises en oeuvre[5]. Si cette solution était adoptée dans le cadre du projet de Convention sur la cession de créances, elle pourrait mettre à mal les deux objectifs essentiels de cette Convention : certitude et prévisibilité[6]. En effet, au moment où cédant et cessionnaire négocieront la cession, la localisation du for saisi en cas de contentieux peut ne pas être aisée à déterminer, surtout si les parties ne se sont pas mises d'accord sur une clause d'élection de for.

Toutefois, cette difficulté sera minimisée si les parties ont procédé à une élection de droit. Mais, alors, l'argument essentiel avancé à l'encontre de l'utilisation des règles de droit international privé consiste à rappeler que la Convention contient des règles sur la priorité et, plus généralement, sur les droits des tiers. Il est dit que ces dispositions constituent l'un des acquis

---

4 Sur cette question, voir *infra* section 5.

5 Cette proposition est considérée par certains comme trop générale. En effet, si le for saisi est un Etat non contractant de la Convention, il n'est pas lié par l'article 1.1.b) et n'est pas obligé, en vertu du droit international public, d'appliquer la Convention même si son droit international privé désigne le droit d'un Etat contractant. Cette même difficulté se pose de manière générale lorsque le litige est soumis à un tribunal arbitral qui, par hypothèse, ne constitue pas un for et n'est pas lié, *a priori*, par les conventions internationales. Toutefois, on peut soutenir qu'au contraire, les tribunaux arbitraux doivent prendre en considération toutes les conventions internationales en vigueur. De nombreux tribunaux arbitraux agissent ainsi. Ces deux controverses, à elles seules, pourraient suffire à inciter les rédacteurs à ne pas adopter une telle méthode.

6 Les experts ont constamment fait référence à ces deux objectifs dans le cours des débats, montrant ainsi que chaque règle proposée (règle matérielle ou de conflit de lois) doit répondre à ces impératifs.

essentiels de la Convention. Or, l'on ne peut pas faire dépendre les droits des tiers du choix d'une loi ou d'un for par les parties à la cession. En conséquence, il a été recommandé de ne pas modifier l'article premier, paragraphe 1.

1.2. Le deuxième paragraphe du projet de Convention contient d'ores et déjà une proposition pour étendre la Convention au débiteur cédé si le droit applicable à ses relations avec le cédant est celui d'un Etat contractant alors même qu'il ne serait pas situé sur le territoire d'un Etat contractant. On justifie cette proposition par l'idée que la Convention contient des dispositions matérielles de protection du débiteur cédé qu'il est censé connaître dans les deux hypothèses visées par ce texte. Mais, une telle disposition rendrait très difficile la cession de créances groupées puisque, pour apprécier ses risques, le cessionnaire devrait déterminer le droit applicable à chacune des créances cédées. Certes, la même difficulté existe avec l'exigence que le débiteur cédé soit situé sur le territoire d'un Etat contractant; la cession pouvant alors contenir des créances sur des débiteurs situés dans des Etats contractants et non contractants. Mais, dans ce cas, si le cessionnaire souhaite différencier ces créances pour évaluer ses risques, le critère géographique strict lui permet de le faire sans trop de difficulté. Il n'en ira pas de même lorsqu'il devra procéder par le truchement de règles de conflit de lois.

En conséquence, les experts recommandent la suppression de la référence au droit international privé dans le deuxième paragraphe de l'article premier[7].

2) L'internationalité

Ayant décidé de maintenir l'article 1.1. dans sa rédaction actuelle, le Groupe de travail a alors discuté de la nécessité de définir la notion d'internationalité dans les deux hypothèses visées par cet article, savoir : la cession de créances internationales et la cession internationale de créances.

Il a été rappelé qu'une tradition bien établie au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé consiste à ne pas définir l'internationalité. En effet, les études comparatives montrent que au moins deux notions d'internationalité coexistent dans la plupart des pays : une notion juridique et une notion économique. La notion juridique consiste à prendre en considération soit la nationalité soit la situation géographique des parties concernées. La notion économique s'attache aux flux de biens, personnes, financiers ou autres à travers les frontières. Dans cette dernière acception, est internationale une relation éventuellement nouée entre partenaires localisés sur un même territoire mais dont l'un des aspects doit s'exécuter dans un autre Etat.

---

[7] Si le Groupe de travail CNUDCI décidait néanmoins de maintenir cette référence, il conviendrait de s'assurer que la référence à la loi d'un Etat contractant désigne les dispositions de la Convention et non pas son droit interne.

L'avantage de la notion juridique tient essentiellement à sa simplicité[8] et accroît ainsi la certitude et la prévisibilité des solutions. En revanche, la notion économique permet d'élargir le nombre d'opérations auxquelles les règles internationales vont s'appliquer. Ces règles internationales sont souvent unifiées et plus flexibles. C'est pourquoi, de nombreux opérateurs préfèrent voir qualifier leurs relations d'internationales.

Dans le cadre des Conventions de La Haye, les rédacteurs ont toujours évité de réduire la notion à l'une ou l'autre branche de l'alternative. La coexistence de ces deux critères et, éventuellement, d'autres n'a pas été jugée néfaste au bon fonctionnement des conventions de droit international privé.

Toutefois, dans le cadre de la Convention en discussion, il a été expliqué que les opérateurs économiques doivent pouvoir déterminer avec certitude et à l'avance les cas d'application de la Convention. Dans ce but, une définition a été jugée nécessaire et seuls des critères précis, objectifs et simples ont été jugés adéquats.

De la discussion sur les critères pouvant être adoptés, il ressort que certains problèmes pratiques peuvent naître de la définition de l'internationalité dans le cadre de cessions de créances groupées. En effet, tel que rédigé dans l'avant-projet, l'article 3 permet la cession de créances à la fois internationales et domestiques par une seule et même opération. Le Groupe de travail a jugé que la solution à cette question ne se trouve pas dans une modification des critères d'internationalité mais dans l'éventuel ajout d'une disposition précisant que les droits et obligations du débiteur cédé d'une créance domestique ne seraient pas affectés par la Convention.

En conséquence, le Groupe de travail a décidé de recommander le maintien de l'article 3 de l'avant-projet tel que rédigé aujourd'hui.

3) Définition de la notion de situation

Plusieurs dispositions de l'avant-projet de Convention comportent une référence à la situation d'un des acteurs à la cession de créance.

L'article 5 j) propose une définition de cette notion dans les termes suivants :

> *Une personne est située dans l'Etat dans lequel elle a son siège statutaire ou, si elle n'a pas de siège statutaire ou bien s'il s'agit d'un particulier, où elle a sa résidence habituelle .*

Il a été rappelé que, traditionnellement, on doit différencier les règles concernant les personnes physiques et celles ayant trait aux personnes morales ou autres groupements.

---

[8] Cette simplicité peut n'être qu'apparente car la détermination de la nationalité d'une personne (notamment d'une personne morale) ou de sa résidence habituelle ou autre localisation peut se révéler complexe en pratique. Sur la notion de «situation» au sens du projet de Convention en discussion, cf. *infra* section 3.

En ce qui concerne les personnes physiques, le droit international privé moderne privilégie le rattachement à la résidence habituelle plutôt qu'au domicile. La notion de résidence habituelle est plus flexible, plus factuelle et permet de respecter la réalité de l'insertion d'une personne dans un ordre juridique, économique et social donné[9].

Quant aux personnes morales, le droit comparé montre que les pays restent divisés entre ceux qui admettent le siège social statutaire (lieu d'immatriculation)[10] et ceux qui préfèrent le siège social réel. Signalons ici que les expressions diffèrent pour désigner le siège social réel : administration centrale, principal établissement, centre des intérêts principaux.

Pour les tenants du siège social réel, celui-ci présente l'avantage de situer la personne morale au centre de ses activités économiques et correspond à l'équivalent fonctionnel de la résidence habituelle pour les personnes physiques. En revanche, le siège social statutaire correspond à un choix délibéré de la personne, qui peut être dicté par des préoccupations complètement étrangères à son activité mais ayant trait à l'organisation interne de la personne morale[11] ou à des choix fiscaux.

On doit constater que le droit international privé n'a pas remporté de succès majeurs pour unifier la définition du siège des personnes morales, chaque pays restant attaché à ses traditions. A titre d'exemple, on peut citer l'article 58 (premier alinéa) du Traité de Rome instituant la Communauté européenne, jamais modifié avec les Traités subséquents qui dispose :

> *Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre aux personnes physiques ressortissant des Etats membres.*

L'article 3 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité signée à Bruxelles le 23 novembre 1995 dispose en son article 3, paragraphe 1:

---

[9] Pour un essai de systématisation des critères à prendre en considération pour déterminer la résidence habituelle d'une personne physique, on lira avec profit l'article du Dr. E.M. Clive, «The Concept of Habitual Residence», *The Juridical Review*, 1997, p.137 à 147.

[10] La question a été posée de savoir si le concept de «siège statutaire» correspond exactement à la notion de «*registered office*» utilisée dans la version en langue anglaise du projet de Convention. Ce problème n'a pas été approfondi.

[11] On peut ainsi mentionner que le Delaware, aux Etats-Unis, a développé un corps de règles législatives et jurisprudentielles très sophistiqué permettant aux sociétés de gérer au mieux leur organisation interne, ce qui explique le choix de beaucoup d'entreprises de situer leur siège statutaire dans cet état alors qu'elles n'y ont aucune activité économique.

... Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire .

De la même manière, la loi modèle CNUDCI sur l'insolvabilité transnationale n'opère pas de choix puisque son article 13, paragraphe 4, dispose :

Sauf preuve contraire, le bureau statutaire, ... est réputé être le centre [des] intérêts principaux .

Contrairement à cette tendance majoritaire qui semble ainsi se dessiner pour ne pas choisir entre les deux branches de l'alternative afin de coller de plus près à la réalité économique de la personne morale concernée[12], le projet de Convention sur les cessions de créances opère un choix en privilégiant le siège social statutaire ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus.

L'un des arguments avancé en faveur d'un tel choix a trait à la nécessité de pouvoir localiser avec certitude la situation du cédant[13]. A cet égard, certains experts estiment que le siège social statutaire est seul apte à donner satisfaction.

Cependant, il est rappelé que dans la très grande majorité des cas, le siège statutaire et le siège réel coïncident. Mais, dans les hypothèses où la société a fait le choix de la dichotomie[14], l'applicabilité de la Convention essentiellement centrée autour de la situation du cédant, entraînera une quasi impossibilité d'application de ce texte puisque les pays dans lesquels, traditionnellement, les sociétés situent leur siège social statutaire restent en dehors des efforts d'unification du droit, ne ratifiant guère les conventions disponibles[15].

Si l'on se place du côté du cessionnaire, pour qui l'applicabilité de la Convention est très importante et dont la plupart des droits et obligations dépendent, dans le silence des règles matérielles de la Convention, de la loi du cédant, la certitude à court terme représentée par le

---

[12] A cet égard, on doit signaler que la Convention des Nations Unies de 1995 sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by prévoit en son article 22 que la loi applicable est celle de l'Etat dans lequel le garant ou l'émetteur a l'établissement qui a émis l'engagement.

[13] Le projet de Convention utilise également la notion de «situation» pour le débiteur cédé (articles 1.2 ; 3) et le cessionnaire (article 3), mais il est vrai que la plupart des règles sont centrées autour de la situation du cédant.

[14] Nous parlons ici d'une dichotomie internationale et non pas d'une dichotomie existant au sein d'un Etat fédéral car, dans ce dernier cas, la Convention s'applique normalement à l'ensemble du territoire fédéral.

[15] Il a été répliqué que les entreprises ayant fait ce choix et qui, en conséquence, se verraient interdire l'accès à un financement par cession de créances en raison de la non-applicabilité de la Convention, seraient incitées à changer leur siège social statutaire.

siège statutaire du cédant peut se révéler contre productive dans les cas de dichotomie mentionnés au paragraphe précédent.

Le Groupe a alors longuement discuté de la question du conflit mobile. Le Groupe s'est trouvé divisé sur le point de savoir si l'on change plus facilement de siège statutaire ou de siège réel. Faute de pouvoir conclure dans un sens ou dans l'autre, cet argument n'a pas été jugé de nature à pouvoir influencer le choix entre l'une des deux branches de l'alternative. Ceci étant dit, tous se sont accordés pour dire qu'une disposition devait permettre de régler le conflit mobile dans le cadre des règles de conflit de lois.

En conclusion, le Groupe de travail est d'avis qu'il convient de séparer la définition concernant les personnes physiques de celle adoptée pour les personnes morales et autres groupements.

En ce qui concerne les personnes physiques, le Groupe de travail a retenu le critère de la résidence habituelle.

Pour ce qui a trait aux personnes morales, aucune conclusion définitive n'a pu être dégagée.

Toutefois, il a été proposé de s'inspirer de la définition de l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui dispose :

> *Sous réserve du paragraphe 5 il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement*

ou, à défaut, de la définition de la Convention européenne en matière d'insolvabilité rappelée ci-dessus.

En tout état de cause, les experts ont retenu l'idée selon laquelle, quel que soit le choix définitif du siège social statutaire ou réel, il est vraisemblablement nécessaire de prévoir une règle séparée lorsque le cédant agit par un établissement autonome, succursale ou autre entité sans personnalité juridique distincte.

4) Les règles de conflit de lois destinées à pallier l'absence de solution matérielle

Le Groupe d'experts s'est mis d'accord sur le rôle utile que peuvent jouer les règles de conflit de lois dans le cadre du projet de Convention à savoir qu'elles complètent l'effort d'unification du droit des cessions de créances pour des questions sur lesquelles les négociateurs n'ont pas réussi à dégager des règles matérielles. Il en va ainsi pour la forme, la cessibilité, le droit au produit de la

créance, le droit de priorité, et les droits concurrents en cas d'insolvabilité du cédant. Nous allons reprendre chacun de ces points séparément.

4.1. La forme

Tel que se présente aujourd'hui l'article 9 du projet de Convention, plusieurs variantes sont proposées. La variante A prévoit une règle matérielle d'exigence d'un écrit. Or, certains experts ont signalé que cette règle matérielle est inacceptable pour un petit nombre de pays qui verraient ainsi leur tradition en la matière bouleversée par la Convention. Il est donc fort probable que le projet de Convention ne puisse pas contenir une disposition rédigée conformément à la variante A[16].

S'est alors posée la question de la loi applicable à la forme en l'absence de règle matérielle. Avec des nuances non négligeables, ce sont deux règles de conflit de lois qui sont proposées par les variantes B et C du même article. Or, ces règles ne correspondent pas à la tendance actuelle en droit international privé qui consiste à privilégier une règle de conflit alternative destinée à valider le contrat ou l'acte juridique. Par ailleurs, certains experts ont montré qu'une règle de conflit de lois a peu de chance d'atteindre l'objectif recherché par une disposition sur la forme.

En effet, après réflexion, le but poursuivi par la forme dans le cadre du projet de Convention n'est pas tant une question de validité qu'une question d'identification du contenu de la cession ou, en d'autres termes, de preuve de ce contenu. Les experts sont convenus dès lors qu'une règle matérielle était préférable à une règle de conflit. Cette règle pourrait être reformulée par rapport aux variantes actuelles de la Convention et pourrait être rédigée de la manière suivante :

> «Une créance est réputée avoir été cédée lorsque sa cession est prouvée par tout moyen ...»

Une autre possibilité serait de combiner les variantes B et C mais le groupe d'experts n'a pas eu le temps d'envisager plus précisément la rédaction possible de cette combinaison.

4.2. La cessibilité

La question de la cessibilité se divise en deux problèmes distincts : la cessibilité contractuelle et la cessibilité légale.

4.2.1. On s'est interrogé sur la question de savoir si la Convention pouvait raisonnablement prévoir une règle telle que celle insérée à l'article 12 du projet selon laquelle, la créance est cessible alors même qu'elle aurait fait l'objet d'un accord d'incessibilité entre le cédant et le débiteur cédé. A cet égard, les experts ont discuté du point de savoir si l'article 12 pouvait être modifié par l'article 30 qui prévoit une règle de conflit de lois pour régler les questions de cessibilité de la créance sans qu'il soit précisé si cette règle de conflit s'applique à la fois à la

---

[16] Toutefois, il a été suggéré que la variante A soit maintenue, tout en permettant aux Etats qui le souhaitent d'émettre une réserve.

cessibilité légale et la cessibilité conventionnelle. Ce point devra être clarifié pour délimiter l'application respective des articles 12 et 30.

Dans l'impossibilité de connaître la nature impérative ou non des règles nationales concernant la cessibilité conventionnelle, il a été suggéré qu'une étude de droit comparé pourrait être entreprise avant de confirmer définitivement cette disposition du projet qui semble remettre en cause profondément l'autonomie de la volonté et la prévisibilité contractuelle pour le débiteur cédé. Les experts n'ont cependant pas fait de recommandation à cet égard.

4.2.2. En ce qui concerne la cessibilité légale qui n'est pas réglementée par l'article 12 mais par l'article 30 (règle de conflit), on a discuté du caractère suffisant de la réserve d'ordre public ou concernant les règles impératives. Le Groupe d'experts s'est plutôt prononcé par la négative. Une règle de conflit de lois a donc été jugée nécessaire. Elle pourrait désigner la loi de la créance cédée. Toutefois, cette règle ne semble pas donner satisfaction dans les cas de cessions groupées.

4.3. Le droit du cessionnaire au produit de la créance

Ce droit était réglé par un article 17 qui doit faire l'objet d'une proposition de rédaction nouvelle par le secrétariat de la CNUDCI. Il semble en effet, que le concept de «droit au produit» soit inconnu des systèmes de tradition romano-germanique, même s'il peut s'apparenter, sans s'y réduire, à un droit de suite.

Toutes les règles de conflit de lois qui ont été passées en revue au cours de la discussion ont montré les limites de leur utilité. Pour bien faire, en effet, il faudrait appliquer cumulativement deux règles de conflit : la loi de la cession et la loi applicable au produit dans lequel la créance a été transformée. Devant la complexité d'une telle solution, les experts sont d'avis qu'il vaut mieux renoncer à trouver une solution dans une règle de conflit de lois.

4.4. Le droit de priorité

L'article 23 du projet de Convention propose de soumettre à la loi du cédant[17] la priorité entre plusieurs cessionnaires d'une même créance du même cédant.

Cette disposition a été considérée par les experts comme une bonne règle (ou, en tout cas, la moins mauvaise possible) compte tenu de ce que :

> (a) la loi de la créance cédée est impossible à mettre en oeuvre en cas de cession de créances groupées. Or, la question de la priorité se pose essentiellement dans cette hypothèse car elle se fait jour lorsque le cédant a cédé à plusieurs cessionnaires une universalité de créances, mode de gestion financière de plus en plus fréquente;

---

[17] La question du conflit mobile a été posée à nouveau à propos de ce texte. Il en a déjà été question *supra* dans la section 3. Elle devra faire l'objet d'un complément ainsi qu'il a déjà été dit.

(b) le débiteur cédé est protégé par des dispositions matérielles de la Convention et que la règle de conflit de lois ainsi proposée ne s'appliquera que lorsque la Convention elle-même, dans son ensemble, aura été déclarée applicable.

4.5 Les droits concurrents en cas d'insolvabilité du cédant

Le projet de Convention, en son article 24 prévoit que la question des droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant est régie par la loi du cédant.

La justification donnée à ce choix consiste à dire que, si une procédure de faillite est ouverte, elle le sera au lieu de situation du cédant. Or, cette justification milite pour une définition différente de la notion de situation du cédant pour l'article 24 si celle-ci a été maintenue telle qu'elle se présente aujourd'hui dans l'article 5 j), c'est-à-dire le siège statutaire. En effet, tant la Convention européenne que la Loi modèle CNUDCI sur l'insolvabilité permettent de renverser la présomption, en faveur du siège social réel, s'il existe une dichotomie avec le siège statutaire.

Les dispositions de l'article 24, paragraphes 3 et 4 ont été conçues pour pallier cet inconvénient. On ne peut s'empêcher de remarquer que ces dispositions sont assez complexes. La formulation du paragraphe 3 est peu habituelle. Elle renverse le fonctionnement de l'exception d'ordre public qui, normalement, a pour but d'empêcher l'application d'une mesure, loi ou décision étrangère. On pourrait d'ailleurs proposer une nouvelle formulation plus conforme à la pratique en la matière qui serait la suivante :

«Les dispositions du présent article peuvent être écartées si elles sont manifestement contraires à l'ordre public de l'Etat du for.»

Quant au paragraphe 4, les hypothèses visées peuvent ne pas embrasser toutes les hypothèses concrètes qui pourraient naître en pratique[18].

5) Les règles de conflit de lois générales destinées à s'appliquer même en l'absence d'application de la Convention

Le processus proposé doit combiner le chapitre VI du projet de Convention, comprenant les articles 29 à 33, avec son article premier, paragraphe 3[19].

Ce processus n'est pas nouveau dans la tradition de la CNUDCI. En effet, il a déjà été utilisé dans la Convention de 1995 sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Mais,

---

[18] Le Groupe d'experts n'a pas discuté de l'article 24, paragraphe 5. Toutefois, un doute est apparu, à la relecture, sur la portée exacte de cette disposition.

[19] Ce texte se lit de la manière suivante : «[Les dispositions des articles 29 à 33 s'appliquent [aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre] indépendamment des paragraphes 1 et 2 du présent article.]»

cette Convention ne comporte que deux dispositions de droit international privé, limitées dans leur champ d'application, au demeurant peu controversées, n'entraînant pas *a priori* de grands bouleversements dans le droit des Etats contractants.

En revanche, le chapitre VI du projet actuel de Convention se présente sous un jour tout différent. Tout d'abord, certains experts ont fait remarquer que les Etats non parties à la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[20] ou à une autre convention[21] ressentent le besoin d'unifier leurs règles de conflit de lois en matière de cession de créances. Pour ces experts, la négociation de la Convention CNUDCI constitue une bonne occasion pour tenter de parvenir à un tel résultat.

C'est pourquoi le chapitre VI du projet a été inséré et se propose de réglementer non seulement le contrat de cession mais aussi ses effets vis-à-vis des tiers et ses effets sur le transfert de propriété des créances concernées[22].

Le chapitre VI a d'abord pour ambition de prévoir des règles de conflit de lois pour le contrat de cession. Or, ce contrat, dans la relation entre cédant et cessionnaire, ne comporte aucune particularité de nature à justifier la présence d'une règle de conflit de lois dans une convention spéciale. Il est possible qu'un besoin se fasse sentir aujourd'hui au niveau mondial pour unifier les règles de conflit de lois en matière contractuelle. Mais, le cadre d'une convention spéciale ne peut donner lieu à une telle tentative.

Il en va de même pour la règle de conflit de lois s'appliquant à la créance cédée. Tout d'abord, dans le cadre même de ce qui est prévu pour la Convention, la créance cédée peut être de nature très différente (notamment, contractuelle ou délictuelle). Or, l'article 30 qui là encore se propose de prévoir une règle générale applicable aux créances contractuelles ne dit rien explicitement pour les autres créances, sauf une référence assez sibylline à une «décision ou un autre acte». En tout état de cause, les questions de loi applicable à la créance cédée ne sont pas spécifiques aux cessions de créances.

---

[20] Il s'agit d'une Convention ouverte aux seuls Etats membres de l'Union européenne. Elle contient un article 12 spécifiquement consacré à la cession de créances et un article 13 prévoyant une disposition en matière de subrogation.

[21] On peut faire référence ici à la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, signée à Mexico le 17 mars 1994. Cette Convention n'est pas encore entrée en vigueur.

[22] L'une des questions posées est de savoir si ce chapitre doit être limité aux seules cessions de créances non couvertes par les règles matérielles de la Convention ou si elles doivent être d'application générale et couvrir des cessions de créances qui ne tombent pas dans le champ d'application de la Convention. Certains experts ont exprimé une nette préférence pour cette seconde branche de l'alternative. C'est cette prémisse qui est à la base des développements qui suivent.

En conséquence de ce qui précède, certains experts ont exprimé l'idée selon laquelle le chapitre VI en son entier doit être supprimé du projet de Convention.

A la rigueur, on pourrait maintenir un texte inspiré de l'article 30, paragraphe 1, mais à condition qu'il soit rédigé à nouveau pour en ôter les références aux mécanismes propres aux dispositions matérielles de la Convention qui, par hypothèse pour les règles de conflit de lois générales ne seraient pas applicables. Il a alors été proposé de calquer cette disposition sur l'article 12, paragraphe 2, de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui dispose :

> *La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur*[23]*, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.*

En effet, le but de l'article 30 (dans une nouvelle rédaction à trouver) est de protéger le débiteur cédé. Ce but doit guider la rédaction de ce texte s'il était maintenu.

Quant à l'article 31[24], le choix de la loi du cédant qui peut bien fonctionner dans le cadre des règles matérielles de la Convention présente un danger réel lorsque la règle en est isolée. En effet, le débiteur cédé pourra être contraint de payer deux fois, une fois en vertu des dispositions de la loi de la créance cédée et une fois en vertu de la loi du cédant. Aucune garantie ne protège le débiteur cédé d'un vrai conflit entre ces deux lois, lorsque la règle est appliquée indépendamment des règles matérielles de la Convention.

On peut noter, par ailleurs, que l'article 31 tel qu'il se présente aujourd'hui ne comporte aucune disposition sur un conflit entre cessionnaires subséquents.

Le groupe d'experts a noté qu'il est difficile de proposer une règle de conflit de lois «idéale» sur ce point. En effet, l'application de la loi de créance cédée, qui semble être le choix le plus

---

[23] Il a été fait remarquer que l'expression «rapports entre cessionnaire et débiteur» est trop vague et qu'il serait préférable de détailler les questions qui peuvent se poser entre ces deux acteurs. C'est ainsi que l'article 30 dans sa rédaction actuelle précise une énumération : droit du cessionnaire de demander paiement ; obligation du débiteur d'effectuer le paiement ; exceptions que peut soulever le débiteur. Si, *a priori*, la liste peut paraître exhaustive, il ne semble pas de bonne méthode législative d'enfermer par avance une règle dans une liste fermée qui peut se révéler, à la longue, lacunaire.

[24] Ce texte propose des règles de conflit de lois pour les conflits de priorité, c'est-à-dire l'opposabilité de la cession aux tiers. Ce texte est novateur puisque la Convention de Rome ne prévoit rien à cet égard et que la jurisprudence des Etats contractants de cette Convention diffère sur la loi applicable dans ce cas. On peut signaler ici une décision de la Cour de cassation néerlandaise (*Hoge Raad*) du 16 mai 1997 (affaire *Brandsma c. Hansa Chemie Aktiengesellschaft*) selon laquelle la loi du contrat de cession désignée par l'article 12, § 1, de la Convention de Rome s'applique aussi aux effets de la cession à l'égard des tiers.

logique et le plus approprié, présente une difficulté majeure lorsque la cession porte sur de multiples créances soumises à des lois différentes. La loi du contrat de cession, autre choix possible, remet en cause le principe de l'effet relatif des conventions car elle fait dépendre les droits de tiers de l'accord de volonté des parties au contrat de cession. Enfin, la loi du cédant ne protège pas suffisamment le débiteur cédé ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

Sur les règles impératives et l'ordre public, on s'est posé la question de leur étendue exacte et de la nécessité de maintenir la référence aux questions traitées dans le présent chapitre. Les experts ont souligné qu'il convenait de ne pas étendre le champ d'application de ces dispositions au-delà des questions traitées dans le chapitre sur les conflits de lois.

Enfin, un problème de pure technique conventionnelle a été évoqué à la fin des débats. En effet, si la Convention contient une clause de «opt-in» ainsi que cela semble vouloir se dessiner, il conviendra de prévoir que lorsqu'un Etat a levé l'option, les dispositions matérielles de la Convention priment sur les dispositions générales conflictuelles lorsque le critère d'application des dispositions matérielles est rempli.